



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ - UNIOESTE
CENTRO DE EDUCAÇÃO, COMUNICAÇÃO E ARTES

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM EDUCAÇÃO
NÍVEL DE MESTRADO/PPGE
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SOCIEDADE, ESTADO E EDUCAÇÃO

**DIREITO EDUCACIONAL: O PODER JUDICIÁRIO E A
EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

LEONARDO CACAU SANTOS LA BRADBURY

**CASCATEL – PR
2013**



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ - UNIOESTE
CENTRO DE EDUCAÇÃO, COMUNICAÇÃO E ARTES

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM EDUCAÇÃO
NÍVEL DE MESTRADO/PPGE
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SOCIEDADE, ESTADO E EDUCAÇÃO

**DIREITO EDUCACIONAL: O PODER JUDICIÁRIO E A
EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL**

LEONARDO CACAU SANTOS LA BRADBURY

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Educação – PPGE, área de concentração Sociedade, Estado e Educação, linha de pesquisa: Estado, Políticas Públicas e Educação, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Educação.

Orientador: Prof. Dr. Adrian Alvarez Estrada.

**CASCADEL – PR
2013**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

DIREITO EDUCACIONAL: O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Autor: Leonardo Cacau Santos La Bradbury

Orientador: Prof.Dr. Adrian Alvarez Estrada

Este exemplar corresponde à Dissertação de Mestrado defendida por Leonardo Cacau Santos La Bradbury, aluno do Programa de Pós-Graduação em Educação, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, para obtenção do título de Mestre em Educação.

Data: 05/12/2013

Comissão julgadora:

Prof.Dr. Adrian Alvarez Estrada (Orientador)

Profa. Dra. Isaura Monica Souza Zanardini

Prof.Dr. Cleber Sanfelice Otero

Agradecimentos

- ☛ Agradeço, primeiro, a Deus pela inspiração em buscar qualificar-me academicamente;
- ☛ Agradeço a confiança, competência, dedicação, presteza e atenção do Prof. Adrian no exercício da sua orientação para o desenvolvimento do presente trabalho;
- ☛ Agradeço, também, aos professores Monica e Cleber que aceitaram gentilmente fazer parte da minha banca de qualificação e de defesa e que, com suas considerações, muito contribuíram para o aprimoramento desta dissertação;
- ☛ Agradeço a todos os professores do mestrado em Educação da Unioeste de Cascavel/PR que com seus ensinamentos muito engrandeceram os conhecimentos adquiridos durante o curso;
- ☛ Agradeço, ainda, a todos os mestrandos de classe, que ultrapassaram a barreira do coleguismo, tornando-se verdadeiros amigos.

“Aprender é descobrir aquilo que você já sabe. Fazer é demonstrar que você sabe. Ensinar é lembrar aos outros que eles sabem tanto quanto você. Somos todos aprendizes, fazedores, professores.” (Richard Bach)

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de pesquisar a atuação do Poder Judiciário na efetivação e aperfeiçoamento das políticas públicas educacionais, elaboradas pelo Poder Executivo e Legislativo, por meio de lei e de medidas provisórias. Iniciaremos analisando o direito a educação, em seus aspectos gerais, previsto em todas as constituições brasileiras. Após, estabeleceremos o conceito e finalidade das políticas públicas, explicando ao leitor o significado da expressão “Judicialização da Política”. Em seguida dissertaremos a respeito dos princípios constitucionais da educação brasileira e, ao final, analisaremos diversas políticas públicas educacionais nas quais houve a atuação do Judiciário para efetivá-las, aperfeiçoá-las e adequá-las aos princípios e diretrizes constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Poder Judiciário. Políticas Públicas. Educação. Judicialização da Política.

ABSTRACT

The present study aims to investigate the proceeding of the Judiciary in the effectiveness and improvement of the educational public policies elaborated by the Executive and Legislative by law and interim measures. We will begin analyzing the right of education in their general aspects, provided in all Brazilian constitutions. Following will establish the concept and purpose of public policies, explaining to the reader the meaning of the expression "Politics Judicialization". After we will talk about the constitutional principles of Brazilian education and, ultimately, will be analyzed some educational public policies in which there was the role of the Judiciary to improved and adapted them to the constitutional principles and guidelines set out in the Federal Constitution of 1988.

Key-Words: Judiciary Power. Public Policies. Education. Politics Judicialization.

Sumário

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO	10
1.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: ASPECTOS GERAIS	20
CAPÍTULO II. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SEDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS	26
2.1 CONCEITO E FINALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	26
2.2. O FENÔMENO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA”	32
2.3 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO PARA ATUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS	48
CAPÍTULO III. Os PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA APLICADOS PELO JUDICIÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO E A ADEQUAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS	53
3.1. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AO ENSINO ESPECIAL E O DIREITO A DUPLA MATRÍCULA.....	58
3.2. POLÍTICA PÚBLICA DO SISTEMA DE COTAS PARA O ACESSO A INSTITUIÇÕES DE NÍVEL SUPERIOR	70
3.3. POLÍTICA PÚBLICA DE OFERTA DE VAGAS EM CRECHES E PRÉ- ESCOLAS PARA CRIANÇAS ATÉ 5 ANOS DE IDADE	75
3.4. POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSFERÊNCIA ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO.....	79
3.5. POLÍTICA PÚBLICA DE REINGRESSO EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR.....	82
3.6. POLÍTICA PÚBLICA DE COBRANÇA DE TAXAS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO	83
3.7. POLÍTICA PÚBLICA DO PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO	84
3.8. POLÍTICA PUBLICA DO PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI.....	97
3.9. POLÍTICA PUBLICA DO FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES.....	105

CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar o conteúdo das principais decisões do Poder Judiciário, prolatadas após a promulgação da Constituição de 1988, que contribuem para a implantação efetiva, aperfeiçoamento e a adequação das políticas públicas educacionais aos princípios constitucionais.

O trabalho está dividido em três capítulos, sendo o primeiro dedicado ao estabelecimento das linhas gerais da pesquisa, analisando os aspectos gerais da evolução do Direito à Educação nas Constituições Brasileiras; no segundo aprofundaremos a análise dos conceitos de políticas públicas e da judicialização da política, verificando a legitimidade constitucional do Judiciário para tratar sobre o tema e, por fim, no terceiro capítulo, analisaremos os princípios constitucionais da Educação Brasileira, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como a atuação do Judiciário para a concretização e adequação de políticas públicas relacionadas à área da educação. Neste capítulo serão analisadas 09 (nove) políticas públicas educacionais, para verificar se nelas o Judiciário foi o responsável pela sua implementação efetiva, bem como o seu aperfeiçoamento e adequação aos princípios constitucionais, corrigindo as distorções que nelas existiam.

As políticas públicas educacionais analisadas serão: Acesso ao Ensino Especial e o Direito a Dupla Matrícula; Sistema de Cotas para o acesso a instituições de nível superior; Oferta de Vagas em Creches e Pré-escolas para crianças até 5 anos de idade; Transferência entre Instituições de Ensino; Reingresso em Instituição de Ensino Superior; Cobrança de Taxas em Instituições Públicas de Ensino, Piso Salarial dos Profissionais das Instituições de Ensino, Programa Universidade para Todos – PROUNI e Fundo de Financiamento Estudantil – FIES.

A escolha dessas políticas públicas, que serão analisadas no capítulo III, teve como parâmetro o fato de terem diversas decisões judiciais sobre o tema, em razão de sua importância e grande impacto para a sociedade.

No desenvolvimento da presente pesquisa, além da análise de diversas decisões judiciais sobre essas políticas públicas educacionais, também trataremos das leis que as instituíam, verificando a decisão tomada pelo respectivo Tribunal, a respeito de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Foram também realizadas diversas pesquisas em inúmeras obras que versam sobre o assunto, a fim de trazer ao leitor o conceito de diversos termos relacionados com a presente dissertação.

Exporemos o conteúdo das decisões judiciais prolatadas pelos Tribunais Superiores, notadamente, o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais Regionais Federais em temas relacionados às políticas públicas educacionais.

Restringimos o período histórico de análise dessas decisões judiciais para o momento após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que ocorreu em 05 de outubro de 1988. Isto porque é a partir da redemocratização do país que o Poder Judiciário efetivamente assumiu o papel de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, buscando a efetivação dos direitos e princípios constitucionais estabelecidos na Carta Republicana.

Pretende-se, assim, no presente trabalho, analisar a participação do Judiciário na implantação efetiva, aperfeiçoamento e adequação das políticas públicas educacionais aos princípios constitucionais.

Dissertaremos, portanto, a respeito do instituto da “Judicialização das Políticas Públicas”, bem conceituado por Ariosto Teixeira¹, nos seguintes termos:

¹ TEIXEIRA, Ariosto. Decisão Liminar: a Judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano Editora, 2001. p.33.

A judicialização da política corresponde a fenômeno de comportamento institucional registrado pela pesquisa em ciência política em diferentes sociedades contemporâneas **cuja característica central é a expansão do papel do Judiciário no sistema de poder.** (grifo nosso).

Assim, em perfeita síntese, Carlos Augusto Silva aponta que a judicialização da política nada mais é do que “a ‘interferência’ do Poder Judiciário nas questões de governo. Aquilo que deveria estar circunscrito ao embate, à luta política, estaria sendo objeto de decisões judiciais.”²

Analisaremos, no capítulo II, de forma mais aprofundada o significado e alcance do termo “Judicialização da Política”, contudo, a fim de anteciper ao leitor o seu conceito, trata-se, em linhas gerais, da expansão do Judiciário, após a CF/88, na decisão sobre temas essencialmente políticos, que antes estava circunscrito apenas às searas do Executivo e Legislativo.

Atualmente, com a missão constitucional do Judiciário de garantir os direitos fundamentais previstos na CF/88, toda política pública que venha a violar qualquer dos direitos constitucionais dos cidadãos o Judiciário tem o dever institucional de aperfeiçoá-la, a fim de propiciar efetividade e respeito à CF/88.

A fim de melhor entendermos o tema, apesar de aprofundarmos esse assunto no capítulo II, é necessário definirmos, em linhas gerais, o significado do termo “Políticas Públicas”, cujo conceito Marília Lourido dos Santos assim dispõe:

Nota-se que a noção de políticas públicas centra-se em três elementos: a) **a busca por metas, objetivos ou fins**; b) **a utilização de meios ou instrumentos legais** e c) **a temporalidade**, ou seja o prolongamento no tempo, que implica na realização de uma atividade e não de um simples ato. Elementos esses que formam uma noção dinâmica de atividade, pela qual pode-se definir políticas públicas simplesmente como **o conjunto organizado de normas e atos**

² SILVA, Carlos Augusto. O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da Judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.79.

tendentes a realização de um fim público determinado.³ (grifo nosso).

Desta forma, com base no conceito acima, constata-se que as políticas públicas são realizadas por meio de instrumentos normativos legais, isto é, por meio de leis ou medidas provisórias, a fim de vincularem toda a sociedade com vistas à concretização de um interesse público primário.⁴

Contudo, uma das funções do Poder Judiciário é o de ser o guardião da Constituição, razão pela qual qualquer juiz ou tribunal pode, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, realizar o **controle de constitucionalidade difuso das leis e atos normativos primários**⁵, isto é, verificar, no caso concreto e de forma incidental, se determinada lei está de acordo com os preceitos, diretrizes e princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, podendo o magistrado considerá-la inconstitucional e não a aplicar no caso concreto, com efeitos somente entre as partes que estão litigando na ação judicial.

Ademais, sob a influência do constitucionalismo europeu, com base na doutrina de Hans Kelsen, o Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta corte judiciária do país, pode realizar o **controle de constitucionalidade concentrado** das leis e atos normativos primários, verificando a compatibilidade material (quanto ao conteúdo) e formal (quando a forma de elaboração) da lei com a Constituição Federal, sob pena de, caso declare a sua inconstitucionalidade, retirá-la do ordenamento brasileiro, em face de ausência

³ SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p.80.

⁴ O interesse público primário significa o real interesse da coletividade, diferentemente do interesse público secundário que significa apenas o interesse patrimonial do Estado.

⁵ Atos Normativos Primários são todas as normas infraconstitucionais que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal de 1988.

de fundamento de validade que a legitima, com efeitos *erga omnes*⁶ e eficácia vinculante⁷ para os demais órgãos do Judiciário.

Registre-se, também, que o Judiciário pode, no referido controle de constitucionalidade, por meio da **Interpretação Conforme a Constituição**, nos casos de múltiplos significados decorrentes da redação de determinada lei, interpretá-la a fim de esclarecer qual dos seus possíveis significados está em sintonia com a Constituição Federal de 1988, extirpando do plano legal as demais interpretações da norma que violem a Constituição.

Assim, por meio desta interpretação, o Judiciário pode adequar uma determinada lei que verse sobre política pública que possa estar gerando uma multiplicidade de sentidos e, conseqüentemente, dubiedade de aplicação, anulando, por ser inconstitucional, o entendimento que esteja em desacordo com a Constituição Federal e mantendo aquela interpretação que com ela está em harmonia.

Ademais, além do controle de constitucionalidade, o art.5º, XXXV, da CF/88⁸ prevê, como direito fundamental do cidadão, o **Princípio da Demanda ou Inafastabilidade do Poder Judiciário**, a significar que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da análise do Judiciário. Assim, todo e qualquer cidadão que entenda ter o seu direito lesionado ou ameaçado pode ingressar com uma ação judicial requerendo a tutela que entender cabível, não podendo a lei excluir essa apreciação judicial nem tampouco dificultá-la ou criar obstáculos.

Registre-se que a CF/88, sobre o tema, trouxe uma inovação não prevista na Constituição de 1967/69. A Constituição anterior de 1967 previa o acesso ao Judiciário para todo o cidadão que tivesse o direito violado. Nesse sentido, o art.150, § 4º, assim dispunha:

⁶ Efeito Erga Omnes é uma característica do controle concentrado de constitucionalidade que significa que a decisão tomada pelo STF alcançará todas as pessoas que estejam na mesma situação jurídica e não somente as partes do processo.

⁷ Eficácia Vinculante é também outra característica do controle concentrado de constitucionalidade que significa que a decisão tomada pelo STF deve ser aplicada nos mesmos moldes pelos demais Tribunais e juízes quando forem julgar casos semelhantes.

⁸ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário **qualquer lesão de direito individual.**⁹ (grifo nosso).

Porém, a atual Constituição, além de repetir tal preceito, adicionou no referido inciso XXXV do art.5º a possibilidade do juiz analisar a **tutela preventiva**, isto é, é possível acionar o Judiciário nos casos em que o direito do cidadão está sendo ameaçado, não havendo, assim, a efetiva lesão. Nesse sentido, confira-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça a direito.**¹⁰ (grifo nosso).

Percebe-se, assim, que a CF/88 alargou o conceito e alcance do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, no ponto em que incluiu a possibilidade da tutela preventiva, quando o direito do cidadão está sendo ameaçado, ainda não concretamente violado, situação que também pode ser demandada perante o Judiciário.

Desta forma, percebe-se a razão pela qual o Poder Judiciário está, cada vez mais, atuando como o principal concretizador das políticas públicas, pois, além do livre acesso ao Judiciário, garantido pelo Princípio da Demanda, o juiz, ao exercer o controle de constitucionalidade de uma lei, que trata de determinada política pública, pode considerá-la constitucional ou inconstitucional, retirando-a ou a mantendo no ordenamento, bem como pode, por meio da Interpretação Conforme a Constituição, adequá-la para considerar

⁹ BRASIL. Constituição da República Federal do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 15 jun. 2013.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

que apenas será válida, em caso de multiplicidade de sentidos, aquela interpretação que esteja de acordo com a Constituição Federal.

É preciso, assim, destacar que as políticas públicas têm ínsita ligação com o Direito, notadamente o Direito Constitucional, na medida em que se referem a um conjunto de metas e programas normativos, geralmente veiculados por meio de lei ou medida provisória, que têm o objetivo de realizar os direitos sociais e fundamentais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Tendo em vista que o Poder Judiciário tem a missão institucional de velar pelo respeito e concretização dos direitos fundamentais, que se materializa, geralmente, por meio das políticas públicas estabelecidas pelo Governo, percebe-se que o Judiciário, por meio do seu amplo acesso, bem como do controle de constitucionalidade, tem a possibilidade de verificar se tais metas e programas do Executivo, veiculadas por meio de lei, estão em consonância com as diretrizes e os Princípios Constitucionais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Marília Lourido dos Santos bem demonstra essa relação entre as Políticas Públicas e o Direito:

É nestas que estão consagrados os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais, cuja nota característica é justamente a demanda por prestações positivas do Estado, que por sua vez se efetiva por meio de políticas públicas. **Logo, as políticas públicas constituem uma forma de concretização de normas constitucionais de significativa relevância. [...] O papel do Judiciário – com relação a garantia da normatividade constitucional – no tocante ao controle das políticas públicas é fundamental, pois se afigura como instância última do resguardo dos direitos fundamentais. Cabendo-lhe conferir harmonia entre a garantia destes e o exercício das funções ou atos dos outros poderes, especialmente do Executivo. Ademais, cabe-lhe o próprio controle do processo de concretização das normas constitucionais pelos outros poderes, porque a si tocará verificar se houve obediência aos ditames da Constituição. Será, então sua a palavra final, pela aplicação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da coisa julgada.**¹¹ (grifo nosso)

¹¹ SANTOS, Marília Lourido dos. *op.cit.*, p. 87 e 93.

No Estado Democrático de Direito Brasileiro devem-se garantir os direitos sociais de segunda geração ou dimensão, na nomenclatura de Paulo Bonavides¹², que exige uma atuação positiva do Estado, isto é, um fazer, buscando conferir educação, moradia, trabalho, lazer, isto é, mínimas condições existenciais para que se possa viver com dignidade, o que se faz por meio das políticas públicas, não bastando o mero respeito, por meio de um não fazer, às liberdades clássicas, que são os direitos civis e políticos de primeira geração fruto do surgimento do Estado Liberal com a eclosão da Revolução Francesa.

Sobre a necessidade de uma atuação positiva por parte do Estado para a concretização dos direitos sociais, Mauro Cappelletti assim leciona:

Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o Estado não permita sua violação, os direitos sociais – como direito a assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente ‘atribuídos’ ao indivíduo. **Exigem eles, ao contrário, permanente ação do Estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.**¹³ (grifo nosso)

Logo, tendo em vista que uma das missões institucionais do Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é garantir os direitos sociais dos cidadãos, que exigem uma atuação positiva, para a realização deste objetivo, ele pode conformar, aperfeiçoar e adequar as políticas públicas elaboradas pelo Executivo e o Legislativo, tendo sempre como referência a obediência às normas constitucionais.

Neste ponto, apesar de ainda estarmos na introdução, convém registrar que essa atuação do Judiciário encontra limites, que estão delineados nos próprios princípios constitucionais explícitos e implícitos, sob pena de se implantar uma espécie de ditadura judicial, na qual os magistrados agem com base em suas motivações pessoais e não pautados no ordenamento jurídico.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores?. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 1993, p.41.

Registre-se que o **ativismo judicial** em nada se equipara à ditadura judicial, pois naquele o magistrado participa mais efetivamente do processo, mas sempre fundamentando suas decisões com escopo nas regras normativas e nos princípios constitucionais, a fim de conferir validade às suas decisões, enquanto neste suas decisões são pautadas em critérios essencialmente pessoais em detrimentos do disposto no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Dinamarco assim ensina:

Em tempos de **ativismo judiciário**, é **natural e imperiosa a concentração de poderes processuais no Estado-juiz, de quem se espera uma participação efetiva no desenvolvimento do processo, saindo do imobilismo característico do Estado liberal do século XIX.**¹⁴

Assim, o ativismo judicial no controle de políticas públicas, apesar de legítima, encontra limites, uma vez que, por meio da decisão, o magistrado está alterando uma lei que versa sobre direitos sociais que fora legitimamente elaborada pelos Poderes Executivo e Legislativo, eleitos democraticamente pelo povo, por meio do voto.

Esses limites são exatamente as regras e princípios, explícitos e implícitos, existentes na CF/88. Ademais, por mais genérico e abrangente que sejam tais princípios, como, por exemplo, o da Dignidade da Pessoa Humana, outro fator de limitação da atuação do Judiciário é a necessidade de fundamentação de suas decisões, a permitir que quaisquer das partes saibam as razões específicas pelas quais foi tomada determinada decisão, permitindo, em havendo qualquer inconformismo, que haja recurso a fim de se buscar alterar a referida decisão.

O que buscamos deixar claro é que a atuação do Judiciário no controle das políticas públicas é também limitada, tanto pelo aspecto material

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Parecer Perícia Contábil: conceito, a disciplina processual da escolha do perito economistas e habilitação técnico-científica, responsabilidade civil e legitimidade ad causam. Disponível em: <http://www.coreconsp.org.br/adm/public/upload/parecer_C%C3%A2ndido%20Rangel.pdf> . Acesso em : 15 jun. 2013.

(que fica adstrito ao conteúdo das regras e princípios constitucionais explícitos e implícitos), bem como sob o aspecto formal (que fica vinculada a necessidade de um correto procedimento, sob o crivo do contraditório, do devido processo legal e da necessidade de fundamentação, antes de se prolatar a decisão).

Contudo, apesar de haver tais limites, constata-se que as políticas públicas, veiculadas por meio de leis, que antes ficavam a cargo exclusivamente do Executivo e do Legislativo, estão sendo levadas para o Judiciário, por meio de ações judiciais, a fim de que este profira a última palavra sobre o assunto, o que, representa, em linhas gerais, o fenômeno da “Judicialização da Política”.

A fim de constatar tal situação, podemos tomar como exemplo a recente política pública do Governo intitulada “Mais Médicos”, regulamentada por meio da Medida Provisória n. 621/2013, que busca a expansão da atuação da rede pública de saúde às regiões e municípios mais carentes, mediante, caso necessário, em não havendo interesse por parte de médicos brasileiros, a contratação de médicos estrangeiros.

Trata-se, assim, de nítida política pública, relacionada à área de saúde. Contudo, a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Confederação Nacional dos Trabalhadores Universitários Regulamentados (CNTU), insatisfeitos com tal programa de governo, entraram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5035 e 5037, perante o STF, a fim de que o Judiciário declare que a referida política pública é inconstitucional e, por conseguinte, a suspenda.¹⁵

Percebe-se, assim, que o fenômeno da Judicialização das Políticas Públicas vem ocorrendo em todos os ramos de atuação do governo na elaboração de políticas públicas essenciais ao bem estar dos cidadãos, quer seja na área da saúde, habitação popular, trabalho, educação, dentre outras.

¹⁵ Notícia veiculada no site do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254389>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

No presente trabalho, todavia, ter-se-á como foco a análise das decisões do Judiciário somente nas políticas públicas educacionais, isto é, em diversos temas relacionados à educação nacional, como, por exemplo, as que versem sobre estabelecimento de cotas em universidades públicas, piso salarial nacional dos profissionais de ensino, transferência de alunos entre universidades públicas, existência de vaga em creches e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade, direito a dupla matrícula dos alunos da educação especial, PROUNI e FIES.

Antes, porém, de ingressar na análise feita pelo Judiciário de cada uma dessas políticas públicas educacionais, importante analisar, historicamente, a forma na qual o direito a educação era previsto nas diversas Constituições Brasileiras, a fim de demonstrar essa ínsita relação entre a Política Pública Educacional e o Direito Constitucional Brasileiro.

1.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: ASPECTOS GERAIS

Inicialmente convém destacar o conceito de Dalmo Dallari à Constituição Federal:

A Constituição é a **declaração da vontade política de um povo**, feita de modo solene **por meio de uma lei que é superior a todas as outras** e que, visando à proteção e à promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo.¹⁶ (grifo nosso).

A Constituição, então, é a lei fundamental do país, superior a todas as outras, pois é fruto da vontade política de um povo, representado os anseios de toda a nação, que estabelece a forma de Estado, o sistema de Governo, as

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e Constituinte. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1984, p.21.

competências institucionais, bem como os direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

Analisaremos os aspectos gerais relacionados ao direito a Educação desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, sem o objetivo de aprofundar nem esgotar o tema, mas sim de retratar o desenvolvimento do direito educacional ao longo da história política e constitucional brasileira.

A primeira Constituição do Brasil foi a de 1824, da época do Império Brasileiro, e trouxe duas referências a educação, afirmando que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” e que haveria Colégios e Universidades para o ensino de Ciências, Letras e Artes.¹⁷

Em 1834 foi decretado o Ato Adicional à Constituição, aparecendo, então, a descentralização como busca de autonomia das províncias. O art.10 assim dispunha:

Compete às mesmas Assembléias (Legislativas Provinciais) legislar: sobre instrução pública e estabelecimentos próprios à promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias atualmente existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que para o futuro forem criados por lei geral.¹⁸

A Constituição seguinte é a de 1891, que deu início ao período Republicano Brasileiro. No tocante à educação a referida constituição tinha as seguintes disposições:

Art.34. Compete privativamente ao Congresso:....30. Legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o *ensino superior* [...], o § 6º, do art.72 reza “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”; [...] no art.35, item 3: “...incumbe ao Congresso: criar instituições de ensino superior e

¹⁷ FISCHMANN, Roseli (Coord). Escola Brasileira Temas e Estudos. São Paulo: Atlas, 1987, p.171

¹⁸ *Ibidem*.

secundário nos Estados”; item 4: “prover a instrução secundária no Distrito Federal.”¹⁹

Sobre a Educação da Constituição de 1891, Helenir Suano afirma que:

Fica evidenciado que a República reforça a separação já existente entre a educação oferecida nas escolas secundárias e superiores às elites do país e a educação popular das escolas primárias e profissionais, isto porque a União se responsabiliza pelo Ensino Superior em todo o país (privativamente), pelo ensino secundário nos Estados (não privativamente) e pelo sistema de ensino do Distrito Federal; enquanto os Estados incumbem-se de organizar o ensino primário e profissionalizante; tal partilha consagra a existência de dois sistemas de ensino: o federal e o estadual.²⁰

A Constituição de 1934 dedica um capítulo à Educação e Cultura, que é o Título V – Da Família, Da Educação e da Cultura, dentro do Capítulo II – Da Educação e da Cultura, cujo art.149 declara que a educação é direito de todos e deve ser ministrado pela família e pelos poderes públicos. É estabelecida as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal em matéria de educação, dentre elas a fixação, por parte da União, do Plano Nacional de Educação.

Um aspecto inovador é a criação de instrumentos necessários à implantação dos princípios constitucionais, por meio do financiamento público da educação, por meio de fundos especiais destinados a educação, para custear bolsas de estudo, material e merenda escolar. Por fim, o art.156 vincula recursos públicos à educação, a União e os Municípios obrigam-se a

¹⁹ *Ibidem*, p.172.

²⁰ *Ibidem*, p.172.

despender nunca menos de 10% da renda dos impostos e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de 20%.²¹

A Constituição de 1937 institui o Estado Novo e, em relação a Constituição de 1934, apresenta um tratamento restrito da educação. O item da Educação e da Cultura inicia com a declaração de liberdade à iniciativa privada, em matéria de educação. O ensino primário é declarado gratuito, introduzindo, porém, a taxa mensal a ser paga pelos mais abastados e não fazendo referência nem à obrigatoriedade do ensino, nem à gratuidade em outros níveis de ensino.

Com o objetivo de formar o aluno dentro do espírito de disciplina e do respeito à ordem e às instituições o art.131 da Constituição de 1937 declara a obrigatoriedade da educação física, do ensino cívico e dos trabalhos manuais nas escolas primárias, secundárias e normais.²²

A Constituição de 1946 garante a redemocratização do país e, em matéria de educação, a gratuidade e a obrigatoriedade são garantidas para o ensino primário. Em relação aos níveis de ensino subsequentes ao primário, a gratuidade atingirá os alunos carentes de recursos. No tocante ao ensino primário, estabelece a cooperação das empresas industriais, agrícolas e comerciais, obrigando-as a manter escolas para os seus funcionários e filhos, o que originaria, posteriormente, o salário educação. Retorna à Constituição de 1946 a obrigação de vincular um percentual mínimo de recursos financeiros para a educação, assim estipulados: 10% para a União e 20% para os Estados, Municípios e Distrito Federal.²³

Na área educacional, a Constituição de 1967 apresenta pequenas diferenças em relação à de 1946, como a declaração do direito de todos à educação, o tratamento do ensino religioso, concurso público, a liberdade de cátedra, a organização dos sistemas de ensino e a obrigatoriedade de assistência educacional aos alunos carentes.

²¹ *Ibidem*, p.176.

²² *Ibidem*, p. 178.

²³ *Ibidem*. p.180.

A Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969, mantém as prescrições da Constituição de 1967, ressaltando as seguintes alterações: “a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério”, ressalvada a previsão no art.154 com a redação: “O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez ano”²⁴.

A Constituição de 1988, ao redemocratizar o país e instituir o Estado Democrático de Direito, dedica todo o Capítulo III para tratar da Educação, da Cultura e do Desporto, estabelecendo, no art. 206, os Princípios Constitucionais da Educação Brasileira, que serão analisados no terceiro capítulo deste trabalho.

Interessante destacar as alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 apontadas por Romualdo Portela de Oliveira, ao tratar sobre o art. 206 da CF/88, nos seguintes termos:

A primeira novidade aparece no inciso I, ao precisar que o dever do Estado para com o ensino estende-se mesmo aos que “a ele não tiveram acesso na idade própria”. Este texto aperfeiçoa os de 1967/69, que especificavam a gratuidade e a obrigatoriedade dos 7 aos 14 anos, criando a possibilidade de se restringir o atendimento aos indivíduos fora desta faixa etária. Avança, também, ao especificar o atendimento dos que não mais se encontram na idade considerada “ideal” para o ensino fundamental. No inciso II, retoma-se um aspecto importante do texto de 1934, que aponta a perspectiva de “progressiva extensão da gratuidade e obrigatoriedade do ensino médio”. Este dispositivo reequacionou o debate sobre esse nível de ensino para além da polaridade ensino propedêutico x profissional. A idéia era ampliar o período de gratuidade/obrigatoriedade, tornando-o parte do Direito à Educação.²⁵

Além do estabelecimento dos princípios constitucionais, a Constituição de 1988 dispõe expressamente, em seu art. 6º, que a educação é

²⁴ *Ibidem*. p. 182.

