



**UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito**

BRUNA MIZUKI

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NA HERMENÊUTICA JUDICIAL:
análise do processo e julgamento da ação direta de
inconstitucionalidade n. 4.167, que versou sobre o piso salarial dos
professores do ensino público básico**

BRASÍLIA - DF

2013

BRUNA MIZUKI

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NA HERMENÊUTICA JUDICIAL:
análise do processo e julgamento da ação direta de
inconstitucionalidade n. 4.167, que versou sobre o piso salarial dos
professores do ensino público básico**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado,
área Direito e Políticas Públicas, do Centro
Universitário de Brasília, como requisito final
à concessão do título de Mestre em Direito e
Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos
Martins Alves Jr.

BRASÍLIA -DF

2013

MIZUKI, Bruna.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA HERMENÊUTICA JUDICIAL: análise do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 4.167, que versou sobre o piso salarial dos professores do ensino público básico. Brasília: a autora, 2013.

160 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.

BRUNA MIZUKI

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NA HERMENÊUTICA JUDICIAL:
análise do processo e julgamento da ação direta de
inconstitucionalidade n. 4.167, que versou sobre o piso salarial dos
professores do ensino público básico**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado,
área Direito e Políticas Públicas, do Centro
Universitário de Brasília, como requisito final
à concessão do título de Mestre em Direito e
Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Luís Carlos
Martins Alves Jr.

BRASÍLIA, 31 de outubro de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr.
Professor Orientador

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Professor Examinador

Prof. Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes
Professora Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu marido Cauê, minha filha Sofia, pelo amor incondicional e pela força que representam na minha vida. Em especial, dedico à minha mãe Aparecida de Lourdes e à tia Carmo, pelo exemplo de trabalho e fé, por me apoiarem sempre e me ajudarem a cuidar do meu bem mais precioso para cumprir mais essa etapa de vida, que é o mestrado.

AGRADECIMENTO

Percorri caminhos até chegar aqui. Alguns felizes, outros nem tanto, mas nenhum deles me pareceu sem sentido.

Agradeço a Deus, minha saúde e perseverança. Às pessoas colocadas no meu caminho, durante a trajetória do mestrado, sem as quais não chegaria ao final. Obrigada prof. Luís Carlos, pela dedicação, valiosas orientações e atenção.

Tenho fé em Deus.

Agradeço à vida, as oportunidades e experiências que só me fizeram crescer. Obrigada à Faculdade Arnaldo Horácio Ferreira (FAAHF) que me possibilitou fazer o mestrado, concomitantemente com o trabalho. Obrigada aos meus amigos, em especial, à Andréa, Dila e Regiane, que me incentivaram a prosseguir. A todos os professores, os ensinamentos. Aos amigos que conheci, especialmente à Natália, que tanto me auxiliou; e aos funcionários, sempre solícitos, meu muito obrigado.

Tenho fé na vida.

Agradeço à minha família. Ao meu irmão, Fausto. Ao meu pai, Osvaldo. À Cléia, a troca de experiências. À Carminha, a acolhida em sua casa, em Brasília, durante o tempo do mestrado.

Tenho fé no amor.

RESUMO

Esta dissertação tem por objeto a análise do julgamento da ADI n. 4167. Como metodologia, o relato desta análise, em três capítulos, lida com pressupostos que fundamentam o compromisso com os valores e a coerência, deixando implícito que todo conhecimento crítico indaga e questiona suas possibilidades e seus limites. Portanto, é no campo da hermenêutica que se desenvolve a pesquisa. Discutem-se as decorrências e os parâmetros atuais do debate, a respeito das distinções envolvendo regras, princípios e postulados. Uma discussão histórica e conceitual sobre o Estado Federal Brasileiro, presente no primeiro capítulo, concentra as discussões na dinâmica federativa recente, iniciada com a Constituição de 1988, embasada nos teóricos: Silva (2009), Bonavides (2008), Ferreira Filho (2010) e Bernardes (2010), entre outros. Objetiva apresentar os principais textos normativos que tratam do federalismo educacional, no Brasil, e verificar as condições gerais que delimitaram a atividade interpretativa dos magistrados, ao proferir a decisão na ADI 4167. No segundo capítulo, Kelsen (2009) e Ross (2007) argumentam que, a despeito de haver critérios ou não, a decisão final seria tão somente a expressão de um ato político e de vontade, embasados em processos cognoscitivos. E o ordenamento jurídico seria apenas um pretexto. Coelho (2011), Larenz (1997) e Perelman (2004) mantêm o foco na observância ao devido processo legal, na consciência jurídica geral, e no respeito aos precedentes e à Constituição. Foram contemplados ainda os teóricos Dworkin (2007), Alexy (2008), Ávila (2004) e Neves (2013). No terceiro capítulo, um estudo anatômico do processo e julgamento da ADI analisada aponta as principais consequências políticas e normativas, para descobrir se a decisão está em conformidade com o texto constitucional, ou este foi suplantado em prol da melhoria da qualidade da educação. O tema proposto permite enriquecer o diálogo sobre os magistrados e suas decisões. Será que o ordenamento jurídico tem sido priorizado?

Palavras-chave: Direito Constitucional. Hermenêutica Jurídica. Federalismo. Educação. ADI 4.167.

ABSTRACT

This thesis analyzes the ADI n. 4167 trial. As methodology, the report of this analysis, in three chapters, deals with the assumptions that substantiate the commitment with values and consistency, implying that all critical knowledge asks about its possibilities and its limits. Therefore, it is in hermeneutic field that research develops. Consequences and the parameters of the debate about the distinctions involving rules, principles and postulates are discussed. Historical and conceptual Brazilian Federal State arguments, in this first chapter, is concentrated on the dynamics federative recent discussions, initiated with the Constitution, based on doctrinaires like Silva (2009), Bonavides (2008), Ferreira Filho (2010) and Bernardes (2010), among others. The goal is to present the main normative texts that attend to the educational federalism in Brazil and check the conditions that have delimited the magistrates interpretive activity to pronounce decision in ADI 4167. In the second chapter, Kelsen (2009) and Ross (2007) argue that, despite having criteria or not, the final decision would be merely the expression of a political will and, supported on cognitive processes. And the law was only a pretext. Coelho (2011), Larenz (1997) and Perelman (2004) keep the focus on the observance of due process, and legal general awareness, respecting precedents and the Constitution. The theorists, Dworkin (2007), Alexy (2008), Ávila (2004) and Neves (2013) are also involved in this report. In the third chapter, an anatomic study prosecution, and trial of ADI analyzed, shows the main political and normative consequences to find out if the decision is in conformity with the Constitution or it was supplanted in favor of improving the quality of education. The theme was proposed to enrich the dialogue about the judges and their decisions. The legal system has been prioritized? Will be?

Keywords: Constitutional Law; Legal Hermeneutics; Federalism; Education; ADI 4167.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO, p. 10

2 ESTÁTICA NORMATIVA: FEDERALISMO EDUCACIONAL, p. 20

2.1 O Federalismo Brasileiro, p. 20

2.1.1 Origens e conceitos, p. 20

2.1.2 Repartição de competências, p. 29

2.1.2.1 Federalismo Político: matéria legislativa, p. 30

2.1.2.2 Federalismo Administrativo: matéria administrativa, p. 33

2.2 Federalismo Educacional, p. 35

2.2.1 A educação e o federalismo brasileiro, p. 35

2.2.2 A educação na Constituição Federal de 1988, p. 42

2.2.3 Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei Federal n. 9.394/96, p. 46

2.2.4 Plano Nacional de Educação (PNE), p. 49

2.2.5 A Lei n. 11.738/2008 - “Lei do piso dos professores”, p. 51

2.2.6 UNESCO e OIT: Recomendação Relativa à Situação do Pessoal Docente, p. 54

2.3 Considerações parciais, p. 55

3 PARÂMETROS COMPREENSIVOS: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA, p. 58

3.1 Como os Magistrados decidem: uma perspectiva à luz de Hans Kelsen e Alf Ross, p. 58

3.1.1 Hans Kelsen, p. 58

3.1.2 Alf Ross, p. 62

3.2 Como os Magistrados deveriam decidir: uma perspectiva segundo Inocêncio Mártires Coelho, Karl Larenz e Chaïm Perelman, p. 67

3.2.1 Inocêncio Mártires Coelho, p. 67

3.2.2 Karl Larenz, p. 72

3.2.3 Chaïm Perelman, p. 75

3.3 A norma constitucional: regras, princípios e postulados, p. 81

3.3.1 Ronald Dworkin, p. 81

3.3.2 Robert Alexy, p. 86

3.3.3 Humberto Ávila, p. 89

3.3.4 Marcelo Neves, p. 96

3.4 Considerações parciais, p. 98

4 O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADI 4.167: ESTUDO ANATÔMICO, p. 100

4.1 O processo da ADI 4167, p. 100

4.1.1 A petição inicial, p. 100

- 4.1.2 Manifestação da Procuradoria-Geral da República, p. 103*
- 4.1.3 Manifestação da Advocacia-Geral da União, p. 105*
- 4.1.4 Informações prestadas pelo Senado Federal, p. 108*
- 4.1.5 Manifestação da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Educação – CNTE, p. 113*
- 4.1.6 Manifestação da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE, p. 115*

4.2 O julgamento da ADI 4167, p. 116

- 4.2.1 Piso salarial como vencimento básico ou remuneração global, p. 116*
- 4.2.2 Quebra do pacto federativo e jornada de trabalho, p. 119*
- 4.2.3 Risco de desequilíbrio orçamentário, p. 124*

4.3 Consequências políticas e normativas do julgamento, p. 127

- 4.3.1 Consequências políticas, p. 127*
- 4.3.2 Consequências normativas, p. 132*

4.4 Considerações parciais, p. 137

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS, p. 139

6 REFERÊNCIAS, p. 142

7 ANEXOS, p. 152

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.167¹. Trata-se de ADI ajuizada pelos Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará contra alguns dos preceitos normativos da Lei n. 11.738/2008². O Senado Federal³, a

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator ministro Joaquim Barbosa. Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outros. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Julgamento em 27.4.2011. Diário de Justiça de 24.8.2011. Ementa do acórdão: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIROS E ORÇAMENTÁRIOS. JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA. ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO. 1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008). 2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador. 3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

² Os artigos da Lei questionados foram:

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 9394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

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

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

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

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

³ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 929-940

Câmara dos Deputados⁴ e a Presidência da República⁵ prestaram informações favoráveis à constitucionalidade da Lei atacada. A Advocacia-Geral da União⁶ defendeu a constitucionalidade do texto impugnado⁷. A Procuradoria-Geral da República também juntou manifestação⁸ a favor da constitucionalidade da Lei 11.738/2008. Houve ingresso de entidades como *amici curiae*⁹.

Este trabalho não adentrará na legislação estadual e municipal, tendo em vista os seus limites acadêmicos. Todavia, a sua autora é professora universitária no Município de Luís Eduardo Magalhães-BA, e como tal, cidadã de uma região que ostenta índices educacionais críticos, especialmente no tocante à qualidade do ensino básico fundamental.

Por isso, registram-se as disposições sobre educação na Constituição do Estado da Bahia, que no CAPÍTULO XII trata “Da Educação” nos artigos 244 a 260, simetricamente à Constituição Federal¹⁰. E a Lei Orgânica do Município (LOM) de Luís Eduardo Magalhães-BA, no CAPÍTULO VIII, traz os artigos 168 a 173; 175; 177 a 179, que tratam “Da Cultura, da Educação e do Desporto”¹¹. No art.169, parágrafo único da LOM de Luís Eduardo Magalhães consta a “valorização do profissional da educação escolar”, entretanto, a Bahia é um dos Estados que não cumprem a Lei do Piso.

A pesquisa pretende, com base no julgamento da ADI 4.167, na Constituição Federal, na legislação específica sobre educação, bem como na situação relativa à remuneração dos professores da educação básica no Brasil, estudar o debate hermenêutico, a partir da decisão de constitucionalidade da Lei n. 11.738/2008. A finalidade é, portanto, analisar a atividade interpretativa dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI em tela, a partir da perspectiva de

⁴ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 849-850.

⁵ *Idem*, Fls. 860-897.

⁶ À época chefiada pelo Ministro Dias Toffoli.

⁷ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 900-902.

⁸ *Idem*, Fls. 1.045.

⁹ Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE; Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – SISMMAC; Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – SINDIUPES; Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO e Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – SINDIFORT.

¹⁰ ANEXO 1.

¹¹ ANEXO 2. O município baiano referido aprovou, em abril deste ano, a Lei nº 594, de 23 de abril de 2013, que “Dispõe sobre a concessão de aumento de salário aos Profissionais do Magistério Público da educação básica do Município”.

autores que se debruçaram sobre o tema do federalismo e da hermenêutica constitucional.

Justifica-se este estudo porque a Constituição Federal, em seu artigo 206¹², estabelece como primordial a estipulação do piso salarial para uma efetiva valorização do profissional da educação e conseqüentemente melhoria nas redes de ensino. Assim, é princípio constitucional a valorização dos profissionais da educação básica e, como princípio específico, a necessidade do piso salarial nacional.

Entretanto, as diferenças entre Estados e Municípios quanto à estruturação da carreira e remuneração dos professores, nas diversas regiões do país, é muito grande. Há no país 5.570 Municípios¹³, 26 Estados e um Distrito Federal, cada qual com seus sistemas de ensino e regulamentações próprias. Existem legislações, fontes de recursos e orçamentos muito diferentes. Com efeito, a situação é bastante heterogênea e complexa nos aspectos referentes à carreira e salário de professores, entre Estados e entre Municípios a depender das características regionais, da população, do sistema produtivo regional e local, da capacidade financeira própria, dos repasses federais ou estaduais, das tradições políticas e culturais etc¹⁴.

O salário inicial dos professores, no geral, é baixo, quando comparado a outras profissões que exigem formação superior, e isso tem peso sobre as características de procura pela profissão. Entre outros fatores, carreira e salários que estão associados a desprestígio profissional, com certeza, pesam tanto na procura por esses cursos, como sobre o ingresso e permanência, na atividade¹⁵.

Em Estados e Municípios economicamente mais desenvolvidos, os salários se mostram um pouco melhores. Porém, diante do contexto de opções de outros trabalhos

¹² “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
[...] 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 n. 53 de 2006);
[...] VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 53 de 2006).”

¹³ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “O Brasil ganhou 5 municípios novos no dia 1º de janeiro de 2013. São eles: Pescaria Brava e Balneário Rincão, em Santa Catarina; Mojuí dos Campos, no Pará; Pinto Bandeira, no Rio Grande do Sul e Paraíso das Águas, no Mato Grosso do Sul”.

¹⁴ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá. *Professores do Brasil: impasses e desafios*. Brasília: UNESCO, 2009, p. 237-238.

¹⁵ *Idem*, p. 240.

nessas regiões, esses salários não são nada competitivos. Ainda, relativamente ao custo de vida regional, também são preocupantes¹⁶.

Aspectos como falta de professores em algumas regiões, e o abandono da carreira, confirmam a importância de considerar as condições reais da profissionalização docente. Por essa razão, com a fixação do piso salarial, espera-se uma melhora na condição de salário dos profissionais da educação básica. Com base nisso, a proposta é colocar o tema a fim de contribuir para que se equacionem alternativas capazes de tornar realidade o direito à educação no contexto do Estado brasileiro.

Neste contexto, o problema a ser pesquisado surge da falta de coerência, nas decisões dos Tribunais, sobretudo do STF. Sendo assim, no caso do julgamento da ADI 4.167, pode-se identificar essa coerência com relação à previsão constitucional e a previsão da Lei n. 11.738/2008? Deve prevalecer a coerência com o texto constitucional, ou a melhoria da qualidade da educação? Seria possível cobrar do Judiciário algum tipo de coerência em nome da expectativa de previsibilidade do sentido normativo das decisões?

Para o desenvolvimento deste trabalho, a hipótese adotada é de que, no caso analisado, o STF desconsiderou o texto constitucional, em prol da melhoria na qualidade da educação, que, necessariamente, passa pela melhoria das condições salariais dos professores. Essa situação acabou por refletir no descumprimento da Lei, na maioria dos Estados¹⁷, já que a decisão também declarou constitucional a forma de cumprimento da jornada de trabalho dos professores, que é da competência dos Estados. Com base nisso, pretende-se responder: Há como estabelecer um federalismo de cooperação em bases forçadas? Não geraria um déficit de legitimidade, na prática, já que a lei não pegou? É possível melhorar a qualidade da educação, desrespeitando o texto constitucional? E se houver esse desrespeito, o que deve prevalecer, o texto constitucional ou a melhoria da educação?

Quanto à metodologia, para a construção dos argumentos, optou-se por dividir o trabalho em três capítulos de desenvolvimento. No primeiro capítulo, para analisar a

¹⁶ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., Op. cit., p. 241.

¹⁷ Conforme será delineado nas consequências políticas do julgamento, no último capítulo.

educação, na perspectiva do federalismo brasileiro, a pretensão é a de explorar seus pontos mais importantes. Não será abordada a questão do federalismo fiscal, tendo em vista que adentraria em outro problema, de alocação de recursos e repasses, o que extrapolaria o objeto e objetivos deste estudo.

Assim, discute-se a questão federativa, no que diz respeito à garantia do direito à educação a todos os cidadãos brasileiros. Entretanto, tratar da questão federativa no Brasil, e seus impactos no contexto educacional, não é tarefa fácil, porque passa por aspectos de como o Estado brasileiro lida com a educação brasileira e dos seus impactos na garantia de uma educação de qualidade para todos no país.

Este trabalho se embasa em autores, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes e Wilba Lúcia Maia Bernardes, dentre outros, que se debruçaram sobre os problemas do federalismo e da repartição de competências, no Brasil.

A escolha do suporte doutrinário, a despeito de haver outros prismas de análise, se deu por uma opção metodológica, por delinearem os autores citados, caminhos antes pensados neste trabalho, na direção de estabelecer uma “crítica” à centralização da União nos casos que envolvem interesse regional ou mesmo local. Ou, colocado de outra maneira, os autores escolhidos apontam soluções no sentido de conferir maior autonomia aos Estados e Municípios, como importante mecanismo para solucionar os problemas enfrentados pelo modelo do federalismo brasileiro.

Praticamente, todos os autores pesquisados e referenciados concordam com o fato de que o federalismo brasileiro possui uma estrutura complexa, e isso ocasiona a maior parte dos problemas de delimitação de competência entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por essa razão, Paulo Bonavides apresenta sua proposta de considerar a existência de em “federalismo das autonomias regionais”. Segundo o referido autor, deve-se institucionalizar as “Regiões” a fim de diminuir as diversidades regionais, haja vista que a perpetuação de um poder central significaria um retrocesso à ordem federativa.

A visão de Wilba Lúcia Maia Bernardes sobre federalismo embasa argumentos sobre um “pseudofederalismo cooperativo” e aponta soluções para o federalismo brasileiro, no sentido de reafirmar a autonomia dos Estados e Municípios. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Gilmar Mendes dão suporte a esta pesquisa quanto ao tema da repartição de competências, uma vez que aqui se delinea a problemática da cooperação.

O estudo contempla, ainda no primeiro capítulo, uma análise a obras específicas sobre o federalismo educacional porque elas demonstram a realidade da educação brasileira, e as principais experiências e soluções, para melhorar a qualidade da educação, através da melhoria das condições salariais e de trabalho dos professores, com base na estrutura do federalismo, no Brasil.

Autores como Romualdo Portela, Wagner Santana, Fernando Luiz Abrucio, Fernando Resende, dentre outros, que escreveram sobre o federalismo educacional, bem como autores que descreveram instrumentos aplicados para a melhoria da educação, de alguns Estados, que obtiveram resultados satisfatórios foram, também, consultados, mas o relato não adentrará neste aspecto.

Traz, ainda, uma análise da legislação nacional e internacional sobre a remuneração dos profissionais da educação. Para tanto, parte dos dispositivos sobre educação, na Constituição Federal, adentra a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), passa pelo Plano Nacional de Educação (PNE), até chegar às disposições específicas dos profissionais da educação, com a Lei n. 11.738/2008. No cenário internacional, respalda-se nas disposições da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT) quanto à Recomendação Relativa à Situação do Pessoal Docente.

O segundo capítulo de desenvolvimento apresenta uma discussão de como os magistrados decidem, ou deveriam decidir.

Um problema persistente, na jurisdição constitucional brasileira, consiste no fato de que não se sedimenta uma jurisprudência, tendo os precedentes como indicadores e orientadores de julgamentos futuros. Aliado a esse problema, ocorre, não raramente, a falta de clareza e coerência nas decisões. Não é incomum, portanto, que se chegue aos mesmos resultados, com argumentos diferentes.

Trata-se de um tema que tem provocado inúmeras discussões entre os operadores do direito e intérpretes da lei, sobretudo porque se busca, na prática dos magistrados, identificar um mínimo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões. Isso não tem ocorrido.

Nesse sentido, o trabalho hermenêutico torna-se uma ferramenta importante, à medida que prima pelo ajustamento entre textos normativos e fatos que vão ordenar a vida em sociedade, uma vez que é nesse momento que o juiz, observando a generalidade do texto, respeita a singularidade do caso concreto.

Neste contexto, o presente capítulo objetiva enfrentar essas questões, apresentando critérios que possam reduzir as incoerências nas decisões judiciais, valendo-se, para tanto, da hermenêutica jurídica e da interpretação constitucional. Para tanto, foi feita uma leitura de autores que se debruçaram sobre o tema e estão contempladas, neste capítulo, as principais opiniões e conclusões deles.

O capítulo inicia com a ideia de que a aplicação de normas jurídicas é um ato político e de vontade, na linha de Hans Kelsen e Alf Ross. Entretanto, por acreditar que deve haver critérios para as decisões, com apoio em Inocêncio Mártires Coelho, Karl Larenz e Chaïm Perelman e nos critérios propostos por cada um, será delineada a proposta de como os magistrados deveriam decidir.

Com base nos pressupostos de Hans Kelsen e Alf Ross, parte-se de um dogma, ao analisar a atividade hermenêutica, na decisão final da ADI 4.167: de que os ministros do STF quiseram prolar a melhor decisão possível. Contudo, ficam os seguintes questionamentos: até que ponto o magistrado pode corrigir o texto da lei, para buscar seu espírito? Até onde pode ir? Como os magistrados decidem?

Inocêncio Mártires Coelho serviu de norte para este estudo, em torno da discussão hermenêutica de como os magistrados deveriam decidir, por dedicar-se a investigar as condições de possibilidade de um conhecimento jurídico que, sendo razoavelmente objetivo, seria capaz de legitimar a atividade hermenêutica em critérios aceitáveis. Portanto, quando se trata de interpretação constitucional, pode-se dizer que o verdadeiro legislador não é quem faz a lei, mas quem a interpreta em caráter definitivo.

Valendo-se das ideias de Larenz, deve haver critérios para a atividade interpretativa dos magistrados, e que a interpretação conforme a Constituição, apresenta-se como um desses critérios de como os magistrados deveriam decidir. Mas que, além deste e de outros critérios que possam existir, é imprescindível o respeito aos precedentes que, no final é o que realmente irá conferir segurança e legitimidade à decisão.

Com apoio nas ideias de Perelman, os magistrados deveriam decidir considerando a exigência de motivação, como condição de legitimidade da sua atividade hermenêutica. A decisão deve ser convincente, sobretudo para a parte derrotada. O juiz está obrigado a julgar, e é a motivação que garante uma argumentação convincente e irá justificar a decisão.

Prosseguindo, no segundo capítulo, a discussão em torno da diferença entre regras, princípios e postulados, ao final do capítulo, completa as ideias expostas como forma de ratificar a conduta esperada e considerada coerente, por parte dos intérpretes da lei.

Afinal, nos últimos anos, e, em um marco da Teoria do Direito sobre os princípios, abriu-se a perspectiva para um novo enfoque: agora não se discute a normatividade ou força obrigatória dos princípios, que se reconhece como de mais alta intensidade, discute-se a sua própria morfologia de regras ou normas jurídicas.

De acordo com esse novo enfoque, o problema reside em se determinar se entre regras e princípios existe uma diferenciação lógica, qualitativa ou radical, ou, pelo contrário, uma distinção meramente de gradação. Assim, quando os juristas falam de princípios, referem-se a certa classe de regras, ou a um certo modelo de argumentação.

Essas questões, que têm como principais referências na teoria do direito contemporâneo, Robert Alexy e Ronald Dworkin, além de objetivamente respondidas por Inocêncio Mártires Coelho, que inclui a interpretação constitucional como objetivo e gênese dessa diferenciação; são também respondidas por Marcelo Neves. O capítulo apresenta, também, a proposta de Humberto Ávila que trata dos postulados como uma terceira categoria, além das regras e princípios.

O objetivo de se utilizar o suporte doutrinário escolhido é conseguir dar respostas, racionalmente fundamentadas, aos problemas, diante da constatação da falta de uniformidade, nos Tribunais Superiores brasileiros, especialmente para este estudo, do STF, na utilização das regras, princípios e dos postulados. Dentro dessa perspectiva, questiona-se: Os magistrados decidem como? Segundo o seu próprio entendimento? Ou segundo o ordenamento jurídico?

Finalmente, no terceiro e último capítulo, o trabalho analisa todos os argumentos manejados pelas partes envolvidas no processo, com base nos pareceres e petições informativas: da Procuradoria-Geral da República, da Advocacia-Geral da União, do Senado Federal, das Confederações que participaram como *amici curiae*¹⁸, todas, que de alguma forma, serviram de base para os ministros do STF. O trabalho também evidencia a análise dos argumentos manejados pelos ministros, verificando a coerência interpretativa das suas manifestações.

As conseqüências políticas e normativas do julgamento, ao final do capítulo, visam contribuir para confirmar (ou não) a hipótese deste trabalho. Para este fim, buscase suporte em especialistas em educação como Cláudio de Moura Castro, que há muito tempo aponta as falhas e as soluções para o sistema da educação básica brasileira. Também, da visão de economistas como Maílson da Nóbrega e Gustavo Ioschpe que escrevem quinzenalmente reportagens sobre diversos temas atuais, dentre eles, sobre educação.

Para completar as diferentes visões e possibilidades de melhoria da educação, também serão visitadas obras especializadas, sobre educação, escritas como forma de pesquisa, para a UNESCO, a fim de demonstrar a realidade da educação e, principalmente, para os fins deste trabalho, dos profissionais da educação, no Brasil.

O trabalho utiliza-se, para investigar o tema, de sites de busca, páginas virtuais institucionais, principalmente do Planalto, do Ministério da Educação (MEC), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Supremo Tribunal Federal (STF), do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacionais Anísio Teixeira (INEP), da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Confederação

¹⁸ Através da consulta a todas as peças processuais da ADI 4.167.

Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), que participou como *amici curiae*, dentre outros.

Assim, na construção dos argumentos desta pesquisa, será utilizada, como norte, a perspectiva dos autores mencionados, bem como os argumentos das partes envolvidas no processo e no julgamento da ADI 4.167, até as conseqüências posteriores à confirmação da constitucionalidade da Lei, que fixou um piso salarial nacional aos profissionais da educação, no Brasil.

Com essas considerações, o intuito da pesquisa é o de que, caso seja verdadeira a hipótese de que, no caso do julgamento da ADI 4.167, o texto constitucional tenha sido desconsiderado, em prol da melhoria na qualidade da educação no país, este estudo possa contribuir de alguma forma com as discussões levantadas. Com esse propósito, inicia-se o desenvolvimento do presente trabalho, tratando da estática normativa, referente à repartição de competências e do federalismo educacional, especificamente.

2 ESTÁTICA NORMATIVA: FEDERALISMO EDUCACIONAL

Este capítulo inicia-se com a discussão conceitual e histórica sobre o Estado Federal Brasileiro. A discussão se concentra na dinâmica federativa recente, iniciada com a Constituição de 1988, e objetiva apresentar os principais preceitos normativos que tratam do federalismo educacional, no Brasil. Parte da Constituição de 1988 e avança para o que enunciam os textos normativos nacionais e internacionais sobre a educação.

2.1 O Federalismo Brasileiro

2.1.1 *Origens e conceitos*

No Preâmbulo e no título da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹ está consagrada a forma republicana de governo e a forma federativa de Estado. No artigo 18 da Constituição²⁰ estão destacados os entes que integram a estrutura federativa brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Os Territórios não têm autonomia político-constitucional. Com efeito, essa organização político-administrativa que compreende tais entes, deve ser formada por uma “união indissolúvel”, conforme está expresso no artigo 1º²¹.

Segundo José Afonso da Silva, um conceito de federação seria:

A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados (nome adotado pela Constituição, cap. III do tit. III), Estados-membros ou simplesmente Estados (muito usado na Constituição)²².

Nessa linha, o Estado Federal é conceituado pelo referido autor como:

[...] o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público

¹⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

²⁰ “Art.18 A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”

²¹ Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99-100.

interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro²³.

Com efeito, o regime federativo pressupõe a diversidade e, segundo Gilmar Mendes,

O Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo federal e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação²⁴.

À vista dessas características essenciais do Estado Federal, Gilmar Mendes, completa, ainda, que os Estados assumem a forma federal em decorrência da formação geográfica e cultural e que “O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisão que afeta o país como um todo”²⁵.

E, nesse sentido, o federalismo representa uma “fórmula” para reduzir poderes excessivamente centrípetos, uma vez que nessa forma de Estado, o poder é exercido sob a égide de uma repartição de competências horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária -, mas também vertical, entre os Estados-membros e a União²⁶.

Para Wilba Lúcia Maia Bernardes, Federação é

[...] uma forma de Estado que se organiza visando concretizar os valores do federalismo e com este fim assenta suas bases em uma distribuição territorial efetiva de poderes. Assim, a federação estaria,

²³ SILVA, José Afonso da., *Op. cit.*, p. 100. José Afonso da Silva, sobre o Estado Federal, ainda explana a respeito de soberania e autonomia. “No Estado Federal há que se distinguir *soberania* e *autonomia* e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito internacional, é o único titular da soberania, considerada *poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação*. Os Estados federados são titulares tão-só da autonomia, compreendida como *governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*. A *autonomia federativa* assenta-se em dois elementos básicos: (a) na *existência de órgãos governamentais próprios*, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto á forma de seleção e investidura; (b) na *posse de competências exclusivas*, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (art.18 a 42).

²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 801.

²⁵ *Idem*, p. 802.

²⁶ *Ibidem*, p. 802.

hoje, envolvida em resolver questões de interdependência de poder em uma sociedade pluralista, onde não há mais um imaculado poder absolutizado, e este, se dissolve na e pela sociedade²⁷.

De acordo com Gilmar Mendes, o federalismo teve sua origem nos Estados Unidos e surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território e que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos conquistados com a Revolução de 1776²⁸.

José Afonso da Silva, sobre a origem do federalismo, acrescenta que

O federalismo, como expressão do Direito Constitucional, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma *forma de Estado*, denominada *federação* ou *Estado federal*, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa²⁹.

No Brasil, de acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ideal federativo é “[...] tão antigo quanto a reivindicação de independência”. Com a Independência, já na Constituinte de 1823, já se postulava a implantação de uma estrutura federativa mais condizente com as diversidades regionais do que a centralização³⁰.

Todavia, a Constituição de 1824 deu ao país a forma de Estado unitário descentralizado, não satisfazendo aos anseios federalistas que conduziram a oposição durante todo o Império. A Emenda Constitucional de 1834, do chamado Ato Adicional ampliou a descentralização que pela Lei de Interpretação retrocedeu num sentido centralizador³¹.

O Brasil assumiu a forma federativa de Estado com a proclamação da República³², que transformou as províncias do Império nos Estados da República, ganhando autonomia³³.

²⁷ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 65-66.

²⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 797.

²⁹ SILVA, José Afonso da., *Op. cit.*, p. 99.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 84.

³¹ *Idem*, p. 85.

³² Formalizada pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889.

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 85.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1891, ao institucionalizar a Federação, seguiu o modelo do federalismo dualista que, por sua vez, não condizia com a diversidade de condições entre as regiões do país. Como corolário dessa escolha faltavam condições econômicas para que os Estados atendessem às tarefas a eles incumbidas³⁴.

Toda essa situação é que deu causa ao maior empobrecimento de alguns Estados e ao “[...] alargamento do fosso entre regiões ricas e regiões pobres”. Criou-se uma cultura de “[...] tudo se esperar da Capital do Estado”, o que fez com que estes buscassem o incremento das atividades por parte da União³⁵.

Com a Revolução de 1930 e, sobretudo, com a Constituição, o federalismo dualista foi substituído pelo cooperativo, conferindo á União uma influência preponderante no tratamento do interesse geral, o que se acentuou com o Estado Novo, em 1937³⁶.

A tendência à centralização e fortalecimento da União seguiu-se com a Constituição de 1946, sendo reforçada devido à preocupação com o desenvolvimento. Com a Revolução de 1964 e a Constituição de 1967, essa tendência acentuou-se e falava-se em um federalismo de integração³⁷. Foi com a Constituição de 1988 que os Estados ganharam maior autonomia, na tentativa de um “reequilíbrio federativo” e restabelecimento do federalismo de cooperação³⁸.

De acordo com Fernando Luiz Abrucio, fazendo menção ao processo histórico brasileiro de domínio dos governadores, que o referido autor chama de “barões da federação”, “O caminho para o Brasil construir uma nova Federação, mais próxima do ideal do federalismo republicano, passa pela substituição do federalismo estadualista e predatório”³⁹. E, nesse sentido, expõe suas ideias, esclarecendo:

Desse modo, pode-se concluir que a deterioração das finanças estaduais não derivou apenas de medidas adotadas pelo Governo Federal; grande parte da responsabilidade pelo quadro atual é dos

³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 85.

³⁵ *Idem*, p. 85.

³⁶ *Ibidem*, p. 85.

³⁷ *Ibidem*, p. 85.

³⁸ *Ibidem*, p. 86.

³⁹ ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 219.

próprios estados, pois o feitiço que lhes trouxe poder durante a redemocratização vira-se, agora, contra o feiticeiro. O descontentamento da população com a piora dos serviços públicos, a proliferação das greves do funcionalismo, atingindo até a Polícia Militar, enfim, uma desestruturação gigantesca dos governos estaduais os fez negociar com a União, aceitando um ajuste que pudesse levá-los a funcionar minimamente⁴⁰.

O mesmo autor acrescenta que, foi a partir deste contexto que o Governo Federal alterou diversos aspectos da estrutura federativa e, juntamente com a implementação das medidas adotadas veio o fortalecimento do Governo Federal na balança federativa. E conclui:

O fato é que a continuação das reformas da Federação dependerá da construção de instituições políticas verdadeiramente nacionais, capazes de equilibrar as relações intergovernamentais, tornando-as nem estadualistas, nem centralizadoras, mas sim, federativas [...]. Essas instituições nacionais seriam os partidos e o Congresso Nacional, hoje bem distantes desse ideal [...]⁴¹.

Dentro dessas discussões, Paulo Bonavides apresenta a dimensão federativa, conferida aos Municípios pela Constituição de 1988, como uma das “[...] inovações introduzidas no sistema federativo” brasileiro⁴².

O referido autor propõe a institucionalização das Regiões brasileiras⁴³, o que chama de “federalismo das autonomias regionais”, como uma tentativa de, segundo ele, fortalecer a autonomia dos Estados e Municípios, haja vista que a perpetuação de um poder central leva a retrocessos e é uma ameaça à ordem federativa⁴⁴.

Com efeito, ao dispor sobre a autonomia do Município, do Estado-membro e da Região, Bonavides afirma que comportariam “[...] três graus distintos e três esferas harmônicas de competência peculiar e inconfundível” que não poderiam colidir, sob a

⁴⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz., *Op. cit.*, p. 230.

⁴¹ *Idem*, p. 234-235.

⁴² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 344.

⁴³ São exemplos: a instituição da SUDENE (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste) e da SUDAM (da Amazônia). A Constituição, em seu art. 43 trata dessas regiões de desenvolvimento. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010) elucida que “abrange áreas que constituem complexos geoeconômicos e sociais, politicamente pertencentes, eventualmente, à esfera de diferentes Estados e Municípios” (BONAVIDES, Paulo., *Op. cit.*, p.100). Tais regiões serão alvo de ações articuladas por parte da União, que criará órgãos através de lei complementar (art.43, §1º, II), para executar planos regionais, a fim de estimular o desenvolvimento, através de medidas como juros reduzidos, isenções tributárias etc. (art.43,§2º).

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo., *Op. cit.*, p. 360.

égide de um pacto constitucional e federativo, “[...] com os poderes igualmente específicos da União”⁴⁵. Na visão dele,

Duas conclusões básicas extraem-se desse quadro de reformulação institucional: primeiro, a globalidade e a racionalidade não excluem da ordem econômica a regionalidade, antes no caso brasileiro concreto estão a reclamá-la por imperativos de presença e atualidade da questão nordestina, cada vez mais aguda e longe de solução aceitável em razão dos retrocessos havidos e das indefinições do Poder Central; segundo, o reconhecimento já incontestável de que essa questão adquire contornos do mais alto risco para a unidade nacional e que a fizeram, sem sombra de dúvida, crucial e primordialmente, uma questão política.

No federalismo das autonomias regionais, o que se propõe não é a eliminação das autonomias do Estado-membro e dos Municípios, mas precisamente o contrário, a saber, o seu fortalecimento com a edição da autonomia regional. Esta sim fadada a regenerar o sistema federativo e por termo à crise adveniente das forças centrípetas e das correntes mais centralizadoras geradas por um presidencialismo absoluto, cuja ação não pode ser bastantemente embargada e debelada pelo código constitucional de 1988. O aspecto do centralismo continua, pois, presente, deitando sombras e ameaças à ordem federativa, enquanto não se resolver a questão regional⁴⁶.

Também, nesse sentido, nas palavras de Fernando Luiz Abrucio:

O principal mote do novo federalismo inaugurado pela Constituição de 1988 foi a descentralização. Processo que significava não só passar mais recursos e poder aos governos subnacionais, mas, principalmente, tinha como palavra de ordem a municipalização. Nessa linha, o Brasil se tornou uma das pouquíssimas federações do mundo a dar *status* de ente federativo aos Municípios⁴⁷.

Ainda a respeito dos Municípios, no tocante ao regime representativo, no Brasil, vale ressaltar as lições de Victor Nunes Leal que identificou o “coronelismo” como um “sistema de reciprocidade”, tendo, de um lado os chefes municipais e os coronéis; e de outro a situação política dominante no Estado “[...] que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça”⁴⁸.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo., *Op. cit.*, p. 360.

⁴⁶ *Idem*, p. 360.

⁴⁷ ABRUCIO, Fernando Luiz. A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas e aperfeiçoamento. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de e SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 46.

⁴⁸ LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 63.

Em essência, Victor Nunes Leal identificou o que chamou de “compromisso coronelista”, que significava apoio incondicional do poder municipal ao estadual e, em contrapartida, da parte do poder estadual, “carta branca” ao chefe municipal. Com isso o chefe municipal tinha poder para nomear servidores, mas também, o poder estadual deixava de fiscalizar a administração municipal como deveria⁴⁹.

Contudo, essa realidade, que se pode identificar ainda nos dias atuais, na visão do referido autor representou, na verdade, um enfraquecimento dos Municípios e um fortalecimento do poder estadual. E conclui que “[...] o nosso federalismo se tem desenvolvido à custa do municipalismo: o preço pago foi o sistemático amesquinamento do município [...]”⁵⁰.

Michel Temer, por sua vez, contribui com o debate, oferecendo outra possibilidade para viabilizar o federalismo no Brasil, a da “[...] inversão do disposto no art. 24, §2º da Constituição, que trata da competência supletiva dos Estados, para legislar sobre matéria atribuída à União”, o que significa, da mesma forma, a União repassar mais recursos e poderes aos demais entes⁵¹.

Nessa perspectiva, segundo Wilba Lúcia Maia Bernardes, “Nossa estrutura de Estado explica-se com base em um pseudofederalismo cooperativo para justificar o comando integral da União”⁵². Com efeito, a referida autora explica que

Na realidade, ao se deixar um campo tão aberto à atuação de diretrizes gerais a serem expedidas pela União, essa não se conteve e reassumiu o seu antigo posto de centralidade normativa e, ao mesmo passo, os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios também continuaram as suas políticas, queridas ou não, por impossibilidade ou por total descontrole de suas próprias contas, de dependência do poder central⁵³.

Entretanto, Wilba Lúcia Maia Bernardes aponta, para o Brasil, soluções no sentido de reafirmar a autonomia dos Estados e Municípios, “[...] garantindo-lhes condições de atuação real e de defesa de seus próprios interesses”. A fim de fortalecer a base federativa e democrática, sugere a repartição de receitas, aplicando-as com base em

⁴⁹ LEAL, Victor Nunes., *Op. cit.*, p. 67 e 71.

⁵⁰ *Idem*, p. 112.

⁵¹ TEMER, Michel. *Op. cit.*, p. 76.

⁵² BERNARDES, Wilba Lúcia Maia., *Op. cit.*, p. 246.

⁵³ *Idem*, p. 248.

um federalismo assimétrico, desde que estabelecidos critérios prévios e transparentes⁵⁴.

E conclui:

A atuação da nossa jurisdição constitucional por intermédio do nosso mais alto Tribunal, o Supremo Tribunal Federal, deve ser mais comprometida com os fundamentos da federação e do federalismo considerando que na maioria dos seus julgados nota-se uma clara tendência de ampliar em demasia as denominadas normas centrais da Constituição ou de fixar normas simetrias absolutas, favorecendo a União e o Poder Executivo⁵⁵. [...] Quando as circunstâncias requererem uma atuação mais centralizada, estes poderão ter o espaço garantido pelo federalismo. Por outro lado, quando situações requererem que a atuação das esferas parciais de poder da federação apareça de forma mais contundente, essas também terão a guarita do federalismo. É isso que se reduz o federalismo e que, na verdade, opera na base de compromissos com uma sociedade fundamentalmente pluralista⁵⁶.

Assim, seguindo essa linha de discussão, para Raul Machado Horta, o constituinte brasileiro inspirou-se em um “federalismo de equilíbrio”, “[...] para levar a bom termo a restauração do federalismo, de forma que o indispensável exercício dos poderes federais não venha inibir o florescimento dos poderes estatais”⁵⁷. Isso porque, segundo o mencionado autor, “A reformulação da repartição de competências reclama uma descentralização da competência legislativa, que se concentrou exageradamente na União Federal”⁵⁸. E conclui suas ideias:

A ampliação do campo da legislação comum é particularmente adequada ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas e, ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social, financeira e administrativa⁵⁹.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 257.

⁵⁵ Nesse sentido, citam-se os julgados que se referem: a) ao processo legislativo: Recurso Extraordinário n. 134584/CE (art.11 do ADCT da Constituição Federal e quorum para veto), ADI n. 199/PE, ADI n. 120/AM, ADI n. 155/SC, ADI n. 1434 e ADI n. 582/SP (todas associadas a argumentos de implicação do princípio da separação dos poderes); b) à questão da distribuição de competências: ADI n. 556/RN (competência sobre trânsito e transporte), ADI n. 280/MT (competência sobre comércio interestadual e trânsito e transporte, ADI n. 1.086/SC (competência sobre floresta, fauna e flora), ADI n. 1.499/PA (competência sobre direitos indígenas) e ADIMC n. 540-5/RS (competência para a caça); c) às competências administrativas: ADI n. 236-8/RJ (instituição de polícia penitenciária), ADIMC n. 1.554-1/MA (extinção do Corpo de Bombeiros) e ADI n. 854/RS (maior autonomia ao Conselho Estadual de Educação); e d) ao direito tributário e financeiro: Recurso Extraordinário n. 136.215/RJ (Adicional de Imposto de Renda), ADI n. 422/ES (vinculação de receitas tributárias) e ADI n. 260/SC (Isenção de ICMS).

⁵⁶ BERNARDES, Wilba Lúcia Maia., *Op. cit.*, p. 261-263.

⁵⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 314.

⁵⁸ *Idem*, p. 314.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 314.

Portanto, as noções e discussões, envolvendo a questão da centralização e da descentralização, sempre se fizeram presentes nos processos de amadurecimento do Estado federal brasileiro. Com efeito, então, não há como falar em Federação, sem considerar a existência mútua da centralização e da descentralização.

Os artigos federalistas enfatizavam a necessidade de um governo central forte. No artigo 31, Hamilton enfatiza “a necessidade de o Governo Nacional poder criar impostos” e afirma:

Um governo deve dispor do poder necessário à consecução de todos os objetivos que lhe foram atribuídos e ao completo cumprimento das tarefas pelas quais é responsável, isento de qualquer outro controle que não seja o bem público e compreensão do povo⁶⁰.

No Brasil, com a República, a federação nasce em outra direção, na perspectiva da descentralização. Surge como uma forma de organização capaz de permitir aos entes federados gozar de maior autonomia do que no Império. Entretanto, “[...] à maior descentralização corresponde uma maior desigualdade, a menos que o centro exerça um contrapeso, no sentido de implementar ações supletivas”⁶¹.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre essa questão ensina que

Em todo e qualquer Estado, o poder é relativamente centralizado. Com isso se quer dizer que, numa medida maior ou menor, a criação do Direito, seja o estabelecimento das normas gerais, seja o de normas individuais, é reservada ao órgão central, ao “governo”. Se não há Estado sem relativa centralização, correlativamente não existe Estado sem um certo grau de descentralização⁶².