²⁵ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito a Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. Disponível em <http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/rbde11/rbde11_07_romualdo_portela_de_oliveira.pdf> Acesso em 06/07/2013.

um direito social, elevando-a ao status de direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão exigi-lo em face do Estado, que tem o dever de fornecer um ensino de qualidade. Nesse sentido, Eliane Ferreira de Sousa dispõe:

E isso fica mais latente quando se constata que a Carta de 1988 elevou o direito a educação ao status de direito público subjetivo. Nesse contexto, o sentido de realização desse direito é forte a ponto de afastar qualquer recusa do Estado em efetivá-lo. E não basta só a garantia do direito a educação, fazem-se necessárias ações paralelas que permitam à sociedade as condições de chegar até a escola e manter-se nela, bem como a asseguaração de sua qualidade pelo Estado.²⁶ (grifo nosso).

Contudo, apesar dos amplos direitos relacionados à educação assegurados na Constituição de 1988, verifica-se que a grande concentração de renda da sociedade brasileira transforma o direito de todos à educação em um privilégio de uma minoria. Nesse sentido, o constitucionalista Pinto Ferreira afirma que:

[...] não havendo poder aquisitivo do povo em seu conjunto, é impossível que ele venha a desfrutar os benefícios da civilização, **porque a educação ainda é para o povo brasileiro o privilégio de uma minoria e não a herança da própria comunidade.**²⁷ (grifo nosso)

Vistos os aspectos gerais da evolução do Direito à Educação nas Constituições Brasileiras, passo, no segundo capítulo, à análise da atuação do Judiciário nas políticas públicas.

²⁶ SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País*. São Paulo, Saraiva, 2010, p.30.

²⁷ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.92.

CAPÍTULO II. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SEDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

No presente capítulo, analisaremos a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas educacionais, razão pela qual apresentaremos o seu conceito e a sua finalidade, que será abordado no tópico seguinte.

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste momento, cumpre-nos buscar o conceito de políticas públicas. Além da definição feita por Marília Lourido dos Santos, transcrita no capítulo anterior, a referida autora nos traz o significado do referido termo feito por outras doutrinas.

Maria Paula Bucci assim define políticas públicas:

a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”²⁸

Carlos Vargas define-as sendo “*el conjunto de sucessivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas*”.²⁹

²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: Revista de Informação Legislativa. V.34, n.133, jan/mar, 1997, *apud* SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p.79.

²⁹ VARGAS, Carlos Salazar. Modelos para el análisis de políticas públicas. In: Vniversistas. Pontificia Universidad Javeriana, n. 84, 1993, *apud* SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p.79.

Para Marcia Garcia políticas públicas são “metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.”³⁰

Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, define-a como uma “atividade, vale dizer, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”³¹

Analisando todas estas definições, conceituamos políticas públicas como todas as atividades, metas, planejamentos e projetos normativos idealizados pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo que tenham por finalidade a realização de um interesse público.

Assim, na atualidade, tais programas e metas acabam por transformarem-se em Medida Provisória, exigindo a atuação do Legislativo para sua aprovação e transformação em lei, razão pela qual o Legislativo também atua na definição de políticas públicas, mediante a aprovação, rejeição ou alteração das medidas provisórias elaboradas pelo Executivo.

Verifica-se que, majoritariamente, os programas públicos sociais do Governo são elaborados por Medida Provisória para serem, mediante a aprovação do Legislativo, convertidas em leis, a fim de possuírem o caráter abstrato e vinculante, de observância geral por toda a sociedade.

Tendo em vista que o objeto deste trabalho é a análise das políticas públicas educacionais, a conceituamos como todas as atividades, metas e programas normativos elaborados pelo Executivo e as leis aprovadas pelo Legislativo que tenham por finalidade o desenvolvimento da educação brasileira.

³⁰ GARCIA, Marcia. Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, n.15, *apud* SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p.79.

³¹ GRAU, Eros Roberto. Estado, Políticas Públicas e Projeto Democrático. In: Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.2, 2000, *apud* SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p.79.

Neste ponto, necessário registrar que as principais políticas públicas educacionais estão no Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), que reúne as metas e programas do Ministério da Educação (MEC) com o objetivo de desenvolver a educação brasileira.

Eliane Ferreira de Sousa bem define o PDE, nos seguintes termos:

O PDE pode ser entendido como um conjunto de programas que objetivam das consequências às metas quantitativas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE). O Plano compreende mais de 40 programas que podem ser organizados em torno de quatro eixos norteadores: educação básica, educação superior, educação profissional e alfabetização.³²

Sobre as políticas públicas escolares contempladas pelo PDE, Dermeval Saviani assim nos ensina:

Apresentado ao país em 15 de março de 2007, o assim chamado Plano de Desenvolvimento da Educação foi lançado oficialmente em 24 de abril, simultaneamente à promulgação do Decreto n. 6.094, dispondo sobre o “Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação”.

[..] No que se refere aos níveis escolares, a educação básica está contemplada com 17 ações, sendo 12 em caráter global e cinco específicas aos níveis de ensino. Entre as ações que incidem globalmente sobre a educação básica situam-se o “FUNDEB”, o “Plano de Metas do PDEIDEB”, duas ações dirigidas à questão docente (“Piso do Magistério” e “Formação”), complementadas pelos programas de apoio “Transporte Escolar”, “Luz para Todos”, “Saúde nas Escolas”, “Guias de tecnologias”, “Censo pela Internet”, “Mais educação”, “Coleção Educadores” e “Inclusão Digital”.³³

Estas políticas públicas educacionais estão intimamente relacionadas com os princípios constitucionais. Nesse sentido, o próprio Ministério da Educação reconhece tal relação:

³² SOUSA, Eliane Ferreira de. *op.cit.*p.89

³³ SAVIANI, DERMEVAL. O Plano de Desenvolvimento da Educação: Análise do projeto do MEC. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a2728100.pdf>. Acesso em 15 de dez. 2013.

o objetivo da política nacional de educação deve se harmonizar com os objetivos fundamentais da própria República, fixados pela Constituição Federal de 1988: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] **O PDE oferece uma concepção de educação alinhada aos objetivos constitucionalmente determinados à República Federativa do Brasil.**³⁴ (grifo nosso).

Assim, todas as políticas públicas educacionais previstas no PDE devem estar alinhadas aos princípios constitucionais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, notadamente em seu art. 3º, a fim de que tenham validade.

Visto o seu conceito, passa-se a analisar a finalidade das políticas públicas, isto é, qual a razão de sua existência e o objetivo a que se destinam.

Primeiro, as políticas públicas existem, juridicamente, na qualidade de imperativo constitucional, isto é, como obrigação institucional imposta ao Executivo para que elabore programas normativos que busquem implementar os direitos fundamentais estabelecidos no art. 3º d a Constituição da República de 1988. Tem-se, neste ponto, a **finalidade jurídica das políticas públicas**, que representa uma ordem constitucional, uma obrigação institucional dirigida ao Gestor Público, determinada pela Constituição Federal, no sentido de que elabore, planeje e implemente atividades e programas voltados ao bem estar social e à concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Segundo, as políticas públicas existem, politicamente, para legitimar e fortalecer, após o declínio do Estado Social, o próprio Estado Democrático de Direito, que busca, além de incorporar os direitos de segunda dimensão (saúde, educação, trabalho, dentre outros) presentes no Estado do Bem Estar Social, também: a) efetivar o Princípio Democrático, mediante a ampla participação popular na tomada das decisões políticas e b) respeitar incondicionalmente os Direitos Fundamentais, sobretudo a Dignidade da

³⁴ BRASIL. MEC. Plano de Desenvolvimento da Educação – Razões, Princípios e Programas. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf>. Acesso em 06.07.2013.

Pessoa Humana. Tem-se, neste ponto, a **finalidade política das políticas públicas**.

Nesse ponto, convém transcrever a seguinte constatação feita por Marília Lourido dos Santos:

Observa-se que com o declínio do Estado do Bem-Estar e a afirmação da lógica da globalização, é crescente a fragilização dos direitos sociais e econômicos conquistados, especialmente, pelo abandono ou caráter incipiente das chamadas políticas públicas.³⁵

Neste ponto, as políticas públicas, sob o aspecto político, tem a missão de, ao promover a máxima efetivação dos direitos sociais, evitando a sua fragilização, fortalecer o próprio modelo de Estado Democrático Brasileiro.

Terceiro, as políticas públicas existem, socialmente, como fator de diminuição da grande desigualdade social acumulada historicamente pela sociedade capitalista, a fim de conferir a igualdade efetiva de oportunidades a todos os cidadãos. Tem-se, neste ponto, a **finalidade social das políticas públicas**.

Sobre essa finalidade social, Dalila Andrade Oliveira e Adriana Duarte, assim afirmam que:

A política social **intervém no hiato derivado dos desequilíbrios na distribuição em favor da acumulação capitalista e em detrimento da satisfação de necessidades sociais básicas, assim como na promoção da igualdade.** (grifo nosso)³⁶

Assim, somando-se as três finalidades das políticas públicas, seu objetivo precípuo é servir de obrigação constitucional aos Gestores Públicos para que elaborem atividades e programas normativos que busquem diminuir a grande desigualdade social existente na sociedade capitalista, garantindo os

³⁵ SANTOS, Marília Lourido dos. *op.cit.*p.66

³⁶ OLIVEIRA, Dalila Andrade e DUARTE, Adriana. Política educacional como política social: uma nova regulação da pobreza. In Revista Perspectiva, Florianópolis, v.23, n.2, 2005, p.283.

direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, principalmente a Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo, assim, para a implantação e fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao inaugurar o Estado Democrático de Direito, transforma-se em um verdadeiro instrumento politico-jurídico para a garantia das políticas públicas e promoção da justiça social e melhor distribuição da renda. Nesse sentido, são os ensinamentos de Eliane Ferreira de Sousa:

Embora o Brasil tivesse adotado um modelo de Estado Intervencionista, ficou aquém do Welfare State. Isto porque o modelo de desenvolvimento econômico e a base de sustentação financeira das políticas sociais no Brasil têm sido organizadas de forma incompatível com os ideais de universalização. Em outras palavras, a política social brasileira é inoperante para cobrir as necessidades da população de baixa renda, não somente em termos de quantidade, mas também de qualidade.

A constituição, portanto, passou a ser o instrumento técnico para promover a justiça social, no sentido de uma melhor distribuição de renda. ³⁷(grifo nosso)

Desta forma, as políticas públicas passaram a ter na Constituição Federal de 1988 um instrumento de efetivação da justiça distributiva, garantindo os direitos fundamentais e contribuindo para a descentralização econômica do país.

Ao lado do Executivo e do Legislativo, o Judiciário é um Poder de Estado, que tem a finalidade precípua de julgar as ações interpostas pelos cidadãos, resolvendo, por meio da sentença, um conflito social.

Registre-se que a atuação do Judiciário ocorre na implantação de todas as políticas públicas, envolvendo, dentre outras, as áreas da saúde, moradia, trabalho, e previdência social.

Sobre a questão da atuação do Judiciário para a efetivação de políticas públicas existem diversas obras, como as de Rogério Arantes³⁸ e Ana

³⁷ SOUSA, Eliane Ferreira de. *op. cit.*p.24

³⁸ ARANTES, Rogério B. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Avelar, Lúcia; CINTRA, Antonio Octávio. Sistema político brasileiro: uma introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Editora Unesp, 2007.

Paula de Barcelos³⁹, que tratam, genericamente, das diversas áreas das políticas públicas, como saúde, moradia e trabalho.

Contudo, na presente dissertação, analisaremos somente as decisões judiciais que tenham relação com as políticas públicas relacionadas com a área da educação, que é o objeto central de nossa pesquisa.

Assim, a Política Pública Educacional, inicialmente, é pensada, elaborada e criada pelo Poder Executivo, por meio de projetos ou Medida Provisória, e o Poder Legislativo, por meio de lei federal.

Porém, em muitos casos, como analisaremos no terceiro capítulo, a política pública é implantada de forma a violar a Constituição Federal, causando injustiça aos cidadãos. Nesta situação, o Poder Judiciário é acionado a fim de aperfeiçoar tal política pública, corrigindo as suas distorções.

2.2. O FENÔMENO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA”

Conforme conceito trazido na introdução deste trabalho, a Judicialização da Política representa a maior participação, muitas vezes decisiva, do Poder Judiciário na definição, concretização e adequação de Políticas Públicas, que versam sobre direitos fundamentais do cidadão, verificando a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, por meio do controle de constitucionalidade, matéria que antes ficava reservada ao âmbito do Executivo e Legislativo.

Assim, em linhas gerais, trata-se, na visão de Antoine Garapon, “da participação cada vez maior do Judiciário nas questões políticas”.⁴⁰

³⁹ BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴⁰ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001 *apud* SILVA, Carlos Augusto. O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da Judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.80.

O que se verifica, no atual estágio do Estado Democrático de Direito Brasileiro, é que o Judiciário está sendo o responsável por conferir a “última palavra” sobre as políticas públicas, pois, por meio da sentença judicial, através do controle de constitucionalidade, passa-se a definir as suas diretrizes, sempre tendo como fundamento os princípios constitucionais e o atendimento ao interesse público.

Debora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002, p.02), analisando a judicialização da política, assim dispõe:

A expressão passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996), em que foram formuladas as linhas de análise comuns para a pesquisa empírica comparada do Poder Judiciário em diferentes países. "Judicialização da política" e "politização da justiça" seriam expressões correlatas, que indicariam os **efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas**. Judicializar a política, segundo esse autores, é **valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de checks and balances**. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).⁴¹ (grifo nosso)

Assim, o termo em análise significa a expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, que, através do controle de constitucionalidade das leis, podem revisar as ações do Legislativo e do Executivo, a fim de que as políticas públicas idealizadas por estes poderes respeitem efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos, bem como estejam em total sintonia com a Constituição Federal de 1988.

Nessa atuação institucional, o Judiciário pode tanto considerar uma lei que trata de uma política pública inconstitucional, retirando-a do ordenamento, como, também, adequá-la, interpretando-a de forma que ela

⁴¹ MACIEL, Debora Alves e KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova, no.57, São Paulo, 2002.

possa ser constitucional. Nesta esteira, buscaremos, no presente trabalho, mostrar a atuação do Judiciário na concretização e aperfeiçoamento das políticas públicas educacionais.

Ademais, como já ressaltado, não trataremos de todas as decisões judiciais envolvendo a seara educacional, mas sim somente aquelas que consideramos mais importantes, porque tiveram maior impacto e repercussão na sociedade e no corpo docente e discente.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito Brasileiro, após a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade passa a possuir mais direitos sociais, expressamente previstos na CF/88, dentre os quais está a educação, garantida no art.6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), possuindo um capítulo específico nos artigos 205 a 214, onde são traçadas as diretrizes e princípios bases do ensino, que são regulamentadas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (L.D.B.), de nº9.394/96.

A Constituição Brasileira declara que a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família. Desta forma, incumbe ao Estado, por meio do Poder Executivo, tanto o Estadual como o Federal, elaborar as políticas públicas voltadas ao desenvolvimento da educação básica, profissional e superior a fim de alcançar as metas estabelecidas pela Constituição Federal e as diretrizes delineadas pela L.D.B.

Ocorre que, atualmente, verifica-se, em alguns casos, omissão e inércia do Executivo ao não promover políticas públicas educacionais ou realizá-las em desconformidade com o texto constitucional, fazendo com que os direitos abstratamente reconhecidos não sejam efetivamente concretizados na vida social.

Em face de tal postura governamental, o Poder Judiciário é acionado, pela própria sociedade ou pelo corpo docente e discente, por meio de ações judiciais, a interferir no caso concreto a fim de se buscar a correta aplicação das políticas públicas educacionais, de acordo com os direitos já garantidos pelo próprio Estado Democrático Brasileiro, através da Constituição de 1988 e da própria L.D.B.

Em razão do Princípio da Inércia⁴², o Poder Judiciário, para se manifestar no caso concreto, deve ser acionado por meio de uma ação judicial, interposta por qualquer cidadão, por meio de advogado contratado, ou por meio de advogado público, integrante da Defensoria Pública, ou também, por meio do Ministério Público.

Além do Direito a Educação estar expressamente previsto na CF/88, o Poder Judiciário também tem legitimidade para buscar a concretização do direito educacional com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art.1º, III, da Constituição Federal, e significa que todos os cidadãos brasileiros têm direito a condições mínimas e básicas necessárias para que se viva com dignidade, dentre as quais está o direito à educação.

Sobre o referido Princípio, importante transcrever os ensinamentos de Fernando Ferreira dos Santos, bem delineados por Eliane Ferreira de Sousa⁴³:

O resgate do homem consegue-se por meios dos princípios constitucionais, como o Princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Santos, a instituição do Princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito **importa não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, em que uma existência digna se imponha como fim da ordem econômica, não se tolerando profundas desigualdades entre os membros da sociedade.** (grifos nossos)

Conforme as lições de Immanuel Kant, o homem, por ser racional, que exerce de forma autônoma a sua razão prática, é sempre um fim em si mesmo (nunca unicamente um meio), sendo detentor de dignidade, não possuindo preço (valor), característica própria dos objetos, das coisas materiais. Assim, dignidade é uma qualidade inerente e intrínseca ao ser

⁴² O Princípio da Inercia significa que é a parte interessada que deve acionar o Poder Judiciário, por meio da interposição da ação judicial.

⁴³ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, apud SOUSA, Eliane Ferreira de. Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País. São Paulo, Saraiva, 2010, p.29.

humano, revestindo-se em tudo aquilo que não tem preço, isto é, que não pode ser substituído por um equivalente.⁴⁴

Sintetizando este basilar Princípio Constitucional, Eliane Ferreira de Sousa assim nos diz:

Desse modo a categoria dignidade pode ser compreendida como **qualidade daquele que é digno, superior, merecedor de respeito e de consideração. A dignidade humana não pode ser mensurada em valor monetário, não pode ser substituída por qualquer outra coisa.** (grifo nosso)⁴⁵

Assim, pautado nos ditames do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma das atuais missões constitucionais conferidas ao Poder Judiciário é efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos, a fim de que tenham o mínimo existencial para que possam viver com dignidade.

Sobre o papel do Judiciário, Kildare Gonçalves Carvalho transcreve em seu livro o discurso do Prof. Raul Machado Horta, em exposição para a Subcomissão da Assembleia Constituinte, nos seguintes termos:

Poder que assegura direitos, aplaca dissídios, compõe interesses, na diuturna aplicação da Lei e da sua adaptação às mutáveis condições sociais, econômicas e políticas. É o Poder que enfrenta e deslinda dramas humanos, ouvindo queixas, reivindicações e protestos. É o Poder onde explode o ódio das vítimas e dos condenados, a revolta dos oprimidos, e a arrogância dos opressores. É o Poder que reclama de seus membros serenidade e bravura, paciência e desassombro, humildade e altivez, independência e compreensão. Poder tão próximo do dia-a-dia do Homem e da Sociedade, é natural o interesse dos cidadãos e das instituições pelo seu destino.⁴⁶

⁴⁴ KANT, Immanuel – "Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos"; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

⁴⁵ SOUSA, Eliane Ferreira de. op. cit. p. 32

⁴⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 720/721 apud HORTA. Unidade e dualidade da magistratura. In: Exposição em painel da subcomissão do Poder Judiciário, da Assembléia Constituinte.

Percebemos que, ao contrário da Constituição Portuguesa que utiliza a expressão “Estado Constitucional Democrático”⁴⁷, nossa Carta Política emprega o termo “Democrático” qualificando o vocábulo “Estado”, o que nos faz concluir que os ditames da democracia devem estar presentes em todos os elementos constitutivos deste, isto é, devem preponderar nas estruturas dos três poderes da União: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, o Judiciário, apesar de não ter a missão precípua de elaborar as políticas públicas, acaba, em razão da omissão e da inércia do Executivo, a fim de garantir os postulados constitucionais democráticos, ter que, por meio de decisões judiciais, efetivar concretamente os direitos sociais voltados ao desenvolvimento da educação que estão reconhecidos à sociedade na Constituição de 1988 e nas leis infraconstitucionais.

Ademais, compete ao Poder Judiciário realizar a interpretação da lei, merecendo, neste ponto, destacarmos a diferença entre o texto (dispositivo de lei) e norma, realizada pela doutrina da nova hermenêutica constitucional (Neoconstitucionalismo), que, na visão do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso, é aquela que exige do intérprete a realização de uma hermenêutica construtiva do direito, visando garantir a máxima efetividade aos postulados constitucionais⁴⁸.

Assim, na visão da nova hermenêutica constitucional não se pode confundir o texto (dispositivo) com a norma. Texto é o artigo de lei descrito pelo legislador, enquanto a norma é o texto interpretado. Desta forma, a norma é fruto da interpretação construtiva do intérprete.

Nesse sentido, Humberto Ávila assim nos ensina:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados,

⁴⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, p.45.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em 06 jun.2013.

em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos.⁴⁹ (grifos nossos)

Cumprido destacar que tal atividade criadora do direito, por parte do intérprete, não é livre, pois está limitada pelos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, não podendo a interpretação ser realizada de forma dissociada dos vetores constitucionais que conferem validade e sentido às normas jurídicas.

Sobre tal questão, Humberto Ávila conclui:

Isso não quer dizer que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.⁵⁰ (grifos nossos)

Desta forma, não basta tão-somente buscar o sentido da norma, revelando seu conceito, como defende a clássica hermenêutica constitucional, numa simples subsunção do fato à norma, sem qualquer atividade criadora. Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho bem sintetiza os aspectos que caracterizam o neoconstitucionalismo:

a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação.⁵¹ (grifo nosso)

Registre-se, inclusive, que o papel interpretativo das leis feito pelo Judiciário pode, inclusive, ser entendido como uma forma de proteger o

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª ed. 2008, pág.34.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *op cit.* p.34.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127

indivíduo das arbitrariedades advindas do Estado, quando passa a legalizar a vontade da minoria em flagrante violação a vontade geral. Nesse sentido confira-se as lições de Eliane Ferreira de Sousa citando Rousseau:

É nesse sentido que se ressalta o papel do Estado para a preservação do princípio da dignidade humana, **de modo que a Lei não seja só a Lei, mas a interpretação que se faz dela. Tal sentido pode ser entendido como uma forma de proteger o indivíduo das arbitrariedades advindas das relações com o Estado e com os particulares.** E aqui vale lembrar Rousseau: 'quando, porém, o vínculo social começa a afrouxar e o Estado a debilitar-se, quando os interesses particulares começam a se fazer sentir e as pequenas sociedades a influir sobre o grande, o interesse comum se altera e encontra oponentes, a unanimidade já não reina nos votos, a vontade geral deixa de ser a vontade de todos, levantam-se contradições, debates, e o melhor parecer não é admitido sem disputas.'⁵²

Assim, no neoconstitucionalismo, ao Judiciário compete a interpretação do texto legal para que se tenha a norma jurídica, mediante uma atividade criadora do Direito, tendo como parâmetros o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Máxima Efetivação dos Direitos Fundamentais.

Logo, é plenamente possível a atuação do Judiciário em sede de políticas públicas, revelando o sentido da norma jurídica (texto de lei interpretado), a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Registre-se que o artigo segundo da Carta Republicana fixa os três poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, caracterizando-os independentes e harmônicos entre si.

Assim, verificamos que o constituinte originário de 1988 adotou a clássica Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, na medida em que consagrou a tríplice divisão das funções do Poder⁵³, porém com os lineamentos

⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, apud SOUSA, Eliane Ferreira de. Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País. São Paulo, Saraiva, 2010, p.33 e 34.

⁵³ Na verdade, tecnicamente, não se trata de divisão do Poder, visto que este é uno e indivisível, o que ocorre é a tríplice divisão das funções do Poder em Legislativa, Executiva e Judiciária.

atribuídos pelo constitucionalismo americano, quando ressalta as características da independência e harmonia, referindo-se ao sistema de *Check and Balances* (freios e contrapesos)⁵⁴ americano, fundado no *judicial review*⁵⁵ e na superioridade da Constituição.

No tocante à Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, José de Albuquerque Rocha observa que, o objetivo de Montesquieu, ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era preservar os privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político⁵⁶. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, afastando, deste modo, a possibilidade da burguesia em crescimento deter todo o poder político.

O constitucionalismo americano, em 1803, por meio do célebre caso *Marbury versus Madison*⁵⁷, julgado pela Suprema Corte Americana, por meio da decisão prolatada pelo juiz John Marshall foi o instituidor do controle de constitucionalidade difuso (*Judicial Review*), no sentido de defender que o Poder Judiciário não deve aplicar leis consideradas inconstitucionais por estarem em desacordo com a Constituição.

⁵⁴ Refere-se a possibilidade de uma função do Poder controlar a outra, a fim de garantir a harmonia, sempre nos limites dispostos na Constituição Federal.

⁵⁵ É a possibilidade dos juízes revisarem os atos emanados do Legislativo (Leis) e Executivo (atos administrativos), adequando-os ao texto constitucional.

⁵⁶ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 128.

⁵⁷ Na eleição presidencial dos EUA de 1800, Thomas Jefferson derrotou John Adams. Após a derrota, John Adams, que ocupava o cargo, no final do seu mandato, resolveu nomear vários juizes em cargos relevantes, para manter certo controle sobre o Estado, dentre os quais encontrava-se William Marbury, nomeado Juiz de Paz, que não havia recebido o diploma de nomeação. Contudo, assumindo a Presidência, Jefferson determinou que seu novo secretário de justiça, James Madison, negasse a diplomação de Marbury, o qual, insatisfeito, apresentou uma ação judicial (Mandado de Segurança) na Suprema Corte Americana, com base na Seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura (*Judiciary Act* de 24 de setembro de 1789), que atribuía a Suprema Corte competência para julgar mandado de segurança "*in cases warranted by the principle and usages of law*" (em casos jultificados pelos princípios e usos da lei), a fim de que fosse determinada a sua nomeação. Em sua decisão o juiz Marshall entendeu que a Seção 13 do Judiciary Act de 1789 era inconstitucional sob a fundamentação de que somente a Constituição poderia estabelecer quais causas poderiam ser julgadas pela Suprema Corte e não a lei infraconstitucional, assim, a ação judicial de Marbury não poderia tramitar na Suprema Corte Americana. Fonte

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 17 jun 2013.

No Brasil, a referida doutrina do *Judicial Review* (controle de constitucionalidade difuso), sob a influência americana, está presente em nossa Constituição Republicana de 1891 (Secção III – Do Poder Judiciário – art.59). Atualmente, há previsão clara e expressa prevista no art.97 da CF/88 ao afirma que a “inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público só pode ser declarada por maioria absoluta do tribunal pleno ou pela maioria absoluta do órgão especial.”⁵⁸

Assim, o Judiciário, sempre com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, dos quais a educação é um dos pilares, pode atuar a fim de efetivar a justiça social, nem que para tal fim tenha que declarar a inconstitucionalidade de determinada lei. Nesse sentido, confira-se a lição de Kildare Gonçalves Carvalho:

Considerando a realidade do Estado Democrático de Direito positivado no artigo 1º da Constituição brasileira de 1988, **tem-se como imperioso que a jurisdição abandone sua postura tímida e promova a justiça social**, já que o Estado Democrático de Direito é um Estado de Justiça Social, assim entendido na dicção do artigo 3º da Constituição. (grifo nosso)⁵⁹

Desta forma, o Judiciário investe-se na função de agente modificador da realidade social e não em mero aplicador cego das leis. Os magistrados deixam de ser meros “*bocas da lei*”, alcunha da época do Estado Liberal e passam a ser atores na busca dos objetivos da nossa República, dentre eles, o de criar uma sociedade justa, igualitária, buscando combater a pobreza e a discriminação.

Sobre a expansão da atuação do Judiciário e a revolta contra o formalismo, que reduzia a atividade judiciária a mera repetição do direito previsto pelo Legislativo, Mauro Cappelletti assim dispõe:

⁵⁸ Nesse sentido, vide MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2013.

⁵⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op.cit.* p. 719.

Na verdade, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘checks and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do Estado Moderno. [...] Enquanto nos Estados Unidos e, de forma talvez mais atenuada, em outros ordenamentos de *Common Law*, cuidou-se essencialmente da revolta contra o formalismo do case method, em França e nas áreas de influência francesa dirigiu-se, pelo contrário, sobretudo contra o positivismo jurídico, enquanto na Alemanha e áreas de influência alemã representou principalmente uma insurgência contra o formalismo “científico” e conceitual.” (grifo nosso) ⁶⁰

Assim, neste ponto, cumpre observar que o Estado Liberal, por meio da Teoria da Tripartição dos Poderes de Montesquieu, criou o Judiciário como poder constituído a fim de garantir o postulado da Segurança Jurídica das relações privadas tratadas por meio da economia de mercado capitalista, sendo que nesta época os juízes eram chamados de mera “boca da lei”, pois para a burguesia, classe dominante, que compunha o Parlamento após a vitória da Revolução Francesa, a segurança jurídica significava que o direito posto (codificado) por eles idealizado, deveria ser aplicado tal como planejaram, sem surpresas nem deturpações causadas por eventuais interpretações destoantes realizados pelos juízes da época. Neste período, era comum os juízes, antes de interpretarem determinada lei, dirigirem-se ao Parlamento para buscar a “interpretação correta”.

Atualmente, no Estado Democrático contemporâneo, o juiz não é aplicador automático das leis, numa relação de estrita subsunção do fato à norma, nem tampouco mero descobridor da vontade do legislador (*mens legislatoris*, como defende a escola subjetivista) nem da lei (*mens legis*, como defende a escola objetivista), pois exerce, como vimos, com a nova hermenêutica constitucional presente no neoconstitucionalismo, papel criativo do Direito, não no sentido de elaborar a norma, posto ser tal função do Legislativo, mas sim no de atualizá-la e desvendar o seu significado, como nos ensina Eros Roberto Grau ⁶¹, pois a norma somente surge com a interpretação do juiz e sua integração ao caso concreto.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *op cit.* p.10.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário, em face de sua inerente atividade interpretativa da lei, exerce sobre ela uma função criativa. Nesse sentido, Mauro Cappelletti afirma:

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, **certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação**, não só á interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a musica, as artes visuaus, a filosofia, etc. [...] **E, na verdade, o interprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.** (grifo nosso)⁶²

Contudo, é preciso destacar que essa atividade criadora do direito, exercida pelo Judiciário por meio da interpretação possui limites, que devem ser respeitados pelos magistrados, tendo em vista que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, nas precisas lições de Mauro Capelletti:

Discricionariedade não quer dizer arbitrariedade e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.[...] O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade, inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários. (grifo nosso)⁶³

Sem adentrar em que consiste estes limites processuais e substanciais relacionados a atividade criadora do Judiciário, posto que não é o objeto do presente trabalho, o importante é registrar que o juiz não é absolutamente livre ao realizar a interpretação da lei, posto que deve obediência às normas e princípios constitucionais que regem o ordenamento

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *op.cit.* p.21 e 22.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. *op.cit.*p.21 e 24.

jurídico, não podendo decidir com base exclusivamente em suas preferências pessoais.