O autor referido acrescenta que, na verdade, fala-se em maior ou menor grau de descentralização, a depender da atribuição de criação de normas gerais de interesse local ou particular pelos órgãos periféricos, quando se fala em descentralização legislativa. E, quando a descentralização legislativa e a administrativa se combinam com a escolha dos membros dos órgãos periféricos por fração especialmente determinada do povo, existe a descentralização “política”⁶³. E acrescenta:

Mas a descentralização é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade. Com efeito, diminui a probabilidade de opressão, dividindo o

⁶⁰ HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. *O Federalista*. Brasília: UNB, 1984, p. 278.

⁶¹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 14.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 78.

⁶³ *Idem*, p. 79.

exercício do poder por muitos e diferentes órgãos. E também por aproximar os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões⁶⁴.

Pode-se afirmar, então, que, o federalismo serve para resolver problemas concretos e há esse movimento pendular entre centralização e descentralização.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso, sobre os processos de centralização no Estado brasileiro, conclui que “[...] no Brasil de hoje, nem sempre esta força centrípeta decorreu de razões objetivas, senão que de contingências e casuísmos, de má inspiração política”⁶⁵.

2.1.2 *Repartição de competências*

Competência, segundo José Afonso da Silva,

[...] é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. *Competências* são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções⁶⁶.

O referido autor, ainda, acrescenta que “O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*”. Assim, por este princípio, caberá à União tratar de interesses gerais, aos Estados-Membros tratar dos interesses regionais, aos Municípios dos interesses locais e ao Distrito Federal compete tratar de interesses regionais e locais⁶⁷.

Todavia, José Afonso da Silva chama a atenção para o fato de que, “[...] no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local”⁶⁸. Isso porque,

Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do polígono da seca, os do Vale

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 79.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional brasileiro: o problema da federação*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 54.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da., *Op. cit.*, p. 479.

⁶⁷ *Idem*, p. 478.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 478.

do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguai, são exemplos que se citam na Federação brasileira⁶⁹.

Seguindo essa linha de raciocínio, portanto, “[...] a autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa”⁷⁰. Para o referido autor, “[...] esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal”⁷¹.

Entretanto, José Afonso da Silva alerta para o fato de que “[...] os limites da repartição regional e local de poderes depende da natureza e do tipo histórico de federação”⁷². E conclui que, no Estado brasileiro,

A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica⁷³.

Gilmar Mendes acrescenta que “O importante tema da repartição de competências entre nós foi resolvido com apelo a uma repartição tanto horizontal como vertical de competências”⁷⁴. E que tal opção “[...] concerne às competências legislativas (competências para legislar) e no que respeita às competências materiais (isto é, competências de ordem administrativa)”⁷⁵.

2.1.2.1 *Federalismo Político: matéria legislativa*

Quanto à competência em matéria legislativa⁷⁶, segundo Gilmar Mendes, “Os assuntos mais relevantes e de interesse comum á vida social no País nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do art. 22 da CF”⁷⁷.

A propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho prossegue no tema e elucida que, na Constituição em vigor, há, por um lado, uma repartição estabelecida segundo o

⁶⁹ SILVA, José Afonso da., *Op. cit.*, p. 478.

⁷⁰ *Idem*, p. 477.

⁷¹ *Ibidem*, p. 477.

⁷² *Ibidem*, p. 477.

⁷³ *Ibidem*, p. 477.

⁷⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 817.

⁷⁵ *Idem*, p. 817.

⁷⁶ Entre os seus incisos, encontra-se, por exemplo, explicitada a competência da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação, no inciso XXIV.

⁷⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 818.

critério “horizontal” e, por outro, um critério “vertical”⁷⁸. Assim, pelo critério “horizontal”, há competências exclusivas⁷⁹ da União, aquelas privativas previstas no art. 22⁸⁰, dos Municípios, aquelas previstas no art. 30, e dos Estados e do Distrito Federal.

Aos Estados têm-se a competência remanescente (art. 25, §1⁸¹), isto é, compete tudo aquilo que não foi atribuído à União ou aos Municípios ou não foi incluído no campo das competências concorrentes do art. 24, CF. De acordo com Gilmar Mendes:

A maior parte da competência legislativa privativa dos Estados-membros, entretanto, não é explicitamente enunciada na Carta. A competência residual do Estado abrange matérias orçamentárias, criação, extinção e fixação de cargos públicos estaduais, autorizações para alienação de imóveis, criação de secretarias de Estado, organização administrativa, judiciária e do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral do Estado⁸².

Já a competência exclusiva do Distrito Federal abrange as competências conferidas aos Estados, mas também aos Municípios, prevista pelo art. 32, §1⁸³. E, por fim, os Municípios possuem a competência exclusiva, prevista no art. 30, inciso I da Constituição⁸⁴, que abrange o que for assunto de “interesse local”⁸⁵.

O parágrafo único do art. 22, segundo Gilmar Mendes, “[...] prevê a possibilidade de lei complementar federal vir a autorizar que os Estados-membros

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 87.

⁷⁹ Uma parte da doutrina distingue competência privativa de competência exclusiva. Para estes, a diferença entre ambas reside no fato desta última não poder ser delegada e, assim, o art. 21 da CF contemplaria as competências exclusivas da União e o art. 22, as privativas.

Entretanto, neste trabalho, adota-se a linha de Gilmar Ferreira Mendes e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para considerar que ambos os termos expressam a mesma ideia, podendo ser usados indistintamente.

⁸⁰“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:[...]”

⁸¹“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.[...]”

⁸² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 819.

⁸³“Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.[...]”

⁸⁴“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;[...]”

⁸⁵ Segundo Gilmar Mendes: “Consideram-se de interesse local as atividades, e a respectiva regulação legislativa, pertinentes a transportes coletivos municipais, coleta de lixo, ordenação do solo urbano, fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes, entre outras. O horário de funcionamento das farmácias, como o do comércio em geral, é matéria que o STF reconhece ser de cunho municipal, conforme a Súmula 645” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 821).

legislem sobre questões específicas de matérias relacionadas ao artigo”⁸⁶. Contudo, o referido autor alerta que

Trata-se de mera faculdade aberta ao legislador complementar federal. Se for utilizada, a lei complementar não poderá transferir a regulação integral de toda uma matéria de competência privativa da União, já que a delegação haverá de referir-se a questões específicas. Nada impede que a União retome a sua competência, legislando sobre o mesmo assunto a qualquer momento, uma vez que a delegação não se equipara à abdicação de competência⁸⁷.

Por outro lado, existe uma repartição estabelecida segundo um critério “vertical”. O art. 24 da CF⁸⁸ enumera as matérias submetidas à competência concorrente, conferida apenas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, não aos Municípios⁸⁹. Nesta, compete à União estabelecer as “normas gerais”⁹⁰ e aos Estados-membros, as normas específicas (art. 24, §1º)⁹¹.

Assim, aos Estados e ao Distrito Federal compete apenas complementar tais normas, adaptando-as às suas particularidades. É o que a Constituição chama de competência “suplementar”, prevista no art. 24, §2º da CF⁹².

⁸⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 818.

⁸⁷ *Idem*, p. 818.

⁸⁸“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II – orçamento;

III – juntas comerciais;

IV – custas dos serviços forenses;

V – produção e consumo;

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX – educação, cultura, ensino e desporto;

X – criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI – procedimentos em matéria processual;

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII – assistência jurídica e Defensoria Pública;

XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV – proteção à infância e à juventude;

XVI – organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis;”

⁸⁹ A educação aparece entre as competências concorrentes, no art.24, inciso IX.

⁹⁰ Essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis: [...] “Norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral” (ADI-MC 927/RS, DJ de 12-3-2004, Rel. Carlos Velloso).

⁹¹ “Art. 24. [...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.[...]”

⁹² “Art. 24. [...]

Quando a União não editar as “normas gerais”, os Estados e o Distrito Federal poderão suprir a lacuna (Art. 24, §3º⁹³). Entretanto, Gilmar Mendes destaca que “[...] não há falar em preenchimento de lacuna, quando o que os Estados ou o Distrito Federal fazem é transgredir lei federal já existente”⁹⁴. E, caso a União venha a editar tais normas gerais, estas prevalecerão sobre aquelas que tiverem sido promulgadas pelos citados entes (art. 24, §4º⁹⁵).

A Constituição não conferiu aos Municípios competência legislativa concorrente com a União, Estados e o Distrito Federal. De acordo com Gilmar Mendes:

Aos Municípios é dado legislar para suplementar a legislação estadual e federal, desde que isso seja necessário ao interesse local. A normação municipal, no exercício dessa competência, há de respeitar as normas federais e estaduais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal suspende a eficácia desta⁹⁶.

E, portanto, os Municípios possuem apenas uma competência “suplementar” para tratar de assuntos de “interesse local” (art. 30, II⁹⁷).

2.1.2.2 *Federalismo Administrativo: matéria administrativa*

Em matéria administrativa, a repartição de competências divide-se em exclusiva (art. 21, CF) e comum (art. 23, CF).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A competência administrativa é, em princípio, correlata à competência legislativa”⁹⁸. Isso porque, “[...] quem tem competência para legislar sobre uma matéria tem competência para exercer a função administrativa quanto a ela”⁹⁹. O referido autor acrescenta ainda:

[...] há todo um campo que é comum no plano administrativo à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art.23). Neste,

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.[...]

⁹³“Art. 24. [...]

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.[...]

⁹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 820.

⁹⁵“Art. 24. [...]

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

⁹⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 822.

⁹⁷“Art. 30. [...]

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;[...]

⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 88.

⁹⁹ *Idem*, p. 88.

todos esses entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem federal, estadual, 'distrital', ou municipal¹⁰⁰.

O art. 21 da Constituição dispõe sobre a competência exclusiva da União em matéria administrativa, também referida por Gilmar Mendes como “[...] competência geral da União [...], abrangendo temas que envolvem o exercício de poderes de soberano, ou que, por motivo de segurança ou de eficiência, devem ser objeto de atenção do governo federal”¹⁰¹. A propósito, o elenco das competências exclusivas da União não se esgota no art. 21 da Constituição, mas encontra outras disposições ao longo do texto constitucional.

A competência administrativa comum, por sua vez, está prevista no art. 23 da Constituição Federal e refere-se a todos os entes federados.

No tocante à competência administrativa dos Estados-Membros, trata-se da chamada “competência remanescente”, pois estes são autorizados a cuidar das competências na área administrativa que não forem àquelas competentes à União no art. 21, nem aos Municípios no art. 30 e nem às comuns do art. 23.

Quanto ao Distrito Federal, este possui as competências administrativas comuns a todos os entes federados, previstas pelo art. 23, e, além disso, poderá reger-se pela somatória das competências estaduais e municipais.

A tão discutida cooperação (ou a falta dela) se faz presente nas chamadas competências administrativas comuns, consagradas no artigo 23 da Constituição Federal¹⁰², as quais, segundo Gilmar Mendes, “[...] são chamadas de concorrentes, porque os vários entes da Federação são tidos como aptos para desenvolvê-las”¹⁰³. E, nesse sentido,

A Carta da República prevê, no parágrafo único do art. 23, a edição de lei complementar federal, que disciplinará a cooperação entre os entes para a realização desses objetivos comuns. A óbvia finalidade é evitar choques e dispersão de recursos e esforços, coordenando-se as ações

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves., *Op. cit.*, p. 88.

¹⁰¹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 817-818.

¹⁰² “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...]”

¹⁰³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 819.

das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios¹⁰⁴.

Com efeito, sobre o debate envolvendo a questão da cooperação, Gilmar Mendes conclui:

Se a regra é a cooperação entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, pode também ocorrer conflito entre esses entes, no instante de desempenharem as atribuições comuns. Se o critério da colaboração não vingar, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses. Mesmo não havendo hierarquia entre os entes que compõem a Federação, pode-se falar em hierarquia de interesses, em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)¹⁰⁵.

Ainda na seara das competências administrativas comuns, é importante destacar que a Constituição confere a todos os entes federados a obrigação de “[...] proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, V). E, para tanto, prevê a edição de leis complementares que fixarão normas para a cooperação entre os entes, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento em âmbito nacional.

2.2 Federalismo Educacional

2.2.1 A educação e o federalismo brasileiro

Romualdo Portela de Oliveira e Wagner Santana revelam que na estrutura do federalismo brasileiro, observam-se diferenças acentuadas na distribuição das receitas fiscais¹⁰⁶, e, “[...] no caso da educação, grande diversidade na forma e nos meios de provimento desse direito”¹⁰⁷.

O federalismo brasileiro possui uma estrutura complexa na qual a União, os Estados e os Municípios têm papéis destacados na oferta educacional. E nesse contexto,

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 819.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 820. Nesse sentido a decisão do Ministro Celso de Mello na AC-MC/RR 1.255, DJ de 22-06-2006, onde a decisão estabeleceu que “concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência”.

¹⁰⁶ Sobre esse ponto, que Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Op. cit.*, 2010) chama de “divisão de rendas”, o citado autor revela que “A divisão de rendas é a pedra de toque da Federação, pois é a medida da autonomia real dos Estados-membros” (p.88). E, nesse sentido, acrescenta que, nos dias atuais, a questão é ainda mais complexa, porque “[...] pode a União, com suas faculdades econômicas e financeiras, manipular a seu bel-prazer o crédito mais o câmbio e o volume de papel-moeda” (p.89). E essa realidade faz com que a “[...] substância dos recursos à disposição dos Estados” dependa da sua política (p.89).

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 9.

algumas questões ganham destaque: é possível garantir padrões de unidade e qualidade na oferta educativa em nível nacional, levando-se em conta as diversidades regionais e locais? Quais são as estratégias de coordenação intergovernamental considerando os marcos legais existentes? É possível articular autonomia e interdependência na gestão dos sistemas educativos?

Essas questões ganham importância em um momento em que, no centro da agenda das políticas educacionais, está a aprovação do novo Plano Nacional de Educação (PNE) e de dois projetos de lei, prevendo maior destinação de recursos para a educação¹⁰⁸.

Existe uma tensão entre centralização e descentralização, na forma de colaboração entre a União e os demais entes federados, cuja compreensão é fundamental para entender a política educacional brasileira. Portanto, é pertinente analisar essa temática, em perspectiva histórica.

Assim, com apoio em Romualdo Portela de Oliveira e Sandra Zákia Sousa, fazendo uma explanação histórica da relação entre federalismo e educação no Brasil, o atendimento educacional, no que diz respeito ao seu aspecto organizativo, tem origem na Lei Geral, de 15 de outubro de 1827, que estabelecia responsabilidades para as províncias e localidades¹⁰⁹.

Em 12 de agosto de 1834, foi promulgada a Lei n. 16, conhecida como Ato Adicional. E, para a compreensão do que ocorre, posteriormente, na educação brasileira, expressa a transferência da responsabilidade pela educação elementar às províncias¹¹⁰.

Essa disposição foi mantida pela Constituição de 1891 e, ainda que esta seja inspirada na Constituição americana e, portanto, nas formulações dos federalistas, seu texto trazia críticas ao centralismo do Império. Prova disso, é que transfere

¹⁰⁸ O Projeto de Lei n. 8.035/2010, que “[...] aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020, e propõe o dobro de recursos destinados à educação, de 5% para 10% do PIB” (ANEXO 3). E o projeto de Lei n. 5.500/2013, que previa “a destinação de recursos para a educação com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do art. 214 da Constituição e destina parte dos recursos obtidos com o petróleo para a educação”. Todavia, este último projeto de lei foi arquivado porque foi publicada no DOU de 10/09/2013, a Lei n. 12.858/2013 que “Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural [...]” (ANEXO 4).

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 14.

¹¹⁰ *Idem*, p. 15.

responsabilidades governamentais significativas para os Estados. Mas, com relação à educação, a Constituição prevê a responsabilidade da União apenas no Distrito Federal¹¹¹.

Assim, pela omissão, transfere aos Estados esse encargo e, com isso, induz a um atendimento diferenciado em cada um deles. Os Estados mais ricos assumiram a responsabilidade pela educação e os mais pobres repassaram-na para seus Municípios, ainda mais pobres que os respectivos Estados¹¹².

Com o governo Vargas, em 1930, ressurgiu a ideia da centralização da educação na esfera federal. Recria-se o Ministério da Educação, em 1930 e o primeiro ministro, Francisco Campos, reorganiza a educação no país. O segundo ministro, Gustavo Capanema, também reorganiza a educação por meio das Leis Orgânicas do Ensino (1942-1946)¹¹³.

Os episódios relativos à nacionalização das escolas, fechamento das escolas criadas pelas comunidades imigrantes (notadamente italianas, alemãs e japonesas), empreendidos no contexto da entrada do Brasil na Segunda Guerra e a formulação de políticas e leis nacionais de ensino dão o tom da concepção que seria predominante desde então: a de normas nacionais e responsabilização dos entes federados subnacionais pela sua implantação, admitindo-se ações “supletivas” e colaboração técnica por parte da União e autonomia destes nas matérias de competência concorrente ou sobre as quais a União delegava-lhes poder de legislar¹¹⁴.

O problema é que, mesmo com essas novas disposições, a desigualdade se mantém, já que a divisão dos recursos orçamentários, não se altera. E, segundo Fernando Rezende, que tratou do federalismo fiscal, em estudo organizado para a UNESCO,

O federalismo fiscal desempenha um papel importante quanto ao financiamento das políticas públicas. Na ausência de um modelo de federalismo fiscal que leve na devida conta a interdependência de seus componentes, o financiamento de políticas prioritárias para o desenvolvimento nacional padece de distorções que reduzem a eficácia dessas políticas e comprometem o alcance de seus objetivos, principalmente no que concerne à redução das desigualdades regionais e sociais.

¹¹¹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 15.

¹¹² *Idem*, p. 15.

¹¹³ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

O caso brasileiro fornece um exemplo contundente dos problemas derivados da ausência de preocupação com essa questão. Em virtude desse fato, o Brasil não dispõe, atualmente, de nada que se pareça com um modelo de federalismo fiscal. O que temos é resultado de uma sequência de mudanças promovidas ao longo dos últimos quarenta anos, de forma independente e em momentos distintos. Tais mudanças explicam os enormes desequilíbrios na repartição dos recursos fiscais [...], as dificuldades enfrentadas para articular os investimentos e a provisão de serviços públicos a cargo de cada um dos entes que compõem a federação, as ineficiências na gestão pública e os antagonismos federativos. Em decorrência, as garantias financeiras instituídas para dar cobertura a direitos sociais consagrados na Constituição perdem eficácia, reduzindo em muito o potencial de alcançar seus objetivos¹¹⁵.

Neste contexto, com a Constituição de 1988, tal situação é agravada, com a incorporação do Município como ente federativo porque se evidencia o descompasso entre os recursos disponibilizados a cada um dos entes e suas responsabilidades na oferta educacional, mesmo considerando os mecanismos de transferências intergovernamentais¹¹⁶.

Apenas com a criação do Fundef (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério)¹¹⁷, em 1996, é que se estabeleceu um critério mais razoável para a divisão dos recursos vinculados, de modo a articular os recursos financeiros às respectivas responsabilidades. Como medida de equivalência, os especialistas valeram-se de um valor comum de gasto, por aluno, em cada Estado, e criaram mecanismos de redistribuição que retiravam recursos dos entes que atendiam relativamente menos e direcionava-os para os que atendiam mais¹¹⁸. No entanto,

Essas constatações põem em confronto as limitações do federalismo fiscal e o objetivo de redução das desigualdades regionais. A solução mais simples e direta para a desigualdade regional seria uma reforma tributária que alinhasse responsabilidades com as políticas sociais e condições financeiras de efetivá-las. Entretanto, os entraves políticos para concretizá-la são históricos.

Nessa conjuntura, busca-se atribuir à União papel supletivo a Estados e Municípios. Se não se muda a estrutura tributária, é cabível pensar-se numa ação do nível central no sentido de compensar a desigualdade e aumentar a equidade no acesso aos serviços públicos, em particular à

¹¹⁵ REZENDE, Fernando. *Federalismo fiscal: em busca de um novo modelo*. In OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 86.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), aprovado pela EC nº 53, de 19/12/2006, substituiu o Fundef.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 17.

educação. Entretanto, as propostas esbarram na já citada dificuldade da aprovação da reforma tributária. Elas têm de se viabilizar nos limites da estrutura política vigente, ou seja, têm de se haver com a resistência dos beneficiados pelo modelo¹¹⁹.

Como forma de solução, havia a proposta de um Sistema Nacional, que, por sua vez, não vingou, nem na Constituição Federal de 1988 nem na LDB de 1996¹²⁰.

Então, os referidos autores elucidam que a solução encontrada pelos constituintes foi prever um regime de colaboração, pressupondo a criação de três sistemas, ampliando, dos dois níveis existentes até então, o federal e o estadual, para três, acompanhando a transformação do Município em ente federativo. Tal regime é previsto no artigo 211 da Constituição¹²¹. O dispositivo se apoia no artigo 23¹²², que estabelece que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competências comuns. Segundo o parágrafo único desse artigo¹²³, as leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional¹²⁴.

Na prática, tal formulação expressa um “desejo” de colaboração entre os entes federados, mas que não encontra mecanismo de obrigatoriedade, uma vez que, em princípio, estes são autônomos. Assim, se os dirigentes dos diferentes sistemas não estiverem dispostos a colaborar entre si, isso não ocorre¹²⁵.

E, numa tentativa de reduzir as desigualdades através de transferências compulsórias, a EC n. 14 criou o Fundef¹²⁶, como mecanismo¹²⁷ para forçar, senão a

¹¹⁹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 18-19.

¹²⁰ *Idem*, p. 21.

¹²¹ Art. 211. “A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”.

¹²²“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:[...]”

¹²³“Art. 23.[...]. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

¹²⁴ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 21.

¹²⁵ *Idem*, p. 21.

¹²⁶ O Fundef é uma redistribuição dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, regulamentado pela Lei nº 9.424/96. A EC n. 14 modifica a redação do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), originalmente com a seguinte formulação: Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o Poder Público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o Art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.

¹²⁷ Tal mecanismo é mantido com o Fundeb.

colaboração, pelo menos, a solidariedade entre os entes, na forma de transferência de recursos, que tivessem proporcionalmente menor atendimento para os que tivessem maior¹²⁸.

Com esse dispositivo, reconheceu-se a prioridade da educação brasileira, após a Constituição de 1988, de erradicar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental¹²⁹. E, nesse sentido,

Reconhecia-se a exclusão de parcela significativa da população de um dos direitos básicos da cidadania e a necessidade de fazer valer o direito à educação mínima para todos. Ao mesmo tempo, a previsão de que 50% dos recursos vinculados seriam destinados a esse fim implicaria o aumento substancial dos gastos da União com a educação obrigatória¹³⁰.

Todavia, caso se mantivesse a perspectiva do Fundef de elevar os valores dos Estados mais pobres à média nacional, haveria maior necessidade de recursos da União para a complementação ao fundo. No caso do Fundeb, a limitação estabelecida pelo inciso VIII do artigo 60 do ADCT¹³¹ cria a necessidade de aportes de recursos novos à educação¹³².

No que diz respeito à negociação em torno do Fundeb, a fórmula que se pactuou para estabelecê-la limita a contribuição a 10% do total do fundo. Isso significa que seu potencial de reduzir desigualdades é menor que o Fundef, que previa 50%, ainda que sua abrangência, em termos de etapas e modalidades de ensino, seja maior¹³³.

Com efeito, a lei do Fundeb está sendo cumprida e isso faz com que, mesmo que sua concepção equalizadora seja mais tímida que a do Fundef, na prática, tem representado maior aporte de recursos, por parte da União ao ensino básico¹³⁴.

Portanto, na visão de Romualdo Portela de Oliveira e Sandra Zákia Sousa, a política de fundos tem produzido impactos na educação. Ampliou o atendimento das

¹²⁸ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 23.

¹²⁹ *Idem*, p. 24.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹³¹ Art. 60, ADCT. “VIII - a vinculação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino estabelecida no art. 212 da Constituição Federal suportará, no máximo, 30% (trinta por cento) da complementação da União, considerando-se para os fins deste inciso os valores previstos no inciso VII do *caput* deste artigo”.

¹³² OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 27.

¹³³ *Idem*, p. 27.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 28.

redes municipais, reduziu a desigualdade de recursos disponíveis entre diferentes redes no interior de cada Estado, aumentou os salários inferiores ao mínimo existentes anteriormente à sua implantação e impulsionou o processo de universalização do ensino fundamental. No entanto, a limitação dos montantes utilizados pela complementação da União, no caso do Fundef, por não cumprimento da legislação, e no caso do Fundeb, por limitação do montante na lei, reduziu o impacto equalizador que as propostas poderiam ter¹³⁵.

Em suma, nas palavras de Fernando Luiz Abrucio,

[...] é preciso construir um federalismo educacional mais equilibrado, que seja descentralizado, mas que tenha padrões nacionais de qualidade; que combata às desigualdades regionais e entre Municípios; e cujo mote principal seja a busca de um regime efetivo de colaboração¹³⁶.

De fato, de modo geral todos os estudos, nas palavras de Romualdo Portela de Oliveira e Sandra Zákia Sousa,

[...] evidenciam a necessidade de uma estrutura político-jurídico-institucional capaz de concretizar a dinâmica federativa no provimento da educação, tendo em conta as desigualdades nacional, interestadual e intermunicipal. Sabe-se que os entraves históricos, econômicos, políticos e legais não se resolvem no nível das normas jurídico-administrativas, mas precisam contar com elas e, muitas vezes, são por elas impulsionados. E, nesse campo estamos avançando, como evidenciam desde as disposições constitucionais vigentes até a criação, em algumas regiões, de mecanismos de colaboração entre os níveis de governo, embora ainda não tenhamos enfrentado a imprescindível regulamentação do regime de colaboração¹³⁷.

Enfim, voltando ao ponto de partida, há um problema federativo no que diz respeito à educação. E, na linha dos autores citados, “[...] na ausência de uma modificação legal mais ampla, que estabeleça um sistema nacional de educação¹³⁸ ou

¹³⁵ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 28.

¹³⁶ ABRUCIO, Fernando Luiz., *Op. cit.*, p. 66.

¹³⁷ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., p. 289.

¹³⁸ O Estado do Mato Grosso é um exemplo dessa experiência. A Lei Complementar nº 49/1998 de Mato Grosso, instituiu um sistema único de educação, especialmente no que se refere à relação federativa em função do novo sistema (ABICALIL, Carlos, CARDOSO NETO, Odorico Ferreira. *Federalismo cooperativo e educação brasileira: a experiência de Mato Grosso [com a] proposição de um sistema único de educação*. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 235). O Estado do Rio Grande do Sul também aderiu à experiência de um sistema único de educação. Lá, as instituições governamentais e não governamentais parecem dispostas a levar as estratégias adiante, possivelmente por reconhecerem que União, estado e municípios devem ser parceiros para planejar e responsabilizar-se pela oferta de uma educação pública de qualidade. (LUCE, Maria Beatriz, SARI,

uma reforma tributária, as relações entre os entes federados, quando ocorrem, se dão de maneira bastante assimétrica”¹³⁹.

2.2.2 A educação na Constituição Federal de 1988

A educação está prevista no art. 6º da Constituição Federal¹⁴⁰ como um direito fundamental de natureza social. O título reservado à Ordem Social traz a disciplina normativa constitucional desse direito, estabelecendo parâmetros para a sua concretização.

De acordo com o art. 205 da Constituição Federal¹⁴¹, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, em vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, não se trata de um dever atribuído exclusivamente ao Estado, mas, também, à família, em colaboração com a sociedade.

O dever do Estado, para com a educação, deve ser efetivado mediante a garantia de educação básica, obrigatória e gratuita, dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade¹⁴²; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação

Marisa Timm. *O regime de colaboração na educação do Rio Grande do Sul*. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 265). E o Estado do Ceará também é mais um exemplo de unidade federativa que vivencia a experiência de um “pacto colaborativo”: “O Ceará, sem dúvida, deu passos largos ao instituir a seleção seguida de eleição de diretores pela comunidade no âmbito estadual, mas os municípios resistem à prática uma vez que a indicação (técnica ou política) é poderoso instrumento de manutenção do poder local”. (VIEIRA, Sofia Lerche. *Educação básica no Ceará: construindo um pacto colaborativo*. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010, p. 285).

¹³⁹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Wagner., *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁴¹. “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

¹⁴² Assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, sendo que a prioridade da educação básica pública é atender ao ensino regular.

artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.¹⁴³

No entanto, embora a Constituição estabeleça tais prestações como forma de o Estado efetivar o seu dever em relação à educação, somente o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e previsto, como direito público subjetivo, importando em responsabilidade da autoridade competente, quando este não for oferecido pelo Poder Público¹⁴⁴.

A iniciativa privada possui liberdade de iniciativa, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional e obtenha autorização do Poder Público, bem como se submeta à avaliação de qualidade.¹⁴⁵

O ensino deve ser ministrado com base nos princípios da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; da gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais; da valorização dos profissionais da educação escolar; da gestão democrática do ensino público, na forma da lei; da garantia de padrão de qualidade; e de piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal¹⁴⁶.

Há também, na Constituição Federal, a previsão do estabelecimento em lei do Plano Nacional de Educação – PNE, a fim de articular o sistema nacional de educação, em regime de colaboração, e definir diretrizes e estratégias de implementação, para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino, em seus diversos níveis, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas. Os

¹⁴³ Teor do art. 208 da CF/88 e seus incisos.

¹⁴⁴ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

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

¹⁴⁵“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

¹⁴⁶ Conteúdos do Art. 206 da CF/88.

objetivos são de conduzir à erradicação do analfabetismo; à universalização do atendimento escolar; à melhoria da qualidade de ensino; à formação para o trabalho; à promoção humanística, científica e tecnológica do País; e ao estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação, como proporção do produto interno bruto.¹⁴⁷

A organização do sistema de ensino entre os três entes federativos deve ser feita em regime de colaboração, conforme art. 211¹⁴⁸. Isso significa que na organização dos respectivos sistemas de ensino os entes devem definir formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

A União, por sua vez, deve organizar o sistema federal de ensino, financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Os Municípios devem atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto os Estados e o Distrito Federal, no ensino fundamental e médio¹⁴⁹.

A manutenção e o desenvolvimento dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal contam com a aplicação obrigatória da receita resultante de impostos, compreendida a que é proveniente de transferências, por parte da União, de no mínimo

¹⁴⁷ Conforme o Art. 214: “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:”

¹⁴⁸ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

[...] § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

¹⁴⁹ “Art. 211. [...]”

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.”

18% (dezoito por cento), e dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de no mínimo 25% (vinte e cinco por cento)¹⁵⁰.

Para fins de compor o cálculo, a receita do governo que transferir a parcela da arrecadação de impostos não é considerada. A distribuição dos recursos visa a assegurar a prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do Plano Nacional de Educação¹⁵¹.

O financiamento dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde deve valer-se dos recursos oriundos de contribuições sociais e de outros recursos orçamentários. Uma fonte adicional de financiamento à educação básica pública é o salário-educação, de forma que a distribuição das cotas estaduais e municipais seja proporcional ao número de alunos matriculados na educação básica e respectivas redes públicas de ensino¹⁵².

Quanto à forma de aplicação dos recursos¹⁵³, este será dirigido às escolas públicas, bem como às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, desde que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação e assegure a destinação de seu patrimônio à outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

¹⁵⁰“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

¹⁵¹ “Art. 212. [...]”

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.”

¹⁵²“Art. 212. [...]”

[...] § 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.”

¹⁵³ “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: [...]”

Desse modo, restam expostas em linhas gerais as competências normativas constitucionais do direito à educação, a serem observadas pelos entes responsáveis pela sua garantia e implantação.

Assim, é a Constituição de 1988 a responsável por estabelecer a base organizacional da educação no país. No entanto, há diversos marcos legais que a complementam, dentre os quais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - Lei n. 9.394/96, o Plano Nacional de Educação (PNE) – Lei n. 10.172/2001, a “Lei do Piso” – Lei n. 11.738/2008, além das normas do direito internacional, que tratam da educação.

2.2.3 *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei Federal n. 9.394/96*¹⁵⁴

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) - Lei Federal n. 9.394/96, também chamada “Lei Darcy Ribeiro”¹⁵⁵, disciplina a estrutura e o funcionamento do sistema escolar brasileiro. Objetiva, sobretudo, conferir unidade ao ensino, tendo em vista a diversidade que caracteriza o país.

Seu texto dispõe sobre a organização da educação escolar; as responsabilidades dos entes federados, das escolas, dos pais e dos educadores; os níveis e modalidades de ensino; os requisitos para a formação e a valorização do magistério; e o financiamento da educação.

Reproduz no Título IV, denominado “Da Organização da Educação Nacional”, o art. 211 da Constituição Federal¹⁵⁶ e seus parágrafos, que estipula como tarefa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a organização, em regime de colaboração, dos seus sistemas de ensino.

O §1º do art. 211 da Constituição¹⁵⁷ atribui à União a prerrogativa de coordenar a política nacional de educação, articular os diferentes níveis e sistemas e exercer

¹⁵⁴ A última alteração da LDB foi com a Lei n. 12.796, de 4 de abril de 2013 altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabeleceu as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação.

¹⁵⁵ Porque o senador Darcy Ribeiro foi o relator da Lei n. 9.394/96.

¹⁵⁶ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

¹⁵⁷ “Art. 211. [...]”

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a

função normativa, redistributiva e supletiva em relação às outras instâncias educacionais e garantindo, e o §2º¹⁵⁸ do mesmo artigo, confere liberdade de organização aos sistemas de ensino.

A propósito, Demerval Saviani acrescenta:

Na distribuição das competências entre as diversas instâncias de governo, a LDB incumbe aos Municípios a manutenção da educação infantil, garantindo, com prioridade, o ensino fundamental. Aos estados cabe colaborar com os Municípios na oferta de ensino fundamental e manter, com prioridade, o ensino médio. À União, no exercício da coordenação nacional da política de educação, compete prestar assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecer diretrizes curriculares e realizar a avaliação do rendimento escolar de todos os graus de ensino, além de manter as próprias instituições de ensino que, juntamente com as escolas superiores privadas, compõem o sistema federal de ensino¹⁵⁹.

Assim, a LDB reafirma o direito à educação, garantido pela Constituição Federal, estabelece os princípios e os deveres do Estado em relação à educação escolar pública, e define as responsabilidades, em regime de colaboração, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Segundo a LDB, a educação brasileira é dividida em dois níveis: a educação básica e o ensino superior.

A educação básica compreende a educação infantil que corresponde às creches (de 0 a 3 anos) e pré-escolas (de 4 e 5 anos), é gratuita, mas não obrigatória e é da competência dos Municípios. O ensino fundamental, que compreende os anos iniciais (do 1º ao 5º ano) e os anos finais (do 6º ao 9º ano), é obrigatório e gratuito¹⁶⁰. O ensino médio, que corresponde ao antigo 2º grau (do 1º ao 3º ano), pode ser técnico-profissionalizante ou não, e é de responsabilidade dos Estados.

O ensino superior, por sua vez, é da competência da União, podendo ser oferecido por Estados e Municípios, desde que estes já tenham atendido aos níveis pelos

garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; [...]

¹⁵⁸ “Art. 211. [...]

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. [...]

¹⁵⁹ SAVIANI, Demerval. *Da nova LDB ao Fundeb: por uma outra política educacional*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2008, p. 176.

¹⁶⁰ A LDB estabelece que, gradativamente, os Municípios serão os responsáveis por todo o ensino fundamental. Na prática os Municípios estão atendendo aos anos iniciais e os Estados os anos finais.

quais são responsáveis em sua totalidade e cabe à União autorizar e fiscalizar as instituições privadas de ensino superior.

No Brasil, a educação ainda abrange outras modalidades como a educação especial; a educação à distância; a educação profissional e tecnológica, a educação de jovens e adultos e a educação indígena. E, além dessas determinações, a LDB dispõe sobre recursos financeiros e a formação dos profissionais da educação.

Especificamente, quanto aos profissionais da educação e sua formação, a LDB estipulou a exigência de nível superior para os professores da educação básica, nos artigos 62 e 63¹⁶¹.

De acordo com Bernadete Angelina Gatti e Elba Siqueira de Sá Barreto,

Essa lei fixa, em suas disposições transitórias, prazo de dez anos para que os sistemas de ensino façam as devidas adequações à nova norma. Esse prazo foi importante na medida em que no Brasil, nessa época, a maioria dos professores do ensino fundamental (primeiros anos) possuía formação no magistério, em nível médio, havendo também milhares de professores leigos, sem formação no ensino médio como até então era exigido. Seriam necessários tempo, muito esforço e financiamentos para chegar a formar esses docentes em nível superior¹⁶².

Vale aqui ressaltar que as proposições trazidas pela LDB marcam um novo momento nas perspectivas sobre formação de professores, “[...] tanto do ponto de vista da estrutura, como da articulação formativa dos currículos e a preocupação com a qualificação dos formadores de formadores”, no que diz respeito à formação dos professores para a educação básica¹⁶³.

¹⁶¹ Os artigos 62 e 63 dispõem: “Art. 62 – A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal”.

Art. 63 – Os Institutos Superiores de Educação manterão:

I- cursos formadores de profissionais para a educação básica, inclusive o curso normal superior, destinado à formação de docentes para a educação infantil e para as primeiras séries do ensino fundamental;

II- programas de formação pedagógica para portadores de diplomas de educação superior que queiram se dedicar à educação básica;

III- programas de educação continuada para os profissionais de educação dos diversos níveis.

¹⁶² GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá. *Professores do Brasil: impasses e desafios*. Brasília: UNESCO, 2009, p. 43.

¹⁶³ *Idem*, p. 45.

2.2.4 Plano Nacional de Educação (PNE)

O art. 214 da Constituição Federal¹⁶⁴ impõe o estabelecimento de um Plano Nacional de Educação através de lei. E, segundo Elias de Oliveira Motta, o texto constitucional estampa a intenção dos Constituintes de 1988, vez que, conscientes da importância da educação para o desenvolvimento do país, “[...] queriam evitar o espontaneísmo desordenado, e descontinuidade nas diversas esferas do Poder, bem como a desarticulação e a falta de integração e até de interação entre elas”¹⁶⁵.

Está no Congresso Nacional para ser votado o projeto de lei que cria o Plano Nacional de Educação (PNE), para vigorar de 2011 a 2020¹⁶⁶.

Tal projeto apresenta dez diretrizes objetivas e vinte metas, seguidas das estratégias específicas de concretização. As metas seguem o modelo de visão sistêmica da educação, estabelecido em 2007 com a criação do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE).

Além disso, há estratégias específicas de universalização e ampliação do acesso e atendimento, em todos os níveis educacionais. São metas mencionadas, ao longo do projeto, bem como o incentivo à formação inicial e continuada de professores e profissionais da educação em geral, bem como a avaliação e o acompanhamento periódico e individualizado de todos os envolvidos na educação do país.

O projeto estabelece, ainda, estratégias para alcançar a universalização do ensino de quatro a 17 anos, prevista na Emenda Constitucional n. 59 de 2009. A expansão da oferta de matrículas gratuitas em entidades particulares de ensino e do financiamento

¹⁶⁴ “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.”

¹⁶⁵ MOTTA, Elias de Oliveira. *Direito Educacional e educação no século XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Brasília: UNESCO, 1997, p. 203.

¹⁶⁶ Foi enviado pelo governo federal ao Congresso em 15 de dezembro de 2010 o projeto de lei n. 8.035-B de 2010.

estudantil também está contemplada, bem como o investimento na expansão e na reestruturação das redes físicas e em equipamentos educacionais.

O projeto confere força de lei às aferições do índice de desenvolvimento da educação básica (IDEB)¹⁶⁷, criado em 2007, no âmbito do PDE. Outro dispositivo previsto no projeto é o confronto dos resultados do IDEB com a média dos resultados em matemática, leitura e ciências, obtidos nas provas do Programa Internacional de Avaliação de Alunos (Pisa).

O Plano Nacional de Educação (PNE) ocupa uma posição estratégica para a efetivação e criação de um sistema nacional de educação em que haja a colaboração de todos os entes.

Fala-se que o país precisa passar por uma reforma política e tributária. Contudo, não há reforma ou plano mais importante para a pauta atual do País do que o Plano Nacional de Educação (PNE), para levar a educação a um *status* de prioridade no Brasil; e principalmente, é necessário tirar o Plano do discurso e colocá-lo na prática.

Além do regime de colaboração, o PNE também destaca a necessidade de haver uma lei de responsabilidade educacional, capaz de conferir responsabilidade e até punições para quem não cumprir seus compromissos; e todos os entes federados serão alcançados por ela.

¹⁶⁷ O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) foi criado pelo Inep em 2007 e representa a iniciativa pioneira de reunir num só indicador dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: fluxo escolar e médias de desempenho nas avaliações. Ele agrega a possibilidade de resultados sintéticos ao enfoque pedagógico dos resultados das avaliações em larga escala do Inep, facilmente assimiláveis, e que permitem traçar metas de qualidade educacional para os sistemas. O indicador é calculado a partir dos dados sobre aprovação escolar, obtidos no [Censo Escolar](#), e médias de desempenho nas avaliações do Inep, o [Saeb](#) – para as unidades da federação e para o país, e a [Prova Brasil](#) – para os municípios. Com o Ideb, ampliam-se as possibilidades de mobilização da sociedade em favor da educação, uma vez que o índice é comparável nacionalmente e expressa em valores os resultados mais importantes da educação: aprendizagem e fluxo. A combinação de ambos tem também o mérito de equilibrar as duas dimensões: se um sistema de ensino reter seus alunos para obter resultados de melhor qualidade no [Saeb ou Prova Brasil](#), o fator fluxo será alterado, indicando a necessidade de melhoria do sistema. Se, ao contrário, o sistema apressar a aprovação do aluno sem qualidade, o resultado das avaliações indicará igualmente a necessidade de melhoria do sistema. O Ideb vai de zero a dez. O Ideb também é importante por ser condutor de política pública em prol da qualidade da educação. É a ferramenta para acompanhamento das metas de qualidade do PDE para a educação básica. O Plano de Desenvolvimento da Educação estabelece, como meta, que em 2022 o Ideb do Brasil seja 6,0 – média que corresponde a um sistema educacional de qualidade comparável a dos países desenvolvidos. Hoje, a média brasileira está em 4,6 nos anos iniciais do ensino fundamental (primeiro ao quinto ano). A meta é chegar a 6 (em uma escala até 10) em 2021. Em 2009, a média foi de 395 pontos. A expectativa é chegar a 473 em 2021.

O PNE ainda prevê que é preciso ter um diagnóstico preciso da educação no Brasil, pois é muito importante que se saiba qual é a realidade da educação, para que se possa agir¹⁶⁸.

Outro ponto é a questão da formação e falta dos profissionais da educação básica. Todas as discussões apontam na direção da melhoria na qualidade da formação dos professores, passando, principalmente por melhorias na qualidade dos cursos formadores destes profissionais que precisam prepará-los para a prática.

O PNE trata da necessidade de uma formação continuada, que se justifica pelo fato da sociedade mudar muito e torna-se imprescindível a atualização. A tecnologia se impõe e faz parte da vida cotidiana, sendo determinante o preparo dos profissionais da educação também para isso.

Assim, procurou-se destacar os principais desafios do PNE que, precisa, de fato, estabelecer uma rede de colaboração articulado entre todos os entes federados e o padrão de responsabilidade de cada um, mas também, despertar a sociedade para as importantes questões a serem enfrentadas até chegar a uma educação de qualidade.

Tudo isso depende, necessariamente de uma formação melhor aos professores e melhores condições salariais e de trabalho.

2.2.5 A Lei n. 11.738/2008 - “Lei do piso dos professores”

A chamada “Lei do Piso dos professores” foi criada com o objetivo de efetivar a previsão constitucional para regulamentar a alínea “e” do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir e regulamentar um piso salarial profissional nacional, para os profissionais do magistério público da educação básica (art.1º da Lei)¹⁶⁹.

O art. 2º, *caput* da Lei¹⁷⁰ define o valor do “piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica”, para a formação em

¹⁶⁸ Vale lembrar que o Brasil avançou muito com a Prova Brasil (que é a avaliação do rendimento escolar); com o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) e com o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que vive dificuldades de logística, mas cuja relevância deve ser enfatizada.

¹⁶⁹ 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.](#)

¹⁷⁰ 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

nível médio, na modalidade Normal, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Segundo o §1º do art. 2º¹⁷¹, o piso salarial, fixado nacionalmente, impõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não possam fixar valor abaixo daquele para o vencimento inicial das carreiras do Magistério público da educação básica, para uma jornada de quarenta horas semanais¹⁷².

Conceitua a Lei, no seu art. 2º, §2º¹⁷³, o que se entende por “profissionais do magistério público da educação básica” como “[...] aqueles que desempenham as atividades de docência ou as de suporte pedagógico à docência”, e engloba, portanto, com essa definição, também as funções de “direção ou administração, planejamento, inspeção, supervisão, orientação e coordenação educacionais”, exercidas nas unidades de educação básica, em qualquer de suas modalidades e etapas, com formação mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Além do piso¹⁷⁴, a Lei estabeleceu como se desenvolveria a jornada de trabalho a ser exercida pelo profissional, a fim de que o professor disponha de um tempo maior para a elaboração de suas aulas, bem como na confecção de demais atividades envolvendo a sua função¹⁷⁵.

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.

¹⁷¹ Art. 2º [...]

§ 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.

[...]