Desta forma, na atualidade, o **Princípio da Segurança Jurídica** ganha novo significado, não sendo a mera aplicação das leis segundo a vontade da classe dominante que a elaborou, nem tampouco da vontade pessoal e íntima do juiz, mas sim **a concretização do Direito segundo as diretrizes constitucionais, de forma imparcial, a fim de melhor alcançar a Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos da República Brasileira.**

Assim, o alargamento dos direitos individuais e coletivos realizado pela CF/88, juntamente com outros institutos jurídicos, como o Código de Defesa do Consumidor, faz nascer nos cidadãos a consciência dos seus direitos, aumentando, assim, a litigiosidade e os conflitos decididos pelo Poder Judiciário, que envolvem tanto questões eminentemente públicas como privadas.

Registre-se que não se trata de ditadura judicial, mas sim de um maior ativismo judicial, exigido, inclusive pela própria CF/88, a fim de que a função estatal judicial cumpra corretamente seu mister: a busca pela efetivação dos direitos sociais garantidos pelo novo Estado Democrático de Direito.

Logo, a atuação do juiz não será pautada pelas suas intenções pessoais, o que gera muito subjetivismo, mas sim limitado objetivamente pelos princípios constitucionais implícitos e explícitos emanados da Carta Republicana de 1988.

Assim, no pós-positivismo contemporâneo em que vivemos, o Judiciário, como Poder de Estado, não é mero expectador ilhado dos dilemas da sociedade, mas sim, agente modificador e pacificador, buscando a solução dos problemas sociais com base na aplicação objetiva dos ditames constitucionais.

Nossa constituição de 1988 manteve o sistema capitalista, fundado na livre iniciativa e na propriedade privada. Contudo, garantiu uma série de direitos sociais e individuais aos trabalhadores e cidadãos, a ponto de Carlos

Ari Sunfeld defender que foi adotado um Estado Democrático e Social de Direito⁶⁴.

Logo, o capitalismo globalizado não pode mais buscar o lucro exagerado a todo custo, como na época do Estado Liberal, no qual os trabalhadores laboravam quinze horas por dia, nem tampouco se pode admitir líderes populistas e totalitários existentes no Estado Social, que em troca de alguns direitos sociais impunham ditaduras, por meio das quais restringiam fortemente os direitos individuais.

Uma das funções do Judiciário, no atual cenário econômico-político-social, é garantir um lucro justo, isto é, aquele inerente ao modo de produção capitalista, mas que respeite os direitos individuais e sociais dos trabalhadores, bem como os direitos difusos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, pautado, assim, no desenvolvimento sustentável.

Verifica-se que tal função jurisdicional nada mais é que a de conciliar capital e trabalho, já prevista por Durkheim no século XIX ao prever que:

o direito moderno tem, na sua sociologia, a função urgente de garantir acordos entre patrões e empregados, evitando greves e falências que ameaçam a sociedade da desagregação e destruição.⁶⁵

Ocorre que, enquanto Durkheim vê o Direito como fato social, destinado a cumprir a função de estabilização da sociedade, Marx, diversamente, foi quem efusivamente criticou a mera função do direito como legitimador do *status quo*, por meio da garantia de uma igualdade meramente formal, totalmente dissociada da realidade social, cuja função precípua era perpetuar a dominação e subserviência próprias do capitalismo liberal. As ideias marxistas de transformação da ordem vigente por meio da transformação da estrutura econômica fez desenvolver ao longo do século XIX

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. 7ª tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo, pág. 56.

⁶⁵ Durkheim, E. As regras do método sociológico. São Paulo, Ed. Martin Claret, 2002 apud FERREIRA, Lier Pires. Guanabara, Ricardo. (Org.). Curso de Sociologia Jurídica. Campus Elsevier. p.05.

novas funções promocionais e redistributivas do Direito, alcançando não somente as instituições jurídicas, mas também o papel dos magistrados nesse novo cenário político.⁶⁶

Assim, o Judiciário não pode conceber o direito como um fenômeno estático, de mera legitimação da dominação capitalista, posto que se trata de fundamento do já extinto Estado Liberal. No atual Estado Democrático Brasileiro que vivemos, o Judiciário tem o papel de agente modificador da sociedade, mas com poderes limitados e descritos objetivamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos que são o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Registre-se, contudo, que essa postura proativa e criadora do direito por parte do Judiciário não significa invasão do domínio do Poder Legislativo, conforme clara percepção de Mauro Cappelletti:

[...] os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, “law-makers”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e , por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ex novo o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. (grifo nosso)⁶⁷

Ademais, uma das diretrizes da democracia é o aumento não somente do número de pessoas que tem o direito de participar das tomadas de decisões políticas, mas também do alargamento dos espaços nos quais é possível o exercício desse direito. Nesse sentido, segundo Norberto Bobbio:

quando se quer saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país o certo é procurar perceber **se aumentou não o número dos quais têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.** (grifo nosso)⁶⁸

⁶⁶ FERREIRA, Lier Pires. Guanabara, Ricardo. (Org.). Curso de Sociologia Jurídica. Campus Elsevier. p.17.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *op.cit.*p.74

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia : Uma defesa das regras do jogo.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 27-28.

Daniel Sarmiento, utilizando-se da lição de Bobbio acima transcrita, afirma que “o aprofundamento do projeto democrático exige a ampliação dos espaços em que seja assegurado às pessoas o direito à participação na tomada de decisões que as atingirem”.⁶⁹

Desta forma, é plenamente possível, em razão de vivermos em um Estado Democrático, a ampliação dos espaços onde são discutidos os direitos que afetam os cidadãos, razão pela qual quaisquer direitos fundamentais, sobretudo o direito a educação, pode ser levado à análise pelo Poder Judiciário.

Relevante, neste momento, transcrever os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo:

uma vez que a democracia se assenta na proclamação e reconhecimento da soberania popular, é indispensável que os cidadãos tenham não só uma consciência clara, interiorizada e reivindicativa deste título jurídico político que se lhes afirma reconhecido como direito inalienável, mas que disponham das condições indispensáveis para poderem fazê-lo valer de fato.⁷⁰ (grifo nosso).”

Assim, a fim de que disponham de amplas condições para que possam concretizar os seus direitos fundamentais essenciais, qualquer cidadão pode acionar o Poder Judiciário a fim de buscar a efetivação do seu direito fundamental, tais como a educação, nem que para isso seja necessário adequar determinada política pública aos postulados constitucionais.

Desta forma, o Judiciário tem ampla legitimidade para, no caso concreto, restaurar a ordem jurídica eventualmente violada pelo Legislativo ou Executivo. Nesse sentido, Eliane Ferreira de Sousa dispõe:

Enfim, caso exista uma oferta irregular dos serviços incumbidos ao Estado, decorrente, por exemplo, da colisão dos princípios, a força subordinante do direito social violado conduz à necessidade de prestação jurisdicional, **de modo que a ordem social violada pelo**

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 355.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Poder Público, notadamente por meio do Poder Executivo, possa ser restaurada pelo Poder Judiciário.⁷¹ (grifo nosso)

Atualmente, amplas são as decisões judiciais dos Tribunais Superiores que disciplinam diversos temas ligados ao desenvolvimento da educação básica, profissional e superior, tais como as que versem sobre estabelecimento de cotas em universidades públicas, piso salarial nacional dos profissionais de ensino, transferência de alunos entre universidades públicas, existência de vaga em creches e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade, direito a dupla matrícula dos alunos da educação especial, regras do PROUNI e do FIES, gerando impacto no corpo discente, docente e em toda a sociedade.

Analisaremos tais decisões no presente trabalho por meio da divisão dos temas em tópicos, por meio dos quais exporemos o conteúdo da decisão judicial, as leis que a embasaram, bem como sua importância para a sociedade e para o corpo docente e discente.

2.3 LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO PARA ATUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Neste tópico, passaremos a analisar em quais situações o Judiciário poderá analisar a constitucionalidade de uma política pública. Isto porque, como vimos no tópico anterior, a criação da política pública não é tarefa do Judiciário, mas sim do Executivo e do Legislativo.

Inicialmente cumpre-nos registrar que a jurisprudência pátria do Supremo Tribunal Federal está se firmando no sentido de que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para o controle e intervenção nas políticas públicas nos casos de abusividade e omissão governamental. Sobre o tema, convém transcrever trechos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, veiculada no informativo nº 345 da Suprema Corte, que

⁷¹ SOUSA, Eliane Ferreira de. *op.cit.* p. 38.

aborda, inclusive, a questão da "reserva do possível" versus "o mínimo existencial":

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da 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 da Lei Fundamental."

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. **Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.**

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.⁷² (grifo nosso)

Desta forma, verifica-se que havendo inércia estatal e abusividade governamental em cumprir as determinações ditadas pelo Texto Constitucional, autorizado está o Judiciário a intervir nas políticas públicas, determinando que se cumpra a CF/88, notadamente o seu art. 196, preservando a sua força normativa, não podendo o Estado se furtar à sua obrigação sob alegações

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29/04/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em 25 jun. 2013.

vazias e não comprovadas de ausência de recursos para a efetivação dos direitos sociais ("reserva do possível"), tendo em vista a necessidade de se garantir a todos o mínimo existencial, necessário a se viver com dignidade.

Assim, neste importante julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Poder Judiciário tem legitimidade para intervir em políticas públicas nos casos de violação a Constituição Federal de 1988, a qual pode ocorrer por duas formas: ação ou omissão. Segue abaixo parte de outro trecho da referida decisão prolatada pelo STF que bem delinea tais violações:

DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático⁷³ (negrito nossos)

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29/04/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em 25 jun. 2013.

Analisando a decisão do STF acima transcrita, verifica-se que o planejamento e a efetivação de políticas públicas são de competência do Legislativo e Executivo. Porém, tal competência não é exclusiva, pois nos casos de violação ao texto constitucional, quer se trate de uma ação (conduta positiva) ou de uma omissão (conduta negativa), o Judiciário passa a ter legitimidade para intervir visando a efetivação das políticas públicas, a fim de garantir integridade aos direitos individuais e coletivos assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desta forma, como visto no capítulo anterior, é preciso entender que o Princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu⁷⁴, não pode ser entendido como um dogma rígido, pois elaborado inicialmente no contexto político-econômico de criação do Estado Liberal. No atual Estado Democrático de Direito que vivemos, nossa Constituição de 1988 adotou tal Princípio, mas de forma **dinâmica**, no qual cada função do poder⁷⁵ tem suas atribuições específicas, a executiva administra os recursos públicos, a legislativa edita as leis e a judiciária julga os conflitos⁷⁶. Porém, trata-se de **funções precípua**s (também chamadas de **típicas**), existindo também aquelas **funções atípicas**, que conferem dinamicidade ao sistema, bem como o harmoniza, no qual cada função pode controlar a outra, dentro dos limites previstos pela própria Constituição. Logo, uma dessas funções atípicas do Judiciário é a atuação na efetivação das políticas públicas, nos casos de ações ou omissões inconstitucionais promovidas pelo Executivo ou o Legislativo.

Visto o fundamento que garante legitimidade ao Judiciário para atuar na efetivação das políticas públicas, passaremos agora a delimitar tal atuação na área educacional.

⁷⁴ MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. Bibliothèque de la Pléiade: Dijon, 1951.

⁷⁵ Fala-se em função legislativa, executiva e judiciária, pois o poder é uno e indivisível, pois é proveniente do povo, sendo divisível apenas as suas atribuições.

⁷⁶ O Estado Brasileiro é dividido em três poderes: o Executivo, responsável por administrar o bem público; o Legislativo, a quem compete elaborar as leis; e o Judiciário, cuja atribuição é julgar as ações interpostas pelos cidadãos.

Desta forma, para atingir nosso objetivo, no próximo capítulo analisaremos as principais decisões judiciais e leis federais que versem sobre política pública educacional.

CAPÍTULO III. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA APLICADOS PELO JUDICIÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO E O APERFEIÇOAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS

Passaremos a analisar os princípios constitucionais da educação brasileira enumerados na Carta Política, enfatizando a interpretação dada a eles pelos Tribunais Superiores, notadamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais Regionais Federais.

Inicialmente, cabe destacar que a principal lei federal relacionada à Educação é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), nº 9.394/1996, que estrutura toda a educação nacional, estabelecendo diretrizes, competências e regulamentos.

Contudo, antes de analisarmos as principais leis federais sobre educação, devemos analisar, primeiramente, os princípios constitucionais que fundamentam a educação nacional, pois são os verdadeiros alicerces que mantêm ordenados todos os níveis da educação nacional, bem como dão sustentação e validade a todas as políticas públicas educacionais.

Verificaremos, ao longo da pesquisa, que o Judiciário utiliza-se da interpretação desses princípios a fim de solucionar diversas questões envolvendo a seara educacional, razão pela qual é necessário compreendê-los com exatidão.

Sobre o tema, o art. 206 da C.F./88, assim dispõe:

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;
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
VI - gestão democrática do ensino público, na forma da Lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de Lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)⁷⁷

São enumerados, conforme o texto constitucional acima transcrito, 8 (oito) princípios que norteiam a educação nacional. Passa-se a analisá-los.

O **Princípio da Igualdade de Condições** para o acesso e a permanência na escola, um dos mais importantes, significa que todos os brasileiros têm o direito de concorrer a uma vaga na escola em igualdade de condições entre si. Desta forma, é vedado que se estabeleçam critérios de admissão nas escolas que possam caracterizar a preferência de determinados alunos sobre outros.

Assim, proíbe-se que se estabeleçam discriminações injustificadas no critério de escolha, seleção e permanência de alunos nas escolas.

Note que, a fim de melhor compreender o tema, é preciso que se saiba a diferença entre igualdade formal e material. Oportunamente, sobre o assunto, escrevemos:

Outra característica do Estado Liberal é a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. Porém, é preciso observar quais os fatores que influenciaram a burguesia em ascensão a pregar a aplicação de tal princípio. Ressalte-se que a igualdade aplicada é tão-somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a Lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob o manto de tal fundamento, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as Leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social. [...]

A igualdade tão-somente formal aplicada e o absentismo do Estado Liberal em face das questões sociais, apenas serviram para expandir o capitalismo, agravando a situação da classe trabalhadora, que passava a viver sob condições miseráveis.

O descompromisso com o aspecto social, agravado pela eclosão da Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário do obreiro por doze horas ininterruptas, culminou com a Revolução Russa de 1917, conduzindo os trabalhadores a se organizarem com o objetivo de resistir à exploração.

⁷⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Esse movimento configurava a possibilidade de uma ruptura violenta do Estado Liberal, devido a grande adesão de operários do ocidente europeu. A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

A burguesia, agora detentora do poder político, passou a defender o intervencionismo estatal no campo econômico e social, buscando acabar com a postura absenteísta do Estado, preocupando-se com os aspectos sociais das classes desfavorecidas, conferindo-lhes uma melhor qualidade de vida, com o único intuito de conter o avanço revolucionário.

Para alcançar tal intento, os capitalistas tiveram que substituir a igualdade formal, presente no Estado Liberal, que apenas contribuiu para o aumento das distorções econômicas, pela igualdade material, que almejava atingir a justiça social.

O princípio da igualdade material ou substancial não somente considera todas as pessoas abstratamente iguais perante a Lei, mas se preocupa com a realidade de fato, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal. Surge, então, a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade.⁷⁸

Desta forma, enquanto a igualdade formal é aquela que prevê abstratamente que todos são iguais perante a lei, sem se preocupar com a realidade social, a igualdade material leva justamente em consideração os aspectos fáticos da realidade social para buscar um tratamento isonômico, entre as pessoas, nem que, para tanto, seja necessário tratar desigualmente aquelas pessoas que são desiguais, na medida de sua desigualdade, a fim de que possam efetivamente concorrer em igualdade de condições.

Neste ponto, destaco que há, inclusive, decisões judiciais determinando que o Estado deve buscar a igualdade material e não somente a formal. Confira-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos seguintes termos:

⁷⁸ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 26 jun. 2013.

A igualdade formal padece de limitações enquanto a igualdade material pressupõe a distribuição desigual de oportunidades para que os desfavorecidos obtenham um nivelamento de oportunidade. O princípio da igualdade material insere-se na Constituição nas normas programáticas que objetivam conceder direitos àqueles que não usufruem dos bens da vida. **Descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva para o efeito de obter a igualação jurídica real.**⁷⁹

O tema se reveste de tamanha importância, que o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do voto Ministro Ricardo Lewandowski, assim se manifestou sobre o tema:

Nesse sentido, comentou-se, inicialmente, sobre o princípio constitucional da igualdade, examinado em seu duplo aspecto: formal e material. Rememorou-se o art. 5º, caput, da CF, segundo o qual ao Estado não seria dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontrariam sob seu abrigo. **Frisou-se, entretanto, que o legislador constituinte não se restringira apenas a proclamar solenemente a igualdade de todos diante da Lei. Ele teria buscado emprestar a máxima concreção a esse importante postulado, para assegurar a igualdade material a todos os brasileiros e estrangeiros que viveriam no país, consideradas as diferenças existentes por motivos naturais, culturais, econômicos, sociais ou até mesmo acidentais.** Além disso, atentaria especialmente para a desequiparação entre os distintos grupos sociais. **Asseverou-se que, para efetivar a igualdade material, o Estado poderia lançar mão de políticas de cunho universalista — a abranger número indeterminado de indivíduos — mediante ações de natureza estrutural; ou de ações afirmativas — a atingir grupos sociais determinados — por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a suplantação de desigualdades ocasionadas por situações históricas**

⁷⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº199938000363308. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/Processos//ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

particulares. Certificou-se que a adoção de políticas que levariam ao afastamento de perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integraria o cerne do conceito de democracia.⁸⁰

Temos também o **Princípio da Liberdade de Aprender e Ensinar** a significar que os educadores têm ampla liberdade para ensinar, por meio dos mais diversos métodos de educação a fim de transmitir o conhecimento aos alunos.

O **Princípio do Pluralismo de Ideias** significa que o ensino estará pautado em diversas concepções pedagógicas e não somente em uma só doutrina específica.

O **Princípio da Coexistência de Instituições Públicas e Privadas de Ensino** estabelece que o serviço público de ensino pode ser prestado tanto por instituições públicas quanto particulares.

O **Princípio da Gratuidade do Ensino Público em Estabelecimentos Oficiais** determina que as instituições públicas não podem cobrar quaisquer tipos de taxas para fins de inscrição, admissão ou permanência do aluno na instituição.

O **Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação Escolar** significa que os profissionais da área de educação devem ser valorizados e garantidos planos de carreira, a fim de manter atualizado o poder aquisitivo de seus salários, e, aos da rede pública, o ingresso deve ocorrer exclusivamente por concurso público de provas e títulos.

O **Princípio da Gestão Democrática de Ensino Público** significa que toda a estrutura do ensino público deve ser gerida em conjunto por todos os entes públicos, União, Estado e Município, em se tratando de redes públicas

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>>. Acesso em 27 jun. 2013.

de ensino, permitindo, também, a participação da família dos alunos, a fim de se estabelecer um modelo democrático e inclusivo de ensino.

O Princípio da Garantia de Padrão de Qualidade representa que as instituições de ensino, tanto públicas quanto particulares, devem primar pelo ensino com um padrão satisfatório de qualidade.

O Princípio do Piso Salarial Profissional Nacional está intimamente relacionado com o Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação, e significa que a estes deve ser garantido um valor salarial mínimo, chamado de piso salarial, não podendo nenhum profissional da educação ganhar menos que este valor estabelecido em lei federal.

Vistos os princípios constitucionais da educação nacional, passa-se agora a analisar diversas políticas públicas importantes, relacionadas à educação, de grande repercussão social, pois apesar da lei assegurar o direito do cidadão, foi necessário uma decisão prolatada pelo Judiciário a fim de efetivamente concretizar a política pública educacional.

Analisar-se-ão diversas políticas públicas educacionais, inclusive com previsão legal, porém, em muitos casos, sua efetiva concretização e aperfeiçoamento dependem de decisão do Poder Judiciário.

3.1. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AO ENSINO ESPECIAL E O DIREITO A DUPLA MATRÍCULA

A Educação Especial é tratada na LDB, Lei nº 9.394/96, no capítulo V, nos arts. 58 a 60, assim dispendo:

DA EDUCAÇÃO ESPECIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. O Poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.⁸¹

Além dos artigos acima transcritos da LDB há regularizando tais dispositivos legais o Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011, que dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e estabelece outras providências.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília, 2013. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e estabelece outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

Interessante observar o conceito de educação especial, previsto no art.58, ao afirmar que se trata de modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para os educandos com deficiência, podendo haver serviços de apoio especializado para atender as peculiaridades dos educandos com necessidades especiais (art. 58, parágrafo único).

Neste ponto, convém registrar que o termo “preferencialmente”, previsto no art. 58, caput, da Lei n. 9.394/96, em nosso entendimento não indica uma faculdade do aluno com deficiência poder estar ou não matriculado no ensino regular. Isto porque, quando tratamos de políticas públicas de inclusão escolar, o aluno com deficiência deve estar matriculado no ensino regular, o que irá contribuir para o seu desenvolvimento e sua adaptação social.

Tal expressão, em nossa interpretação, apenas permite que, excepcionalmente, em razão de alguma peculiaridade ou circunstância local, o atendimento especializado seja fornecido por escola privada sem fins lucrativos e não pela pública.

Percebe-se, assim, que o Estado permite o desenvolvimento de educação especial em instituições privadas, mantidas e custeadas pelo Poder Público, desde que se trate de instituição privada sem fins lucrativos, nos termos do art.60 da LDB. Contudo, o parágrafo único deste artigo dispõe que o Estado deve preferencialmente ampliar o atendimento dos educandos com deficiência na própria rede pública regular de ensino. Nesse sentido, assim também dispõe o art. 5º do Decreto 7.611/2011, que permite à União prestar apoio técnico e financeiro às instituições comunitárias, confessionais e filantrópicas sem fins lucrativos, que tenham a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência.

O art. 58, § 2º, da LDB versa sobre um tema de suma importância e que está na pauta do Ministério da Educação como política pública educacional prioritária. Tal artigo prevê que o atendimento educacional dos alunos com deficiência será ministrado em classes, escolas e serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

Surge, então, a controvérsia a respeito de qual seria o melhor tratamento ao educando com necessidade especial: separado em salas de aula especializadas, somente com outros alunos com deficiência ou se integrado em salas regulares, com alunos sem deficiência.

Sobre o tema, o Governo, por meio do Ministério da Educação, em pronunciamento feito pelo Ministro da Educação Aloizio Mercadante⁸², na data de 01/06/2012, posicionou-se no sentido de que a política de estímulo ao atendimento educacional especializado a alunos com deficiência deve ser feita em classes regulares, ressaltando que tal atendimento especializado é um direito, mas que deve ser exercido de forma complementar e não excludente.⁸³

Percebe-se que o Governo possui, assim, uma política educacional inclusiva e não segregatória, onde os alunos portadores de deficiência convivem na mesma sala de aula com outros alunos não portadores de deficiência. Nesse sentido dispõe o próprio art.1º, I, do Decreto 7.611/2011⁸⁴, ao enunciar que uma das diretrizes da educação especial é a garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis. Entendemos que esta é a política que melhor efetiva o direito dos educandos com deficiência, pois permite que interajam constantemente com os alunos regulares, possibilitando desenvolver melhor suas aptidões e integrando-os ao meio social.

É preciso destacar que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação (FUNDEB) contabiliza **dupla matrícula** para os estudantes com deficiência na rede pública, possibilitando frequentar escolas regulares em um turno e atendimento especializado em outro.⁸⁵

Sobre a questão, o Decreto 7.611/2011, em seu artigo 4º⁸⁶, dispõe que o Poder Público estimulará o acesso ao atendimento educacional

⁸² Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/06/01/ministro-defende-inclusao-de-alunos-com-deficiencia-em-classes-regulares>>. Acesso em : 01/11/2012.

⁸³ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/06/01/ministro-defende-inclusao-de-alunos-com-deficiencia-em-classes-regulares>>. Acesso em 01/11/2012.

⁸⁴ BRASIL. **Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011.** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁸⁵ Fonte: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/06/01/ministro-defende-inclusao-de-alunos-com-deficiencia-em-classes-regulares>.

⁸⁶ BRASIL. **Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011.** Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

especializado de forma complementar ou suplementar ao ensino regular, assegurando a dupla matrícula, nos termos do art. 9º do Decreto 6.253/2007⁸⁷.

Em relação à questão da dupla matrícula, é interessante ressaltar que tal tema era regulamentado pelo Decreto 6.253/2007. Contudo, o Decreto 7.611/2011 passou a regulamentar a matéria.

Em que pesem opiniões em contrário no sentido de que o Decreto 7.611/11 trata-se de uma política educacional de dubiedade, iniciada no Governo Lula⁸⁸, entendemos que a nova legislação não trouxe alterações no direito à dupla matrícula, mas sim buscou aclarar certos pontos. Vejamos.

O direito à dupla matrícula era tratado no art.9º-A do Decreto 6.253/2007, dado com a redação atribuída pelo Decreto 6.571/2008, que assim dispunha:

Art. 9º-A. Admitir-se-á, a partir de 1º de janeiro de 2010, para efeito da distribuição dos recursos do FUNDEB, o cômputo das matrículas dos alunos da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado, sem prejuízo do cômputo dessas matrículas na educação básica regular. (Incluído pelo Decreto nº 6.571, de 2008).

Parágrafo único. O atendimento educacional especializado poderá ser oferecido pelos sistemas públicos de ensino ou pelas instituições mencionadas no art. 14. (Incluído pelo Decreto nº 6.571, de 2008).⁸⁹

O novo Decreto 7.611/2012 deu nova redação ao art.9º-A do Decreto 6.2.53/2007, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 9º-A. Para efeito da distribuição dos recursos do FUNDEB, será admitida a dupla matrícula dos estudantes da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado. (Redação dada pelo Decreto nº 7.611, de 2011)

⁸⁷ BRASIL. **Decreto n.6.253/2007, de 13 de novembro de 2007**. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁸⁸ <http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/177/o-impasse-da-inclusaomudanca-na-meta-4-do-plano-nacional-243674-1.asp>

⁸⁹ BRASIL. **Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

§ 1º A dupla matrícula implica o cômputo do estudante tanto na educação regular da rede pública, quanto no atendimento educacional especializado. (Incluído pelo Decreto nº 7.611, de 2011)

§ 2º O atendimento educacional especializado aos estudantes da rede pública de ensino regular poderá ser oferecido pelos sistemas públicos de ensino ou por instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação exclusiva na educação especial, conveniadas com o Poder Executivo competente, sem prejuízo do disposto no art. 14. (Incluído pelo Decreto nº 7.611, de 2011)⁹⁰

Desta forma, em que pese a nova legislação pudesse ter trazido alguma inovação na matéria, o que se verifica é que manteve a estrutura então posta, atualizando apenas a redação do dispositivo, que passou a, inclusive, definir o conceito de dupla matrícula.

Registre-se que a possibilidade do atendimento educacional especializado ser realizado por instituição privada sem fins lucrativos não é uma inovação do Decreto 7.611/11, pois já estava permitido desde o Decreto 6.571/2008.

Nesse sentido, convém transcrever trecho do artigo abaixo, no qual contém o esclarecimento do Ministério da Educação e Cultura (MEC) de que o Decreto 7.611/11 não trouxe mudanças em relação ao direito à dupla matrícula⁹¹:

Um aspecto que deixa dúvida no texto do decreto 7.611 está relacionado à questão da dupla matrícula. O artigo 14 do decreto 6.253 de 2007, que regulamenta o Fundeb, foi transcrito de forma integral naquele aprovado em 2011, e a reprodução do texto acabou despertando dúvidas sobre o que aconteceria com a distribuição dos recursos na educação especial. **De acordo com o Ministério da Educação, não houve mudanças nesse sentido. E, segundo o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), o valor computado da dupla matrícula por aluno da educação**

⁹⁰ BRASIL. **Decreto n.6.571, de 17 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

⁹¹ Disponível em: <<http://www.revistaeducacao.uol.com.br/textos/177/o-impasse-da-inclusaomudanca-na-meta-4-do-plano-nacional-243674-1.asp>>. Acesso em: 25 de nov. 2012.

especial é repassado às secretarias de educação de cada estado, que são responsáveis por repartir o dinheiro entre as escolas de Educação Básica e as instituições conveniadas.

O esclarecimento do MEC foi feito à reportagem por meio de nota da assessoria de imprensa. No texto, consta que se o estudante cursa a educação especial em uma escola regular da rede pública e recebe o Atendimento Educacional Especializado (AEE) na mesma escola, essa escola recebe o recurso do Fundeb (relativo àquele aluno) duas vezes. No caso de o estudante cursar a educação especial em escola regular da rede pública e receber o AEE em outra instituição do sistema público de ensino, ou em instituição comunitária, confessional ou filantrópica sem fim lucrativo, com atuação exclusiva na educação especial, conveniada com o poder público, a escola regular pública recebe uma vez por esse estudante e a instituição que oferta o AEE recebe também, pelo mesmo estudante. E, por último, se o aluno estuda apenas em instituição do sistema público de ensino, ou em instituição comunitária, confessional ou filantrópica sem fim lucrativo, com atuação exclusiva na educação especial, essa instituição recebe apenas uma vez. (grifo nosso)

Verifica-se que o Estado tem o dever de ofertar a dupla matrícula ao aluno com necessidade especial, uma no ensino regular e a outra em ensino especial, a fim de que possa interagir com os alunos regulares, mas que também possam ser tratados de forma especializada, de acordo com as suas necessidades. Tal direito é, inclusive, garantido na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) de 2006, ratificada no Brasil com status de Emenda Constitucional pelos Decretos nº. 186/2008 e nº. 6.949/2009.