¹⁷² Durante o julgamento, a fixação do piso salarial como “vencimento inicial” gerou interpretações diversas por parte dos ministros do STF. Alguns consideraram como vencimento inicial, outros como remuneração global, mas esta questão será abordada no último capítulo da dissertação.

¹⁷³ Art.2º [...]

[...]

§ 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. [...]

¹⁷⁴ 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.

[...]

¹⁷⁵ E foi justamente neste ponto que se deram as discussões quando do julgamento da ADI 4.167 que considerou a mencionada lei constitucional.

De modo que, além de fixar o piso salarial aos profissionais da educação básica, estipulou uma carga horária a ser cumprida pelos mesmos, dispondo no §4º do art. 2º¹⁷⁶, o limite de 2/3 (dois terços) da jornada para interação com os alunos. O terço restante da jornada ficou reservado para outras atividades pedagógicas essenciais para o bom desenvolvimento escolar, como a programação e o preparo dos docentes para a sala de aula.

A Lei prevê, ainda, no art. 4º, parágrafos 1º e 2º¹⁷⁷ que, 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, o governo federal dará apoio¹⁷⁸. E, por fim, estabeleceu prazos para que os entes federados se adequassem, a fim de cumprir todas as suas disposições¹⁷⁹.

Portanto, trata-se de breve disposição legal, mas com o objetivo de melhorar as condições salariais e de trabalho para os profissionais da educação básica, no Brasil.

¹⁷⁶ Art. 2º [...]

[...]

§ 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.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ O Ministério da Educação publicou em 2011, a Portaria n. 213 que aprovou a Resolução n. 5, de 22 de fevereiro de 2011, da Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade, que tratava do uso de parcela dos recursos da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) para o pagamento integral do piso salarial dos profissionais da educação básica pública. Em 2012, aprovou outra Resolução para definir os critérios de repasse de recursos do Fundeb para complementação do Piso Salarial Profissional Nacional, a Resolução nº 7, de 26 de abril de 2012 do Ministério da Educação que traz os novos critérios de complementação do Piso Salarial aprovados pela Comissão Intergovernamental para Financiamento da Educação de Qualidade, composta por membros do MEC, do Conselho Nacional de Secretários de Educação (Consed) e da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime). Essa resolução trata do uso de parcela dos recursos da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) para o pagamento integral do piso salarial dos profissionais da educação básica pública.

¹⁷⁹ Foram interpostos recurso de embargos de declaração contra a decisão da ADI 4.167 e no julgamento dos mesmos, o STF decidiu, por maioria, que o pagamento do piso, nos termos estabelecidos pela Lei n. 11.738/2008, passou a valer em 27 de abril de 2011, data do julgamento definitivo sobre a norma pelo Plenário do STF, modulando, portanto, os efeitos da decisão.

2.2.6 UNESCO e OIT: Recomendação Relativa à Situação do Pessoal Docente

A UNESCO possui a missão de cooperar com a política educacional dos governos, e de acordo com Gatti e Barreto,

Desde a criação da UNESCO, em 1945, o desafio da profissionalização docente, sobretudo da educação básica, vem se constituindo como um dos mais importantes na agenda mundial de prioridades da Organização em decorrência da importância do professor para assegurar uma educação de qualidade para todos, tanto no plano cognitivo quanto na dimensão humanista e ética dessa profissão. Ambas as dimensões integram o direito subjetivo à educação que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁸⁰ consagrou para servir de pré-requisito à reconstrução das sociedades em direção a uma cultura de paz¹⁸¹.

Foi na perspectiva de tais compromissos que a UNESCO e a OIT, decidiram, há mais de quarenta anos, produzir um documento de referência sobre a questão docente. Assim, essas organizações aprovaram em 1966, em uma Conferência Intergovernamental convocada pela UNESCO, o texto conjunto “Recomendação Relativa à Situação do Pessoal Docente”¹⁸².

Na visão de Gatti e Barreto, este documento é, ainda hoje,

[...] um dos mais completos sobre a profissão docente, pois compreende as diferentes dimensões da função do magistério, entre elas a formação inicial e continuada, condições de trabalho para um ensino de qualidade, remuneração, organização e política docente, acesso, carreira e promoção, avaliação, estabilidade, disciplina, saúde, direitos, deveres e material pedagógico de apoio¹⁸³.

¹⁸⁰ Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo após o preâmbulo, a Assembléia Geral proclama que: “A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”.

¹⁸¹ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 7.

¹⁸² Existem outros instrumentos *standard* da OIT e UNESCO que são relevantes para os professores: As convenções da OIT como a n. 87 sobre Liberdade de Associação e do Direito à Organização, n. 98 sobre o Direito à Organização e Negociação Coletiva e n. 111 sobre Discriminação (Emprego e Ocupação); os seus princípios básicos são resumidos na Declaração da OIT sobre Princípios Fundamentais e Direito ao Trabalho. Estes padrões da OIT são monitorizados por organismos tais como o Comitê de Especialistas da OIT sobre a Aplicação de Convenções e Recomendações. Também as convenções da UNESCO como a Convenção contra a Discriminação na Educação, a Convenção sobre o Ensino Técnico e Vocacional e a Convenção sobre o Reconhecimento de Qualificações relativas à Educação Superior.

¹⁸³ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 7.

Em que pese o esforço de muitos países, no sentido de organizar e estruturar as carreiras do magistério, a fim de torná-las mais próximas do que foi estabelecido pela Recomendação OIT-UNESCO, em 1966, o fato é que a grande maioria ainda não conseguiu atingir os padrões mínimos necessários para colocar a profissão docente com plena capacidade para suas responsabilidades¹⁸⁴.

O Brasil não é exceção. Apesar das tentativas de valorização dos professores propostas pelos entes que compõem a federação, destacando-se, mais recentemente, a Lei 11.738/2008, que instituiu um piso salarial nacional, a situação ainda é crítica. Isso se deve às omissões que se acumularam e foram progressivamente se agravando ao longo da história.

2.3 Considerações parciais

A ideia de descentralização, em princípio, parece boa, quando se trata da melhoria da qualidade da educação, porque remete a um sentimento de cooperação entre os entes da Federação.

Com efeito, de acordo com José Luiz Quadros de Magalhães,

O Estado Federal brasileiro tem uma característica que é essencial para o aprofundamento do processo democrático: confere autonomia política a organizações estatais territorialmente menores, e por isso mais próximas e sensíveis às diretrizes apontadas pela comunidade. Quanto mais poderes conferidos aos Municípios, maior é a possibilidade de se construir o Estado democrático. Obviamente que não será apenas a descentralização política, administrativa, legislativa e judiciária o fator responsável pelo funcionamento da democracia participativa, legitimadora das mudanças sociais e econômicas permanentes, mas este é um pressuposto necessário que será complementado por outros fatores, como a própria estrutura organizacional¹⁸⁵.

Entretanto, no julgamento da constitucionalidade da Lei n. 11.738/2008, que instituiu um piso salarial aos profissionais da educação básica, que em linhas gerais necessitava dessa cooperação entre os entes para garantir melhores condições aos professores, o Supremo Tribunal Federal manteve a hegemonia da União, mesmo em

¹⁸⁴ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁵ MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. *Poder municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 50.

assuntos de interesse local, no caso do art.2º, §4º da Lei, ao dispor sobre a forma de disposição da jornada de trabalho.

Especificamente, no tocante a este ponto de discussão, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)¹⁸⁶, promover a valorização dos profissionais da educação equivale à garantia de um período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho.

Da mesma forma, não se espera que as propostas de universalização da educação, através de um sistema único, ou de uma maior descentralização, pela municipalização, por exemplo, não apresentem problemas, pois se existe uma diversidade regional, maior ainda é a diversidade entre os Municípios brasileiros.

Espera-se uma cooperação entre os entes que compõem a federação, bem como a definição de ações federais, por parte da União, como agente nacional.

Portanto, o legislador foi taxativo ao ordenar que é dever do Estado não só a garantia do direito à educação, mas também a valorização dos profissionais da educação, através de Planos de Carreira e Estatutos. Além disso, a LDB ordena que os sistemas de ensino devam também garantir dentro da jornada do professor o tempo reservado para estudo e planejamento.

Não há como pensar em qualidade da educação, melhor relação entre educador e educando, processo de ensino-aprendizagem, efetivação e discussão do Projeto Político Pedagógico da escola, sem que se garanta ao professor um tempo necessário à construção do conhecimento. Segundo Hannah Arendt, ao abordar a temática da crise da educação, pontua que:

[...] o que torna a crise educacional na América tão particularmente aguda é o temperamento político do país, que espontaneamente peleja para igualar ou apagar tanto quanto possível as diferenças entre jovens e velhos, entre dotados e pouco dotados, entre crianças e adultos, entre alunos e professores¹⁸⁷.

¹⁸⁶ “Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: o desempenho;

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

¹⁸⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 229.

Com apoio em Elias de Oliveira Motta, pode-se dizer que a Lei n. 11.738/2008, na verdade, foi uma tentativa, de romper com um “círculo vicioso da realidade” que continua com aspectos negativos como a formação insuficiente do corpo docente, os salários dos profissionais da educação nivelados por baixo, a falta de motivação dos professores e os baixos níveis de aproveitamento na aprendizagem. De acordo com o supracitado autor, “[...] esse círculo completa a volta com os reflexos negativos que tais aspectos fazem ressoar nos níveis mais elevados do ensino e até na vida política, econômica e social do país”¹⁸⁸.

Todavia, recorrer à ordem normativa legal, para resolver os conflitos, seria aprisionar o caráter dinâmico do sistema federativo. Além disso, implicaria negar os aspectos políticos, administrativos e econômicos que mudam com o tempo e os contextos¹⁸⁹.

Todas as possibilidades de avanço levantadas passam, necessariamente, pelo funcionamento da cooperação entre os entes da Federação. Equivale a dizer que, a verdadeira cooperação entre os entes federativos significa o respeito aos dispositivos constitucionais e o federalismo é o principal instrumento para lidar com esse processo.

Entretanto, o STF, na decisão, manteve uma postura centralizadora da União, tendo em vista o não funcionamento de um federalismo de cooperação, especialmente no que se refere à alocação e destinação de recursos¹⁹⁰. Foi uma tentativa de fazer com que os Estados fossem obrigados, através da chancela de constitucionalidade da lei e, conseqüentemente, da obrigação de seu cumprimento, a manter um mínimo de cooperação e, assim garantir melhores condições salariais e de trabalho aos professores.

Mas, diante do descumprimento da “Lei do Piso” pela maioria dos Estados, significa que essa tendência centralizadora, talvez não seja a melhor solução, quando se trata de resolver as questões regionais, especialmente da educação. Tal situação ocasionou um déficit de legitimidade, na prática, uma vez que a Lei não está sendo respeitada. Assim, afinal, pode-se afirmar que o problema do federalismo, na educação, é muito mais a falta de vontade política e de planejamento do que qualquer outra coisa.

¹⁸⁸ MOTTA, Elias de Oliveira., *Op. cit.*, p. 418.

¹⁸⁹ No caso em questão, está na Constituição a solução.

¹⁹⁰ Prova disso foi a modulação dos efeitos da decisão, quando do julgamento recente dos embargos de declaração interpostos.

3 PARÂMETROS COMPREENSIVOS: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E HERMENÊUTICA

Neste capítulo, a proposta é analisar as condições gerais que delimitam a atividade interpretativa dos magistrados e como eles decidem, ou deveriam decidir. Para tanto, será apreciada a incidência dessas condições na linha de Hans Kelsen e Alf Ross, que descrevem como decidem os magistrados. Entretanto, por acreditar que deve haver critérios de controlabilidade de tomada de decisão, com apoio em Inocêncio Mártires Coelho, Karl Larenz e Chaïm Perelman, serão apresentadas ideias de como os magistrados deveriam decidir. A distinção entre princípios e regras passando pelos modelos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com as contribuições de Inocêncio Mártires Coelho, Humberto Ávila e Marcelo Neves completam a ideia de como deveriam ser fundamentadas as decisões.

3.1 Como os magistrados decidem: uma perspectiva à luz de Hans Kelsen¹⁹¹ e Alf Ross¹⁹²

3.1.1 Hans Kelsen

Hans Kelsen evidencia que não há um método correto que possa ser classificado como de direito positivo para se chegar a uma interpretação correta¹⁹³. Nesse sentido, então, a própria moldura kelseniana seria um ato hermenêutico uma vez que permite a atribuição de vários sentidos; não seria um ato pré-hermenêutico.

Adota-se a noção de decisão judicial de Hans Kelsen, para quem, em suma, a decisão judicial é uma decisão política, pois está condicionada à vontade, aos interesses e às conveniências do magistrado e o ordenamento jurídico é apenas um pretexto para a decisão judicial. Em outras palavras, de acordo com Kelsen todos os métodos de interpretação conduzem a resultados possíveis; nunca a um único correto e que, no final, o Tribunal decide a seu critério.

A propósito, há várias possibilidades de solução ou interpretação no caso concreto, mas só uma, com a decisão judicial torna-se norma. Com isso, dizer que uma

¹⁹¹ KELSEN Hans. *Teoria pura do direito*: tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁹² ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007.

¹⁹³ KELSEN Hans., *Op. cit.*, p. 391.

sentença judicial é fundada na lei significa na verdade que ela foi produzida dentro da moldura que a lei representa; não significa que ela é a norma individual, mas apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral¹⁹⁴.

Para Kelsen, então, a “moldura” seria a norma geral que deve ser observada, mas ainda restariam espaços vazios, que seriam preenchidos por atos de vontade. Por essa razão, afirma-se que

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem¹⁹⁵.

Portanto, interpretar faz-se necessário, pois o sistema das normas não consegue prever todas as situações fáticas existentes; há várias possibilidades em aberto. Nesse sentido, Kelsen afirma que

[...] a questão de saber qual é, dentre as possibilidades aquela que se apresenta nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito¹⁹⁶.

Sempre que a interpretação é feita pelo órgão aplicador do Direito ela será autêntica, pois, ao fazê-la, cria-se o Direito. Assim, será autêntica a interpretação quando esta assumir a forma de uma lei, ou de um tratado de direito internacional, com caráter geral; qualquer outra interpretação, pelo fato de não ser autêntica, não cria Direito. E, nesse sentido pontua:

É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância. [...] É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de

¹⁹⁴ KELSEN Hans., *Op. cit.*, p. 391.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 390.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 393.

significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica¹⁹⁷.

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita fixar o sentido dos textos normativos que vai aplicar, tem de interpretar tais textos. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior¹⁹⁸. Em suma, de todos os textos normativos, na medida em que hajam de ser aplicados, devem ser interpretados.

Resumindo, na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva obtida por uma operação de conhecimento do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda¹⁹⁹.

Em perspectiva diversa, Roberto Freitas Filho entende que o paradigma juspositivista de Kelsen está superado, ao assumir que a realidade jurídica atual possui os requisitos de uma situação de superação paradigmática, e é ponto de razoável consenso entre os juristas que as anomalias estão constantemente presentes. Neste passo, a crise do Direito encontra-se instalada, justamente, na permanência de tais anomalias. E, nesse sentido, esclarece que

O que se convencionou chamar de crise do Direito é um conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções, ou para usar os dizeres de Kuhn, anomalias (segundo o paradigma vigente) reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática. [...] Questões macroeconômicas, novos direitos, a globalização econômica, a perda de capacidade normativa do Estado-nação entre outros fatos, provocam o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma realidade sócio-econômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada²⁰⁰.

Segundo Roberto Freitas Filho, o conceito de paradigma desenvolvido por Thomas Kuhn foi pensado para as ciências exatas e biológicas, “[...] que possuem um

¹⁹⁷ KELSEN Hans., *Op. cit.*, p. 394-397.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 387.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 394.

²⁰⁰ FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 45.

grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais”, de maneira que essa conceituação deve ser utilizada, no Direito, com “reserva terminológica”²⁰¹.

Assim, neste passo, Roberto Freitas Filho alerta que a mudança de paradigma, no caso do Direito, pode acontecer quando começa a formar-se outro padrão normativo, “[...] encontrando no mesmo, o caráter normativo jurídico”²⁰².

No desenvolvimento do seu argumento, o referido autor expressa que o paradigma juspositivista kelseniano seria uma construção teórica feita por Hans Kelsen no início do século, cuja pretensão foi de purificar metodologicamente o estudo da “Ciência do Direito” e, com isso excluir outros fatores que o autor chama de metajurídicos²⁰³.

Entretanto, para Roberto Freitas Filho, a própria nomeação como “pura” propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo mais que for alheio ao seu objeto²⁰⁴.

Assim, acredita-se que ainda é cedo para se falar em superação do paradigma juspositivista kelseniano, porque Kelsen tinha razão ao afirmar que na “[...] obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”²⁰⁵.

Mas isso não significa que Kelsen despreza um mínimo de segurança jurídica, uma vez que adverte que, diante da inevitável pluralidade de significações, deve-se obter “[...] o maior grau possível de segurança jurídica”²⁰⁶. Em outras palavras, na linha de Hans Kelsen²⁰⁷, afinal, não há interpretação correta e o Tribunal decide a seu critério²⁰⁸, embora se acredite que não deve ser esta a conduta a ser seguida pelos intérpretes da lei ao decidir²⁰⁹.

²⁰¹ FREITAS FILHO, Roberto., *Op. cit.*, p. 30.

²⁰² *Idem*, p. 32.

²⁰³ *Ibidem*, p. 38.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁰⁵ KELSEN Hans., *Op. cit.*, p. 393.

²⁰⁶ *Idem*, p. 397.

²⁰⁷ Após discussões durante as orientações deste trabalho, por sugestão do prof. Luís Carlos, propomos que o melhor título para a clássica obra de Hans Kelsen deveria ser “Teoria pura do direito impuro”.

²⁰⁸ Exemplo dessa postura de arbítrio judicial, sem coerência com o texto constitucional e respeito aos precedentes está na decisão do Ministro Roberto Barroso, no Mandado de Segurança n. 32.326, quando,

3.1.2 Alf Ross

Alf Ross propõe uma teoria do método, à medida que expressa como deve ser interpretado o direito e defende que a administração da justiça se funda em processos cognoscitivos, mas que, entretanto, isso não altera o fato de que para isso, mesmo quando seu caminho é preparado por tais processos, é, por sua própria natureza, uma decisão, um ato de vontade²¹⁰.

A atividade de saber qual norma aplicar dentre as várias existentes é denominada método jurídico, ou no caso do direito formulado ou direito legislado em lato sentido, *interpretação*. Ademais, não se pode enunciar uma ideologia do método com a mesma precisão de uma ideologia das fontes do direito, especialmente no que tange à interpretação do direito legislado. Isso porque regras fixas não podem ser formuladas; o máximo que se pode conseguir é um estilo de método ou de interpretação²¹¹.

Entretanto, Ross alerta que, o estudo do método, assim como das fontes do direito, precisa ser dividido numa *parte doutrinária* e em uma *teoria geral*. A primeira consiste na investigação do método seguido pelos tribunais num ordenamento jurídico

contrariamente ao posicionamento apresentado anteriormente na AP 470, concedeu liminar *inaudita altera pars*, suspendendo os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados afirmando, entre outros argumentos que “quando se tratar de deputado cujo prazo de prisão em regime fechado exceda o período que falta para a conclusão de seu mandato, a perda se dá como resultado direto e inexorável da condenação, sendo a decisão da Câmara dos Deputados vinculada e declaratória”. Nitidamente, há uma contradição na decisão do ministro que, em nome de argumentos morais, legislou, reescreveu a Constituição.

Com base nisso concordamos com a crítica feita por Lênio Streck à decisão, porque o Direito, exige coerência, e o Judiciário, especialmente o STF, “que exerce um papel contramajoritário, não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver um grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão judicial deve ser jurídico, nem moral, nem político”. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Acesso em 17-09-2013.

Outro exemplo dessa postura de arbítrio judicial está presente na decisão do Ministro Luiz Fux, no Mandado de Segurança n. 32.178. O ministro, na ocasião, não concedeu a ordem e pontuou: “entendo que não se deve conferir interpretação literal ao referido dispositivo constitucional. Deve-se perquirir a intenção do constituinte, que, *in casu*, me parece que foi a de estabelecer essa idade limite para o provimento inicial, para o ingresso no cargo isolado de juiz de tribunal, não se estendendo aos juízes de carreira”.

²⁰⁹ Um exemplo de como pensamos ser a postura dos intérpretes da lei está no voto do Ministro Celso de Mello ao dar provimento aos embargos infringentes na AP 470. Disse o ministro: “O que mais importa, nesse julgamento sobre a admissibilidade dos embargos infringentes, é a preservação do *compromisso institucional* desta Corte Suprema com o respeito incondicional às diretrizes que pautam o “*devido processo legal*” e que compõem, *por efeito de sua natural vocação protetiva*, o próprio “*estatuto constitucional do direito de defesa*”, que representa, no contexto de sua evolução histórica, uma prerrogativa inestimável de que ninguém pode ser privado, *ainda que se revele antagônico* o sentimento da coletividade!”.

²¹⁰ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 166.

²¹¹ *Idem*, p. 136.

específico, e constitui uma porção da ciência do direito e, tal como não há uma ideologia universal das fontes do direito, também não há um método universal. Em contrapartida, a tarefa da teoria geral consiste em explicar pressuposições fatuais dos problemas dos métodos e em subsumir e caracterizar, dentro de uma tipologia geral, todos os estilos de métodos e interpretação que realmente ocorrem²¹².

Por essa razão, precede qualquer discussão hermenêutica que se estabeleça uma teoria do direito. Quando se trata da escolha dos métodos de interpretação, se o intérprete não estiver filiado a uma ou a outra teoria, ao escolher os métodos de interpretação, ele colocará ali apenas as suas convicções pessoais. Tal divisão é necessária, porque, os problemas do método ou de interpretação assumem formas distintas a depender do sistema²¹³.

Afinal, segundo Ross em um sistema no qual os precedentes constituem a fonte predominante do direito, o problema do método consiste em como extrair uma regra geral dos precedentes existentes e aplicá-la ao caso a ser decidido. A dificuldade aumenta pelo fato de a regra geral ser alterada com frequência no curso do desenvolvimento de um caso para outro. Em contrapartida, há outro sistema no qual a legislação é a fonte predominante do direito e o juiz encontra-se diante de um texto provido de autoridade de uma regra geral de direito. A técnica de argumentação exigida por esse método visa a descobrir qual o significado da lei e a definir quais fatos são abarcados por ela ou não²¹⁴.

Na visão de Ross,

[...] temos assistido ao desenvolvimento da semântica geral, a qual se ocupa da linguagem como meio de expressão e comunicação, sua importância no que se refere à ação e compreensão, e a função das palavras como símbolos e seu valor emocional²¹⁵.

Com base nisso, decorre que toda interpretação do direito legislado inicia-se com um texto que em seu aspecto físico é capaz de influenciar o juiz porque possui um

²¹² ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 137.

²¹³ *Idem*, p. 138.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 138.

²¹⁵ ROSS, Alf. *Op. cit.*, em nota de rodapé da p. 139.

significado cuja função é apontar, através dos símbolos que representa para algo que é distinto do próprio texto²¹⁶.

E, neste contexto, Ross oferece uma solução baseada na teoria tradicional do método que está construída como uma doutrina dogmático-normativa que expressa como deve ser interpretado o direito, e pontua:

Esses postulados dogmáticos se desenvolvem de forma dedutiva a partir de ideias pré-concebidas sobre o conceito de direito, a natureza do direito e o papel da administração da justiça e são formulados como afirmações sobre o objetivo ou o propósito da interpretação²¹⁷.

Emerge desses postulados uma série de princípios gerais de interpretação ou regras de interpretação mais concretas que, em geral, são construções que carecem de valor para a compreensão do direito vigente ou para predizer decisões jurídicas futuras. Isso não aconteceria a menos que essas construções reflitam a respeito do método que os tribunais empregam na prática. Contudo, adverte que “[...] seu relativo valor de verdade é limitado porque tentam unir artificialmente, num *propósito único*, as diversas considerações que influem na interpretação”²¹⁸.

Portanto, segundo Ross, há uma relação entre a doutrina das fontes do direito e a teoria do método. A doutrina positivista do direito que reconhece que a validade de todo o direito deriva de uma vontade soberana encontra seu paralelo numa teoria do método que considera que a teoria da interpretação consiste em estabelecer a verdadeira vontade do legislador imanente em suas sanções exclusivamente por métodos lógicos e sem fazer referência a propósitos e valorações alheios ao texto da lei²¹⁹.

Desenvolvem-se *métodos lógicos de inferência* que se acredita tornar possível deduzir o significado da legislação além do que está expresso de forma direta. Esses métodos de inferência costumam ser desenvolvidos mediante a chamada construção de conceitos porque se acredita que os efeitos jurídicos possíveis são determinados por conceitos pressupostos pelo ordenamento jurídico. Assim, a decisão de um caso concreto seria obtida através da classificação em dos conceitos reconhecidos pelo

²¹⁶ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 139.

²¹⁷ *Idem*, p. 185.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 185.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 185-186.

ordenamento e a solução seria deduzida de acordo com os efeitos jurídicos contidos naquele conceito²²⁰.

Entretanto, contrariamente há as teorias do método da escola do direito livre correspondentes às teorias jurídicas idealistas, segundo as quais a validade do direito origina-se de ideias ou propósitos que são inerentes ao direito como a ideia de justiça, o princípio da solidariedade, da justiça social etc. A lei é considerada como uma tentativa mais ou menos frutífera de realizar essas ideias e a missão da interpretação é pensar plenamente a lei em harmonia com os princípios imanentes ao direito²²¹.

Tais teorias interpretativas do movimento do direito livre podem ostentar a marca jusnaturalista ou apresentar um caráter sociológico-histórico-psicológico. São comuns nas decisões judiciais considerações de propósito social e ponderação de interesses como diretrizes para uma interpretação livre²²².

Para Ross, as teorias do movimento do direito livre se acham mais próximas da verdade do que as teorias positivistas²²³, porque “[...] por trás da aparência dogmático-normativa há uma compreensão correta do fato de que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas”²²⁴.

Na visão de Ross, as teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz que é também motivado por exigências sociais e considerações sociológico-jurídicas. Chama de ilusão, a lógica imanente que as teorias positivistas se valem porque entende que

A razão jurídica imanente ou a própria regra de direito não pode ser separada do propósito prático que se situa fora dela, nem as consequências formais podem ser separadas de um ajuste valorativo de regras, em relação com os valores pressupostos²²⁵.

Desenvolvendo seu argumento, Ross faz uma distinção no âmbito da doutrina da interpretação em sentido estrito entre as teorias chamadas subjetiva e objetiva. Para a

²²⁰ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 186.

²²¹ *Idem*, p. 186.

²²² *Ibidem*, p. 186.

²²³ Entretanto, as teorias positivistas não negam que exista uma motivação no exercício da atividade interpretativa. Ao contrário, segundo tais teorias, inclusive no que já foi esboçado com Hans Kelsen, o ato de interpretar pressupõe um ato de vontade e, neste ponto, não se acredita que as teorias do direito livre aproximam-se mais da verdade do que as teorias positivistas.

²²⁴ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 186.

²²⁵ *Idem*, p. 187.

primeira teoria, o propósito da interpretação é desvendar a vontade do legislador e para a segunda, a lei é considerada como uma manifestação objetiva da mente e deve ser compreendida com base naquilo que dela emerge²²⁶.

Entretanto, segundo Ross, tal distinção é falsa porque as duas teorias distinguem-se pela importância atribuída à história da sanção da lei e além do mais “[...] esse problema não pode ser resolvido com base em ideias metafísicas concernentes a se a força obrigatória do direito emana da vontade ou da palavra”. Apesar de se analisar as vantagens e desvantagens de um ou outro ordenamento, no que diz respeito a um sistema jurídico vigente, trata-se de questão pontual saber se os tribunais seguem tradicionalmente um estilo de interpretação subjetiva ou objetiva²²⁷.

Ademais, o papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça, ao retificar as diretrizes da lei raramente manifesta-se. Comumente o juiz não admite que sua interpretação tenha esse caráter construtivo; procura demonstrar que chegou à sua decisão objetivamente e que esta é respaldada pelo significado da lei ou pela intenção do legislador. Em outras palavras, tenta convencer que “[...] a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador”²²⁸.

Nesse sentido, na linha de Ross,

Provavelmente não há razão para nos preocuparmos com relação a esse ficcionalismo na administração da justiça, quer o próprio juiz creia ou não que a fachada de argumentação expressa o que realmente motivou sua decisão. E sem uma profunda investigação de psicologia social, não ousaríamos sequer negar que é provável que essa ficção tenha, inclusive, efeitos socialmente benéficos²²⁹.

Nessa perspectiva, Ross adverte que se trata de um problema de natureza analítico-descritiva, em outras palavras, ao descrever como ocorre na prática a interpretação, disso decorre uma análise à luz de uma teoria geral do método que demonstre os fatores gerais que operam em toda administração da justiça e esboce uma tipologia geral a fim de caracterizar os diversos estilos de método e interpretação

²²⁶ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 187.

²²⁷ *Idem*, p. 187.

²²⁸ *Ibidem*, p. 182.

²²⁹ *Ibidem*, p. 185.

existentes. Inclusive, essa descrição e tipologia são requisitos essenciais para um exame político-jurídico racional do método²³⁰.

E conclui que é essencial ter clara a ideia de como se dá a atividade do juiz, quando se defronta com a tarefa de interpretar e aplicar a lei a um caso específico²³¹.

Assim, com base nas ideias de Ross, adota-se como ponto de partida, que a tarefa do juiz é um problema prático. O conhecimento dos fatos e o conteúdo dos textos normativos, certamente desempenharão um papel fundamental em sua decisão e, nessa medida, a administração da justiça se funda em processos cognoscitivos. Entretanto, isso não altera o fato de que, a administração da justiça, mesmo quando seu caminho é preparado por processos cognoscitivos, é, por sua própria natureza, uma decisão, um ato de vontade²³².

3.2 Como os magistrados deveriam decidir: uma perspectiva segundo Inocêncio Mártires Coelho²³³, Karl Larenz²³⁴ e Chaïm Perelman²³⁵

3.2.1 Inocêncio Mártires Coelho

Inocêncio Mártires Coelho permitiu embasamento, em torno da discussão hermenêutica de como os magistrados deveriam decidir, por dedicar-se a investigar as condições de possibilidade de um conhecimento jurídico que, sendo razoavelmente objetivo, seria capaz de legitimar a atividade hermenêutica em critérios aceitáveis. Como explicação prévia sobre o assunto, o autor revela que

Daí termos considerado válido utilizar como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica a *consciência jurídica geral* e o *devido processo legal (substantive due process/procedural)* porque à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito²³⁶.

²³⁰ ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 166.

²³¹ *Idem*, p. 166.

²³² *Ibidem*, p. 166.

²³³ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²³⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2. Ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

²³⁵ CHAÏM, Perelman. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

²³⁶ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 26.

Assim, quando se trata de interpretação constitucional, pode-se dizer que o verdadeiro legislador não é quem faz a lei, mas quem a interpreta em caráter definitivo. E essa afirmação é feita porque, segundo Inocêncio Mártires Coelho:

É de ciência comum que o tema da interpretação constitucional sempre suscitou as mais variadas controvérsias doutrinárias, tendo provocado discussões que vão desde as questões pertinentes à especificidade dessa interpretação, em face da hermenêutica jurídica geral, até as polêmicas sobre o caráter acentuadamente “político”, para não dizer até certo ponto “arbitrário”, com que é interpretada/aplicada a Constituição, sobretudo pelas cortes constitucionais, o que, tudo somado, parece indicar que a concretização dos enunciados constitucionais apresenta notas ou dificuldades adicionais, se comparada com os problemas enfrentados pelos operadores do direito quando da exegese dos preceitos infraconstitucionais²³⁷.

Não se propõe a enfrentar, o referido autor, as discussões que se travam no terreno da lingüística e assume a posição de que a interpretação de qualquer norma jurídica e, portanto, também da Constituição, trata-se de uma atividade intelectual, que tem, por finalidade, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações da vida, particulares e concretas²³⁸.

Ou então, de outra maneira, Luís Carlos Martins Alves Jr. acrescenta que o direito é arte de convencimento e chama de interpretação “[...] a atribuição de sentidos às circunstâncias fáticas e aos enunciados jurídico-normativos”. Mas, adverte que cada intérprete tem o seu direito, motivado, não raras vezes, por “circunstâncias específicas”, “interesses particulares” e “conveniências pessoais”²³⁹.

A propósito, neste sentido, Inocêncio Mártires Coelho menciona um grande problema da atividade interpretativa, quando se trata de jurisdição constitucional, já que o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, como também porque a atividade interpretativa se desenvolve, quase que exclusivamente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais que integram a parte dogmática das Constituições²⁴⁰.

²³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 27.

²³⁸ *Idem*, p. 47.

²³⁹ ALVES JR, Luís Carlos Martins. *Direitos constitucionais fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010, p. 75-78.

²⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 51.

Nessa perspectiva, a respeito da criação judicial do direito, “[...] ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um complemento do trabalho do legislador [...]”, que não seria capaz de prever na lei todas as possibilidades da complexa realidade social²⁴¹. Entretanto,

Em qualquer caso, porém, não se deve perder de vista que pertence às cortes constitucionais – e não aos seus críticos externos, por mais qualificados que eles se considerem – a *última palavra* sobre o que é ou não compatível com a Constituição, uma prerrogativa tão excepcional que nos impõe meditar, criticamente, sobre o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, para sabermos até que ponto e em que medida a forma de escolha dos seus juízes e a vitaliciedade dos mandatos não retarda as sempre necessárias reeleições da nossa Lei Fundamental²⁴².

Diante de tal constatação, a adequação das normas aos fatos, cujo trabalho é desenvolvido pelos intérpretes-aplicadores, apresenta-se como requisito indispensável à própria efetividade do direito que, só se mantém se estiver em sintonia com a realidade social. “Afim, se as normas jurídicas devessem *necessariamente* andar a reboque dos fatos sociais, seriam estes e não elas os verdadeiros conformadores das relações humanas²⁴³.”

Segundo Inocêncio Mártires Coelho, tudo isso evidencia o significado *exemplar* da hermenêutica jurídica, em cujo âmbito, permite, através da mediação dos intérpretes, que estes ampliem seu horizonte hermenêutico à medida que ocorre a fusão do seu próprio horizonte com o do texto. Por outro lado, no âmbito do direito, esse enriquecimento de perspectiva, à medida que aumenta a capacidade de análise e de persuasão, acentua-lhe, concomitantemente o dever de prestar contas da sua interpretação, que, para ser legítimo precisa ser racional, objetivo e controlável, pois é contrário ao Estado de Direito um julgamento despótico acima da lei e dos critérios de interpretação²⁴⁴.

Nessa linha, para Inocêncio Mártires Coelho, a fundamentação das decisões seria como um dever imposto aos magistrados,

Pela simples razão de que, à míngua de justificação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a

²⁴¹ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 56.

²⁴² *Idem*, p. 57.

²⁴³ *Ibidem*, p. 61.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 71-72.

ideia do direito enquanto instrumento de ordenação *justa e racional* da convivência humana. [...] Daí a importância – a rigor, a indispensabilidade – de que se revestem, nos países de tradição democrática, o princípio do *devido processo legal* e as chamadas *garantias judiciais*, como instrumentos de racionalização/otimização do debate processual e, conseqüentemente, de controle e legitimação dos seus resultados²⁴⁵.

Disso decorre imediatamente que, ao aplicador da lei, por maior que seja a sua liberdade de interpretação, não é dado atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos indo além do sentido literal que funciona como limite da interpretação²⁴⁶. Em linguagem kelseniana, dir-se-ia que, embora a atividade interpretativa não seja apenas um ato de conhecimento, mas um ato de vontade, ao intérprete-aplicador não é dado desconsiderar o marco normativo que lhe é imposto pela norma de nível superior, da qual se extrai a decisão para o caso concreto²⁴⁷.

Contudo, Inocêncio Mártires Coelho admite que os tribunais podem e devem mudar a direção ou posicionamento sempre que a realidade assim o exigir, mas adverte que, nesses casos deve haver uma fundamentação mais profunda. E acrescenta que, devido à rapidez com que se operam as transformações sociais, “[...] a escolha do caso ou do momento em que se deva atribuir novo significado a determinado texto de lei encerra, a rigor, uma decisão *discricionária* dos aplicadores do direito”²⁴⁸.

No mesmo sentido, chama a atenção para o fato de que,

Tratando-se, porém, de uma liberdade objetivamente *vinculada* à correção e à justiça da decisão – atributos de resto passíveis de avaliação e de controle externos -, não pode o intérprete, contraditoriamente, *partir* de resultados *preconcebidos* e, depois, para legitimá-los, valer-se de uma pseudoargumentação para *afeiçoar* a

²⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 74-75.

²⁴⁶ Luís Carlos Martins Alves Jr chama essa limitação do intérprete ao que está escrito no texto normativo de limitação semântica, que significa que o intérprete não pode falar o que não está escrito no texto, nem pode deixar de falar aquilo que efetivamente está escrito no texto. (ALVES JR, Luís Carlos Martins., *Op. cit.*, p. 79).

²⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 92. Nesse particular, faz referência à Súmula 400 do STF como exemplo de expressão do modo como se deve pensar o direito, pelo menos à luz da moderna hermenêutica filosófica, e afirma que “Noutros termos, quando a Súmula 400 enuncia que uma decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal (Constituição de 1946), o que está a dizer, em verdade, é que esse tribunal – antes, o STF; agora, o STJ -, se e quando se deparar com um recurso dessa natureza, poderá acolhê-lo ou dele nem sequer tomar conhecimento, sob o argumento de que, na espécie, a instância inferior, entre várias interpretações igualmente possíveis, escolheu uma que, não só ela, mas também as instâncias superiores, voluntariamente, poderiam adotar num juízo de mera aceitabilidade e não de perfectibilidade” (*Idem*, p. 93).

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 95-96.

norma aos seus preconceitos, porque se agir dessa maneira, tal *inversão* do itinerário do raciocínio acabará desqualificando o seu trabalho e comprometendo a *avaliação dos resultados* como critério de controle da interpretação²⁴⁹.

Seguindo a linha de Inocêncio Mártires Coelho, adota-se uma perspectiva integradora da atividade hermenêutica que decorre da ausência de hierarquia entre os diversos procedimentos interpretativos. E, portanto, não por acaso, perdeu sentido, então, a velha disputa entre os chamados “métodos” de interpretação do direito, os quais devem ser utilizados conjuntamente devido à complexidade do trabalho hermenêutico²⁵⁰.

Com relação à Constituição enquanto objeto, segundo o referido autor, esta determina a escolha de método próprio para o seu conhecimento, método esse que, à medida que vai sendo manejado pelo intérprete, vai “criando” seus objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito, “[...] cuja consistência há de ser controlada submetendo-se os seus resultados a um critério de verdade baseado na justiça da decisão, em cada caso concreto”²⁵¹. Assim,

Reconhecida, afinal, a especificidade da matéria constitucional – ainda que restrita á parte *dogmática* das constituições -, torna-se evidente que a interpretação dita *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é antes de tudo uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a ideia *retrospectiva* de interpretação pela ideia *prospectiva* de concretização²⁵².

Nessa perspectiva, com relação aos limites propriamente ditos da interpretação constitucional, não se trata de “[...] um problema próprio da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana”²⁵³.

Assim, com apoio na proposta de Inocêncio Mártires Coelho, acredita-se que, os magistrados deveriam decidir adotando como parâmetro de racionalização e despersonalização da atividade hermenêutica, a observância ao devido processo legal, em sentido amplo, e guardar conformidade com a consciência jurídica geral como

²⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 99.

²⁵⁰ *Idem*, p. 100.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 114.

²⁵² *Ibidem*, p. 189.

²⁵³ *Ibidem*, p. 171.

parâmetros de controle para evitar o “puro decisionismo”, o que permitirá, ao mesmo tempo, refrear os voluntarismos sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos²⁵⁴.

3.2.2 Karl Larenz

A aplicação das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade da prática hermenêutica, que não se pode desenvolver abstratamente, mas, sobretudo, trata-se de *balançar o olhar* entre a norma e o fato ou entre a possível interpretação e o seu resultado²⁵⁵.

Portanto, é graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos, cuja realização se funde à compreensão, à interpretação e à aplicação dos modelos jurídicos, que se põem em movimento o processo de ordenação jurídico-normativo da vida social já que é nesse exato momento que o juiz reduz a distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto²⁵⁶. Afinal,

O direito não é coisa, não é uma entidade que exista de uma vez por todas e que se possa pegar como se pega um objeto; pelo contrário, o seu sentido acontece continuamente. A justiça, a seu turno, não pode estar pré-constituída como se fosse uma coisa; antes vai sendo encontrada, pela mediação dos seus realizadores. Em suma, o elemento normativo – por sua própria natureza -, não se pode mostrar de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos; antes depende de compreensão. Nesse sentido – porque desprovido de imediatidade ou carente de mediação -, o próprio direito é, essencialmente, hermenêutica²⁵⁷.

Ademais, apesar de reconhecer a possibilidade de mudança de entendimento dos tribunais através da atividade interpretativa dos magistrados, Larenz chama a atenção para o fato de que,

Embora os tribunais não estejam presos a determinada interpretação, sempre que mudem ou pretendam mudar de orientação, estão obrigados a expor suas razões e estas têm que ser de tal ordem que possam sustentar a nova interpretação. A atividade interpretativa do juiz, tal como a da ciência, está subordinada à exigência de correção

²⁵⁴ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 189-190.

²⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. 2. Ed. Lisboa: Gulbenkian, 1969, p. 323.

²⁵⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 396-398.

²⁵⁷ *Idem*, p. 237.

dos seus resultados, entendendo-se correção no sentido de razão suficiente de conhecimento. A correção deve ser lógico-formal e material, para que a atividade interpretativa seja considerada científica²⁵⁸.

Nesse sentido, no tocante à interpretação constitucional, Larenz posiciona-se no sentido de que o Tribunal Constitucional Federal alemão não está acima da Constituição, mas submetido a ela e é chamado à sua interpretação e, nos limites da liberdade da decisão judicial, ao seu desenvolvimento. Mas ressalva que a arbitrariedade da escolha do método ou uma discricionariedade idêntica à do legislador não são conciliáveis com a sua postura jurídico-constitucional, de forma que o juiz deve ter em atenção, todos os critérios de interpretação, continuidade histórica, mudança nas relações, direitos fundamentais carecidos de preenchimento etc²⁵⁹.

E, nessa linha de raciocínio,

A aplicação correta do direito positivo, isto é, “conforme ao direito”, não só autoriza o juiz a desenvolvê-lo no sentido de continuar a formá-lo através da interpretação, como até mesmo obriga-o a isso, quando assim o exige a formulação de uma decisão justa. Faz parte das funções legítimas do juiz, a par da interpretação do direito a aplicar, a formulação integradora e – em determinados limites – corretora ou modificativa do direito. Atualmente, já não se questiona que é ínsita à atividade judicante a formulação não só “integradora”, mas também “modificadora” do direito, embora haja dúvidas sobre os limites dessa faculdade reconhecida a juízes e tribunais. Vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa²⁶⁰.

Assim, diante do reconhecimento dessa liberdade judicial, Larenz estabelece que um “critério de interpretação” seria a Conformidade à Constituição. Mas, adverte que “[...] até esse critério tem limitações, pois a interpretação conforme a Constituição se

²⁵⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 358-359.

²⁵⁹ *Idem*, p. 514. Mas, ressalta que constituem exceção as resoluções de princípio de grande alcance econômico, pois, se em tais casos não se alcançar um resultado seguro com os meios de interpretação em sentido estrito há, porventura, lugar para um desenvolvimento do direito transcendente à lei e, então o tribunal deveria ter certamente em conta as consequências de índole econômica e social. Assim, o Tribunal Constitucional resolve casos por meios normais de argumentação jurídica, mas quando envolve resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. E, assim, incumbe ao Tribunal Constitucional, “uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica estadual e da sua capacidade de funcionamento”. Desta forma, nestes casos, não se pode renunciar à ponderação das consequências e ainda afirma que, no que se refere à avaliação das consequências previsíveis, que esta avaliação só pode estar orientada à ideia de bem comum, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível (*Ibidem*, p. 516).

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 424.

quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei²⁶¹.”

Portanto, segundo Larenz, a interpretação, em conformidade com a Constituição, não contradiz os princípios da Constituição, e, sendo possível, segundo os demais critérios de interpretação, há de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. Assim, entre as várias interpretações possíveis sempre obtém preferência a que melhor concorde com os princípios da Constituição²⁶².

No mesmo sentido, se a interpretação mais antiga está em contradição com um princípio constitucional, há de verificar-se se é possível uma interpretação conforme a Constituição e, se o for, há de preferir-se esta, se não, há de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição²⁶³.

Entretanto, Larenz reconhece que não há como definir em que momento é que uma interpretação, originariamente legitimada, há de ceder à outra que se orienta pelas pautas atuais, mas que o que se pode dizer é que a interpretação é uma atividade criadora do espírito, tendo o intérprete, uma margem de livre apreciação, dentro da qual, são plausíveis diferentes resoluções, mas ao contrário do que se pode pensar, se exige do intérprete, que tenha em conta os diferentes critérios de interpretação e que fundamente as razões porque considera algum critério como determinante. E só quando tiver o intérprete esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado, pode o juiz encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade. Mas, neste caso deve explicar a valoração que fez²⁶⁴.