Ademais, se o aluno com deficiência estiver matriculado no curso regular e receber o atendimento educacional especializado (AEE) na mesma escola esta receberá duas vezes o recurso do FUNDEB relativo àquele aluno.

Assim, em que pese haver a Política Educacional de inclusão do aluno com deficiência, permitindo-lhe, inclusive, o direito a dupla matrícula, isto é, de conviver com os alunos do curso regular em um turno e o de ter o tratamento especializado em outro, muitos são os casos em que determinada escola nega a matrícula ou a permanência do aluno em razão de sua

deficiência, necessitando, assim, de intervenção do Poder Judiciário a fim de concretizar a política pública educacional, garantindo o direito ao cidadão.

A fim de exemplificar tal situação, houve uma situação na qual um aluno ingressou em determinada instituição de ensino, através de sorteio público, em 1993, tendo, no ano seguinte, que requerer o trancamento da matrícula por conta da moléstia de mielite transversa que lhe acometeu. Estabilizado seu quadro de saúde, solicitou a reabertura da matrícula, em 25/03/1996, a qual restou indeferida, sob o argumento de que o aluno não reunia condições neurológicas para frequentar sala de aula normal, necessitando de condições especiais, tais como: transporte ao banheiro, higiene pessoal, orientador individual, sendo que a velocidade de sua escrita inviabilizaria o acompanhamento dos colegas; ainda, que o Colégio não dispunha de instalações físicas e profissionais capacitados para atendê-lo.

Sobre o caso, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, prolatou a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. DIREITO À EDUCAÇÃO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DEFICIENTE FÍSICO. PORTADOR DE MIELITE TRANSVERSA. CADEIRANTE. MATRÍCULA NEGADA NO COLÉGIO PEDRO II. 1. A educação é direito de todos e dever do Estado, visando garantir o pleno desenvolvimento da pessoa e o preparo para o exercício da cidadania. **No caso de portadores de deficiência é assegurado atendimento especializado, preferencialmente em rede de ensino público.** Inteligência dos artigos 205 e 208, III e VII, da CRFB/88. **Assim, compete ao Poder Público fornecer os meios necessários para a inclusão no sistema educacional dos deficientes físicos, garantindo-lhes não só a matrícula em estabelecimento especial de ensino como também o acesso digno as instalações do estabelecimento de modo a frequentar as aulas, assegurando às pessoas portadores de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive os direitos à acessibilidade e a educação.. 4. Verifica-se, portanto, que houve discriminação por parte do Colégio Pedro II ao não permitir o retorno do aluno às atividades escolares do ano letivo de 1996, infringindo as disposições constitucionais acima referidas e a Lei 7.853/89. Em verdade, a conclusão a que se chega é de que o Autor possuía o direito à matrícula no estabelecimento público Réu, o qual deveria, na ocasião, ter tomado as providências necessárias para recebê-lo,**

Desta forma, não pode haver a negativa de matrícula por parte da instituição de ensino, sob a alegação de que o aluno, por ser deficiente mental ou físico, não dispõe de condições para acompanhar o desenvolvimento dos alunos da sala de aula normal sem deficiência ou que a instituição de ensino não tem condições estruturais capacitadas para atendê-lo, pois é direito do aluno receber a dupla matrícula, frequentando a sala de aula normal, bem como tendo, em outro turno, atendimento especializado necessário ao desenvolvimento da deficiência que possui.

Verifica-se, assim, que, não obstante haja uma ampla política pública educacional relacionada à Educação Especial e os direitos do aluno com deficiência, o direito de matrícula do aluno somente foi concretizado com a decisão prolatada pelo Poder Judiciário.

Outra questão interessante submetida ao Judiciário, ainda no tema de acesso ao ensino de alunos com deficiência, foi em relação a determinada Universidade Pública Federal para que garantisse as melhores condições aos candidatos com deficiência que fossem realizar as provas do seu vestibular, a fim de que lhes fosse disponibilizado ledor qualificado, prova em Braille, auxílio de tradutor em libras e sala ampla, arejada, preferencialmente em local plano ou com rampa, situações estas que não estavam previstas no Edital da referida instituição.

Não obstante a ausência de previsão no Edital, o Poder Judiciário garantiu o direito dos alunos com deficiência de realizarem as provas do vestibular da instituição de ensino em uma condição favorável à deficiência que possuía. Nesse sentido, segue abaixo a decisão prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº199751010727598. Relator: Desembargadora Federal Guilherme Diefenthaeler. Rio de Janeiro, 19 de abril de 2007. Disponível em <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENSINO. UNIVERSIDADE. VESTIBULAR. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. AÇÕES AFIRMATIVAS. ISONOMIA. INTERESSE PROCESSUAL. O art. 203 da CF inclui entre os deveres da assistência social: "habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária". Também em seu art. 277, parágrafo 1º, II, a Carta Magna determinou que fosse prestado atendimento educacional inclusivo, assim como instituídos programas de assistência integral de prevenção e atendimento especializado aos portadores de deficiência física, sensorial, ou mental. IV. Por sua vez o art. 2º da Lei n.º 7.853/89, ao tratar do apoio aos portadores de deficiência, dispõe que a Administração assegurará a tais pessoas o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive o direito à educação. A norma encontra-se regulamentada pelo Decreto n.º 3.298/99, o qual dispõe sobre o acesso à educação dos portadores de deficiência, com modificações pelo Decreto n.º 5.296/2004. V. As políticas afirmativas visam reconhecer as diversidades entre a população, procurando eliminar desigualdades, com igualdades de oportunidades, mediante tratamento especial aos que dele necessitam, para minimizar as desvantagens na disputa pelas oportunidades sociais. VI. No caso, para que seja assegurada a integração da pessoa com necessidades especiais na Universidade, fazem-se necessárias, conforme a deficiência informada pelo aluno, as providências de: leitor qualificado; caso visual a deficiência, que seja disponibilizada prova ampliada e prova em Braille; caso auditiva, auxílio de tradutor em libras; e se a dificuldade for de locomoção, disponibilizar sala ampla, arejada, preferencialmente em local plano, ou com rampa. Por fim, as provas devem ser corrigidas por professores habilitados.⁹³

Desta forma, na decisão acima, o Tribunal garantiu a aplicação da igualdade material ao permitir um tratamento diferenciado na realização das provas aos candidatos com deficiência, como, por exemplo, auxílio de tradutor em libras, promovendo, assim, a igualdade de condições no certame, a fim de efetivar o Princípio Constitucional da Igualdade de Condições de Acesso ao Ensino.

Outro caso bastante interessante, também submetido ao Judiciário, foi um pedido de um aluno cadeirante de uma Universidade Pública, para que a sua sala de aula, que era no primeiro andar, fosse transferida para uma sala no térreo, em razão da sua dificuldade de locomoção. Tendo em vista que o pedido foi negado pela instituição de ensino, o aluno recorreu ao Judiciário

⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº200881000108061. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Recife, 16 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

para ter o seu direito reconhecido, tendo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região prolatado a seguinte decisão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. ALUNO, PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA, ALOCADO, PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JOÃO PESSOA - UNIPÊ, EM SALA DE AULA DE DIFÍCIL ACESSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 10.098/2000. 1. Sentença que concedeu, parcialmente, a Segurança para **determinar a transferência do Impetrante, aluno do 6º (sexto) período do Curso de Direito, portador de deficiência física e que faz uso de cadeira de rodas, para uma sala de aula situada no andar térreo do campus universitário do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ, com banheiro acessível nas proximidades, vez que fora alocado em uma sala de aula no 1º (primeiro) andar, cujo acesso era apenas pelas escadas.** 2. A Lei nº 10.098/2000, que estabelece requisitos mínimos de acessibilidade, disciplina que os locais de aula e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação. 3. Não é admissível alocar o Impetrante em uma sala de aula do 1º andar, tornando praticamente inviável o seu acesso, quando a UNIPÊ dispõe de salas de aula no térreo que possibilitam o livre acesso do Impetrante a qualquer lugar que lhe seja necessário. **Mesmo se não houvesse outra sala de aula nos moldes estabelecidos pela Lei nº 10.098/2000, a Instituição de Ensino teria que providenciá-la, para garantir o direito à educação aos portadores de deficiência física.** 4. Remessa Necessária improvida.⁹⁴

Desta forma, o Judiciário concretizou a política pública educacional de acessibilidade aos candidatos com deficiência, dentro das instituições públicas de ensino, prevista e disciplinada na Lei Federal nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, e dá outras providências, cujos arts. 11 e 12 assim dispõem:

Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de **edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo** deverão ser executadas de

⁹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 00057612520104058200. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 13 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

modo que **sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.**

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I – nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a **garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente;**

II – **pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas** e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

III – **pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade** de que trata esta Lei; e

IV – os edifícios deverão dispor, **pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.**

Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, **aulas** e outros de natureza similar deverão dispor **de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação.**⁹⁵

Desta forma, mesmo a referida lei sendo clara e a política pública bem delimitada, a fim de permitir o aluno com deficiência de ter suas aulas em espaço físico adequado, o Poder Judiciário teve que intervir a fim de **efetivar** o direito no caso concreto.

⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 10.098/2000, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

3.2. POLÍTICA PÚBLICA DO SISTEMA DE COTAS PARA O ACESSO A INSTITUIÇÕES DE NÍVEL SUPERIOR

O Sistema de Cotas representa a reserva de um percentual sobre as vagas das instituições públicas de ensino superior destinada a negros, pardos, índios ou aqueles oriundos do ensino médio realizado exclusivamente em escola pública.

Apesar da existência de opiniões em sentido contrário, o sistema de cotas insere-se no conjunto de políticas públicas voltadas a garantir a igualdade material de oportunidades e compensar as desigualdades históricas enfrentadas por determinados grupos sociais e étnico-raciais.

Sobre o tema, é interessante transcrever os ensinamentos do Ministro Joaquim Barbosa⁹⁶, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Atualmente, as **ações afirmativas** podem ser definidas como um **conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e emprego.** Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em Leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção ex post facto, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas - isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. **Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.**

⁹⁶ BARBOSA, Joaquim B. B. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade. Rio de Janeiro:, Renovar, 2001, p. 40-A.

Desta forma, o sistema de cotas tem o escopo de, por meio da Justiça Distributiva, compensar as profundas desigualdades sociais praticadas no passado sobre determinados grupos sociais ou étnico-raciais a fim de lhes conferirem as mesmas oportunidades garantidas aos demais grupos sociais.

O próprio STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, entendeu, conforme voto do Ministro Ricardo Lewandovski, que o sistema de cotas é **constitucional**. A ação foi proposta pelo Partido Democratas (DEM) contra atos da Universidade de Brasília (UNB), do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e do Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE), os quais instituíram sistema de reserva de 20% de vagas no processo de seleção para ingresso de estudantes, com base em critério étnico-racial.

Tendo em vista que o voto proferido pelo STF é bastante extenso, transcrevem-se abaixo apenas alguns trechos da decisão tomada na referida ação, que bem transmite as razões adotadas pela mais alta Corte de Justiça do país para declarar a constitucionalidade do sistema de cotas:

Reputou-se, entretanto, que esse desiderato somente seria alcançado por meio da denominada “justiça distributiva”, que permitiria a superação das desigualdades no mundo dos fatos, por meio de intervenção estatal que realocasse bens e oportunidades existentes na sociedade em benefício de todos. Lembrou-se que o modelo constitucional pátrio incorporara diversos mecanismos institucionais para corrigir distorções resultantes da incidência meramente formal do princípio da igualdade. **Sinalizou-se que, na espécie, a aplicação desse preceito consistiria em técnica de distribuição de justiça, com o objetivo de promover a inclusão social de grupos excluídos, especialmente daqueles que, historicamente, teriam sido compelidos a viver na periferia da sociedade.** Em seguida, elucidou-se o conceito de ações afirmativas, que seriam medidas especiais e concretas para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos, com o fito de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais [...]

Demonstrou-se que a Constituição estabeleceria que o ingresso no ensino superior seria ministrado com base nos seguintes princípios: a) igualdade de condições para acesso e permanência na escola; b) pluralismo de ideias; e c) gestão democrática do ensino público (art. 206, I, III e IV). Além disso, os

níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação artística seriam alcançados segundo a capacidade de cada um (art. 208, V). **Exprimiou-se que o constituinte teria buscado temperar o rigor da aferição do mérito dos candidatos que pretendessem acesso à universidade com o princípio da igualdade material.** Assim, o mérito dos concorrentes que se encontrariam em situação de desvantagem com relação a outros, em virtude de suas condições sociais, não poderia ser aferido segundo ótica puramente linear. Mencionou-se que essas políticas não poderiam ser examinadas apenas sob o enfoque de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros. Deveriam, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço Princiipiológico sobre o qual se assentaria o Estado, desconsiderados interesses contingenciais. **Dessumiou-se que critérios objetivos de seleção, empregados de forma estratificada em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabariam por consolidar ou acirrar distorções existentes. Nesse aspecto, os espaços de poder político e social manter-se-iam inacessíveis aos grupos marginalizados, a perpetuar a elite dirigente, e a situação seria mais grave quando a concentração de privilégios afetasse a distribuição de recursos públicos [..]**

Realçou-se que essa metodologia de seleção diferenciada poderia tomar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, para assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade fossem beneficiadas pelo pluralismo de ideias, um dos fundamentos do Estado brasileiro (CF, art. 1º, V). Partir-se-ia da premissa de que o princípio da igualdade não poderia ser aplicado abstratamente, pois procederia a escolhas voltadas à concretização da justiça social, de modo a distribuir mais equitativamente os recursos públicos. [...]

Reportou-se que o reduzido número de negros e pardos detentores de cargos ou funções de relevo na sociedade resultaria da discriminação histórica que as sucessivas gerações dos pertencentes a esses grupos teriam sofrido, ainda que de forma implícita. Os programas de ação afirmativa seriam, então, forma de compensar essa discriminação culturalmente arraigada [...]

Discorreu-se sobre o papel integrador da universidade e os benefícios das ações afirmativas, que atingiriam não apenas o estudante que ingressara no sistema por intermédio das reservas de vagas, **como também todo o meio acadêmico, dada a oportunidade de conviver com o diferente.** Acrescentou-se que esse ambiente seria ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea. A corroborar essas assertivas, assinalaram-se diversas ações afirmativas desenvolvidas a respeito do tema nos EUA. Examinou-se, também, a adequação dos instrumentos utilizados para a efetivação das políticas de ação afirmativa com a Constituição. [...]

Afirmou-se, de igual maneira, que as políticas de ação afirmativa não configurariam meras concessões do Estado, mas deveres extraídos

dos princípios constitucionais. Assim, as cotas encontrariam amparo na Constituição. [...]

Ressaltou-se a natureza transitória dos programas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre brancos e negros decorreriam de séculos de dominação econômica, política e social dos primeiros sobre os segundos. Dessa forma, na medida em que essas distorções históricas fossem corrigidas, não haveria razão para a subsistência dos programas de ingresso nas universidades públicas. Se eles ainda assim permanecessem, poderiam converter-se em benesses permanentes, em detrimento da coletividade e da democracia. Consignou-se que, no caso da UnB, o critério da temporariedade fora cumprido, pois o programa de ações afirmativas lá instituído estabeleceu a necessidade de sua reavaliação após o transcurso de dez anos. Por fim, no que concerne à proporcionalidade entre os meios e os fins colimados nessas políticas, considerou-se que a reserva de 20% das vagas, na UnB, para estudantes negros, e de um pequeno número delas para índios, pelo prazo de citado, constituiria providência adequada e proporcional a atingir os mencionados desideratos⁹⁷.

Assim, o STF entende como constitucional, proporcional e razoável a reserva de 20% das vagas feitas pela Universidade de Brasília (UNB) para negros e índios, com base nos argumentos acima analisados. Contudo, tal sistema é, por natureza, temporário, pois a partir do momento em que todas as classes sociais estejam concorrendo em igualdade de condições não haverá mais razão para que se tenha este tratamento diferenciado.

Registre-se que, em razão de seus efeitos *erga omnes*, isto é, tendo em vista que os efeitos da decisão tomada pelo STF no controle de constitucionalidade valem para todos, os demais sistemas de cotas estabelecidos pelas demais instituições de ensino também são constitucionais.

Ademais, não somente o STF, mas também o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região também entendem pela constitucionalidade do sistema de cotas. Seguem, abaixo, algumas decisões neste sentido:

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em 27 jun. 2013.

Da universidade se espera não só que ofereça a educação escolar convencional, mas também que contribua para o avanço científico-tecnológico do País e seja partícipe do esforço nacional de eliminação ou mitigação, até por políticas afirmativas, das desigualdades que, infelizmente, ainda separam e contrapõem brasileiros. **Entre os princípios que vinculam a educação escolar básica e superior no Brasil está a "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 3º, I, da Lei 9.394/98). A não ser que se pretenda conferir caráter apenas retórico ao princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, deve-se a esta assegurar a possibilidade de buscar formas criativas de propiciar a natureza igualitária do ensino. Políticas afirmativas, quando endereçadas a combater genuínas situações fáticas incompatíveis com os fundamentos e princípios do Estado Social, ou a estes dar consistência e eficácia, em nada lembram privilégios, nem com eles se confundem. Em vez de funcionarem por exclusão de sujeitos de direitos, estampam nos seus objetivos e métodos a marca da valorização da inclusão, sobretudo daqueles aos quais se negam os benefícios mais elementares do patrimônio material e intelectual da Nação.**

O processo de seleção de estudantes pela via do sistema de cotas integra um conjunto de ações afirmativas instrumentalizadas para a promoção da igualdade efetiva, respeitando o princípio da isonomia aristotélica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Assim, políticas deste jaez buscam realinhar os meios de acesso e formas de competitividade a fim de assegurar condições para que grupos raciais, sociais ou étnicos, bem como indivíduos que necessitam da proteção específica do Estado, possam exercer os direitos consagrados na Constituição da República e nos diversos documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, **especialmente a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, integrada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 65.810/1969.** O art. 207 da Constituição Brasileira confere autonomia didático-científica, bem como administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades, o que lhes dá o direito de regulamentar seu funcionamento e editar as regras de acesso ao ensino superior, nos termos da Lei n. 9.394/96.⁹⁸

O Poder Judiciário deve assegurar um patamar mínimo de concretização a valores que afirmem o exercício da cidadania - tal como o acesso à educação superior - quando o processo administrativo-político ainda não foi capaz de efetiva-lo. No caso dos autos, tal atuação legítima e exige a adoção de mecanismos

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº 20084000008172. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 21 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

capazes de reduzir o vácuo de oportunidades que distanciam e matizam as classes que compõem a paisagem social brasileira.⁹⁹

Verifica-se que o Judiciário, novamente, teve de atuar no caso do sistema de cotas a fim de garantir **efetividade** a esta política pública de ação afirmativa e inclusiva e de acesso às instituições de ensino superiores.

3.3. POLÍTICA PÚBLICA DE OFERTA DE VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS PARA CRIANÇAS ATÉ 5 ANOS DE IDADE

Existe a Política Pública educacional de oferta regular de vagas em creches e pré-escolas para crianças até 5 (cinco) anos de idade, conforme o disposto nos arts. 7º, XXV e 208, ambos da Constituição Federal de 1988¹⁰⁰, que assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento **até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;**

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;

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 6ª Turma. Apelação Cível nº 199935000194126. Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (Conv.). Brasília, 21 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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) (grifo nosso)

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

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

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

Além da Constituição de 1988, a LDB¹⁰¹, em seu art. 30, também dispõe a respeito da educação infantil, especificando os limites de idade para os alunos das creches, até 3 (três) anos, e das pré-escolas, de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, com recente redação dada pela lei 12.796, de 04 de abril de 2013¹⁰², nos seguintes termos:

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - **creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade**;

II - **pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade**. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) (grifo nosso)

Cumpre-nos registrar que a idade limite para a educação infantil (creches e pré-escolas) era de até 6 (seis) anos, o qual foi diminuído para 5 (cinco) anos com a Emenda Constitucional n. 53/2006, que alterou o art.208, IV da CF/88.

Apesar do direito reconhecido na Constituição e na LDB, é comum a situação vivenciada de falta de vaga nas creches e pré-escolas para crianças

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e estabelece outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹⁰² BRASIL. Lei n. 12.796, de 04 de abril de 2013. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

até cinco anos de idade, o que gera a necessidade de se ajuizar uma ação no Judiciário, para que a questão seja resolvida.

Segue abaixo importante decisão judicial, do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema:

Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde . 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. 4. Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. **A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada.¹⁰³**

Ressalte-se que a decisão acima foi prolatada antes da vigência da Emenda Constitucional n. 53/2006, razão pela qual dispõe que a idade limite para a educação infantil é até 6 (seis) anos.

Como bem disposto na decisão acima, o Direito à Educação **tem absoluta prioridade e sua violação mostra-se tão grave e inadmissível como negar o direito à vida e à saúde.**

Assim, em havendo uma oferta irregular ou insuficiente de vagas em creches e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade podem os pais

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 200200699966. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 24 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

ingressar diretamente com uma ação no Judiciário, buscando o direito à matrícula de seu filho. Caso preferam, podem encaminhar o caso ao Ministério Público Estadual, que tem legitimidade para ingressar com a respectiva Ação Civil Pública, na defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente.

No caso, a simples alegação genérica, sem comprovação específica, por parte do Município, de que está com superlotação nas creches e pré-escolas e que já aplicou todos os recursos orçamentários destinados a educação infantil, não tem o condão de fazer com que se desincumba do seu dever legal de garantir a vaga a criança até cinco anos de idade. Nesse sentido, também já decidiu o STJ, nos seguintes termos:

A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.¹⁰⁴

Desta forma, verifica-se que, **para garantir efetividade e concretude** à política pública de oferta regular de vagas em creches e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade, o Judiciário teve que atuar no caso concreto.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 510.598/SP. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

3.4. POLÍTICA PÚBLICA DE TRANSFERÊNCIA ENTRE INSTITUIÇÕES DE ENSINO

A Lei Federal n. 9.536/97, em seu art.1^{o105}, versa sobre a possibilidade de transferência entre instituições de ensino, independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, ocasionada em razão de remoção de ofício pela Administração, nos seguintes termos:

Art. 1º A **transferência ex officio** a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, **em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição rebedora, ou para localidade mais próxima desta.**

Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

Esta política pública de transferência entre instituições de ensino no caso de servidores e militares removidos a serviço pela Administração estava gerando uma situação inusitada, afrontando o Princípio de Igualdade de Condições de Acesso ao Ensino em instituições de nível superior.

Isto porque era comum servidores militares, cívicos ou seus filhos e dependentes estudantes, matricularem-se em instituições de ensino superior particulares, sem muita expressão nacional e, após serem removidos a serviço pela Administração, requererem a sua transferência ou a de seus filhos para universidades públicas federais que, além de não serem pagas, eram de

¹⁰⁵ BRASIL. Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2013.

grande renome nacional, o que gerou, conseqüentemente, uma diminuição na oferta regular de vagas aos alunos egressos da seleção por vestibulares.

O caso chegou até o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3324, que prolatou a seguinte decisão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº 9.536/97. **A constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública.**¹⁰⁶

Desta forma, o STF entendeu que essa transferência *ex officio* entre instituições de ensino somente seria possível e constitucional se houvesse a **congeneridade das instituições, isto é, de privada para privada e de pública para pública, sendo inconstitucional qualquer transferência entre instituição privada para pública.**

Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça também possui decisões sobre a matéria:

Ao militar removido ex officio assiste o direito à matrícula em estabelecimento superior congênere do novo domicílio, em qualquer época do ano. 2. O Eg. STF, no julgamento da ADI 3.324, relator Min. Marco Aurélio, assentou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.536/97, verbis: "O Tribunal julgou procedente, em parte, pedido de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Lei 9.536/97 que prevê a possibilidade de efetivação de transferência ex officio de estudantes - servidores

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

públicos civis ou militares, ou de seus dependentes - entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino superior, quando requerida em razão de remoção ou transferência de ofício desses servidores que acarrete mudança de seu domicílio. Não obstante considerar consentânea com o texto constitucional a previsão normativa asseguradora do acesso a instituição de ensino na localidade para onde é removido o servidor, **entendeu-se que a possibilidade de transferência entre instituições não congêneres permitida pela norma impugnada, especialmente a da particular para a pública, haja vista a envergadura do ensino, a própria gratuidade e a escassez de vagas oferecidas pela última, acabou por conferir privilégio, sem justificativa, a determinado grupo social em detrimento do resto da sociedade, a violar os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade da Administração Pública, da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola superior (CF, art. 206, I) e a garantia do acesso aos níveis mais elevados do ensino (CF, art. 208, V).**¹⁰⁷

Desta forma, garantiu-se a regular oferta de vagas pelas Universidades Federais, aos candidatos oriundos do vestibular, bem como o direito dos servidores e de seus dependentes estudantes de continuarem o seu ensino em instituição congênere àquela em que estavam anteriormente matriculados.

Verifica-se, assim, que, neste caso, o Judiciário **adequou** a política pública de transferência entre as instituições de ensino, a fim de evitar injustiças, privilégios e violação ao Princípio da Igualdade de Condições de Acesso, pois, da forma como elaborada inicialmente, a lei foi silente a esse respeito, permitindo, inclusive, a transferência de uma universidade privada para uma pública.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. Recurso Especial nº 510.598/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

3.5. POLÍTICA PÚBLICA DE REINGRESSO EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR

Outra questão importante na seara da política pública educacional refere-se a possibilidade de reingresso do estudante em instituição de ensino superior, isto é, a possibilidade do aluno já graduado retornar a universidade em curso diverso do anteriormente concluído.

Neste ponto, em razão da autonomia didático-financeira das Universidades, incumbirá a cada regimento prever os requisitos necessários para o reingresso. Contudo, neste ponto, o Judiciário também atuou a fim de garantir o direito à isonomia.

Isto porque o reingresso, feito sem critérios, poderia vir a diminuir o número de vagas ofertadas aos alunos da graduação, que ainda não concluíram nenhum curso de nível superior. Nesse sentido, assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – UNIVERSIDADE – REINGRESSO – VAGAS REMANESCENTES – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA ISONOMIA 1. O Regimento da Universidade permite o reingresso de portadores de Diploma de Curso Superior, **desde que existam vagas remanescentes do vestibular e os candidatos se submetam a processo seletivo.** 2. Ao cuidar do direito à educação, a Constituição da República estabeleceu, em seu art. 206, os princípios fundamentais do ensino, entre os quais o da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, e o da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. 3. **Autorizar a matrícula pretendida pelo Apelante significaria permitir-lhe o acesso à instituição de ensino em condições diversas daquelas estabelecidas para seus concorrentes, que também desejam uma vaga no curso de Geografia, mas que, para tanto, têm que se submeter às normas previstas no Regimento da UFF, isto é, seria conferir-lhe um tratamento privilegiado e, em última análise, anti-isonômico.** 4. Remessa necessária e Apelação providas, para denegar a segurança.¹⁰⁸

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). 6ª Turma. Apelação Cível nº 200851020007082. Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros. Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

No caso em questão, o autor recorreu ao Judiciário para que a ele fosse garantido o Reingresso sem ter que se submeter a novo processo seletivo, o que não foi permitido pelo Poder Judiciário, contudo entendeu que o reingresso somente seria cabível desde que existissem vagas remanescentes do vestibular e os candidatos se submetessem a processo seletivo, **aperfeiçoando**, assim, a política pública educacional do reingresso.

3.6. POLÍTICA PÚBLICA DE COBRANÇA DE TAXAS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO

Como já analisamos neste trabalho, um dos princípios constitucionais é a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, nos termos do art.206, IV, da C.F/88, revelando uma clara política pública educacional.

Assim, o Poder Público, em instituições oficiais, não pode cobrar nenhuma mensalidade em razão da oferta do ensino, sendo apenas possível que se cobre taxa para ressarcir o custo material e operacional para a prestação de algum serviço específico diverso do ensino, como, por exemplo, inscrição em vestibular, a fim de ressarcir os custos com a impressão das provas e pagamento dos fiscais.

Porém, mesmo em tais situações, o aluno que comprovar insuficiência de recursos está também isento do pagamento de tal taxa, sob pena de não ter a condição de realizar a prova e de concorrer no mesmo nível de igualdade de condições dos demais alunos.

Nesse sentido foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. ISENÇÃO DE TAXA DE INSCRIÇÃO EM VESTIBULAR. COMPROVAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. - **O artigo 205 da Constituição Federal dispõe que a educação é um dever do Estado e tem por objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.- Os princípios que regem a educação estão fixados no artigo 206, da Magna Carta, dentre os quais destacam-se o da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I), e o que determina a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV). - A cobrança da taxa de inscrição no concurso vestibular a pessoa comprovadamente carente impede sua chance de acesso ao ensino superior, o que viola frontalmente a Constituição Federal. Precedentes jurisprudenciais. - Remessa improvida.¹⁰⁹**

Desta forma, mesmo em se tratando de taxas operacionais, cuja cobrança é permitida, já que não se refere ao custeio do ensino, mas sim ao ressarcimento de despesas específicas, o aluno tem o direito de requerer a sua isenção no pagamento, uma vez comprovada a insuficiência de recursos.

Assim, a atuação do Judiciário foi importante para, mais uma vez, **adequar** a política pública de gratuidade do ensino, a fim de aumentar, de forma proporcional e razoável, aqueles que têm direito à isenção do pagamento de taxas, mesmo que para o ressarcimento de custos específicos diversos da atividade de ensino, desde que comprovada a sua hipossuficiência financeira.

3.7. POLÍTICA PÚBLICA DO PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO

Como vimos, dentre os princípios constitucionais da educação nacional está o Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação e o Princípio do Piso Salarial Profissional Nacional para os professores da educação escolar.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº 200450010087309. Relator: Desembargador Federal Fernando Marques. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2011. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

A fim de implementar esta política pública de valorização aos profissionais das instituições de ensino, foi publicada a Lei Federal nº 11.738/2008¹¹⁰, cujos oito artigos assim dispõem:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica a que se refere a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional **é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.**

§ 2º Por profissionais do magistério público da educação básica entendem-se aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência, isto é, direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais, exercidas no âmbito das unidades escolares de educação básica, em suas diversas etapas e modalidades, com a formação mínima determinada pela legislação federal de diretrizes e bases da educação nacional.

§ 3º Os vencimentos iniciais referentes às demais jornadas de trabalho serão, no mínimo, proporcionais ao valor mencionado no caput deste artigo.

§ 4º **Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.**

§ 5º As disposições relativas ao piso salarial de que trata esta Lei serão aplicadas a todas as aposentadorias e pensões dos profissionais do magistério público da educação básica alcançadas pelo art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.

Art. 3º O **valor** de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios **será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:**

I – (VETADO);

II – **a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei,**

¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 11.738, de 16 de julho de 2008. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 mar. 2013.

atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

§ 1º A integralização de que trata o caput deste artigo poderá ser antecipada a qualquer tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º **Até 31 de dezembro de 2009**, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos.

Art. 5º O piso salarial profissional nacional do magistério público da educação básica será atualizado, anualmente, no mês de janeiro, a partir do ano de 2009.

Parágrafo único. A atualização de que trata o caput deste artigo será calculada utilizando-se o mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, definido nacionalmente, nos termos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Art. 6º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar ou adequar seus Planos de Carreira e Remuneração do Magistério até 31 de dezembro de 2009, tendo em vista o cumprimento do piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, conforme disposto no parágrafo único do art. 206 da Constituição Federal.

Art. 7º (VETADO)

Art. 8º **Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.**

Desta forma, a fim de valorizar os profissionais da educação básica, o Estado implementou a política pública do piso salarial, determinando um valor mínimo, abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

Ademais, a própria lei determinou que, para a composição da jornada de trabalho, no máximo de 2/3 da carga horária será composta de atividade em sala de aula de interação com os alunos.

Contudo, não obstante o art.4º da referida lei prever a possibilidade da União complementar o valor a fim de se alcançar o piso nacional, muitos Estados não se conformaram com o valor atribuído ao piso, sob a alegação de que haveria fortes impactos financeiros nas contas das administrações públicas.

Ademais, questionavam também o limite de jornada máxima de 40 horas semanais, bem como a necessidade de no máximo 2/3 desta carga horária referir-se a atividades dentro de sala de aula.

Por esta razão, os Estados do Mato Grosso do Sul, do Paraná, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul e do Ceará ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4167 no STF, impugnando os artigos 2º, §§ 1º e 4º; 3º, caput, II e III; e 8º, todos da Lei 11.738/2008, que dispõe sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

Esses cinco Estados alegavam, em síntese, que o estabelecimento de um piso nacional usurparia competência legislativa dos Estados, bem como violaria o pacto federativo. Ademais, contestavam os valores estabelecidos em face das dificuldades de adaptação, em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O STF, por maioria, sobre o caso, proferiu a seguinte decisão:

Esclareceu-se que essa jornada teria por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o padrão monetário de R\$ 950,00, e que a inexistência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis.

Afastou-se, também, o argumento de que a União não poderia estabelecer tal piso, sob pena de ofensa ao pacto federativo. Asseverou-se a competência do aludido ente para dispor sobre diretrizes e bases da educação e fixar o piso salarial para os professores do magistério público da educação básica. Apontou-se que esse mister compreenderia a definição se o vocábulo “piso” referir-se-ia à remuneração global — escolha por uma proteção mínima — ou a vencimento básico — política de incentivo. **Registrou-se, entretanto, que a norma questionada não faria menção sobre o que se deveria entender por “piso” e que existiria um regime de transição a implicar o reconhecimento de que ela diria respeito ao vencimento.**

De outro lado, com relação ao § 4º do art. 2º da Lei adversada, os Ministros Joaquim Barbosa, relator, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Ayres Britto declaravam a sua constitucionalidade. Consignaram que a diretriz atinente ao cumprimento de, no máximo, 2/3 da carga horária do magistério em atividades de sala de aula estaria intrinsecamente atrelada ao tema do piso salarial, dado que não se poderia dele cogitar sem a jornada de trabalho. Dessa forma, consideraram que o mencionado dispositivo, à luz do art. 206 da CF, não representaria invasão de competência dos demais entes federados, com a consequente ruptura do pacto federativo. **Em divergência, os Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio julgaram o pleito procedente ao fundamento de que teria havido usurpação da competência legislativa dos Estados-membros e dos Municípios.** Após, o julgamento foi suspenso para aguardar o voto do Min. Cezar Peluso, Presidente, nos termos do parágrafo único do art. 23 da Lei 9.868/99.

Nesta assentada, o Min. Cezar Peluso, Presidente, acompanhou a divergência relativa ao § 4º do art. 2º da Lei impugnada para declarar sua inconstitucionalidade, por considerar usurpada a competência dos Estados-membros e dos Municípios para legislar sobre jornada de trabalho, a qual, na espécie, deveria observar o limite máximo de 2/3 da carga horária no desempenho de atividades em sala de aula. **Diante do empate no que se refere a tal dispositivo, deliberou-se, também por maioria, que a decisão da Corte — exclusivamente em relação ao § 4º do art. 2º da mencionada Lei — não se reveste de eficácia vinculante e efeito erga omnes, por não haver sido obtida a maioria absoluta, necessária para tanto.**¹¹¹

Verifica-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal entendeu ser constitucional o piso salarial mínimo para os professores da educação básica, bem como o seu valor e a sua forma de reajuste anual. Ademais, entendeu

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

também ser constitucional o limite máximo da jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais.

Porém, em relação à necessidade de, no máximo, 2/3 da jornada de trabalho referir-se a atividade de dentro de sala de aula, com interação com os alunos, nos termos do art. 2º, §4º, da Lei 11.738/2008, houve divergência entre os ministros, pois cinco deles entenderam pela sua constitucionalidade, porém outros cinco pela sua inconstitucionalidade.

Em razão do empate, vigora o entendimento pela constitucionalidade da lei referente a esse ponto, em razão do Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis, porém, tendo em vista que não houve a decisão por maioria, esta decisão de constitucionalidade referente ao art. 2º, §4º, da Lei 11.738/2008 **não se reveste de eficácia vinculante e efeito *erga omnes***, isto é, não vincula os demais órgãos do Judiciário (que podem decidir de forma diversa da realizada pelo STF, somente quando a constitucionalidade ou não do art. 2º, §4º, da Lei 11.738/2008), bem como não vale para os demais Estados, que não são partes na ADIN 4.167.

Na prática, isso significa que, tendo em vista que a referida Lei foi considerada constitucional, sem alterações, 1/3, no mínimo, da carga horária de 40 (quarenta) horas semanais dos professores da educação básica dos Estados de Mato Grosso do Sul, do Paraná, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul e do Ceará devem ser cumpridas em atividades extracurriculares.

Contudo, sobre este ponto específico, os demais Estados da Federação podem editar leis estaduais dispondo em sentido diverso, como, por exemplo, prevendo que metade da carga horária dos professores da educação básica serão de atividades extracurriculares, tendo em vista que, sobre esta questão, em face do empate no voto entre os ministros do STF, a decisão não é aplicada a todos os demais Estados e os demais órgãos do Poder Judiciário podem sobre tal questão prolatar decisão diversa.

Contudo, o professor dos Estados do Mato Grosso do Sul, do Paraná, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul e do Ceará que cumprem a jornada de trabalho de 40 horas semanais devem ficar pelo menos 13 horas

semanais em atividade extraclasse, como planejamento pedagógico, formação profissional e pesquisas para aulas.

No entanto, frise-se, como a decisão do STF sobre esse ponto (art. 2º, §4º) não alcançou o quórum de seis votos (maioria), não se aplicam os efeitos vinculantes em relação a esse artigo da legislação, o que representa que os demais Estados que não são partes no processo poderão legislar de forma diferente, bem como a decisão poderá ser novamente questionada judicialmente e outros tribunais poderão julgar de forma diversa, razão pela qual o debate, inclusive, pode voltar novamente para o STF.

Sobre o tema, ainda, uma interessante questão diz respeito em saber se o termo “piso salarial” refere-se ao vencimento básico (sem a inclusão de nenhuma vantagem patrimonial) ou ao total da remuneração do professor (incluindo eventuais vantagens patrimoniais).

Nesse ponto, o art. 3º, §2º, da Lei nº 11.738/2009 estabeleceu uma regra de transição, no sentido de que, até 31/12/2009, para se atingir o valor do piso, poder-se-ia incluir eventuais vantagens pecuniárias, a fim dos Estados e Municípios se adequarem à nova lei. *A contrario sensu*, a partir de 01/01/2010, o piso referia-se apenas ao vencimento básico, sem incluir em seu cômputo eventuais vantagens pecuniárias.

O STF, no julgamento da referida ADIN 4367, deferiu medida cautelar, em 17.12.2008, entendendo que o prazo estipulado na lei até 31/12/2009 não seria suficiente para a adequação dos Estados, notadamente por a questão pender de julgamento por parte do STF. Assim, foi dada interpretação conforme a Constituição para que, até o julgamento da referida ADI, o piso salarial a que se refere a lei deve representar a remuneração do professor, incluindo eventuais vantagens. Nesse sentido, assim se decidiu:

O Tribunal deferiu em parte a cautelar para fixar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, **no sentido de que, até o julgamento final da ação, a referência do piso salarial é a remuneração**. Entendeu-se, primeiro, ausente a plausibilidade da alegada violação da reserva de Lei de iniciativa do Chefe do Executivo local (CF, art. 61, § 1º, II), do pacto federativo (CF, artigos 1º, caput, 25, caput e § 1º, e 60, § 4º, I) e da proibição de excesso (razoabilidade e proporcionalidade), no que se refere à fixação da jornada de trabalho de 40 horas semanais. Esclareceu-se que essa

jornada tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R\$ 950,00, e que a inexistência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexecutáveis. Quanto à assertiva de que o vencimento ao qual seria aplicável o piso corresponderia à remuneração do servidor, ou seja, à soma dos valores recebidos a título de contraprestação direta pelo trabalho, o vencimento, e de todas as vantagens pecuniárias, tendo em conta que a própria Lei, no § 2º do seu art. 3º (“Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.”), **utilizou mecanismo de calibração que confere ao Estado margem temporal para estudo e possível adequação das conseqüências financeiras que poderão advir da equiparação do piso ao vencimento básico, o Tribunal resolveu dar interpretação conforme para que essa prorrogação alcance especificamente a data de julgamento da ADI. Ressaltou-se que a data eLeita pela Lei, não coincidindo com aquela, poderia gerar dificuldades em razão de não estar estabelecida ainda a fixação, pela Suprema Corte, de orientação acerca dos conceitos básicos discutidos.**¹¹²

Contudo, tendo em vista que a ação foi julgada em 27/04/2011, o STF entendeu que o piso salarial representa o vencimento básico dos professores, não se incluindo, em seu valor, eventuais vantagens pecuniárias, gratificações ou bônus.

Assim, em 27/02/2013, o STF prolatou a seguinte decisão:

Ademais, por maioria, recebeu embargos declaratórios, apresentados pelos Governadores dos Estados de Mato Grosso do Sul, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Ceará, para definir a eficácia da norma a partir de 27.4.2011, data em que resolvida a matéria de fundo.¹¹³

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

Desta forma, a partir de 27/04/2011 (data do julgamento da ADI 4367), o piso salarial refere-se ao vencimento básico do professor, não incluídas vantagens pecuniárias. Porém, de 17/07/2008 (data da publicação da Lei 11.738/2008) até 26/04/2011 (um dia antes do julgamento da ADI 4367), o piso salarial dos professores da educação básica significava remuneração, incluídas eventuais vantagens pecuniárias, gratificações e bônus.

Assim, a título de registro, em relação ao ano de 2013, o piso salarial para os professores da educação básica, já devidamente reajustado, é no valor de R\$ 1.567,00, que, como explanado, representa o vencimento básico, aos professores que tenham carga horária de 40 horas semanais, sem incluir vantagens pecuniárias, gratificações ou bônus¹¹⁴.

Porém, não obstante já ter ocorrido o julgamento da ADIN 4167, conforme já explanado, os Governadores, novamente, agora dos Estados de Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina, ingressaram com nova ADI no STF, em 04 de setembro de 2012, de n. 4848, questionando, agora, especificamente o art. 5º da Lei 11.738/2008, que dispõe a respeito do critério de reajuste anual do valor do piso nacional.

A referida lei dispõe que o piso deve ser reajustado anualmente a partir de janeiro, tendo como critério o crescimento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB). Entre 2011 e 2012, o índice foi de 22% e o valor passou de R\$ 1.187,00 para R\$ 1.451,00. Em 2013, houve reajuste de 7,97% passando o valor para R\$ 1.567,00¹¹⁵. Em 2014, o reajuste foi de 8.32%, sendo no valor de R\$ 1.697,00.¹¹⁶

Os governadores destes Estados sustentam na ADI 4848 que o reajuste do piso deve ser feito com base no INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, o que, na prática, representa reajuste em valores menores ao que se obtém atualmente. Ressalte-se que tramita na Câmara dos Deputados

¹¹⁴ Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-01-10/mec-confirma-novo-piso-de-professores-de-r-1567.html>>. Acesso em 15 out. 2013.

¹¹⁵ Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-01-10/piso-salarial-dos-professores-tera-reajuste-de-797-em-2013>. Acesso em 17 out.2013.

¹¹⁶ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20191:piso-salarial-do-magisterio-sera-reajustado-em-832-conforme-a-lei-valor-sera-de-r-1697&catid=211&Itemid=86. Acesso em 15 fev. 2014.

um Projeto de Lei (PL), defendido pelos Estados, que visa alterar o art. 5º da Lei 11.738/2008, prevendo expressamente o INPC como critério de reajuste.

Até o momento, o STF, por meio do Relator Min. Joaquim Barbosa, tão somente proferiu decisão indeferindo o pedido de medida cautelar, porém ainda não houve decisão referente ao mérito da ADIN 4848¹¹⁷.

Verifica-se, assim, que o STF, pelo menos até o momento, com base no julgamento referente a ADI 4167, **manteve e concretizou, com pequenas alterações, somente em relação ao critério temporal de validade da norma**, a política pública educacional de valorização dos professores do ensino básico, mediante a declaração de constitucionalidade do piso salarial nacional.

Visto os aspectos referentes ao piso salarial, que tem íntima relação com o Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação Escolar, passaremos a analisar a principal consequência da sua não efetivação pelo Poder Público, que é a possibilidade dos professores realizarem greve.

Apesar de não se tratar de uma política pública, a greve dos profissionais da educação escolar tem forte impacto na sociedade, em face da ausência de aulas dos alunos, bem como no Governo, ante a pressão popular pela rápida solução do conflito.

Em relação aos professores da iniciativa privada há a Lei nº 7.783/1989¹¹⁸ que dispõe a respeito da greve dos trabalhadores, estabelecendo requisitos e condições para o exercício desse direito constitucional previsto no art. 9º da CF/88¹¹⁹, que assim dispõe:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

¹¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 15 nov. 2013.

¹¹⁸ BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

No tocante aos profissionais da educação do ensino público a CF/88 também assegura o direito a greve em seu art. 37, VII, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VII - o **direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)¹²⁰

Assim, apesar da CF/88 garantir o direito de greve, é necessária a existência de uma lei específica a que se refere, na qual haverá os termos e os limites para o exercício deste direito. Contudo, até hoje, passados mais de 20 (vinte) anos da promulgação da Constituição, ainda não existe tal lei específica versando sobre o direito de greve dos profissionais da educação do ensino público.

Essa ausência de lei inviabiliza o próprio exercício do direito, tendo em vista que não se sabe como o direito de greve pode ser exercido, nem tampouco quais os seus limites e condições. Trata-se, assim, de norma de eficácia limitada, isto é, cujos efeitos somente serão plenos quando for publicada a referida lei que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos.

Neste caso, verifica-se que, intencionalmente ou não, há uma absoluta ausência de interesse político em se garantir o direito do exercício de greve dos professores da educação pública, em face da ausência de qualquer lei ou ato normativo sobre o assunto.

Sobre a questão, o STF, no julgamento do Mandado de Injunção n. 718, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação no Município de João Pessoa, prolatou a seguinte decisão:

¹²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1º). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "Lei da selva".

3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de Lei complementar para a de Lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento Legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais.

3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da Lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente

regulamentada por Lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus).¹²¹

Desta forma, o STF, em alteração à sua jurisprudência anterior, passou a entender que a mora legislativa, em razão da ausência de lei, pode ser solucionada pelo Poder Judiciário, bastando a aplicação aos servidores públicos profissionais da educação o que dispõe a Lei 7.783/1989, que disciplina a greve na iniciativa privada.

Desta forma, devem ser aplicados os limites previstos na referida lei, como, por exemplo, a manutenção de um percentual mínimo de professores trabalhando, a fim de garantir a continuidade dos serviços públicos de educação, que, via de regra, representa 30% (trinta por cento) do efetivo.

Desta forma, verifica-se que o STF, no caso em questão, não somente efetivou como também implementou o direito do exercício de greve dos servidores públicos da educação em face da ausência, até hoje, de lei federal prevendo o seu exercício.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n ° 708. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09 de maio de 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

3.8. POLÍTICA PÚBLICA DO PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI

O Programa Universidade para Todos - PROUNI é um programa do Ministério da Educação, instituído pela Medida Provisória nº 213/2004, convertida na Lei nº 11.096/2005, que concede bolsas de estudo integrais e parciais (50%) em instituições particulares de ensino superior, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica a estudantes brasileiros não portadores de diploma de curso superior.¹²²

Trata-se, assim, de uma política pública educacional que visa estimular a formação do ensino superior aos estudantes que não tenham condições financeiras de custearem uma instituição de ensino superior particular.

Note-se que enquanto o PROUNI é uma política pública no qual é o próprio Estado que arca com as despesas educacionais do aluno, por meio de bolsas integrais ou parciais, o Fundo de Financiamento Estudantil - FIES, programa que trataremos detalhadamente no tópico seguinte, é um financiamento público, no qual o estudante irá ressarcir as despesas educacionais arcadas pelo Governo. Ressalte-se que o bolsista parcial de 50% do PROUNI poderá utilizar o FIES para custear os outros 50% da mensalidade, sem a necessidade de apresentação de fiador no momento da contratação do financiamento.¹²³

Por se tratar de uma política educacional inclusiva, voltada para estudantes de baixa renda, para concorrer às bolsas integrais o aluno deve comprovar renda familiar bruta mensal, por pessoa, de até um salário mínimo e meio e para as bolsas parciais a renda bruta mensal familiar deve ser de até

¹²² Disponível em: <http://siteprouni.mec.gov.br/>. Acesso em 18.11.2013.

¹²³ Disponível em: http://siteprouni.mec.gov.br/tire_suas_duvidas.php#conhecendo. Acesso em 18.11.2013.

três salários mínimos por pessoa¹²⁴. Além do requisito da renda familiar, para participar do PROUNI o candidato deve preencher um dos seguintes requisitos:

a) ter cursado o ensino médio completo em escola de rede pública¹²⁵;

b) ter cursado o ensino médio completo em escola de rede privada, na condição de bolsista integral da própria escola¹²⁶;

c) ter cursado o ensino médio parcialmente em escola de rede pública e parcialmente em escola da rede privada, na condição de bolsista integral da própria escola privada¹²⁷;

d) ser pessoa com deficiência¹²⁸;

e) ser professor da rede pública de ensino, no efetivo exercício da magistratura da educação básica e integrando o quadro de pessoal permanente da instituição pública e concorrer a bolsas exclusivamente nos cursos com grau de licenciatura. Nesses casos não é necessário comprovar o requisito da renda familiar¹²⁹.

Ressalte-se que para se inscrever no PROUNI é necessário que o aluno tenha participado do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM e obtenha, no mínimo, 450 pontos na nota média do exame, bem como nota acima de zero na redação.¹³⁰

Registre-se que além das bolsas para deficientes, o PROUNI também reserva cotas para indígenas, pardos ou afrodescendentes.¹³¹

Não se deve confundir o PROUNI com o Sistema de Seleção Unificada – SISU, que é um sistema uniformizado, gerenciado pelo Ministério

¹²⁴ Disponível em: <http://siteprouni.mec.gov.br/>. Acesso em 18.11.2013.

¹²⁵ Disponível em: http://siteprouni.mec.gov.br/tire_suas_duvidas.php#conhecendo. Acesso em 18.11.2013.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Disponível em: <http://siteprouni.mec.gov.br/>. Acesso em 18.11.2013.

¹³¹ Disponível em: http://siteprouni.mec.gov.br/tire_suas_duvidas.php#conhecendo. Acesso em 18.11.2013.

da Educação (MEC), no qual instituições públicas de ensino superior oferecem vagas para candidatos participantes do ENEM.¹³²

Porém, o candidato que se inscreveu no SISU também pode se inscrever no PROUNI, desde que atenda aos critérios do programa, ressaltando que caso seja selecionado nos dois programas, deve optar pela bolsa no PROUNI ou pela vaga no SISU, pois é vedado ao aluno utilizar uma bolsa do programa e estar, simultaneamente, matriculado em instituição de ensino superior pública e gratuita.¹³³

Visto o conceito e os requisitos do PROUNI, passemos agora a analisar a atuação do Poder Judiciário envolvendo esta política pública educacional.

Após a criação do PROUNI, houve a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330, interposta pelo Partido Democratas (DEM), a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN e a Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social – FENAFISP, requerendo que o STF declarasse a inconstitucionalidade da referida política pública educacional, sob a alegação de que, dentre outras questões, violava o Princípio da Isonomia, em face de privilegiar tão somente os egressos do ensino médio da rede pública de ensino ou bolsistas integrais da rede privada.

O STF, tendo como relator o então Ministro Ayres Brito, em julgamento datado de 03/05/2012, entendeu que a referida política pública educacional é constitucional, uma vez que a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas ou particulares na condição de bolsista integral trata-se de um *descrímen* necessário para que haja a compensação em razão de sua inferioridade de condições frente aos que tiveram condições de pagar bons colégios particulares, homenageando, assim, a máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Nesse sentido, confira a decisão do STF, no julgamento da ADI 3330:

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.. 7. **Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualdade em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.** 8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).¹³⁴

Verifica-se, assim, que o Poder Judiciário, concretizou a política pública educacional do PROUNI, entendendo ser constitucional, pois está de acordo com o Princípio da Isonomia, na medida em que é necessário tratar desigualmente os estudantes egressos do ensino médio da rede pública de ensino ou da rede particular na condição de bolsistas integrais, na medida de sua desigualdade, a fim de que possam concorrer, com o mesmo nível de oportunidades, com os estudantes oriundos do ensino médio que puderam custear bons colégios particulares.

Ressalte-se que no referido julgamento da ADIN nº33 30, o STF entendeu ser também constitucional o art. 9 da Lei nº 11.095/2005, que versa sobre as penalidades aplicadas às instituições de ensino no caso de

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 03 de maio de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão ao PROUNI¹³⁵.

Outro assunto importante sobre esta política pública, está previsto no art.1º, § 1º, da Lei 11.096/2005, que veda a participação no programa de candidatos que já tenham concluído curso de ensino superior. A finalidade de tal vedação é garantir a universalização do programa para atingir prioritariamente aqueles alunos que ainda não tenha concluído o nível superior.

Em face de tal vedação legal, o Poder Judiciário proibiu a matrícula de determinada aluna no curso de Medicina pelo PROUNI, tendo em vista que já tinha concluído anteriormente todas as matérias do curso de Enfermagem, mas não havia requerido a sua colação, no intuito de ingressar no curso de Medicina com os benefícios do PROUNI. Entendeu o Judiciário que a atitude da estudante configura burla à Lei 11.096/2005, que proíbe que candidatos que já tenha nível superior participem do PROUNI. Nesse sentido, foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos seguintes termos:

A atitude do impetrante de postergar indefinidamente a colação de grau do Curso de Enfermagem para obter bolsa de estudos para Medicina configura burla à Lei n. 11.096/2005, que veda a concessão de bolsa pelo PROUNI a quem detém curso superior (art. 1º, § 1º).¹³⁶ (grifo nosso).

Verifica, assim, que neste caso, o Poder Judiciário atuou no caso concreto para efetivar a política pública educacional do PROUNI, mantendo um dos seus requisitos, qual seja a necessidade de que o aluno não detenha curso superior, a fim de evitar burla à lei 11.096/2005, concretizando o direito social à educação.

Outra situação recorrente referente ao PROUNI é no tocante à renda familiar bruta mensal por pessoa de até três salários mínimos para a participação no programa. Tal requisito é constitucional pois, como ressaltamos, trata-se de uma política pública inclusiva, destinada a alunos de

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 5ª Turma. Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 15 de abril de 2014. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 17 maio 2014.

baixa renda, pois, aqueles que ultrapassarem tal limite, podem se beneficiar do FIES, com juros mais baixos que os do mercado.

Contudo, apesar de constitucional, em muitos casos, a forma como é verificada tal renda durante o programa tem gerado distorções que são corrigidas pelo Judiciário. A Portaria Normativa nº19/2008 do MEC, em seu art.10, IX, prevê que a bolsa de estudo pode ser encerrada quando houver *“IX - substancial mudança de condição socioeconômica do bolsista.”*¹³⁷

Assim, com base em tal legislação, pode o Coordenador ou representante do PROUNI encerrar uma bolsa de estudos já concedida caso o aluno, durante o curso, tenha mudança em sua renda familiar bruta mensal por pessoa que ultrapasse três salários mínimos.

Ocorre que, com base em tal permissão legal, bolsas de estudos concedidas pelo PROUNI estavam sendo encerradas pelo simples fato da família do aluno ter adquirido um automóvel, sob a alegação de que teria havido um aumento substancial na renda familiar. O Poder Judiciário atuou no caso concreto e manteve o direito do aluno de utilizar-se de sua bolsa pelo PROUNI, sob a alegação de que a aquisição de um automóvel pela família do estudante não caracteriza, necessariamente, mudança de condição econômica do impetrante. Nesse sentido, foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos seguintes termos:

O encerramento da bolsa de estudo, segundo a Portaria Normativa n. 19/2008 do Ministério da Educação, poderá ocorrer no caso de "substancial mudança de condição socioeconômica do bolsista", que se dará "exclusivamente quando, apurada a superveniência de condição econômica incompatível com a condição de bolsista, restar demonstrado que a renda familiar mensal per capita do aluno é suficiente para arcar com o pagamento dos encargos educacionais sem prejuízo de sua subsistência ou de seus familiares" (art. 10, IX, § 3º).4. **O cancelamento da bolsa de estudo só se justifica quando a renda da família superar o limite legal, na hipótese, três salários mínimos, não se mostrando a aquisição de um bem pela família (automóvel) apta a caracterizar, necessariamente,**

¹³⁷ Fonte: <http://meclegis.mec.gov.br/documento/view/id/162>. Acesso em 19.11.2013.

mudança de condição econômica do impetrante.¹³⁸ (grifo nosso).

Verifica-se, neste caso, que o Judiciário atuou no caso concreto para concretizar a política pública educacional, mantendo o direito do estudante de se beneficiar da bolsa do PROUNI, mesmo a sua família tendo adquirido um automóvel.

Ainda referente ao aspecto da renda familiar mensal para participar do PROUNI, caso esta ultrapasse infimamente os limites previstos na lei 11.096/2005 (1,5 salários mínimos para bolsa integral e 3 salários mínimos para bolsas parciais de 50%) o Coordenador do PROUNI veda a participação do aluno no programa. Em determinada situação, a renda mensal familiar per capita do aluno ultrapassou em R\$ 11,40 (onze reais e quarenta centavos) o limite de 1,5 salários mínimos, situação que gerou a sua exclusão do programa e a não concessão da bolsa integral postulada. Porém, o Poder Judiciário atuou, no caso concreto, para garantir o direito de participação do aluno do PROUNI e concedeu o direito a obter a bolsa integral, sob a alegação de que o valor que ultrapassou o limite era ínfimo e que deve ser analisada a finalidade da norma. Nesse sentido, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROUNI. REQUISITOS. DIFERENÇA ÍNFIMA DA RENDA FAMILIAR DA REQUERENTE EM COMPARAÇÃO AO VALOR MÁXIMO EXIGIDO PARA A CONCESSÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. **Hipótese em que a estudante, ora agravada, foi excluída do programa pelo fato de possuir renda familiar superior, R\$ 11,40, ao limite que a lei da concessão do ProUni exige.** 2. **A negativa de concessão da bolsa integral, no presente caso, seria interpretação extremamente formal da lei. Portanto, ainda que imprescindível o cumprimento dos requisitos previstos na Lei 11.096/2005, deve-se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele**

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 5ª Turma. Apelação em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 10 de abril de 2014. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 maio. 2014.

colimada. 3. Agravo Regimental não provido.¹³⁹ (grifo nosso).

Assim, no presente caso, o Judiciário concretizou a política pública educacional, garantindo o acesso do estudante de baixa renda ao ensino superior, mesmo que sua renda familiar ultrapasse infimamente os limites estabelecidos na lei 10.096/2005, tendo em vista que deve ser realizada uma interpretação finalística e não formal da lei.

Outra questão referente ao PROUNI refere-se à necessidade de que o aluno tenha cursado o ensino médio totalmente em instituição pública ou em caso de instituição particular, que tenha sido bolsista integral. Em face de tal requisito, que, como vimos, já foi declarado constitucional pelo STF no julgamento da ADI nº 3330, determinado aluno foi excluído do programa pelo fato de ter cursado apenas o último ano do ensino médio em rede particular de ensino, com isenção parcial de 93%. Assim, apesar de no primeiro e segundo ano do ensino médio ter tido bolsa integral (100%), mas como no último ano sua bolsa foi de 93% o estudante não teve direito de participar do PROUNI.

Contudo, o Judiciário entendeu que os 7% cobrados de mensalidade, que ocorreu tão-somente no último ano do ensino médio, são ínfimos e reconheceu o direito do aluno em participar do PROUNI. Nesse sentido, foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

1. Hipótese em que a estudante-recorrida cursou o 1º e 2º ano do ensino médio com bolsa integral, sendo que, no último ano do ensino médio, o percentual de isenção foi de 93%. 2. **Não é razoável negar a matrícula da ora recorrente no curso de ensino superior sob a justificativa de que não cursou o ensino médio na condição de bolsista integral, tendo em vista que os 7% cobrados de mensalidade tão-somente no último ano são ínfimos.** 3. **De se notar que a finalidade da referida regra é garantir, pela eleição do critério do desfrute de bolsa integral no ensino médio, que o acesso ao Prouni seja permitido apenas por estudantes de baixa**

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 201201891948. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 12 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

renda, de modo que a flexibilização que ora se realiza não tem o condão de violar a ratio normativa, a segurança jurídica ou a isonomia. 4. Recurso especial não provido.¹⁴⁰ (grifo nosso).