O juiz que interpreta uma lei o faz em vista a um caso concreto, que tem de resolver, sendo que esta aspiração é legítima porque tendo a lei possibilidades de soluções que satisfaçam a justiça, o juiz busca uma resolução justa do caso, que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes. E, mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral²⁶⁵.

²⁶¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 480-481.

²⁶² *Idem*, p. 480-481.

²⁶³ *Ibidem*, p. 488-489.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 489.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 491-492.

E, nesse sentido, a aspiração a uma justiça de caso é, portanto, um fator legítimo, no processo de decisão judicial, conquanto não induza o juiz a manipular a lei, de acordo com as suas convicções. Mas, atualmente, tem-se uma situação complicada, quando, por um lado, há a perda de autoridade do legislador atual, que só raras vezes se ocupa do tempo necessário e faz o esforço de tornar a examinar, cuidadosamente, as suas formulações, e não raro omite, em absoluto, uma regulação, quando esta pode e deve ser esperada da parte dele; por outro, há o juiz que sorteia o Direito estatuído, para substituir as pautas legais pela sua ideia pessoal de justiça²⁶⁶.

Por todas essas razões, de acordo com Larenz, é possível que uma interpretação que parecia originalmente como conforme à Constituição deixe de o ser, quando, então, deve-se escolher a interpretação, que seja agora como a única, conforme a Constituição. Mas, por outro lado, como à Constituição cabe uma elevada função de estabilização, existindo limites à sua modificação, por via de uma interpretação nova, deve-se ter uma especial atenção na aceitação de uma mudança de significado, ainda mais quando for relativa a um preceito constitucional, fundamental para a organização do Estado Democrático de Direito, ou da ordem de valores, que se há de expressar nos direitos fundamentais²⁶⁷.

Assim, com apoio nas ideias de Larenz, acredita-se que deve haver critérios para a atividade interpretativa dos magistrados e que a interpretação conforme a Constituição apresenta-se como um desses critérios de como os magistrados deveriam decidir. Mas que, além deste e de outros critérios que possam existir, é imprescindível o respeito aos precedentes que, no final é o que realmente irá conferir segurança e legitimidade à decisão.

3.2.3 *Chaim Perelman*

A pedra de toque do pensamento perelmaniano é que a decisão deve ser convincente, sobretudo para a parte derrotada e para a opinião pública. Mesmo diante das dificuldades apresentadas pela lei, o juiz vê-se na obrigação de julgar e o que garante uma argumentação convincente é a motivação que irá justificar a decisão tomada. E, nesse sentido, esclarece que é essa justificação que ocorre no raciocínio

²⁶⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 493-494.

²⁶⁷ *Idem*, p. 499.

jurídico que se preocupa em examinar, pois será ela a garantia às partes de que a decisão não foi arbitrária²⁶⁸.

De acordo com Perelman, a decisão há de ter uma lógica; uma coerência interna e, para ele a lógica jurídica é material e não formal²⁶⁹. Por isso mesmo é que, pensar em um estudo sobre lógica jurídica no sentido próprio do termo, não existe, pois vai depender muito da reflexão do intérprete. Sobretudo, porque, é na *motivação dos tribunais* que se encontram as melhores amostras da lógica jurídica²⁷⁰.

No entanto, antes mesmo de estudar o que vem a ser especificamente a lógica jurídica, é indispensável que preliminarmente seja realizada uma reflexão a respeito da evolução do direito, porque “A lógica jurídica é ligada à ideia que fazemos do direito e se lhe adapta”²⁷¹. Também,

O esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão²⁷².

Perelman é um dos opositores a Kelsen, porque para ele, a solução mais justa é aquela mais convincente. Em contrapartida, para Kelsen não existe decisão correta ou justa, o que se tem é uma decisão válida e possível em harmonia com o ordenamento jurídico; o trabalho da ciência é demonstrar todas as decisões possíveis. Por essa razão Perelman afirma que

Em uma sociedade democrática, é impossível manter a visão positivista do direito, segundo a qual este seria apenas a expressão arbitrária da vontade do soberano. Pois o direito, para funcionar eficazmente, deve ser aceito e não só imposto por coação. [...] Se os juízes devem dizer o direito, e isso em conformidade com a vontade da nação, é um preconceito pensar que as leis que exprimem tal vontade devam ser sempre interpretadas de acordo com a vontade do legislador que as votou, seja qual for a evolução dos costumes e das técnicas acontecida entretantes. Para evitar qualquer arbitrariedade na matéria, deve-se presumir que o legislador atual tem a mesma vontade que o legislador do passado. Mas, quando existirem boas razões para acreditar que o legislador atual não pode partilhar as opiniões do legislador antigo, e isto será tanto mais provável quanto as circunstâncias em que a lei foi votada tiverem sido mais ou menos profundamente alteradas, o juiz, procurando conformar-se à vontade

²⁶⁸ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, 222.

²⁶⁹ *Idem*, p. 4.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 29.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 7.

²⁷² *Ibidem*, p. 13.

da nação, há de conformar-se, em última análise, à vontade presumida do legislador atual²⁷³.

A base do pensamento de Perelman é que se deve sempre buscar a interpretação mais razoável, a melhor solução, e, nesse sentido, opõe-se à escola da exegese, ao afirmar que

Se é verdade que os juízes devem fazer o direito, este direito, no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, a *Lei*, expressão da vontade nacional. Segundo esta concepção o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme a lei, sem ter de preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades²⁷⁴.

Desse modo, pode-se dizer, com apoio em Perelman, que qualquer reação contra o positivismo, baseada em argumentos, é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, uma vez que, mesmo com diversos argumentos à disposição, nenhum sistema indicará no caso concreto a qual argumento ou método de raciocínio deve recorrer. Afinal de contas,

O respeito pelos precedentes e a busca de uma solução garantida pela dogmática jurídica guiam as partes: o desejo de não decepcioná-los constitui um obstáculo de porte a qualquer mudança jurisprudencial ou doutrinal, até mesmo legislativa. Mas esse obstáculo, como a doutrina nos ensina, não é intransponível, pois novas leis são votadas e promulgadas, a jurisprudência e a doutrina mudam, embora de modo progressivo e raramente revolucionário. É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo. O direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social²⁷⁵.

Para Perelman, a preocupação com a verdade da decisão não deve ser o foco, e, sim, o seu valor. Diferentemente dos positivistas, que consideram verdadeira a decisão que estiver em conformidade com o ordenamento jurídico, independentemente se é justa ou injusta. Para eles, não há preocupação com valor.

²⁷³ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, p. 242.

²⁷⁴ *Idem*, p. 53-54.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 115-116.

Essa perspectiva adentra na questão das diferenças entre o pensamento jurídico e filosófico porque, quando há uma adesão simultânea a diversos valores, ou diversas regras, o direito deve se posicionar; a filosofia não. A filosofia apenas faz indagações e, cabe ao direito, fornecer as respostas e solucionar os problemas. Afinal, “[...] aquele que argumenta e procura exercer com seu discurso uma influência sobre seu auditório não pode evitar fazer escolhas²⁷⁶”. E, nesse sentido, acrescenta o mesmo autor que

A superioridade do pensamento jurídico sobre o pensamento filosófico está em que, ao contrário deste que pode contentar-se com fórmulas gerais e abstratas, o direito é obrigado a considerar a solução das dificuldades que surgem quando se trata de aplicar essas fórmulas gerais à solução de problemas particulares²⁷⁷.

Entretanto, ao diferenciar a filosofia e o direito, Perelman tenta justificar a objetivação que o direito almeja através dos argumentos da filosofia; tenta unir os dois argumentos e criar a sua nova retórica, mas no final, é o direito que vai decidir. Mesmo porque, no direito, é essencial que os litígios terminem num lapso de tempo razoável para que se alcance a “paz judiciária”. E, portanto, na linha de Perelman, pode-se dizer que caberá ao Supremo Tribunal Federal se posicionar e subordinar um valor a outro, e esta será a decisão mais justa²⁷⁸.

Nessa perspectiva, a respeito da lógica jurídica e da argumentação, ressalta o fato de que o raciocínio judiciário tem por objetivo justificar a solução proferida em uma controvérsia, na qual argumentações em diversos sentidos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos tentam fazer valer um valor ou um compromisso entre valores que sejam aceitos naquele determinado meio²⁷⁹.

E, portanto, segundo Perelman, quando o juiz quer, ele consegue, através da interpretação, conformar a lei à realidade. Apesar de enaltecer as técnicas na busca da justiça, entende o referido autor que a ficção jurisprudencial que altera a lei em busca da justiça vai de encontro à verdade, pois leva à falsa qualificação dos fatos uma vez que a lei não é feita e aplicada só pelo e para os bons; ao contrário, é para limitar os maus²⁸⁰.

²⁷⁶ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, p. 165.

²⁷⁷ *Idem*, p. 163.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 167.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 183.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 193-200.

Portanto, de acordo com Perelman deve prevalecer o espírito da lei e a vontade do legislador atual e não a do legislador histórico que criou a lei e, se prevalecer a vontade do legislador histórico, o atual pode criar uma lei interpretativa. E, nesse sentido, acrescenta que

É por essa razão que sugiro que o juiz, tendo de procurar na interpretação da lei, a vontade do legislador, deveria entendê-la como sendo não a do legislador que votou a lei, principalmente se se trata de uma lei antiga, mas a do legislador atual²⁸¹.

Diante de tantos impasses, Perelman elege a motivação como um dos alicerces da lógica jurídica, já que o raciocínio jurídico manifesta-se, na maioria dos casos, no processo judiciário. E completa que “De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora frequentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível²⁸².”

No entanto, Perelman alerta para o fato de que,

Os resultados da análise da motivação serão diferentes conforme a ideia que se tiver do direito e do papel do juiz em relação ao legislador. [...] Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. [...] Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos²⁸³.

Ainda sobre a questão da motivação, ressalta que o juiz, ao redigir uma decisão nunca deve exprimir uma opinião estritamente pessoal, é necessário que esta decisão seja adequada ao direito em vigor e, que, portanto, “[...] as coletâneas de jurisprudência fornecem o melhor material para o estudo da lógica jurídica. De fato, os tribunais, e não os teóricos, é que são encarregados de dizer o direito, motivando suas decisões²⁸⁴”.

Contudo, segundo Perelman, na concepção atual do direito, a lei já não constitui todo o direito, é apenas seu principal instrumento a nortear o trabalho do juiz de solucionar os casos da vida da forma mais razoável e aceitável. Portanto, além de ser

²⁸¹ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, p. 206.

²⁸² *Idem*, p. 209.

²⁸³ *Ibidem*, p. 210.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 221.

conforme ao direito, a decisão precisa ainda ser aceitável por aqueles que a examinarão²⁸⁵.

Assim, o juiz, ao proferir uma decisão, busca uma adesão que deve convencer a pelo menos três auditórios diferentes: às partes, aos profissionais do direito e ainda à opinião pública. Assim, a lógica jurídica está na adesão e não na ideia de verdade; está na coerência com o ordenamento como um todo²⁸⁶.

Nesse sentido, ao decidir, o juiz deve convencer a parte perdedora de que aquela seria a melhor solução. Ademais, para Perelman,

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna e socialmente útil²⁸⁷.

Portanto, na visão perelmaniana,

De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É esta justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária²⁸⁸.

Neste contexto, ao diferenciar a lógica jurídica da lógica formal, Perelman entende que a lógica formal tem o papel de tornar qualquer conclusão solidária com as premissas; a lógica jurídica por sua vez, tem o papel de demonstrar a aceitabilidade dessas premissas. E, portanto, especialmente a lógica judiciária, apresenta-se, não como uma lógica formal, mas como uma argumentação que se dará conforme os legisladores e juízes entendem sua missão e de qual ideia eles têm sobre o direito e seu funcionamento na sociedade²⁸⁹.

Sobretudo, porque essa busca por uma solução convincente, e ao mesmo tempo razoável e conforme ao direito, tem colocado o Poder Judiciário diante do Poder Legislativo com uma tarefa não só jurídica, mas também política, a de harmonizar a

²⁸⁵ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, p. 221-222.

²⁸⁶ *Idem*, p. 238.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 216.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 222.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 183.

ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes sobre o que é justo, em determinado meio social²⁹⁰. E, nesse sentido, acrescenta:

O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conforme ao que lhe parece justo e razoável²⁹¹.

Assim, com apoio nas ideias de Perelman, para serem legítimas, as decisões devem convencer àqueles a quem tenham a pretensão de obrigar. E nesse ponto, os magistrados deveriam decidir, considerando a exigência de motivação, que se impõe como condição de legitimidade e eficácia da sua atividade hermenêutica, cujo resultado deve buscar a adesão dos diferentes auditórios que se apresentam.

3.3 A norma constitucional: regras, princípios e postulados

*3.3.1 Ronald Dworkin*²⁹²

O modelo proposto por Dworkin visa construir uma teoria que busque justificar o exercício do poder coercitivo do Estado, assentada em uma perspectiva de legitimidade diversa das concepções convencionalistas e pragmáticas do direito. Estuda a prática da decisão judicial, ou seja, a forma como os juízes interpretam e decidem os casos a eles submetidos, se voltando, assim, à análise sobre a esfera específica de aplicação. Nessa perspectiva,

O direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política. [...] a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política²⁹³.

A defesa do convencionalismo do direito, como fruto de determinadas convenções estabelecidas no passado, pelas instituições, é rechaçada por Dworkin, pois tal posicionamento enseja a prática jurídica como aquela que se aplica às convenções

²⁹⁰ CHAÏM, Perelman., *Op. cit.*, p. 116.

²⁹¹ *Idem*, p. 238.

²⁹² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁹³ *Idem*, p. 141.

(leis, precedentes etc.), o que gera decisões à maneira do tudo ou nada, ou se aplica ou não se aplica²⁹⁴.

Isso porque, como ficariam os casos em que não há solução nas convenções, os denominados *hard cases*, que surgem, exatamente, quando não há uma convenção prevista para sua solução, ou quando há divergência a respeito da interpretação e aplicação de qual convenção é a pertinente?

A solução, que o convencionalismo estrito propõe para os *hard cases*, é vista por Dworkin como inadmissível, porque autoriza a discricionariedade do ato de julgamento, à medida que “[...] afirma que os juízes são liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos”²⁹⁵.

Dworkin se coloca também contrário ao pragmatismo, criticando estas duas correntes da seguinte forma: se para o convencionalista a convenção é a fonte exclusiva do direito, para o pragmático esta só é fonte jurídica se voltada para a consecução de uma melhor comunidade no futuro²⁹⁶. Além disso,

[...] o pragmático adota uma atitude cética diante do pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual²⁹⁷.

O resultado dessa postura é a completa indeterminação do Direito, transformado em mero instrumento, para a realização de uma promessa de felicidade, e aplicável, pelos juízes, apenas na medida em que otimizem esse objetivo²⁹⁸.

Dworkin propõe uma doutrina que reconstrua racionalmente o direito, oferecendo uma visão coerente de sua estrutura, à luz de uma concepção principiológica e fraternal de comunidade política. O ponto central é a ideia de integridade que se baseia

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 142.

²⁹⁵ *Idem*, p. 158.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 181.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 185.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 185.195

nos pressupostos de que a comunidade política está fundada nos princípios de convivência em comum e, que o Direito se faz a partir da reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tais princípios²⁹⁹.

Uma verdadeira sociedade política existe a partir do reconhecimento de determinados princípios em comum, atinentes a concepções compartilhadas de justiça, equidade e do devido processo legal; princípios esses, vetores da política e do Direito³⁰⁰.

A sociedade, conjuntamente com seus integrantes, é responsável pelo desenrolar da vida em comum e das instituições, inspirada pelo escopo da fraternidade. Ou seja, a integridade resulta da própria estrutura da convivência política. Em verdade, Estado, Direito e Constituição constituem-se, mantêm-se e legitimam-se a partir desta ideia de integridade³⁰¹. A integridade, portanto,

[...] promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania³⁰².

Constata-se à luz de Dworkin, que há um rompimento com o positivismo, ao se abandonar de vez o fetichismo legal, afirmando-se que o Direito não se reduz a regras estritas, mas se compõe também de princípios hauridos deste modo de ser próprio da comunidade política³⁰³. Ou seja, prevalece “[...] a promessa de que o direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios”³⁰⁴.

Desta feita, a função do operador do Direito é encontrar, dentre as fontes normativas, que regem os casos analisados, a estrutura correta em que se conjugam regras e princípios jurídicos, para fazê-los conexos com o que disciplina o modelo ideal de comunidade política descrito e, com isso, realizar a justiça no caso³⁰⁵.

Com efeito, “[...] o princípio de integridade no julgamento pede, aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo

²⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 202.

³⁰⁰ *Idem*, p. 204.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 228.

³⁰² *Ibidem*, p. 230.

³⁰³ *Ibidem*, p. 256-257.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 258.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 259-260.

coerente nesse sentido”. Isso explica “[...] por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder”. Assim, para que o juiz haja com a integridade e coerência deve “[...] considerar o Direito como um todo”³⁰⁶.

Dworkin distingue três padrões de orientação dos juízes no sistema jurídico: as regras, os princípios e as *policies*. As regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”³⁰⁷; são válidas ou inválidas, devendo ser tomadas como critério de solução para o caso ou afastadas. Nesse sentido, quando há um conflito entre duas regras, apenas uma será válida e decidirá o caso³⁰⁸.

Ao contrário das regras, os princípios possuem “[...] a dimensão do peso ou importância”³⁰⁹. Os princípios apontam em determinada direção, sem exigir uma decisão concreta³¹⁰. E, quando há colisão entre dois princípios, deve-se definir qual o mais importante para o caso, sendo ambos simultaneamente válidos. As *policies*, por sua vez, são definidas “[...] como um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado”³¹¹,

Assim, segundo Dworkin, os princípios jurídicos incidem na “[...] moralidade comunitária, que seria a moralidade política que as leis e as instituições da comunidade pressupõem”³¹². Portanto, pode-se dizer que, no modelo proposto por Dworkin, os princípios jurídicos têm origem em princípios da moralidade comunitária, mas devem passar por um tipo de teste de coerência constitucional, para que não se percam em meio aos conflitos da moralidade comunitária³¹³.

A partir destes pressupostos principiológicos, Dworkin afirma que o juiz Hércules, orientado por princípios, está apto a tomar a única decisão correta ou oferecer o melhor julgamento e, nesse sentido, esse modelo é capaz de superar qualquer discricionariedade nos chamados *hard cases*³¹⁴.

³⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 203.

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

³⁰⁸ *Idem*, p. 43.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 42.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 41.

³¹¹ *Ibidem*, p. 36.

³¹² *Ibidem*, p. 197.

³¹³ *Ibidem*, p. 197.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 429.

Sobre essas questões, Inocêncio Mártires Coelho entende que adotar o critério de Dworkin significa dizer que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica e que decorre dos respectivos modos de aplicação. Segundo ele, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar em uma dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas contraditórias ou mutuamente incompatíveis³¹⁵.

Como consequência, as regras ou valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem antinômicas ou reciprocamente excludentes, uma solução, que é lógica ou simples só nas aparências e não revela o intrincado *jogo consigo mesmo* que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submetidas à sua apreciação³¹⁶.

E, nesse sentido,

[...] como o direito, enquanto o ordenamento ou sistema não tolera antinomias ou contradições, ao longo dos séculos de aplicação das leis, a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, mas pelo menos aqueles conflitos simplesmente aparentes, já que as antinomias reais permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete³¹⁷.

Assim, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam motivos para que o aplicador se decida neste ou naquele sentido³¹⁸.

Portanto, enquanto em relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na consciência jurídica geral, o legislador, desde logo, e com exclusividade, define os respectivos suposto e disposição, ou seja, cada hipótese de incidência e sua respectiva consequência jurídica, no que respeita aos princípios jurídicos ele se abstém de fazer isso, ou, pelo menos, de fazê-lo sozinho e por inteiro.

³¹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*, p. 120.

³¹⁶ *Idem*, p. 121.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 121.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 123.

Prefere compartilhar essa tarefa com aqueles que irão aplicar esses princípios, porque sabe, de antemão, que é somente em face de situações concretas que essas espécies normativas logram atualizar-se e operar, como verdadeiros mandatos de otimização³¹⁹.

3.3.2 Robert Alexy

Segundo Alexy, na distinção entre regras e princípios, o ponto de distinção definitivo é que “[...] *princípios* são normas que ordenam algo que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes³²⁰, enquanto as regras,

[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau³²¹.

Com base nisso, Alexy critica o modelo do “tudo ou nada” porque entende que as exceções às regras não podem ser suscetíveis a enumerações taxativas. Explica o autor que, havendo um conflito entre regras, não sendo possível introduzir uma cláusula de exceção para eliminar a contradição, “[...] então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida”³²². Entretanto, tal constatação de tornar uma das regras inválidas “[...] nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma”³²³.

Portanto, independente do critério para a solução do conflito, que são diversos, inclusive a partir da importância de cada regra em conflito, “O fundamental é: a decisão é uma decisão de validade”³²⁴.

Os princípios, por sua vez, são definidos por Alexy como:

[...] mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas

³¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Op. cit.*, p. 124.

³²⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³²¹ *Idem*, p. 91.

³²² *Ibidem*, p. 92.

³²³ *Ibidem*, p. 93.

³²⁴ *Ibidem*, p. 93.

também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes³²⁵.

No caso de colisão entre princípios, segundo Alexy, a solução será completamente diversa daquela adotada para as regras. Não se fala em validade ou invalidade. A colisão entre princípios implica em determinar qual princípio tem maior peso no caso concreto, sem que isso torne o outro, que não foi aplicado naquele caso, inválido³²⁶. E conclui o autor:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência³²⁷.

Outra distinção importante feita por Alexy, sobre princípios e regras refere-se ao caráter *prima facie* de tais tipos de normas³²⁸. De acordo com Alexy, os princípios exigem a realização de algo na maior medida possível e dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios “[...] não contém um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”³²⁹. Portanto, os princípios “[...] não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas”³³⁰.

Diversamente, as regras dispõem de “[...] uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas” porque “[...] exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”³³¹. A propósito, Alexy alerta para o fato de que, no caso das regras, tais determinações até podem falhar “[...] diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”³³². E acrescenta o autor:

³²⁵ ALEXY, Robert., *Op. cit.*, p. 90.

³²⁶ *Idem*, p. 93.

³²⁷ *Ibidem*, p. 93-94.

³²⁸ *Ibidem*, p. 103.

³²⁹ *Ibidem*, p. 104.

³³⁰ *Ibidem*, p. 104.

³³¹ *Ibidem*, p. 104.

³³² *Ibidem*, p. 104.

Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. [...] As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. [...] Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*³³³.

Nestes termos, a proposta de Alexy quanto à distinção entre regras e princípios pode ser resumida: “Princípios são sempre *razões prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*”³³⁴. E conclui o autor:

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas³³⁵.