Desta forma, o Judiciário concretizou o direito constitucional de acesso ao ensino superior do estudante, efetivando a política pública educacional do PROUNI, tendo em vista que se valorou a finalidade da norma, mesmo que o aluno tenha tido isenção de 93% em rede privada no seu último ano do ensino médio.

3.9. POLÍTICA PÚBLICA DO FINANCIAMENTO ESTUDANTIL – FIES

O Fundo de Financiamento Estudantil – FIES é uma política pública educacional, criada pela Medida Provisória nº 827/99, de 27/05/1999 e, após ter sido inúmeras vezes reeditada, foi renumerada como Medida Provisória nº 2.094/2001 e convertida na Lei nº 10.260/2001¹⁴¹.

O referido programa é gerido pelo Ministério da Educação - MEC, por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), cujo objetivo é financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas cujos cursos possuam conceito maior ou igual a 03 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES).

Cumpramos ressaltar que a Lei nº 11.552/2007 alterou a Lei nº 10.260/2001, e, dentre outras medidas, estendeu os recursos do FIES também para o custeio de cursos de mestrado e doutorado (e não somente para os cursos de graduação, como previsto inicialmente).

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 200200699966. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

¹⁴¹Fonte: www.planalto.gov.br. Acesso em 17.11.2013.

Ademais, em 14 de janeiro de 2010, foi editada a Lei nº 12.202/2010 que alterou a Lei nº 10.260/2001 para incluir a possibilidade do FIES também custear, além dos cursos de mestrado e doutorado, a “educação profissional técnica de nível médio”. Posteriormente, a Lei nº 12.513/2011, alterou tal termo e previu que o FIES pode também ser utilizado para financiamentos referentes a “educação profissional e tecnológica”.

Desta forma, desde a edição da Lei nº 11.552/2007, de 19 de novembro de 2007, passou a existir previsão legal para a utilização de recursos do FIES, caso houvesse disponibilidade, para o custeio de cursos de mestrado e doutorado e desde 14 de janeiro de 2010, por meio da Lei nº 12.202/2010 há previsão para que o FIES custeie também cursos de educação profissional de nível médio.

Contudo, apesar desta previsão legal, na prática, o FIES estava apenas destinando os seus recursos para o financiamento dos cursos de graduação, tendo em vista a ausência de regulamentação completa a respeito dessa modalidade de financiamento por parte do MEC, não obstante já houvesse uma previsão no art.1º, §5º, da Portaria Normativa do MEC nº1/2010.

Apesar da demora, tal regulamentação foi finalmente feita por meio da Portaria Normativa do MEC nº15, de 01 de julho de 2014¹⁴², que regulamentou o FIES-Pós Graduação, possibilitando, desde que haja disponibilidade financeira, que seja financiado até 100% dos encargos educacionais dos cursos de mestrado acadêmico, mestrado profissional e doutorado, recomendados pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES que obtiverem a nota mínima de 03 (três).

Ademais, a referida portaria também prevê a destinação de recursos para o financiamento dos cursos de educação profissional técnica de nível médio, devidamente regularizados junto ao Sistema Nacional de Informações da Educação Profissional e Tecnológica – SISTEC e avaliados pelos respectivos Conselhos Estaduais de Educação.

¹⁴² Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/>. Acesso em: 04 de julho de 2014.

Desta forma, a partir de 01 de julho de 2014 o FIES passa a custear, efetivamente, além dos cursos de graduação, também os cursos de pós-graduação (doutorado acadêmico, profissional e doutorado), bem como da educação profissional e tecnológica.

Cumprе ressaltar que o FIES substituiu o antigo Programa de Crédito Educativo – PROCRED, que foi criado pela Lei 8.436/92, e possibilitava o acesso dos alunos de baixa renda ao ensino superior. Contudo, o PROCRED, em que pese o art.9º da Lei nº 8.436/92 ¹⁴³ previsse garantias ao contrato de financiamento, acabou por, na prática, flexibilizar tais garantias contratuais, em benefício dos estudantes carentes, o que acarretou inadimplência em sacrifício do orçamento público, e, conseqüentemente, o fracasso dessa iniciativa, a ponto de se obter a taxa de inadimplência no elevado percentual de 70% (setenta por cento).¹⁴⁴

Conforme o art.2º, da Portaria Normativa do MEC nº 10/2010, a inscrição no FIES será efetuada exclusivamente pela internet, em qualquer período do ano, de janeiro a junho, para o financiamento relativo ao primeiro semestre, e de julho a dezembro, para o financiamento relativo ao segundo semestre do ano, por meio do Sistema Informatizado do FIES - SISFIES, disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE¹⁴⁵.

Nos termos do art.4º da Lei nº 10.260/2001 são passíveis de financiamento pelo FIES até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino devidamente cadastradas pelo MEC, sendo de 50% (cinquenta por cento) o percentual mínimo de financiamento¹⁴⁶.

O FIES é, atualmente, composto por três fases de pagamento: a) fase de utilização, que corresponde ao período do curso, no qual o estudante

¹⁴³ Art. 9º O contrato de que trata esta lei estabelecerá as condições de transferência dos recursos por parte da Caixa Econômica Federal e as garantias relativas em caso de atraso dos repasses, estando, em função deste último aspecto, as instituições de ensino impedidas [...]

¹⁴⁴ BARBOSA, Igor de Andrade. A análise dos contratos de financiamento estudantil (FIES) assinados durante a vigência das Leis nº 8.436/92 e 10.260/01, sob a ótica do consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3488, 18 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23490>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

¹⁴⁵ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/>. Acesso em 15 mar. 2014.

¹⁴⁶ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 17.11.2013.

pagará, trimestralmente, o valor máximo de R\$50,00 (cinquenta reais); b) fase de carência, que corresponde ao período posterior à conclusão do curso, referente ao período de 18 (dezoito) meses, no qual o estudante pagará, trimestralmente, o valor máximo de R\$50,00 (cinquenta reais); c) fase de amortização, que corresponde ao período posterior à fase de carência, no qual o saldo devedor do estudante será parcelado em até 03 (três) vezes o período financiado do curso, acrescido de 12 (doze) meses¹⁴⁷.

Assim, tomemos, por exemplo, um estudante que financiou todo o curso com duração de 05 (cinco) anos. Durante o curso (fase de utilização) haverá pagamentos trimestrais de até R\$ 50,00 (cinquenta reais). Nos 18 (dezoito) meses posteriores à conclusão do curso (fase de carência) o estudante pagará, trimestralmente, o valor máximo de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Encerrado o período de carência, inicia-se a fase de amortização, ficando o saldo devedor do estudante dividido em até 16 (dezesesseis) anos (três vezes o período de cinco anos financiado do curso acrescido de doze meses)¹⁴⁸.

Para a concessão do FIES o estudante deve preencher os seguintes requisitos:

- a) Estar devidamente matriculado em instituição de ensino superior cadastrada no MEC em curso de graduação com conceito maior ou igual a 03 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), não podendo solicitar o FIES se a matrícula estiver em situação de trancamento geral de disciplinas no momento da inscrição¹⁴⁹;
- b) Não ter sido beneficiado anteriormente com financiamento do FIES¹⁵⁰;
- c) Não estar inadimplente com o Programa de Crédito Educativo (PCE/CREDUC)¹⁵¹;
- d) Ter percentual de comprometimento¹⁵² da renda familiar mensal bruta per capita superior a 20% (vinte por cento)¹⁵³;

¹⁴⁷ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/condicoes.html>. Acesso em 17.11.2013.

¹⁴⁸ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/condicoes.html>. Acesso em 17.11.2013.

¹⁴⁹ Fonte: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 17.11.2013.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ *Idem.*

- e) Ter renda familiar mensal bruta não superior a 20 (vinte) salários mínimos¹⁵⁴;
- f) Apresentar fiador com idoneidade cadastral na assinatura dos contratos e termos aditivos, sendo dispensados da exigência do fiador os alunos bolsistas parciais do PROUNI, os alunos matriculados em cursos de licenciatura e os alunos que tenham renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio¹⁵⁵;

Contudo, dentre os requisitos acima transcritos, notadamente em relação ao item “f”, a Lei nº 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 11.552/2007, determinava que, para a obtenção do FIES, além do fiador com idoneidade cadastral o próprio estudante também deveria possuir tal idoneidade cadastral. Assim, esta política pública de financiamento estudantil, desde 2007, passou a proibir a obtenção do FIES para aqueles estudantes que, apesar de terem fiador idôneo, estavam, por exemplo, com débitos incluídos no SPC/SERASA.

A exigência de idoneidade cadastral do estudante e de seu fiador, tanto para a celebração do contrato como por ocasião do termo aditivo, encontrava-se prevista expressamente na Lei nº 10.260/2001, com a seguinte redação dada pela Lei nº 11.552/2007:

Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

(...)

*VII - **comprovação de idoneidade cadastral do estudante e do(s) seu(s) fiador(es)** na assinatura dos contratos e termos aditivos, observado o disposto no §9º deste artigo.*

(...)

¹⁵² Obtém-se o percentual de comprometimento dividindo-se o valor da mensalidade com desconto pela renda familiar mensal bruta per capita e, após, multiplicando o resultado por 100 (cem).

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ *Idem.*

¹⁵⁵ *Idem.* Essas três categorias de beneficiários do FIES tem seus contratos garantidos, em caso de inadimplência, pelos recursos do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo – FGEDUC, criado pela Lei nº 12.087/2009, que é um fundo garantidor de crédito de natureza privada, que opera no âmbito do FIES e é administrado pelo Banco do Brasil.

§4º Na hipótese de verificação de inidoneidade cadastral do estudante ou de seu(s) fiador(es) após a assinatura do contrato, ficará sobrestado o aditamento do mencionado documento até a comprovação da restauração da respectiva idoneidade ou a substituição do fiador idôneo, respeitado o prazo de suspensão temporária do contrato.

É preciso ressaltar que o FIES, na qualidade de política pública educacional, tem como escopo alcançar o maior número de estudantes beneficiados, a fim de permitir o desenvolvimento da educação brasileira. Assim, seus requisitos, embora necessários, visto se tratar de um fundo de natureza contábil que possui limitações financeiro-orçamentárias, não podem ser desproporcionais a ponto de inviabilizar a participação de grande parcela de alunos interessados, tendo em vista que a educação é um direito social de segunda dimensão, a qual tem como característica a universalidade, isto é, alcançar a maior parcela da população possível.

Desta forma, entendemos que a dupla exigência de idoneidade cadastral tanto do estudante quanto do fiador configura-se como desarrazoada e desproporcional. Isto porque proíbe que um estudante que tenha dívida inscrita no SPC/SERASA, por exemplo, possa se beneficiar do FIES, mesmo que tenha fiador idôneo, a fim de poder cursar uma instituição de ensino superior e ter uma profissão para que possa, inclusive, pagar suas dívidas.

Cria-se, assim, um obstáculo desarrazoado que impede diversos alunos de se beneficiarem do referido financiamento educacional. Isto porque a exigência de idoneidade cadastral do estudante não tem repercussão significativa no pagamento da dívida, tendo em vista que a obrigação, em caso de inadimplência, já está garantida por fiança idônea.

O importante é que o fiador seja idôneo e não o estudante, pois, assim, garante-se o pagamento do financiamento e do próprio equilíbrio financeiro do programa, permitindo que mais estudantes interessados possam dele se beneficiar.

Em razão dessa dupla necessidade de idoneidade cadastral, tanto do estudante quanto do fiador, apesar da existência de divergências dentro do

próprio Poder Judiciário¹⁵⁶, já declaramos, em um determinado caso concreto, a inconstitucionalidade tão somente da exigência de idoneidade cadastral por parte do estudante, tendo em vista que já havia a figura do fiador idôneo como garantia ao pagamento do financiamento. Nesse sentido, confira-se decisão por nos prolatada nos seguintes termos:

Ora, o objetivo do FIES, como política pública educacional, é efetivar o direito social a educação, permitindo que os estudantes com insuficiência de recursos possam cursar uma universidade particular e obter diploma de nível superior.

Essa importante política pública tem, por essência, a característica da universalização, isto é, deve abranger o maior número de estudantes interessados, não sendo possível restringi-la tão somente aos alunos que estejam com idoneidade cadastral, uma vez que ofende o disposto no art. 5º, §1º da CF/88, por não garantir a máxima efetividade e aplicação imediata ao direito social da educação, uma vez que o aluno com dívida inscrita nos órgãos de proteção ao crédito, absurdamente, fica impedido de ter acesso a uma instituição de nível superior, a fim de poder ter uma profissão e, conseqüentemente, pagar as suas dívidas.

Ademais, já existe a figura do fiador para quitar eventual dívida do aluno frente ao FIES, que, justamente por se tratar de política pública que busca efetivar o direito social a educação não pode ser tratado da mesma forma burocrática que um mero contrato de mútuo bancário, que atende a um interesse particular do interessado e não a um interesse público de toda a coletividade, como é o caso do FIES.

Desta forma, por violar o art.5º, §1º da CF/88, declaro, no controle difuso, a inconstitucionalidade do art.5º, VII da Lei 10.260/2001, em sua redação original, na parte em que exige a idoneidade cadastral do estudante participante do FIES.¹⁵⁷

Assim, podemos analisar que a política pública educacional foi alterada, em determinados casos concretos em razão de ação judicial, pelo Judiciário para o fim de excluir a necessidade de que o estudante tivesse idoneidade cadastral, mantendo, contudo, a exigência de que haja o fiador idôneo. Assim, mesmo que o estudante tenha dívida inscrita nos órgãos de

¹⁵⁶ O STJ – Superior Tribunal de Justiça entendeu pela legalidade da exigência da idoneidade cadastral tanto do fiador quanto do estudante. Nesse sentido, confira os seguintes julgados: REsp 1130187/ES e REsp 997513. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 17.11.2013.

¹⁵⁷ 1ª Vara Federal de Cascavel/PR, Processo n. 5007534-72.2012.404.7005, Juiz Federal Leonardo Cacau Santos La Bradbury, sentença prolatada em 26/06/2013.

proteção ao crédito pode participar do FIES, desde que, frise-se, tenha fiador idôneo.

Ressalte-se que o próprio Executivo e Legislativo também entendeu que tal exigência é desarrazoada, **tanto que houve a alteração da Lei nº 10.260/2001, promovida pela Lei nº 12.801/13, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 25.04.2013, que eliminou a exigência de comprovação de idoneidade cadastral do estudante, mantendo, contudo, a obrigação do fiador**, nos seguintes termos:

Art. 6º. A Lei no 10.260, de 12 de julho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 5º

*VII - **comprovação de idoneidade cadastral do(s) fiador(es)** na assinatura dos contratos e termos aditivos, observando o disposto no § 9º deste artigo. (**Redação Atual dada pela Lei 12.801/13**)*

Verifica-se que **a lei eliminou tão-somente a exigência de que o estudante tivesse idoneidade cadastral, pois foi mantida a comprovação de fiador idôneo**. Registre-se, sobre esse ponto, que foi pacificada no Judiciário, por meio do STJ - Superior Tribunal de Justiça, a legalidade da exigência de fiador idôneo nos contratos do FIES, conforme decisão abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). PRESTAÇÃO DE GARANTIA. EXIGÊNCIA DE FIADOR. LEGALIDADE. ART. 5º, VI, DA LEI 10.260/2001. INAPLICABILIDADE DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO.PRECEDENTES DESTA CORTE. 4. A reforçar tal argumento, **as Turmas de Direito Público do STJ já assentaram entendimento no sentido da legalidade da exigência da comprovação de idoneidade do fiador apresentado pelo estudante para a assinatura do contrato de financiamento vinculado ao Fies**, prevista no artigo 5º, VI, da Lei 10.260/01, a qual será aferida pelos critérios estabelecidos na Portaria/MEC 1.716/2006.

Precedentes: REsp 1.130.187/ES, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2009; MS 12.818/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 17/12/2007; REsp 772.267/AM, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana

Calmon, DJ de 29.06.2007; Resp 642.198/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03.4.2006; REsp 879.990/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 14/5/2007.¹⁵⁸ (grifo nosso).

Isto porque, como bem ressaltado pelo Min. Benedito Gonçalves, por meio do Recurso Especial nº1155684/RN acima transcrito, a pontualidade no cumprimento das obrigações pelos estudantes é condição essencial para a manutenção do próprio FIES, razão pela qual é necessário que haja a garantia da fiança ao credor para que seja possível a quitação da dívida após a conclusão do curso, a fim de que os valores recebidos possam ser destinados ao próprio programa com o escopo de beneficiar outros estudantes interessados.¹⁵⁹

Ademais, como já ressaltado, o FIES substituiu o antigo PROCRED, que fracassou em razão da alta taxa de inadimplência causada pela flexibilização das garantias contratuais, situação que visa ser evitada pelo FIES.

Assim, não se pode privilegiar de forma incondicional o estudante, retirando a exigência do fiador dos contratos de financiamento, sob pena de se repetir a elevada taxa de inadimplência do PROCRED, prejudicando, em sua totalidade, o próprio programa de financiamento estudantil. Nesse sentido, confira-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

A principal finalidade do FIES é viabilizar o acesso à formação profissional daqueles que não ingressaram em Universidades públicas, possibilitando-lhes cursar Universidades particulares. **Não se trata de privilegiar de forma incondicional o estudante de baixa renda, o que poderia acarretar o fracasso do programa, tal como ocorreu com o Programa de Crédito Educativo - CREDOC, instituído pela Lei nº 8.436/92, no qual as concessões feitas em**

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Recurso Especial nº1155684/RN . Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

¹⁵⁹ *Idem.*

nome do caráter social acarretaram inadimplência generalizada, sacrificando o erário. 5. Apelação improvida.¹⁶⁰ (grifo nosso).

Contudo, em que pese a necessidade de exigência do fiador, para a manutenção e higidez financeira do próprio FIES, o que podemos constatar é que a atuação do Judiciário foi fundamental para a alteração da própria política pública educacional que, posteriormente, por meio da Lei nº 12.801/13, retirou o requisito da necessidade de idoneidade cadastral do estudante interessado no FIES, a fim de melhor efetivar o direito social a educação alargando o seu campo de alcance, a fim de atingir, também, eventuais estudantes que tenham restrição nos órgãos de proteção ao crédito, desde que tenham fiador idôneo.

Neste momento, importante tecer mais comentários a respeito da garantia pessoal do fiador exigido nos contratos de financiamento do FIES. Importante ressaltar que desde o início desta política pública educacional, já se exigiu tal garantia, pois a Medida Provisória nº 1.827-1/1999, que instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, determinou expressamente em seu art. 5º, inciso III, que os financiamentos concedidos com recursos do programa observassem o "*oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado.*"¹⁶¹

A ausência de especificação, por parte da referida Medida Provisória, de quais seriam estas garantias, não acarreta a nulidade da exigência de fiador feita pela Caixa Econômica Federal - CEF, servindo, tão somente, para demonstrar que não havia apenas uma modalidade de garantia permitida nos contratos do FIES.

Destaque-se que a exigência de garantia foi mantida, nos mesmos termos, na Lei nº 10.260/2001 e até a edição da Lei nº 11.552/2007, quando restou especificado que o estudante poderia oferecer como garantia a fiança, a

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). 6ª Turma. Apelação Cível nº 201350010001969 . Relator: Desembargador Federal Mauro Luis Rocha Lopes. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁶¹ Disponível em : www.planalto.gov.br. Acesso em 16 jun. 2013.

fiança solidária ou a autorização para desconto em folha de pagamento (art. 5º, §9º da Lei nº 10.260).

Assim, atualmente, encontra-se expressamente especificado na lei 10.260/2001, em seu art.5º, §9º, as modalidades de garantias possíveis no contrato de financiamento do FIES, dentre as quais se encontra, ao lado da fiança convencional, a figura do fiador solidário, que passaremos a abordar.

A **fiança convencional** é aquela prestada por até dois fiadores apresentados pelo aluno cuja renda mensal bruta conjunta seja igual ao dobro do valor da mensalidade paga pelo estudante, considerados os descontos de pontualidade e de caráter coletivo oferecido pela Instituição de Ensino Superior¹⁶². Assim, por exemplo, caso o valor da mensalidade, com desconto, do curso escolhido pelo aluno seja de R\$ 900,00, deve apresentar, no momento da contratação, um fiador que tenha renda de, no mínimo, igual a R\$ 1.800,00, ou até dois fiadores, com renda individual de R\$ 900,00, uma vez que, conjuntamente, totalizam o valor de R\$ 1.800,00.

O art.11, I, da Portaria do MEC nº10/2010 prevê, neste ponto, que se o estudante for beneficiário de bolsa parcial do PROUNI o valor da renda comprovada por até dois fiadores, de forma conjunta, diminui para o valor igual ao da parcela da mensalidade paga pelo aluno, observado o desconto regular e de caráter coletivo oferecido pela instituição de ensino no caso de pagamento pontual.

Contudo, entendemos que esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o disposto nos arts.10, §2º e 12-A, III, da referida portaria que permite ao bolsista parcial do PROUNI garantir o contrato do FIES de forma exclusiva com os recursos do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo – FGEDUC.

Assim, atualmente, o bolsista parcial do PROUNI que venha a utilizar-se do FIES para custear os demais encargos não abrangidos por sua bolsa pode oferecer como garantia exclusiva os recursos do FGEDUC. Somente no caso de indisponibilidade de recursos do FGEDUC é que o

¹⁶² Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

referido bolsista terá que apresentar a fiança convencional, nos termos do art. 12-A, §4º, da Portaria do MEC nº 10/2010.

Porém, a fiança convencional, apesar de necessária, como vimos, para a própria manutenção do FIES, acabava por ser um obstáculo para a obtenção do referido financiamento por diversos alunos que não conseguem apresentar o fiador. Essa exigência, aliada ao fato de ausência de dívida futura, fez com que, na prática, os estudantes de baixa renda buscassem preferencialmente o PROUNI em detrimento do FIES, a ponto de, em 2008, terem sido registradas 855.734 inscrições no PROUNI enquanto, apenas, 91.600 inscrições no FIES.¹⁶³

Em face de tal situação, o Governo buscou medidas para estimular a procura pelo FIES, razão pela qual promulgou a Lei nº 11.552/2007, que alterou a Lei nº 10.260/2001, e, dentre outras medidas, alargou o percentual de financiamento para até 100% da mensalidade (antes o valor estava limitado a 50%), bem como instituiu a fiança solidária como alternativa de garantia contratual ao lado da fiança convencional.

A **fiança solidária** representa um conjunto de fiadores, reunidos em grupos de 3 a 5 participantes, que devem ser necessariamente estudantes da mesma Instituição de Ensino Superior e do mesmo local de oferta do curso¹⁶⁴. Assim, a fiança solidária representa um grupo de 3 a 5 estudantes que são fiadores recíprocos entre si, no qual cada um deles está obrigado ao pagamento da totalidade dos valores devidos individualmente pelos demais, em face de se tratar de uma obrigação solidária.

Este grupo de 3 a 5 fiadores/estudantes deverá ser constituído na mesma agência do agente financeiro escolhido (que, atualmente, é o Banco do Brasil ou a Caixa Econômica Federal), não sendo exigida a comprovação de rendimentos. Ademais, os estudantes componentes do grupo não poderão ser do mesmo grupo familiar e ficarão restritos a oferecerem essa modalidade de fiança a apenas um grupo¹⁶⁵.

¹⁶³ Disponível em: <http://www.contee.org.br/noticias/educacao/nedu409.asp>. Acesso em 15 dez. 2013.

¹⁶⁴ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 15 dez. 2013.

¹⁶⁵ *Idem*.

Assim, a fiança solidária foi instituída pelo Governo como uma clara política pública educacional a fim de estimular o uso do FIES, na medida em que os estudantes podem ser fiadores uns dos outros, sem a necessidade de constituir um fiador convencional, nem tampouco comprovarem renda.

Com a instituição da fiança solidária, muitos estudantes que já tinham formalizado seus contratos prevendo a fiança convencional tiveram o interesse de substituir tal modalidade de fiança pela solidária, o que é expressamente proibido em face do disposto no art.44 da Portaria Normativa do MEC nº15 de 08 de abril de 2011, que assim dispõe e:

Art. 44. **Não será permitido ao estudante financiado alterar durante a fase de aditamento as modalidades de garantia do contrato de financiamento**, ressalvado os fiadores, no caso da fiança prevista no inciso I, § 1º, do art. 10 da Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010.

Tal vedação também está prevista no art.10, §4º, da Portaria Normativa do MEC nº10 de 30 de abril de 2010, que assim dispõe:

Art. 10 Ao se inscrever no FIES o estudante deverá oferecer garantias adequadas ao financiamento.

§ 1º São admitidas as seguintes modalidades de garantia:

I - fiança convencional;

II - fiança solidária, conforme disposto no inciso II do § 7º do art. 4º da

Lei nº 10.260, de 2001.

§ 4º É facultado ao estudante alterar a modalidade de fiança inicialmente escolhida dentre as previstas nos incisos I e II do § 1º deste artigo **até a formalização do contrato de financiamento**. (Redação dada pela Portaria Normativa nº 21, de 20 de outubro de 2010).

Assim, o Ministério da Educação, por meio das referidas Portarias, apenas permite a substituição do fiador, no caso de fiança convencional, não permitindo a substituição da própria fiança convencional pela solidária após a

realização do contrato de financiamento, uma vez que apenas a permite até a sua formalização.

Tal proibição é ilegal, em face da expressa disposição legal, prevista no art.5º, § 9º da Lei 10.260/2001, no sentido de que as garantias da fiança convencional e solidária são uma alternativa possível à escolha do estudante, razão pela qual o Judiciário entendeu ser possível a substituição da fiança convencional pela fiança solidária mesmo após a formalização do contrato de financiamento. Nesse sentido, confira-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. FIES. ADITAMENTO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO PELA FIANÇA SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1.Trata-se de apelação cível interposta por JOSÉ KOTSCHEY REIS QUEIROZ contra sentença do douto Juízo Federal da SJ/AL que, nos autos da ação originária, indeferiu o pleito autoral que buscava obter ordem judicial que determine à parte ré a celebração de aditamento de contrato firmado no âmbito do FIES, referente ao 2º semestre de 2012 e demais semestres, até a conclusão da graduação pelo demandante, sem a exigência de qualquer garantia ou, subsidiariamente, apenas com a exigência da fiança solidária. 2. O Col. STJ firmou posicionamento, em sede de recurso repetitivo de controvérsia no RESP n.º 1.115.684/RN, com fundamento no art. 543-C do CPC, no sentido de que é legal a exigência de prestação de garantia pessoal para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado do FIES, vez que a própria lei que instituiu o programa prevê, expressamente, em seu art. 9º, a fiança como forma principal e específica a garantir esses tipos de contrato, seguida do fiador solidário e da autorização para desconto em folha de pagamento. 3. **Considerando o fim social do programa de financiamento estudantil e a previsão da Lei 10.260/01, em seu art. 5º, parágrafo 9º, ao dispor sobre a liberdade do estudante no tocante ao oferecimento da modalidade de garantia adequada, pode o contratante, alternativamente, escolher um dos formatos de garantia ali apresentados, no caso, fiança solidária ou fiança convencional.** 4. **Apelação parcialmente provida, assegurando ao apelante o aditamento do contrato do FIES, mediante fiança solidária.**¹⁶⁶ (grifo nosso).

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 1ª Turma. Apelação Cível nº 8004705820124058000. Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Recife, 16 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Registre-se que o contrário também é permitido pelo Judiciário, assim, também é possível a substituição da fiança solidária pela fiança convencional, quando, por exemplo, haja a desistência de um dos estudantes que compunha o grupo de fiadores solidários, ficando, assim, o grupo com menos de 3 (três) alunos, número mínimo para que haja a fiança solidária. Nesse sentido, confira-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. FIES. MODIFICAÇÃO DA FIANÇA SOLIDÁRIA PARA A CONVENCIONAL. POSSIBILIDADE. 1. **A Lei nº 10.260/2001, ao dispor sobre o Fundo de Financiamento ao estudante de Ensino Superior - FIES, faculta ao aluno, vinculado a tal sistema, optar entre as modalidades de fiança solidária ou convencional.** 2. **As Portarias Normativas referentes à matéria obstam a modificação do tipo de garantia após formalizado o pacto de financiamento (Portarias Normativas 10/2010 e 15/2011).** 3. **Hipótese em que, em face da desistência de um dos fiadores solidários do autor, quando do aditamento do pacto de financiamento, resta possível a modificação da fiança para a modalidade convencional, uma vez que, apesar do disposto nas Portarias mencionadas, a legislação acerca do tema não veda tal possibilidade.** 4. Apelação desprovida. ¹⁶⁷ (grifo nosso).

Verifica-se, assim, que o Judiciário adequou a política pública educacional do FIES, a fim de entender ser possível que haja a substituição da modalidade de garantia oferecida pelo aluno mesmo após a formalização dos contratos de financiamento do FIES, tanto substituindo a fiança convencional pela solidária, quanto vice e versa, garantindo, assim, a função social do programa de financiamento estudantil.

Ainda no tema das garantias do contrato de financiamento do FIES, importante registrar que foi editada a Portaria Normativa do MEC nº 03/2014, de 03 de janeiro de 2014, que trouxe algumas alterações importantes, notadamente a possibilidade de que, em determinados casos, a garantia

¹⁶⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 8002823120134058000 . Relator: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira. Recife, 19 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

contratual seja prestada exclusivamente pelo Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo – FGEDUC, criado pela Lei nº 12.087/2009, que é um fundo garantidor de crédito de natureza privada, que opera no âmbito do FIES e é administrado pelo Banco do Brasil.

A referida portaria alterou a anterior Portaria Normativa do MEC nº 10/2010 para determinar o seguinte:

Art. 10 Ao se inscrever no FIES o estudante deverá oferecer garantias adequadas ao financiamento.

§ 1º São admitidas as seguintes modalidades de garantia:

I - fiança convencional;

II - fiança solidária, conforme disposto no inciso II do § 7º do art. 4º da Lei nº 10.260, de 2001.

§ 2º O estudante que, na contratação do FIES, utilizar exclusivamente a **garantia do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo - FGEDUC**, nos termos e condições previstos nesta Portaria, **ficará dispensado de oferecer as garantias previstas no parágrafo anterior**. (Redação dada pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

§ 3º Quando se tratar de garantia prestada de **forma exclusiva** pelo FGEDUC, para fins do disposto no caput deste artigo, considerasse adequada a garantia **de até 90% (noventa por cento) do valor do financiamento**. (Redação dada pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

[...]

Art. 12-A. A garantia prestada pelo FGEDUC se dará de forma **exclusiva** ou **concomitante** com as garantias previstas no § 1º do art. 10. (Redação dada pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

§ 1º A garantia será **exclusiva** quando se tratar de financiamento concedido a estudante: (Incluído pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

I - **matriculado em curso de licenciatura**; (Incluído pela Portaria Normativa nº 21, de 20 de outubro de 2010).

II - **que possua renda familiar mensal bruta per capita de até um salário-mínimo e meio**; (Incluído pela Portaria Normativa nº 21, de 20 de outubro de 2010).

III - **bolsista parcial do Programa Universidade para Todos (ProUni)** que optar por inscrição no FIES no mesmo curso em que é

beneficiário da bolsa. (Incluído pela Portaria Normativa nº 21, de 20 de outubro de 2010).

§ 2º Tratando-se de financiamento concedido a estudante que não se enquadre nos incisos I, II e III do § 1º deste artigo, a garantia pelo FGEDUC se dará de **forma concomitante** com as garantias previstas no § 1º do art. 10. (Incluído pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

§ 3º A **garantia do FGEDUC deverá ser renovada semestralmente** por ocasião do aditamento de renovação semestral, **e estará condicionada à existência de disponibilidade de limite do FGEDUC** para sua concessão. (Incluído pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

§ 4º **Em caso de indisponibilidade do limite de que trata o § 3º deste artigo**, o estudante garantido de forma exclusiva pelo FGEDUC **deverá apresentar garantias ao financiamento nos termos do § 1º do art. 10**. (Incluído pela Portaria Normativa nº 3, de 13 de janeiro de 2014).

Assim, o FGEDUC representa uma garantia contratual que pode ser exclusiva ou concomitante com a fiança convencional ou solidária. Será exclusiva quando se tratar de financiamento concedido a estudante matriculado em curso de licenciatura, ou que possua renda familiar mensal bruta per capita de até 1 salário mínimo e meio ou que seja bolsista parcial do PROUNI e que opte por se inscrever no FIES no mesmo curso em que é beneficiário da bolsa. Nestes casos, não há necessidade de que o aluno ofereça a fiança, quer seja a convencional ou a solidária e o FGEDUC garante até 90% do valor do financiamento, salvo nos casos de indisponibilidade de recursos do referido fundo, situação na qual mesmo os estudantes garantidos de forma exclusiva pelo FGEDUC terão que oferecer a fiança convencional ou solidária.

Nos demais casos que não se enquadram nas situações descritas no parágrafo anterior, a garantia do FGEDUC é concomitante com as demais garantias contratuais, isto é, o aluno tem que apresentar a fiança convencional ou a solidária, sendo que ambas, tanto o FGEDUC quanto a fiança (convencional ou solidária) poderão ser acionados em caso de inadimplemento. Ressalte-se, contudo, que a garantia do FGEDUC além de ter que ser renovada semestralmente, por ocasião do aditamento, sua concessão estará condicionada à disponibilidade financeira.

Desta forma, nos contratos celebrados pelo FIES a partir de 01 de fevereiro de 2014, garantidos por fiança convencional ou solidária, terão como garantia adicional o FGEDUC. Logo, em caso de não pagamento das parcelas, os fiadores e o FGEDUC serão acionados para o adimplemento da obrigação. Contudo, como vimos, a garantia do FGEDUC está condicionada a disponibilidade de saldo no referido fundo, a qual será verificada a cada contratação inicial e renovação semestral. Assim, poderão ocorrer semestres (e respectivo saldo devedor) garantidos, concomitantemente pelo FGEDUC e pela fiança, enquanto outros serão garantidos somente pela fiança (convencional ou solidária)¹⁶⁸.

Ademais, a Portaria Normativa do MEC nº03/2014, de 03 de janeiro de 2014 alterou a Portaria Normativa do MEC nº01/2010 e tornou obrigatória a adesão ao FGEDUC das entidades mantenedoras das instituições de ensino inscritas no FIES, sendo que antes tal adesão era facultativa. Assim, a partir de 01 de fevereiro de 2014 todas as instituições de ensino superiores inscritas no FIES devem aderir ao FGEDUC, sob pena de suspensão de sua participação no FIES, podendo, contudo, requerer a sua reabilitação ao programa tão logo faça sua adesão ao FGEDUC por meio do SISFIES.

Cumprе ressaltar que com a obrigatoriedade da adesão ao FGEDUC das instituições de ensino participantes do FIES houve uma importante alteração no risco do empreendimento. Antes de 01 de fevereiro de 2014, quando a adesão ao FGEDUC era facultativa, as instituições de ensino não aderentes ao referido fundo participariam do risco do financiamento, conforme o disposto no art. 5º,VI, da Lei 10.260/2001, no percentual de 30% por operação contratada caso estivessem inadimplentes com as obrigações tributárias federais e no percentual de 15% por operação contratada se estivessem adimplentes com as obrigações tributárias federais.

Contudo, atualmente, tendo em vista o caráter obrigatório da adesão ao FGEDUC, as instituições de ensino, independentemente de estarem ou não inadimplentes com as obrigações tributárias federais, participarão do risco do financiamento no percentual de 10% por operação contratada, pois a garantia

¹⁶⁸ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 15 mar. 2014.

do FGEDUC alcança o patamar de 90% do valor contratado em caso de inadimplemento do estudante participante do FIES¹⁶⁹.

Houve, assim, uma significativa redução do risco do empreendimento para as instituições de ensino superior, em alguns casos passando de 30% para 10%, caso estivessem inadimplentes com as obrigações tributárias federais.

Contudo, em contraprestação à essa diminuição do risco do empreendimento, a fim de se beneficiarem da garantia do FGEDUC, as instituições de ensino participantes do FIES deverão pagar, mensalmente, a título de Comissão de Concessão de Garantia (CCG), o percentual de 6,25% calculado sobre a parcela das operações de financiamento garantidas pelo FGEDUC, isto é, sobre 90% do valor contratado. O valor da CCG será debitado dos encargos educacionais pagos pelo FNDE às entidades mantenedoras de instituição de ensino, conforme as disposições do Termo de Adesão entre as partes, e repassado ao FGEDUC¹⁷⁰.

Outra questão importante envolvendo o FIES refere-se à verificação da taxa de juros cobrados pelo Governo, tendo em vista que diversos estudantes ingressam com Ações Revisionais, a fim de diminuir o valor da parcela do financiamento.

Inicialmente, compete destacar que, nos termos do art.3º, II, da Lei nº 10.260/2001, com a redação atribuída pela Lei nº 12.202/2010, a gestão do FIES, na qualidade de agente operador e administrador dos ativos e passivos, cabe ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, que tem natureza jurídica de autarquia federal criada pela Lei nº 5.537/68, com a redação dada pelo Decreto Lei nº 872/1969. Assim, desde 2010 não é mais a Caixa Econômica Federal - CEF a gestora dos recursos do FIES, mas sim o FNDE.

¹⁶⁹ Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/financiamento/novo-fies/novo-fies-mantenedoras/novo-fies-fegeduc>. Acesso em 15 mar. 2014.

¹⁷⁰ Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>. Acesso em 15 mar. 2014.

Contudo, em que pese haver divergência neste ponto¹⁷¹, entendemos que, por ter personalidade jurídica própria, distinta da União, as ações revisionais dos contratos de financiamento do FIES celebrados após a vigência da Lei nº 12.202/2010, teve ter o FNDE no polo passível da lide e não a União. Nesse sentido, confira-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

É de ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade arguida pelo FNDE, uma vez que o art. 3º , II , da Lei nº 10.260 /01, com redação dada pela Lei nº 12.202 /10, dispõe que a gestão do FIES caberá ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, na qualidade de agente operador e de administradora dos ativos e passivos, conforme regulamento e normas baixadas pelo CMN.¹⁷²

Contudo, entendemos que, além do FNDE, no polo passivo da ação deve também constar o agente financeiro responsável. Isto porque o art. 6º da Lei nº 10260/2001 dispõe que em caso de inadimplemento das prestações é a instituição financeira operadora do programa que é a responsável pela ação de execução. Nesse sentido, confira-se:

Art. 6º Em caso de inadimplemento das prestações de vidas pelo estudante financiado, a instituição referida no § 3o do art. 3o promoverá a execução das parcelas vencidas, conforme estabelecida pela Instituição de que trata o inciso II do caput do art. 3o, repassando ao Fies e à instituição de ensino a parte concernente ao seu risco. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

¹⁷¹ O STJ entende que a União tem legitimidade para figurar no polo passivo da lide que versa sobre o FIES. Nesse sentido, confira os Recursos Especiais nº 200700598707 e nº 1202818/PR. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2014.

¹⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 1ª Turma. Apelação Cível nº 64786620124058200 . Relator: Francisco Cavalcanti. Recife, 18 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br> >. Acesso em: 18 nov.2013.

Assim, em sendo a instituição financeira a responsável pela cobrança das prestações não pagas, é, por outro lado, também legítima para eventual questionamento por parte do aluno a respeito dos valores das prestações, em caso de ações revisionais. Nesse sentido, confira-se decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

A Lei n. 12.202/2010, ao dar nova redação ao art. 3º da Lei n. 10.260/2001, transferiu a atribuição de agente operador e administrador de ativos e passivos do Fies, da CEF para o FNDE. A legitimidade do agente financeiro para a ação de cobrança, todavia, foi mantida, de acordo com o art. 6º da Lei n. 10.260/2001, não modificado, no ponto, cabendo ao FNDE apenas a sua gestão, nos termos da nova lei.¹⁷³ (grifo nosso).

Desta forma, entendemos que para as ações revisionais envolvendo o FIES ajuizadas a partir da vigência da Lei nº 12.202/2010, isto é a partir de 14 de janeiro de 2010, devem constar no polo passivo o FNDE e também o agente financeiro responsável, como, por exemplo, a Caixa Econômica Federal, caso seja a instituição bancária envolvida no contrato do FIES. Por ser o FNDE uma autarquia federal, a competência para o julgamento da ação revisional é da Justiça Federal.

Registre-se que, para os contratos do FIES realizados antes de tal data (14/01/2010), tendo em vista que a CEF era a gestora dos ativos e passivos do fundo, entendemos que somente ela deve constar no polo passivo da ação revisional.¹⁷⁴

Passemos agora a analisar qual o regime jurídico que regula os contratos de financiamento do FIES. Sobre esta questão, o Judiciário já consolidou o entendimento de que não cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos envolvendo o FIES, mas sim a Lei nº 10260/2001, pois não há uma relação de consumo, mas sim um programa de

¹⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº 200951010084023. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁷⁴ Contudo, há entendimentos de que além da CEF, a União também pode constar no polo passivo da lide. Nesse sentido, confira os Recursos Especiais nº 200700598707 e nº1202818/PR. Disponíveis em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 mar. 2014.

Governo com vistas à efetivação do direito social à educação. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

2. A hodierna jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que **os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil - Fies não se subsumem às regras encartadas no Código de Defesa do Consumidor**. Precedentes: REsp 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 19/6/2009; REsp 831.837/RS, Rel.Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 17/6/2009; REsp 793.977/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 30/4/2007.¹⁷⁵ (grifo nosso).

2. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ **afasta-se a aplicação do CDC e, em consequência, mantém-se a multa contratual pactuada, bem como inviável a repetição em dobro de eventuais valores pagos a maior.**¹⁷⁶

Desta forma, nas ações revisionais interpostas junto ao Judiciário não cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual é válida a multa contratual prevista no contrato do FIES¹⁷⁷, bem como não cabe a devolução em dobro de eventuais valores a maior pagos pelo estudante.

Além da multa contratual, também é possível, como encargo da mora, a incidência de juros moratórios, tendo em vista que possuem finalidades distintas, visto que a multa contratual tem natureza de clausula penal, destinada a pré-fixar as perdas e danos decorrentes da resolução da obrigação, enquanto os juros moratórios, com incidência mensal, constituem-se em meio coercitivo de cobrança na tentativa de evitar o prolongamento do inadimplemento. Nesse sentido, confira a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos seguintes termos:

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1155684/RN. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2 Turma. REsp 831.837/RS. Relator: Rel. Ministra. Eliana Calmon. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

¹⁷⁷ Há, porém, determinadas decisões em sentido contrário, entendendo ser ilegal a multa de 10% prevista nos contratos de financiamento do FIES nos casos de inadimplemento que venha a gerar qualquer procedimento judicial ou extrajudicial para a cobrança do crédito por parte da CEF. Nesse sentido, vide a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região na Apelação Civil nº 200951010084023, Relator Desembargador Federal Marcus Abrahan, Rio de Janeiro, 24 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. TAXA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. INVIABILIDADE. FIANÇA. EXONERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DA CEF. PENA CONVENCIONAL. ENCARGOS CONTRATUAIS. (...)5. **A multa moratória e a pena convencional possuem finalidades distintas, não havendo ilegalidade na sua cobrança de forma cumulada.**¹⁷⁸ (grifo nosso).

Por sua vez, em relação aos encargos da normalidade do contrato, notadamente a respeito da taxa de juros remuneratórios o Judiciário pacificou o entendimento de que não é possível a capitalização de juros¹⁷⁹, isto é, não é possível a cobrança de juros sobre juros, gerando anatocismo, mesmo que esteja previsto expressamente no contrato de financiamento do FIES, tendo em vista que não há previsão legal para tal cobrança. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

3. A jurisprudência desta Corte mantém-se firme no sentido de que, em se tratando de crédito educativo, não se admite sejam os juros capitalizados, haja vista a ausência de autorização expressa por norma específica. Aplicação do disposto na Súmula n. 121/STF.¹⁸⁰ (grifo nosso).

Desta forma, o Judiciário atuou no caso concreto para reduzir os encargos cobrados pelo financiamento do FIES sobre os alunos, a fim de não

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5035625-52.2010.404.7100. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros Da Silva. Porto Alegre, 04 de novembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

¹⁷⁹ No ensinamento de Deltan Dallagnol capitalização dos juros significa juros compostos, em oposição aos juros simples. Enquanto naqueles os juros se incorporam ao capital ao final de cada período de contagem, nestes tal não ocorre. No caso de se incorporar, a taxa de juro do novo período incidirá sobre o *quantum* de juros do período anterior, porque incide sobre o capital total (capital inicial mais o juro que a ele se "incorporou"). É chamada "capitalização" de juros porque é a "ação" de tornar os juros em "capital". Fonte: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Capitalização de juros no direito brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov.2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3439>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1155684/RN. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

permitir que haja a capitalização dos juros, afastando essa possibilidade, mesmo que haja previsão no contrato, tendo em vista que não havia previsão expressa na Lei nº 10.260/2001. Registre-se que, da forma como foi prevista a referida política pública educacional pelo Governo, havia a possibilidade de capitalização de juros desde o seu início.

Porém, a Medida Provisória nº 517/2010, de 30/12/2010, convertida na Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011, alterou a Lei nº 10.260/2001 a fim de prever expressamente a possibilidade de capitalização mensal de juros nos contratos de financiamento do FIES. Confira-se a redação anterior e a atual redação do art. 5, II, da Lei nº 10.260/2001, que versa sobre a possibilidade de incidência de juros capitalizados sobre os contratos do FIES:

Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

~~II - juros a serem estipulados pelo CMN; ([Redação Anterior dada pela Lei nº 12.202, de 2010](#))~~

~~II - juros, capitalizados mensalmente, a serem estipulados pelo CMN; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 517, de 2010](#)).~~

II - juros, **capitalizados mensalmente**, a serem estipulados pelo CMN; (Redação Atual dada pela Lei nº 12.431, de 2011).

Como vimos, o entendimento predominante no STJ é de que não cabe a capitalização mensal de juros nos contratos do FIES em face da ausência expressa por norma específica. Contudo, em face de alteração legislativa, por meio da Medida Provisória nº 517/2010, que foi convertida na Lei nº 12.431/2011, houve a autorização legal da capitalização. Assim, no âmbito do Judiciário surgiu dois entendimentos referentes a qual o marco temporal para a possibilidade de incidência desta capitalização. Primeiro, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que é possível tal capitalização a partir da vigência da Lei nº 12.431/2011, isto é, a partir de 24/06/2011. Neste sentido, confira-se:

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.431/2011, de 24 de junho de 2011, que alterou a redação do artigo 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, a capitalização mensal de juros nos contratos de financiamento estudantil (FIES) passou a ser possível. Entretanto, tratando-se

de contrato firmado em data anterior a vigência da Lei nº 12.431/2011, não há falar em capitalização mensal de juros.¹⁸¹ (grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. FIES. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. TABELA PRICE. No julgamento do Recurso Especial nº 1.155.684/RN em 17 de junho de 2010, consolidou a Colenda Primeira Seção do E. STJ o entendimento de que o contrato firmado no âmbito do fies não admite capitalização dos juros. **Todavia, a questão acerca do permissivo legal para a capitalização dos juros em contrato de financiamento estudantil (FIES) foi superada pelo advento da alteração no artigo 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, pela Lei nº 12.431/2011, que passou a admitir tal prática nos contratos firmados a partir de sua vigência.** Não há que se falar em anatocismo pelo emprego por si só, para fins de amortização do saldo devedor, da Tabela Price.¹⁸² (grifo nosso).

Contudo, o segundo entendimento defende que, tendo em vista que a Lei nº 12.431/2011 é fruto da conversão da Medida Provisória nº 517/2010, de 30/12/2010, que já previa a possibilidade desta capitalização de juros, sustentam os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 3ª e 5ª Regiões que o marco temporal para a incidência da capitalização mensal de juros nos contratos do FIES é a dada da publicação da Medida Provisória nº 517/2010, isto é, a partir de 30/12/2010. Neste sentido, confira-se:

4. Após o supracitado julgamento, foi editada a MP 517, em 30/12/2010, convertida na Lei n. 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5º, II, da Lei n. 10.260/2001, norma específica, autorizando cobrança de juros capitalizados mensalmente nos contratos de financiamento estudantil. Deste modo, admite-se a capitalização de juros, devidamente pactuada, nos contratos celebrados a partir dessa data, o que não é o caso dos autos.¹⁸³ (grifo nosso).

Embora não se aplique o CDC aos contratos de financiamento estudantil, conforme decidiu o STJ (REsp 1155684/RN), **não se**

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4ª Turma. Apelação Cível nº 5011864-12.2012.404.7200. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 19 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

¹⁸² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5044998-39.2012.404.7100. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros Da Silva. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

¹⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). 5ª Turma. Apelação Cível nº 200938030025650 Relator: Desembargador Federal JOÃO BATISTA MOREIRA. Brasília, 15 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

admite a capitalização mensal dos juros antes do advento da MP nº 517, de 30/12/2010, que, convertida na Lei nº 12.341/2011, alterou a redação do art. 5º, II, da Lei nº 10.260/2001, em razão da inexistência de anterior previsão legal, portanto, como o contrato de abertura de crédito para financiamento estudantil - FIES nº 15.2192.185.0003643-08 foi firmado em 24 de novembro de 2004, a capitalização mensal deve ser excluída do saldo devedor.¹⁸⁴

Considerando que o contrato foi assinado em 28/05/2001, portanto anteriormente à vigência da Medida Provisória nº 517/2010, convertida na Lei nº 12.431/2011, não é de ser admitida a capitalização dos juros.¹⁸⁵

Em face dessa divergência, entendemos que, tendo em vista que a MP nº 517/2010, por já prever a possibilidade de capitalização de juros, e sendo convertida na Lei nº 12.431/2011, deve-se considerar como marco temporal para a incidência da capitalização de juros nos contratos do FIES a data da vigência da referida medida provisória, que ocorreu em 30/12/2010.

Assim, a atuação do Judiciário alterou a política pública educacional do FIES no tocante a possibilidade ou não de incidência de capitalização mensal de juros. Os contratos do FIES celebrados até 29/12/2010 (data anterior à vigência da MP nº 517/2010) não podem prever a capitalização de juros, contudo os celebrados a partir de 30/10/2010 (vigência da MP nº 517/2010) podem prever a capitalização mensal de juros, em face da existência de previsão legal.

Desta forma, verifica-se que a atuação do Judiciário foi importante para a adequação da política pública educacional do FIES, na medida em que alterou o momento da incidência da capitalização de juros para somente os contratos celebrados na vigência da MP nº 517/2010, isto é, a partir de 30/10/2010, pois da forma como foi formulada, a referida política pública previa a capitalização de juros desde o início do FIES.

¹⁸⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 2ª Turma. Apelação Cível nº 14232220124058302 Relator: Desembargador Federal Fernando Braga. Recife, 07 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

¹⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). 1ª Turma. Apelação Cível nº 15624 SP 0015624-88.2009.4.03.6100 Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita. São Paulo, 21 de maio de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

Visto a questão da capitalização mensal dos juros, passemos a analisar o percentual de juros efetivos cobrados nos contratos de financiamento do FIES. A respeito desta questão, foram editadas três Resoluções do Banco Central do Brasil a fim de regulamentar o disposto no art.5º, II, da Lei nº 10.260/2001, quais seja a Resolução do Banco Central do Brasil - BACEN nº 2.647/1999, depois a de nº3.415/2006 e, em seguida, a que vigora atualmente, a de nº3.842/2010.

Em ordem cronológica, seguem trechos do inteiro teor de cada uma delas. A primeira trata-se da Resolução do BACEN nº 2.647/1999:

Art. 6. Para os contratos firmados no segundo semestre de 1999, bem como no caso daqueles de que trata o art. 15 da Medida Provisória nº 1.865, de 1999, a taxa efetiva de juros será de 9% a.a. (nove inteiros por cento ao ano), capitalizada mensalmente.

Em seguida, segue a Resolução do BACEN nº 3.415/2006:

Art. 1º Para os contratos do FIES celebrados a partir de 1º de julho de 2006, a taxa efetiva de juros será equivalente a:

I - 3,5% a.a. (três inteiros e cinco décimos por cento ao ano), capitalizada mensalmente, aplicável exclusivamente aos contratos de financiamento de cursos de licenciatura, pedagogia, normal superior e cursos superiores de tecnologia, conforme definidos pelo Catálogo de cursos superiores de tecnologia, instituído pelo Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006;

II - 6,5% a.a. (seis inteiros e cinco décimos por cento ao ano), capitalizada mensalmente, para os contratos do FIES não relacionados no inciso I.

Art. 2º Para os contratos do FIES celebrados antes de 1º de julho de 2006 aplica-se a taxa prevista no art. 6º da Resolução nº 2.647, de 22 de setembro de 1999.

Atualmente, está em vigor a Resolução do BACEN nº 3.842, de 10 de março de 2010, que assim dispõe:

Art. 1º Para os contratos do FIES celebrados a partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros será de 3,40% a.a. (três inteiros e quarenta centésimos por cento ao ano).

Art. 2º A partir da data de publicação desta resolução, a taxa efetiva de juros de que trata o art. 1º incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados, conforme estabelecido no § 10 do art. 5º da Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Desta forma, as taxas de juros remuneratórios dos contratos firmados pelo FIES iniciou-se no percentual de 9% a.a. Contudo, a partir de 2006 reduziram-se para 6,5% a.a. (salvo para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal superior e cursos superiores de tecnologia que a taxa de juros reduziu para 3,5% a.a.), sendo, atualmente, a taxa de juros em vigor de 3,40% a.a. para todos os cursos, aplicando este percentual a partir de 10 de março de 2010 para os contratos novos e também para os contratos anteriores já formalizados, nos termos do art.5, §10º, com a redação dada pela lei nº12.202/2010, incidindo, neste ultimo caso, a referida taxa de juros reduzida sobre o saldo devedor. Nesse sentido, confira a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos seguintes termos:

A Resolução nº 2.647/99, do Banco Central do Brasil, regulamenta os dispositivos da Medida Provisória nº 1.865-4/99, instituidora do FIES , possibilitando a cobrança de juros na razão de 9% (nove por cento) ao ano. 4. **A partir da Resolução nº 3.842/2010/BACEN e da Lei nº 12.202/2010, a taxa de juros sofreu uma redução significativa, passando a ser delimitada no percentual de 3,4% ao ano, aplicada no saldo devedor dos contratos firmados no âmbito do FIES , inclusive para aqueles anteriormente formalizados. 5. Impõe-se a manutenção da taxa de juros no percentual de 9% ao ano, até 10 de março de 2010, reduzindo-se a alíquota para 3,4% ao ano, a partir de então.** 6. Parcial provimento da apelação.¹⁸⁶

Também nesse mesmo sentido, confira a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nos seguintes termos:

AÇÃO MONITÓRIA. FIES. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. (...) 2. Devem incidir juros remuneratórios anuais de 9% sobre as prestações pagas ou impagas dos contratos de FIES, até a publicação da Resolução BACEN nº 3.842/2010, em 10 de março de 2010. A partir de então, incidem

¹⁸⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 1ª Turma. Apelação Cível nº 52997920124058400 Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 04 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

apenas juros de 3,4% ao ano sobre o saldo devedor. (...) ¹⁸⁷ (grifo nosso).

CONTRATO BANCÁRIO. FIES. CDC. JUROS REMUNERATÓRIOS. Conquanto formalizado antes da edição da aludida Lei n.º 12.202/2010 e da Resolução BACEN n.º 3.842/2010, o contrato que embasa a presente ação admite a redução dos juros remuneratórios pactuados na hipótese vertente de 9% para 3,4% ao ano, a partir de 10 de março de 2010. Ou seja, até essa data, sobre as prestações vencidas, pagas ou impagas, incidem juros remuneratórios anuais de 9%; daí em diante, porém, só poderão ser exigidos, sobre o saldo devedor, juros de 3,4% ao ano. ¹⁸⁸

Em face destas sucessivas reduções da taxa de juros, muitas ações revisionais questionavam o percentual inicial de 9% a.a., alegando a sua abusividade, bem como questionavam a incidência da Tabela Price como sistema de amortização da dívida, sob a alegação de conter anatocismo. Contudo, o Judiciário entendeu que este patamar de juros de 9% a.a. é válido, pois ainda estava em patamar inferior ao praticado pelo mercado, razão pela qual não era abusiva, nem tampouco havia onerosidade excessiva. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

Autos que versam sobre ação revisional de contrato de financiamento estudantil em que se pleiteia a declaração de nulidade de cláusula que estipulou juros de 9% ao ano em observância ao artigo 5º, II, da Medida Provisória 1.972-8/99 e da Lei 10.260/01, a qual atribuiu ao CMN a capacidade legislativa da taxa de juros do FIES, ampliando as atribuições elencadas no art. 4º da Lei 5.595/64 4. **Em atendimento ao que dispõe o inciso II do artigo 5º da Lei 10.260/2001, estabelecidos os juros remuneratórios à base de 9% ao ano, em patamar inferior ao das taxas praticadas pelo mercado financeiro, aqueles não se afiguram abusivos ou de onerosidade excessiva. ¹⁸⁹**

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4ª Turma. Apelação Cível nº 5009324.95-2011.404.7112 Relator Desembargador Federal Luis Alberto d'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 05 de março de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

¹⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5004911-05.2012.404.7112 Relatora Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 03 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. RESP 200800493675, Relatora Ministro José Delgado. Brasília, 05 de junho de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

A respeito da incidência da Tabela Price, o Judiciário entende que sua aplicação não enseja, por si só, a capitalização de juros, razão pela qual é válida. Nesse sentido, confira a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. TABELA PRICE. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS. TAXAS E TARIFAS BANCÁRIAS. RESTITUIÇÃO. (...)3. **A Tabela Price se constitui em um sistema de amortização, uma fórmula matemática que tem por finalidade tão-somente estabelecer o valor mensal da prestação, não sendo parâmetro para cálculo do saldo devedor ou de imputação de encargos. Logo, não implica necessariamente capitalização de juros, não se verificando qualquer ilegalidade no seu emprego.** (...) ¹⁹⁰ (grifo nosso).

EMBARGOS MONITÓRIOS. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO. TABELA PRICE. CARATERIZAÇÃO DE MORA. (...) **A adoção do Sistema Francês de Amortização, conhecido como Tabela Price, não implica, necessariamente em capitalização de juros, não havendo óbice à sua utilização quando expressamente pactuado.** O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período de inadimplência não descaracteriza a mora. ¹⁹¹ (grifo nosso).

A utilização da Tabela Price como técnica de amortização, por si só, não implica em capitalização de juros, eis que não há previsão para a incidência de juros sobre juros. Tal prática somente ocorre quando verificada a ocorrência de "amortização negativa", que ocorre quando a prestação mensal não quita sequer a parcela referente aos juros.

6. Caso verificada a ocorrência de amortização negativa, os juros não quitados devem ser computados em conta apartada e sobre eles deve incidir apenas correção monetária. ¹⁹²

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5000377-25.2010.404.7003, Relator Des. Federal Fernando Quadros Da Silva. Porto Alegre, 12 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

¹⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4ª Turma. Apelação Cível nº 5003569-71.2012.404.7204, Relator Des. Federal Candido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 04 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

¹⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5011125-77.2014.404.7100, Relatora Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 05 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

Ainda sobre o FIES, outra questão relevante trata-se de exclusão automática do aluno inadimplente. A Portaria nº 1.234/2000 do MEC, em seu art.6º, VI ¹⁹³, prevê a possibilidade de exclusão do aluno inadimplente com a parcela trimestral de juros, isto é, a que corresponde à fase de utilização. Nesse sentido, confira-se:

Art.6º Será impedido de efetivar o aditamento, sendo **excluído do FIES**, o estudante que:

VI - **estiver inadimplente com a parcela trimestral de juros** definida no §1º do art. 5º da Medida Provisória n.º 1.972-13/00 (grifo nosso);

Ocorre que esta portaria do MEC viola o disposto na Lei nº 10.260/2001, em seu art.6º, que prevê a execução das parcelas vencidas em caso de inadimplemento das prestações pelo estudante e não a sua exclusão do FIES. Nesse sentido:

Art. 6º Em **caso de inadimplemento** das prestações devidas pelo estudante financiado, a instituição referida no § 3º do art. 3º desta Lei **promoverá a execução das parcelas vencidas**, conforme estabelecido (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Desta forma, a Portaria nº 1.234/2000 do MEC é ilegal, razão pela qual o Judiciário entendeu que no caso de inadimplemento não é cabível a exclusão do aluno do FIES, mas sim a execução das parcelas vencidas e não pagas. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

A Portaria 1.234-MEC, ao impedir o aditamento automático dos contratos do FIES, excluindo o estudante inadimplente com a parcela trimestral de juros definida no art. 5º, § 1º, da MP 1.972-13/00, convertida na Lei 10.260/2001, extrapolou os limites da lei, na medida em que esta previu para o caso de inadimplemento apenas a execução das parcelas vencidas. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. ¹⁹⁴ (grifo nosso).

¹⁹³ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/P1234n.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. RESP 200700598707, Relatora Min. Eliana Calmon. Porto Alegre, 26 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

Verifica-se, assim, que o Judiciário adequou, no caso concreto, a política pública educacional, a fim de considerar ilegal a exclusão do aluno do FIES em caso de inadimplemento da parcela trimestral de juros.

Outra questão importante é que da forma como criada a política pública do FIES, a Lei nº 10.260/2001 previu em seu art. 19 que as instituições de ensino, a partir do primeiro semestre de 2001, ficavam obrigadas a aplicar o equivalente à contribuição para o custeio da Seguridade Social, nos termos do art. 22 da Lei nº 8.212/91, na concessão de bolsas de estudo, no percentual igual ou superior a 50% dos encargos educacionais cobrados pelas instituições de ensino, a alunos comprovadamente carentes e regularmente matriculados.

Ocorre que o Judiciário, por meio do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2545, entendeu que essa disposição legal violava o disposto no art. 195, § 7º, da CF/88, que concede imunidade tributária às entidades beneficentes da assistência social, inclusive educacionais, sendo, pois inconstitucional, razão pela qual as instituições de ensino não necessitavam contribuir para o custeio da Seguridade Social, não podendo, assim, a lei substituir por obrigação de fazer (concessão de bolsas de estudo) uma obrigação de dar (pagar a contribuição patronal), da qual estão constitucionalmente dispensadas, em face do benefício da imunidade tributária. Nesse sentido, confira-se a decisão do STF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 12, "CAPUT", INCISO IV E 19, "CAPUT", E PARÁGRAFOS 1º, 2º, 3º, 4º E 5º DA LEI Nº 10.260, DE 13/7/2001. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR (FIES). EXIGÊNCIA, PELO ART. 19 DA MENCIONADA LEI, DE APLICAÇÃO DO EQUIVALENTE À CONTRIBUIÇÃO DE QUE TRATA O ART. 22 DA LEI Nº 8.212/91 NA CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 195, § 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMUNIDADE QUE SE ESTENDE ÀS ENTIDADES QUE PRESTAM ASSISTÊNCIA SOCIAL NO CAMPO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO.

1. O art. 19 da Lei nº 10.260/01, quando determina que o valor econômico correspondente à exoneração de contribuições seja

obrigatoriamente destinado a determinada finalidade está, na verdade, substituindo por obrigação de fazer (conceder bolsas de estudo) a obrigação de dar (pagar a contribuição patronal) de que as entidades beneficentes educacionais estão expressamente dispensadas. ¹⁹⁵ (grifo nosso).

Neste mesmo julgamento, cumpre ressaltar que o STF, diversamente do que ocorreu em relação ao art. 19 da Lei nº 10.260/2001, entendeu ser constitucional o art. 12, caput, da Lei nº 10.260/01, que, ao fixar condições para o resgate antecipado dos certificados, teve como objetivo excluir da possibilidade de acesso ao crédito imediato dos valores deles correspondentes aquelas entidades que apresentassem débitos para com a previdência.

O Poder Judiciário entendeu que tal medida, antes de agressiva ao texto constitucional, corresponde a atitude de necessária prudência, tendente a evitar que devedores da Previdência Social ganhem acesso antecipado a recursos do Tesouro Nacional. Contudo, o STF fez uma ressalva tão somente em relação ao inciso IV do art. 12 da referida lei, que condicionava o resgate antecipado dos referidos certificados ao fato das instituições de ensino não figurarem como litigantes ou litisconsortes em processos judiciais em que se discutam contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação, por entender que tal vinculação violava o Princípio Constitucional de Livre Acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88. Nesse sentido, confira-se:

ART. 12, CAPUT DA REFERIDA LEI. FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES PARA RESGATE ANTECIPADO DE CERTIFICADOS JUNTO AO TESOURO NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, INCISO IV. RESGATE CONDICIONADO À AUSÊNCIA DE LITÍGIO JUDICIAL TENDO COMO OBJETO CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS ARRECADADAS PELO INSS OU CONTRIBUIÇÕES RELATIVAS AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. APARENTE AFRONTA AO ART. 5º, XXXV

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2545, Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

2. O art. 12, caput, da Lei nº 10.260/01, ao fixar condições para o resgate antecipado dos certificados, teve como objetivo excluir da possibilidade de acesso ao crédito imediato dos valores correspondentes a tais certificados aquelas entidades que apresentem débitos para com a previdência. Tal medida, antes de agressiva ao texto constitucional, corresponde a atitude de necessária prudência, tendente a evitar que devedores da previdência ganhem acesso antecipado a recursos do Tesouro Nacional. 3. **O inciso IV do referido art. 12, quando condiciona o resgate antecipado a que as instituições de ensino superior "não figurem como litigantes ou litisconsortes em processos judiciais em que se discutam contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação.", aparentemente afronta a garantia constitucional inserida no art. 5º, XXXV. 4. Medida cautelar deferida.**¹⁹⁶

Desta forma, o Judiciário, por meio do STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, adequou a política pública educacional do FIES aos princípios constitucionais, na medida em que entendeu ser inconstitucional o art. 19 da Lei nº 10.260/2001, por violar a imunidade tributária concedida pela CF/88, em seu art. 195, § 7º; bem como o inciso IV do art. 12 da referida lei por violar o Princípio do Livre Acesso ao Poder Judiciário, na medida em que vinculou o resgate antecipado dos certificados junto ao Tesouro Nacional ao fato da ausência de ação judicial promovidas pelas instituições de ensino que versavam sobre contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação.

Contudo, no referido julgamento, o STF entendeu ser constitucional o art. 12, caput e demais incisos (salvo o inciso "IV", como vimos), por entender que a fixação de condições para o resgate antecipado dos certificados teve como objetivo excluir da possibilidade de acesso ao crédito imediato dos respectivos valores aquelas entidades que apresentassem débitos para com a Previdência Social.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2545, Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

Antes de encerramos este tópico, necessário tecermos alguns comentários sobre o requisito da renda bruta familiar máxima de até 20 salários mínimos para que o estudante possa se beneficiar do FIES, valor que corresponde, com base no salário mínimo de 2014, à quantia de R\$ 14.480,00.

Como vimos detalhadamente, o FIES não é voltado exclusivamente para o desenvolvimento de alunos carentes, visto que tal objetivo é buscado pelo PROUNI, por meio da concessão de bolsas de estudo integrais ou parciais para alunos com renda familiar bruta de até três salários mínimos, apesar de, como vimos, os alunos de baixa renda também possam se beneficiar com o FIES.

Assim, podemos concluir que, essencialmente, enquanto o PROUNI tem por objetivo precípuo o acesso dos alunos carentes às instituições privadas de ensino superior, o FIES tem por finalidade o desenvolvimento do próprio direito social a educação, na medida em que, através da concessão de financiamentos públicos com condições e taxas de juros menores que as realizadas no mercado pelos bancos, facilita o acesso de estudantes a cursos de graduação nas instituições privadas de ensino superior, bem como a cursos de mestrado, doutorado e educação profissional-tecnológica.

Conseqüentemente, tendo em vista que o FIES trata-se de um financiamento público, e não uma política inclusiva para estudantes de baixa renda, como é o PROUNI, a instituição desse limite de renda parece apontar invariavelmente para a seguinte conclusão: a de que as famílias que tenha renda bruta mensal acima de 20 salários mínimos ou podem pagar a mensalidade da instituição de ensino superior à vista ou, no caso de impossibilidade, devem se submeter ao financiamento realizado pelas instituições financeiras, que possuem condições e taxas de juros bem mais gravosas que as estabelecidas pelo FIES.

Em que pese se tratar de uma conclusão legítima e razoável, pautada em uma diretriz econômica, tendo em vista que o Poder Público não pode, no atual sistema capitalista, interferir na economia, a ponto de inviabilizar/anular as atividades praticadas pelos agentes privados (bancos), entendemos que esta não foi a melhor opção do ponto de vista econômico e social.

Isto porque, do ponto de vista econômico, a parcela de negócios dos bancos oriundos de empréstimos para financiamento educacional é ínfima se comparada a outras fontes de financiamento, notadamente para a aquisição da casa própria ou reforma de imóvel (por meio do Sistema Financeiro Habitacional-SFH ou de outras modalidades de empréstimos para a aquisição da casa própria quando ultrapassam o limite financeiro do SFH), e para a aquisição de automóvel. Ressalte-se, inclusive, que tais modalidades de financiamento são preferidas pelas instituições financeiras, na medida em que possuem como garantia o próprio bem financiado (casa ou o carro), diminuindo, assim, o risco da taxa de inadimplência.

Desta forma, numa visão econômica, o aumento do limite da renda familiar apto à participação no FIES não tem o condão de influenciar a margem dos negócios, e, por conseguinte, dos lucros, dos bancos.

Poder-se-ia, ainda do ponto de vista econômico, argumentar que a adesão de alunos do FIES com renda familiar superior a 20 salários mínimos, que poderiam se submeter aos financiamentos concedidos pelos bancos, prejudicaria a própria higidez econômica do programa, na medida em que aumentaria a quantidade de contratos realizados, diminuindo, conseqüentemente, os recursos disponíveis no fundo, a ponto de inviabilizá-lo, afetando, assim, aqueles que mais dele necessitam, os quais seriam as famílias com renda mensal bruta de até 20 salários mínimos.

A nosso ver esse argumento também não se sustenta, pois não se pode olvidar que o aumento do número de contratos, apesar de inicialmente poder gerar um comprometimento maior dos recursos disponíveis do FIES, a longo prazo, com a amortização da dívida principal, gerará a recomposição do dinheiro investido, que será revertido em benefício do próprio programa. Ademais, em tese, quanto maior a renda familiar menor a possível taxa de inadimplência, em face da maior disponibilidade de recursos familiares.

Registre-se, inclusive, que outro requisito para a participação do FIES é a taxa de comprometimento, que exige que para se submeter ao programa a renda familiar do aluno tem que estar comprometida com a mensalidade da instituição de ensino em percentual superior a 20%. Entendemos, por sua vez, que esta taxa de comprometimento é válida e

razoável, tendo em vista que caso o comprometimento da mensalidade não atinja sequer 20% da renda mensal familiar, o aluno sequer necessita submeter-se a financiamento, quer seja pelo FIES, quer seja por instituição bancária, em face de sua capacidade econômica de pagar a prestação à vista.

Assim, ainda do ponto de vista econômico, entendemos que a existência do requisito da taxa de comprometimento da mensalidade superior a 20% da renda familiar bruta mensal já é suficiente para a participação do FIES, pois afasta a possibilidade do aluno poder pagar a mensalidade à vista, sendo desnecessária a existência de outro requisito cumulativo, qual seja, a fixação de limite de renda familiar de até 20 salários mínimos.

Desta forma, com a manutenção da taxa de comprometimento (mesmo que, eventualmente, em percentual superior a 20% para famílias que tenham renda mensal bruta superior a 20 salários mínimos), afasta-se a possibilidade, em tese, de haver o pagamento a vista da mensalidade, sobrando, no atual regramento jurídico do FIES, somente a possibilidade do financiamento estudantil por meio de empréstimo bancário, com condições e taxas de juros mais elevadas.

Ademais, numa visão social, o referido limite de renda não tem sentido, pois cria mais obstáculos para o desenvolvimento da educação que, logicamente, é assegurado universalmente a todos, mesmo que tenham renda familiar bruta mensal superior a 20 salários mínimos.

Desta forma, em face de todo o exposto, entendemos que, tanto do ponto de vista econômico quanto social, não se sustenta a limitação da renda familiar bruta mensal de até 20 salários mínimos para a participação no FIES, porém temos a convicção de que tal opção político-econômica se trata do mérito do ato administrativo, pautado em critérios de conveniência e oportunidade do Governo ao elaborar a referida política pública de financiamento estudantil, não sendo desproporcional, apesar de, como ressaltamos, não ser a melhor, uma vez que já há a existência da taxa de comprometimento da renda no percentual superior a 20% da renda familiar, que pode, a título de sugestão, ser inclusive elevada para famílias que tenham renda acima de 20 salários mínimos.

Ante o exposto, entendemos que, tanto do ponto de vista econômico quanto social, a cumulação da taxa de comprometimento superior a 20% com a renda máxima familiar de até 20 salários mínimos não é a melhor opção como requisitos para a participação do FIES, por impedir o pleno desenvolvimento do Direito Social a Educação, devendo ser mantida tão somente a taxa de comprometimento, mesmo que em condições diferenciadas para os estudantes cuja renda familiar fosse superior a 20 salários mínimos.

Contudo, em que pese a nossa opinião, é preciso ressaltar que a retirada ou alteração do referido limite de renda familiar para participação no FIES não pode, neste ponto específico, ser alterada pelo Poder Judiciário, sob pena de se estar criando a política pública, invadindo, como vimos, competência típica do Executivo e do Legislativo, por se tratar do mérito do ato administrativo, pautado em critérios de conveniência e oportunidade. Contudo, é possível a sua reflexão pela sociedade, a fim de que, politicamente, se busque a sua alteração, pelo próprio Executivo e Legislativo.

CONCLUSÃO

O Direito a Educação é previsto em várias Constituições Brasileiras e representa um direito social de segunda dimensão, que exige do Estado uma atuação positiva (uma obrigação de fazer) na sua implementação e efetivação no caso concreto.

O Direito Educacional, em razão de sua tamanha importância, tem uma seção própria na CF/88 (Seção I, Capítulo III) nos arts. 205 a 214, tendo íntima relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que assegura a todos os seres humanos direitos inerentes à sua condição a fim de que possam viver com um **mínimo existencial** necessário à sua sobrevivência e desenvolvimento psíquico e social.

Todos os direitos sociais, como saúde, trabalho, educação, exigem o dispêndio de recursos financeiros por parte dos entes públicos a fim de que possam concretizá-los na prática, como, por exemplo, na construção de escolas, hospitais, pagamentos de professores e médicos. Contudo, tais gastos, algumas vezes, esbarram em falta de recursos orçamentários e restrições existentes na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000¹⁹⁷), o que representa o obstáculo da chamada “**reserva do possível**”.

Contudo, como vimos no presente trabalho, o Estado não pode se eximir da sua obrigação constitucional de implantação dos direitos sociais sob alegações genéricas e desprovidas de comprovação de falta de recursos financeiros e orçamentários.

A efetivação desses direitos sociais é feito por meio de políticas públicas que conceituamos como todas as atividades, metas, planejamentos e

¹⁹⁷ BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

projetos normativos idealizados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo que tenham por finalidade a realização de um interesse público primário.

Defendemos, no presente trabalho, que as políticas públicas possuem três **finalidades**: a) a **jurídica**, que representa uma ordem (mandamento) constitucional, uma obrigação institucional dirigida aos Gestores Públicos, determinada pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, que representa os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, no sentido de que elaborem, planejem e implementem atividades e programas voltados ao bem estar social e à concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente; b) a **política**, que representa um fator de legitimação e fortalecimento, após o declínio do Estado Social, do próprio Estado Democrático de Direito, que busca, além de incorporar os direitos de segunda dimensão (saúde, educação, trabalho, dentre outros) presentes no Estado do Bem Estar e assegurados no art.6º da CF/88, efetivar o Princípio Democrático, mediante a ampla participação popular na tomada das decisões políticas e respeitar os Direitos Fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana; e c) a **social**, que representa um fator de diminuição da grande desigualdade social acumulada historicamente pela sociedade capitalista, a fim de conferir a igualdade efetiva de oportunidades a todos os cidadãos.

Assim, somando-se essas três finalidades das políticas públicas, concluímos que seu objetivo precípua é servir de obrigação constitucional aos Gestores Públicos para que elaborem atividades e programas normativos que busquem diminuir a grande desigualdade social existente na sociedade capitalista, garantindo direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, principalmente a dignidade da pessoa humana, contribuindo, assim, para a implantação e fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Tais políticas públicas são elaboradas e planejadas pelo Executivo e pelo Legislativo, como atividade precípua e inerente a tais poderes. Desta forma, não é função do Judiciário criar a política pública. Porém, conforme entendimento pacificado no STF, por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, tendo como relator o ministro

Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004, decidiu-se que havendo omissão ou ação que viole os princípios constitucionais implícitos e explícitos o Poder Judiciário passa a ter a missão institucional de atuar a fim de que a política pública seja concretizada, aperfeiçoada e adequada de acordo com os princípios constitucionais tendo a finalidade de garantir os direitos fundamentais do cidadão.

Assim, conforme analisado no presente trabalho, diversas políticas públicas, todas elas relacionadas à área da educação, precisaram passar pela atuação do Poder Judiciário a fim de que tivessem adequação ao texto constitucional, conferindo-as concretude e plena eficácia na vida dos cidadãos.

Em alguns casos, como nas políticas públicas educacionais de Acesso ao Ensino Especial e o Direito a Dupla Matrícula; Sistema de Cotas para o acesso a instituições de nível superior; Oferta de Vagas em Creches e Pré-escolas para crianças até 5 anos de idade e o Piso Salarial dos Profissionais das Instituições de Ensino a atuação do Judiciário foi necessária para a sua **efetivação**, na prática, tendo em vista, em alguns casos, a existência de descumprimento por parte dos órgãos públicos e, no caso do piso salarial, alegação de inconstitucionalidade por parte de Estados insatisfeitos, que fora devidamente rejeitada pelo STF.

Outras políticas públicas educacionais, como a Transferência entre Instituições de Ensino; Reingresso em Instituição de Ensino Superior, Cobrança de Taxas em Instituições Públicas de Ensino o Poder Judiciário, PROUNI e FIES, o Poder Judiciário atuou para **adequá-las** aos princípios constitucionais, especificamente os relacionados a educação Brasileira, previstos no art.206 da CF/88, que são: Princípio da Igualdade de Condições para o acesso e a permanência na escola, Princípio da Liberdade de Aprender e Ensinar, Princípio do Pluralismo de Ideias, Princípio da Coexistência de Instituições Públicas e Privadas de ensino, Princípio da Gratuidade do ensino público em estabelecimentos, Princípio da Valorização dos profissionais da educação escolar, Princípio da Gestão Democrática de Ensino Público, Princípio da Garantia de Padrão de Qualidade Princípio do Piso Salarial Profissional Nacional, corrigindo, desta forma, as distorções

existentes na forma inicial como instituída a política pública elaborada pelo Executivo e Legislativo.

O que se percebe, em todas as situações analisadas nesta dissertação, é que está, cada vez mais, ocorrendo o fenômeno da **“Judicialização das Políticas Públicas”**, isto é, as políticas públicas, que antes ficavam a cargo exclusivamente do Executivo e do Legislativo, estão sendo levadas para o Judiciário, por meio de ações judiciais, a fim de que este profira a “última palavra” sobre o assunto, a fim de concretizar a política pública e adequá-la conforme as diretrizes constitucionais.

Desta forma, verifica-se a importância fundamental de atuação do Judiciário na atualidade, a fim de efetivar, implantar e aperfeiçoar as políticas públicas relacionadas à educação.

Frise-se que o planejamento e a efetivação de políticas públicas são de competência do Legislativo e do Executivo. Porém, conforme decidido pelo STF, tal competência não é exclusiva, pois, nos casos de violação ao texto constitucional, quer se trate de uma ação (conduta positiva) ou de uma omissão (conduta negativa), o Judiciário passa a ter legitimidade para intervir visando a efetivação das políticas públicas a fim de garantir integridade aos direitos individuais e coletivos assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A fim de cumprir tal mister pode o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de determinada lei que veicule uma política pública ou conferir interpretação conforme a Constituição a fim de, em havendo multiplicidade de significados possíveis emanados no texto da lei, atribuir-lhe aquele que esteja em consonância com a diretriz constitucional, extirpando o outro que a contrarie.

Isto porque o Poder Judiciário, como guardião da Constituição de 1988, tem o dever institucional de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos reconhecidos e ampliados pela Carta Magna, nem que para isso tenha que rever os atos emanados do Executivo e do Legislativo, por meio do controle de constitucionalidade.

Conseqüentemente, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, a fim de bem e fielmente desempenhar a missão de garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, o Judiciário tem o poder-dever de efetivar e aperfeiçoar as políticas públicas elaboradas pelo Executivo e o Legislativo, adequando-as aos princípios constitucionais.

Agindo desta maneira, o Judiciário contribui para a consolidação e o fortalecimento da Democracia Brasileira, na medida em que corrige distorções em políticas públicas que estejam em desconformidade com as diretrizes estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desta forma, o Judiciário, por meio de sua atitude proativa, garantidor dos direitos fundamentais básicos e essenciais do cidadão, busca, também, concretizar o desenvolvimento e o aprimoramento da educação nacional, pilar fundamental de uma sociedade justa, igualitária e consciente dos seus direitos e deveres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério B. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: Avelar, Lúcia; CINTRA, Antonio Octávio. Sistema político brasileiro: uma introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Editora Unesp, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Ed.Malheiros, 8º ed. 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

BARBOSA. Joaquim B. B. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade**. Rio, Renovar, 2001.

BARBOSA, Igor de Andrade. **A análise dos contratos de financiamento estudantil (FIES) assinados durante a vigência das Leis nº 8.436/92 e 10.260/01, sob a ótica do consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3488, 18 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23490>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BARCELOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. **O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em 06 jun.2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia : Uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 5. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONETE, Lindomar Wessler. **Políticas Públicas por Dentro**. 3 ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 15 jun. 2013.

BRASIL. **Decreto n.6.253/2007, de 13 de novembro de 2007**. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. **Decreto n.6.571, de 17 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 7.611, de 17 de novembro de 2011**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 7.783/1989, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das

necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 8.069/90, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 2013. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e estabelece outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997**. Regulamenta o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 10.098/2000, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 11.738, de 16 de julho de 2008**. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>.> Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. **Lei n. 12.796, de 04 de abril de 2013**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Disponível em :<<http://www.planalto.gov.br>.> Acesso em: 10 mar. 2013.

BRASIL. **MEC. Plano de Desenvolvimento da Educação – Razões, Princípios e Programas**. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf>. Acesso em 06.07.2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Turma. Recurso Especial nº 510.598/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. Recurso Especial nº 510.598/SP. Relator: Ministro João Otávio De Noronha. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. Recurso Especial nº 200200699966. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 24 de setembro de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Seção. REsp 1155684/RN. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2 Turma. REsp 831.837/RS. Relator: Rel. Ministra. Eliana Calmon. Brasília, 17 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Seção. REsp 1155684/RN. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Seção. Recurso Especial nº 1155684/RN . Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. Recurso Especial nº 200200699966. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 13 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. Recurso Especial nº 201201891948. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 12 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª Turma. RESP 200700598707, Relatora Min. Eliana Calmon. Porto Alegre, 26 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. 1ª Turma. RESP 200800493675, Relatora Ministro José Delgado. Brasília, 05 de junho de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, Relator Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 29/04/2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em 25 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>>. Acesso em 27 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3324. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 16 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Injunção nº 708. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 09 de maio de 2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 21 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4167. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 27 de abril de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 03 de maio de 2012. Disponível em <<http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2545, Relatora Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº199938000363308. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Brasília, 19 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br/Processos//ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 6ª Turma. Apelação Cível nº 199935000194126. Relator: Juiz Federal Carlos Augusto Pires Brandão (Conv.). Brasília, 21 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº 200840000008172. Relator: Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian. Brasília, 21 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº 200938030025650 Relator: Desembargador Federal JOÃO BATISTA MOREIRA. Brasília, 15 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 5ª Turma. Apelação em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 10 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 maio. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (1. Região)**. 5ª Turma. Remessa Ex Ofício em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. Brasília, 15 de abril de 2014. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº 200450010087309. Relator: Desembargador Federal Fernando Marques. Rio de Janeiro, 21 de julho de 2011. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)**. 6ª Turma. Apelação Cível nº 200851020007082. Relator: Desembargador Federal Frederico Gueiros. Rio de Janeiro, 07 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº 199751010727598. Relator: Desembargadora Federal Guilherme Diefenthaeler. Rio de Janeiro, 19 de abril de 2007. Disponível em <<http://portal.trf1.jus.br>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº 200951010084023. Relator: Desembargador Federal Marcus Abraham. Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (2. Região)**. 6ª Turma. Apelação Cível nº 201350010001969. Relator: Desembargador Federal Mauro Luis Rocha Lopes. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf2.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (3. Região)**. 1ª Turma. Apelação Cível nº 15624 SP 0015624-88.2009.4.03.6100. Relator: Juiz Convocado Márcio Mesquita. São Paulo, 21 de maio de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (4. Região)**. 4ª Turma. Apelação Cível nº 5009324.95-2011.404.7112. Relator Desembargador Federal Luis Alberto d'Azevedo Aurvalle. Porto Alegre, 05 de março de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (4. Região)**. 3ª Turma. Apelação Cível nº 5044998-39.2012.404.7100. Relator: Desembargador Federal Fernando

Quadros Da Silva. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4ª Turma. Apelação Cível nº 5011864-12.2012.404.7200. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 19 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5035625-52.2010.404.7100. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros Da Silva. Porto Alegre, 04 de novembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5011125-77.2014.404.7100, Relatora Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 05 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4ª Turma. Apelação Cível nº 5003569-71.2012.404.7204, Relator Des. Federal Candido Alfredo Silva Leal Junior. Porto Alegre, 04 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5000377-25.2010.404.7003, Relator Des. Federal Fernando Quadros Da Silva. Porto Alegre, 12 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 5004911-05.2012.404.7112 Relatora Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 03 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). 3ª Turma. Apelação Cível nº 00057612520104058200. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Recife, 13 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 5ª Turma. Apelação Cível nº200881000108061. Relatora: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Recife, 16 de dezembro de 2011. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 1ª Turma. Apelação Cível nº 52997920124058400 Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Recife, 04 de setembro de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 2ª Turma. Apelação Cível nº 14232220124058302 Relator: Desembargador Federal Fernando Braga. Recife, 07 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 1ª Turma. Apelação Cível nº 64786620124058200 . Relator: Francisco Cavalcanti. Recife, 18 de julho de 2013. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 18 nov.2013.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 3ª Turma. Apelação Cível nº 8002823120134058000 . Relator: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira. Recife, 19 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (5. Região)**. 1ª Turma. Apelação Cível nº 8004705820124058000. Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt. Recife, 16 de janeiro de 2014. Disponível em <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff (coord). **Políticas Públicas: conceitos e práticas** – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 1993.

CARVALHO, Alysson; SALLES, Fátima; GUIMARÃES, Marília; UDE, Walter (organizadores). **Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Proex, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 720/721 apud HORTA. Unidade e dualidade da magistratura. In: Exposição em painel da subcomissão do Poder Judiciário, da Assembléia Constituinte.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 1984.

DEITOS, Roberto Antonio e XAVIER, Maria Elizabte Sampaio Prado. **Estado e Política Educacional no Brasil**. In: Estado, desenvolvimento, democracia e políticas sociais. Cascavel: EDUUNIOESTE, 2006.

DIAS, Reinaldo e MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósito e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Parecer Perícia Contábil: conceito, a disciplina processual da escolha do perito economistas e habilitação técnico-científica, responsabilidade civil e legitimidade ad causam**. Disponível em <
http://www.coreconsp.org.br/adm/public/upload/parecer_C%C3%A2ndido%20Rangel.pdf> . Acesso em : 15 jun. 2013.

DRUCKER, Peter. **Sociedade Pós Capitalista**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

FERREIRA, Lier Pires. Guanabara, Ricardo. (Org.). **Curso de Sociologia Jurídica**. Campus Elsevier.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORI, José Luis. **Os moedeiros falsos**. Neoliberalismo e Políticas Públicas. Editora Vozes: Petropolis, 1997.

FISCHMANN, Roseli (Coord). **Escola Brasileira Temas e Estudos**. São Paulo: Atlas, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9241>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun. 2013.

MACIEL, Débora Alves e KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. Lua Nova n.57, São Paulo, 2002.

MELLO, Guiomar Namó de. **Políticas Públicas de educação**. In: Estudos avançados. São Paulo, SP: Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo/USP, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. **De L'Esprit des Lois**. Bibliothèque de la Pléiade: Dijon, 1951.

OLIVEIRA, Dalila Andrade e DUARTE, Adriana. **Política educacional como política social: uma nova regulação da pobreza**. Perspectiva, v.23, n.02, p.279-301, jul/dez. 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O Direito a Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça**.

Disponível em:
http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/rbde11/rbde11_07_romualdo_portela_de_oliveira.pdf.> Acesso em 06/07/2013.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e Crise do Estado**. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, apud SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País**. São Paulo, Saraiva, 2010.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SAVIANE, Dermeval. **O ensino básico e o processo de democratização da sociedade brasileira**. Conferencia proferida na abertura do III ENPA (Encontro Nacional do Programa Alfa), Olinda, agosto de 1983.

_____. O Plano de Desenvolvimento da Educação: Análise do projeto do MEC. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a2728100.pdf>. Acesso em 15 de dez. 2013.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da Judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Christian Luiz da; SOUZA-LIMA, José Edmilson (organizadores). **Políticas Públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira e ALVES, Fernando de Brito (organizadores). **Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País**. São Paulo, Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. 7º tiragem. Ed. Malheiros: São Paulo.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão Liminar: a Judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.

VIEIRA, Evaldo. **Os Direitos e a Política Social**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2007.