Quanto à estrutura das ideias de Alexy, Inocêncio Mártires Coelho, fazendo referência a Vital Moreira, descreve a respeito dos princípios:

[...] a sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e indeterminação dos seus enunciados, a comportarem leituras diversas, eles viabilizam acordo ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais³³⁶.

Assim, se diante de um problema concreto, os princípios entrarem em estado de tensão, a depender das circunstâncias do caso, “[...] o tribunal poderá levar a cabo um

³³³ ALEXY, Robert., *Op. cit.*, p. 105.

³³⁴ *Idem*, p. 106.

³³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires, *Op. cit.*, p. 108.

³³⁶ *Idem*, p. 126.

balanceamento diverso, atribuindo maior peso ao princípio que, na situação anterior, receber menor ponderação”³³⁷.

Por essa razão,

[...] a ideia de *mandato de otimização*, em vez de servir de fundamento para uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, antes representaria uma simples técnica de argumentação, utilizável não somente na aplicação dos princípios, mas também na concretização de todo e qualquer *standart* normativo³³⁸.

Dessa forma, reconhecida as antinomias de princípios, quando o intérprete se encontrar diante de uma colisão, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros, fará uma *ponderação* entre eles, optando por aquele que, na circunstância, lhe pareça mais adequado em termos de *otimização* de justiça³³⁹.

3.3.3 Humberto Ávila³⁴⁰

Humberto Ávila contribui com a definição e aplicação dos princípios e das regras sob uma perspectiva de fundamentos diversos daqueles comumente empregados. Para tanto, no desenvolvimento do seu argumento, critica a separação usual a respeito da distinção entre princípios e regras, de que as

[...] normas ou são princípios ou são regras, e que as regras. As regras não precisam nem podem ser objeto de ponderação; os princípios precisam e devem ser ponderados. As regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, ou deve ser aberta uma exceção a uma delas para superar o conflito. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso³⁴¹.

Com efeito, questiona o comportamento das espécies normativas, apenas como princípios ou regras; também da impossibilidade das regras serem objeto de ponderação; se estas sempre instituem obrigações peremptórias e, por fim, questiona se

³³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires, *Op. cit.*, p. 127.

³³⁸ *Idem*, p. 129.

³³⁹ *Ibidem*, p. 127.

³⁴⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

³⁴¹ *Idem*, p. 18.

o conflito entre regras só se resolve com a invalidade de uma delas ou com uma exceção a uma delas?³⁴²

Com base nisso, Humberto Ávila esclarece que almeja demonstrar com seu trabalho

[...] de um lado, que os princípios não apenas explicitam valores, mas, indiretamente, estabelecem espécies precisas de comportamentos; e de outro, que a instituição de condutas pelas regras também pode ser objeto de ponderação, embora o comportamento preliminarmente previsto dependa do preenchimento de algumas considerações para ser superado. Com isso, ultrapassa-se tanto a mera exaltação de valores sem a instituição de comportamentos, quanto à automática aplicação de regras. Propõe-se um modelo de explicação das espécies normativas que, ademais de inserir uma ponderação estruturada no processo de aplicação, ainda inclui critérios materiais de justiça na argumentação, mediante a reconstrução analítica do uso concreto dos postulados normativos, especialmente da razoabilidade e da proporcionalidade. Tudo isso sem abandonar a capacidade de controle intersubjetivo da argumentação, que, normalmente, descamba para um caprichoso decisionismo³⁴³.

Assim, um dispositivo não é princípio ou regra, por exclusão, mas apresenta “[...] alternativas inclusivas entre as espécies geradas, por vezes, de um mesmo e único dispositivo” e propõe uma nova categoria: dos *postulados normativos aplicativos*³⁴⁴.

Nessa linha, algumas distinções preliminares são necessárias para evidenciar que “[...] *normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”³⁴⁵. Portanto, ao tratar das noções de “descrição, construção e reconstrução”, elucida que “[...] a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”³⁴⁶.

Então, “[...] a questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais”³⁴⁷. A atividade do intérprete “[...] não

³⁴² AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 18.

³⁴³ *Idem*, p. 17-18.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 22.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

consiste meramente em descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados”³⁴⁸.

Todavia, tal constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete, não significa que não existe significado algum que antecede o processo de interpretação, porque, segundo ele, “[...] há traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”³⁴⁹.

Daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual³⁵⁰.

Evoluindo na construção da sua proposta, Humberto Ávila esboça o que denomina de “panorama da evolução da distinção entre princípios e regras”³⁵¹. Inicialmente destaca o critério do *caráter hipotético-condicional* que

[...] se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas no modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto³⁵².

Outro critério é o do *modo final de aplicação* “[...] que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*”³⁵³. Há, ainda, o critério do *relacionamento normativo*

[...] que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles³⁵⁴.

³⁴⁸ AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 24.

³⁴⁹ *Idem*, p. 24.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 25.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

³⁵² *Ibidem*, p. 30-31.

³⁵³ *Ibidem*, p. 31.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 31.

E, por fim, o critério do *fundamento axiológico* “[...] que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada”³⁵⁵. Reconhecidos tais critérios de distinção e a importância de todos, propõe é investigar modos de aperfeiçoá-los através de uma análise crítica³⁵⁶.

Neste passo, chama o critério do *caráter hipotético-condicional* de impreciso. Explica que, “[...] embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador, [...] essa distinção não fornece fundamentos que indicam o que significa esse *primeiro passo*”³⁵⁷.

Segundo Humberto Ávila “[...] mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio”³⁵⁸. Além disso,

[...] não é correto afirmar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem nem conseqüências normativas, nem hipóteses de incidência. [...] O ponto decisivo não é, pois, a ausência da prescrição de comportamentos e de conseqüências no caso dos princípios, mas o tipo da prescrição de comportamentos e de conseqüências, o que é algo diverso³⁵⁹.

Com relação ao critério do *modo final de aplicação*, este pode ser parcialmente reformulado, porque,

Inicialmente é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar. Com efeito, muitas vezes o caráter absoluto da regra é completamente modificado depois da consideração de todas as circunstâncias do caso³⁶⁰.

Afirmar que as regras são aplicadas ao modo do *tudo ou nada* “[...] só tem sentido se todas as questões relacionadas à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos já estiverem superadas”³⁶¹. Com efeito,

Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação das regras, pois também

³⁵⁵ AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 31.

³⁵⁶ *Idem*, p. 31.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 33.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 35.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 36.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 39.

elas precisam, para que sejam implementadas suas conseqüências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as conseqüências que serão implementadas³⁶².

E, nesse sentido, o ponto decisivo, seria o modo como as razões que impõem a implementação das conseqüências das regras como o suposto caráter absoluto delas pode ser validamente ultrapassado; e o modo como a consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras deverá ser validamente fundamentado, o que é algo diverso³⁶³.

Por fim, propõe aperfeiçoar o critério do *conflito normativo*, porque “[...] não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso”³⁶⁴. Portanto, a principal questão “[...] não é a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada”³⁶⁵.

A proposta de Humberto Ávila em essência é, portanto,

[...] propor a superação de um modelo dual de separação *regras/princípios*, baseado nos critérios da existência de hipótese e de modo de aplicação e fundado em alternativas exclusivas, ele também propõe a adoção de um modelo tripartite de dissociação *regras/princípios/postulados*, que, ademais de dissociar as regras dos princípios quanto ao dever que instituem à justificação que exigem e ao modo como contribuem para solucionar conflitos, acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, definidos como *instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo³⁶⁶.

Humberto Ávila apresenta um conceito de regras e um de princípios. Segundo ele:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da

³⁶² AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 39-40.

³⁶³ *Idem*, p. 42.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 55.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 62-63.

correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção³⁶⁷.

Assim, de acordo com tal conceito, os princípios são normas finalísticas, à medida que estabelecem um fim a ser atingido e, embora relacionados a valores, não se confundem com eles³⁶⁸.

Nessa perspectiva, examina-se não mais “[...] o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado”³⁶⁹. E, dessa forma, “[...] os postulados normativos situam-se num plano distinto daquele das normas cuja aplicação estruturam. [...] São, por isso, metanormas, ou normas de segundo grau”³⁷⁰. Assim,

Os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecessem a vinculação entre *elementos* e impõem determinada *relação* entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação³⁷¹.

Com efeito, então, os postulados não são nem princípio e nem regras. Diversamente dos princípios, os postulados não impõem a promoção de um fim, mas “[...] estruturam a aplicação do dever de promover um fim”. Não prescrevem comportamentos, mas “[...] modos de raciocínio e argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos”. Da mesma forma, não são regras que descrevem comportamentos devidos ou que atribuem poder, mas estruturam a aplicação de tais normas³⁷².

Os *postulados normativos aplicativos* podem ser *inespecíficos* (ou incondicionais) e *específicos* (ou condicionais)³⁷³. A ponderação é um dos postulados inespecíficos ou incondicionais, e “[...] consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”³⁷⁴.

³⁶⁷ AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 70.

³⁶⁸ *Idem*, p. 70 e 72.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 87-88.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 88.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 93.

³⁷² *Ibidem*, p. 89.

³⁷³ *Ibidem*, p. 93.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 94.

Outro postulado incondicional é o da concordância prática, que surge com a finalidade de direcionar a ponderação: “[...] o dever de realização máxima de valores que se imbricam”³⁷⁵. Por fim, o postulado da proibição do excesso funciona como um limite, à medida que “[...] proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental”³⁷⁶.

Como postulados específicos, estão a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. A igualdade estrutura a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles, embora também possa funcionar como regra, ao prever a proibição de tratamento discriminatório; ou como princípio, ao instituir um estado igualitário como fim a ser promovido³⁷⁷.

Humberto Ávila afirma que não há uniformidade nos Tribunais Superiores brasileiros na utilização dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade³⁷⁸.

Assim, o postulado da razoabilidade, comporta diversos sentidos e pode ser usada em vários contextos e com várias finalidades³⁷⁹. Entretanto, o autor destaca três acepções: a primeira como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades; a segunda como diretriz que exige uma relação das normas com o mundo exterior e, a terceira, como diretriz que exige uma relação de equivalência entre duas grandezas³⁸⁰.

Finalmente, o postulado da proporcionalidade, cuja aplicação e funcionamento têm suscitado vários problemas³⁸¹. Quanto à aplicabilidade, o problema reside na relação meio/fim que deve estar devidamente estruturada³⁸²; e no tocante aos fins internos e externos que diferencia o postulado da proporcionalidade com outros, como o da justa proporção, à medida que o primeiro exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁸³.

³⁷⁵ AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 96.

³⁷⁶ *Idem*, p. 97.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 101.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 102-103.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 102.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 103.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 112.

³⁸² *Ibidem*, p. 113.

³⁸³ *Ibidem*, p. 116.

Aplica-se o postulado da proporcionalidade em “[...] casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível”³⁸⁴. Portanto,

Um meio é adequado quando promove minimamente o fim [...]; é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados [...] e, um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais [...]³⁸⁵.

Assim, a proposta de Humberto Ávila apresenta-se de maneira bastante clara e coerente, especialmente diante das diversas formas utilizadas pelos tribunais dos postulados, sobretudo da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.3.4 Marcelo Neves

À procura de outro modelo de diferença entre princípios e regras constitucionais, Marcelo Neves menciona que “[...] a relação paradoxal entre princípios e regras está associada intimamente ao paradoxo da justiça como uma ‘fórmula de contingência’ que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico”³⁸⁶.

Nessa perspectiva, a justiça teria duas dimensões: uma interna que se refere à tomada de decisão juridicamente consistente e outra externa que se refere à tomada de decisão adequadamente complexa à sociedade³⁸⁷.

Com efeito, “[...] a racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional”³⁸⁸. Isso porque, sem um sistema jurídico orientado primariamente na constituição e, conseqüentemente no princípio constitucional da legalidade, vale dizer, sem justiça constitucional interna, não se pode falar em racionalidade jurídica em uma sociedade complexa. Isso implica dizer que, de um lado, sem que se possa contar com uma solução juridicamente consistente, o direito perde a sua racionalidade³⁸⁹.

Por outro lado, “[...] a justiça social como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito”. Trata-se de questão difícil porque no direito há diversas pretensões de autonomia sistêmica em conflito. Por exemplo, uma adequação

³⁸⁴ AVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 131.

³⁸⁵ *Idem*, p. 131.

³⁸⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 223.

³⁸⁷ *Idem*, p. 223-224.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 224.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 224.

econômica do direito pode ter impactos negativos na educação. Além dos valores e perspectivas morais presentes na sociedade³⁹⁰.

Portanto, a adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar uma resposta adequada às pretensões específicas de conteúdos particulares; devem legitimar os procedimentos constitucionalmente estabelecidos e servir para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles cuja pretensão tenha sido rejeitada³⁹¹. Assim,

Nestes termos, a justiça constitui um paradoxo. Toda fórmula de contingência motiva a ação e comunicação, enquanto é uma experiência com algo que falta [...] implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas³⁹².

Entretanto, por ser solucionado nos casos concretos, esse paradoxo nunca será superado completamente, já que é condição da própria existência do direito, como fórmula de contingência, a superação do paradoxo da justiça implicaria o fim do direito como sistema social autônomo á medida que levaria à utopia da plena realização da justiça. “O juiz Iolau enfrenta o paradoxo da justiça, procurando ‘superá-lo’ em cada caso constitucional controverso, embora não tenha a pretensão hercúlea de eliminá-lo definitivamente”³⁹³.

Dentro da argumentação jurídica, as regras constitucionais relacionam-se com conceitos jurídicos e com a argumentação formal, enquanto os princípios processam interesses e outras variáveis sociais, estando, assim, vinculados à argumentação que chama de substantiva. É necessário um equilíbrio entre os princípios e regras constitucionais a fim de assegurar a consistência jurídico-conceitual e a adequação social do direito; apesar de reconhecer que esse equilíbrio é sempre instável e contingente, pois implica a abertura para outras possibilidades em casos futuros. Busca, na verdade, fixar critérios definitórios para reduzir o “valor surpresa” de futuras decisões³⁹⁴.

³⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 224.

³⁹¹ *Idem*, p. 224-225.

³⁹² *Ibidem*, p. 226.

³⁹³ *Ibidem*, p. 226.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 227.

Segundo Marcelo Neves não se sedimenta uma jurisprudência capaz de construir precedentes orientadores de futuros julgamentos e, relacionado a esse problema, há ainda uma clareza deficiente no fundamento das decisões que faz com que, não raras às vezes chegue-se aos mesmos resultados com argumentos diferentes³⁹⁵. Com isso, um acórdão final torna-se inconsistente à medida que, mesmo com a maioria ou a unanimidade decidindo no sentido da parte dispositiva, alguns argumentos são até incompatíveis.

Uma reflexão teórica e doutrinária adequada desse problema pode favorecer o apontamento de falhas e apontar alternativas, contribuindo para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de uma prática judicial mais consistente e adequada em matéria constitucional³⁹⁶.

Para Marcelo Neves, não é possível supor que o juiz Iolau seria mais um ideal regulativo porque, pensando nos limites paradoxais da justiça como fórmula de contingência, o juiz Iolau confronta-se com uma “experiência do impossível”³⁹⁷ à medida que seria uma “experiência com o improvável”³⁹⁸.

No final, como uma regra não tem como prever todas as situações da vida e, nesse sentido, os princípios, diferentemente, não estão vinculados, como as regras, a uma situação de fato; o que vai dizer ou definir se um enunciado será regra ou princípio é a segurança jurídica e a leitura do intérprete que utiliza o princípio e formula a regra de decisão. E, portanto, nesse sentido, parece correto aceitar que a relação paradoxal existente entre princípios e regras está realmente associada ao paradoxo da justiça como uma ‘fórmula de contingência’ à medida que motiva a ação e a comunicação no âmbito jurídico, como propõe Marcelo Neves.

3.4 Considerações parciais

Acredita-se (e espera-se) que a leitura dos conceitos e ideias dos autores citados, aqui relatados, possa acrescentar suporte aos critérios que pautam a atividade interpretativa dos magistrados, quando se faz imperativo que se valham dos

³⁹⁵ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 199.

³⁹⁶ *Idem*, p. 201-202.

³⁹⁷ “A justiça é uma experiência do impossível” (DERRIDA, Jacques. *O fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.30).

³⁹⁸ NEVES, Marcelo. *Op. cit.*, p. 227-228.

fundamentos da hermenêutica jurídica e da interpretação constitucional. Além do mais, esta leitura é uma descrição/relato do que já é, constitucionalmente, exigido: o dever de fundamentação das decisões.

Somente assim, pode-se afirmar que, porque foi produzida nas bases do devido processo legal, em sentido amplo, uma decisão judicial estaria revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento. Na linguagem jurídico-processual, equivale a dizer que o resultado a que se chegou por meio do discurso racional não admite ação rescisória. Pode-se afirmar que a sentença assim produzida, por ter observado o devido processo legal, poderá converter-se em acórdão, transitar em julgado e pragmaticamente, ser aceita como verdade³⁹⁹.

Nessa perspectiva, Larenz sugere como critério, a interpretação conforme a Constituição; aquela que impõe limites ao intérprete, à medida que este não pode, a pretexto de salvar a lei, substituir-se ao legislador - e dizer além da lei - porque isso não é ser conforme a Constituição; mas violá-la.

Assim, a importância da hermenêutica é determinar a decisão a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos adequados, à luz de circunstâncias fáticas, em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica e legitimidade do juízo.

A aplicação das normas apresenta-se como um grande dilema, à medida que o intérprete encontra à sua disposição regras, princípios e postulados, além de diversas técnicas, conceitos e teorias de aplicação. Por essa razão, abordar a temática das regras, princípios e postulados representa estudar a prática da decisão judicial e a forma como os juízes interpretam e decidem os casos concretos, a partir da análise da esfera específica de aplicação.

³⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires., *Op. cit.*, p. 79.

4 O PROCESSO E O JULGAMENTO DA ADI 4.167: ESTUDO ANATÔMICO

Neste capítulo será feita uma análise do processo e julgamento da ADI 4.167⁴⁰⁰, reconstruindo os argumentos manejados pelos ministros, requerentes, requeridos, bem como pelos *amici curiae*⁴⁰¹, verificando a coerência interpretativa das manifestações. As conseqüências políticas e normativas descritas ao final visam inaugurar discussão a respeito do cumprimento efetivo da Lei do Piso pelos Estados, ou não, e das decorrências normativas a partir de então⁴⁰².

4.1 O processo da ADI 4167

4.1.1 A petição inicial

Nas razões da inicial, os requerentes basicamente afirmaram que o alcance dos instrumentos escolhidos pela União eram desproporcionais e não tinham amparo orçamentário⁴⁰³. Em resumo, consideraram inconstitucionais as regras contidas na Lei n. 11.738/08 concernentes à composição da jornada de trabalho dos profissionais da educação básica (§§1º e 4º, do art. 2º)⁴⁰⁴; retroação do valor estabelecido como piso

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator ministro Joaquim Barbosa. Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outros. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Julgamento em 627.4.2011. Diário de Justiça de 24.8.2011.

⁴⁰¹ Quanto às manifestações dos *amici curiae*, serão descritas apenas as manifestações da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação- CNTE e da Confederação Nacional dos Trabalhadores em estabelecimentos de ensino – CONTEE, por terem participado mais ativamente das discussões que envolveram a Lei do Piso desde a sua aprovação.

⁴⁰² Atualmente, os valores dos pisos salariais dos professores praticados pelos Estados, são diversos, mesmo porque não há um consenso entre o MEC e a CNTE quanto aos cálculos para se chegar a um valor.

⁴⁰³ “Acredita-se, no entanto, que a Lei 11.738, de 16 de julho de 2008, editada com o propósito de regulamentar, conforme informado em sua ementa, o mencionado piso salarial, extrapolou. Realmente, pois além de fixar um piso salarial, dispôs sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais e impôs aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios regras desproporcionais, por implicarem despesas exageradas e sem amparo orçamentário.” (p. 03 da PI).

⁴⁰⁴ “Art.2º [...]

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

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

salarial; a transformação deste em vencimento básico (art. 3º)⁴⁰⁵ e a eficácia imediata da jornada de trabalho⁴⁰⁶ disposta nos §§1º e 4º do art.2º (art. 8º).⁴⁰⁷

Contudo, deixaram claro que não se insurgiam contra a estipulação e fixação de um piso salarial para os profissionais da educação básica pública; desejavam apenas que se respeitasse a ordem constitucional e que a legislação cumprisse seu objetivo de regular única e exclusivamente o piso salarial. Concordaram com a necessidade de a Federação adotar um piso salarial para os profissionais da educação básica pública.

Nesse sentido, consideraram inconstitucionais os dispositivos legais presentes nos §§1º e 4º, do art. 2º, do art. 3º, *caput*, e incisos II e III, e, por fim, o art. 8º da Lei n. 11.738/08⁴⁰⁸, que constituem objeto da ação direta em questão.⁴⁰⁹

Segundo entenderam, constitucionalmente, o sistema de ensino é desenhado com uma estrutura de cooperação e por um processo de aproximação dos serviços de ensino do Poder Local, com as respectivas responsabilidades e sem qualquer hierarquia entre os sistemas de ensino dos entes federados⁴¹⁰. Neste sentido, fizeram menção à Lei n.

⁴⁰⁵ “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”

⁴⁰⁶ Fls.02-03 da Petição.

⁴⁰⁷ “Art.8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

⁴⁰⁸“Art.2º [...]

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

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

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

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

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

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

⁴⁰⁹ Fls.03 da Petição inicial.

⁴¹⁰ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. §1º A União organizará o sistema federal de ensino e dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. [...] §4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório”.

9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) a fim de reforçar essa coordenação dos entes autônomos quanto à promoção do ensino⁴¹¹ e a desconformidade da norma atacada.⁴¹²

Outro argumento dos requerentes foi da violação à proibição de excesso legislativo em virtude dos resultados da restrição à jornada docente e da entrada imediata em vigor da lei, devido ao ônus financeiro decorrente dessas alterações impostas pelos §§ 1º e 4º do art. 2º e art. 8º da Lei.⁴¹³

Valeram-se do princípio da proporcionalidade que impõe que a norma, para ser considerada constitucional, deve ser adequada, necessária e aprovada no juízo de proporcionalidade em sentido estrito. De modo que, as exigências da lei, no tocante aos dispositivos atacados, distanciaram-se do seu fundamento de validade ao versarem sobre jornada de trabalho de servidores estaduais e municipais, matéria estranha ao estabelecimento do piso salarial, o que revela a ausência de proporcionalidade da norma.⁴¹⁴

Além do mais, frisaram os requerentes que a validade e eficácia da lei implicará na contratação de milhares de novos docentes gerando um aumento dos custos estimado em milhões de reais anuais, o que poderá implicar na violação ao art. 169, *caput* da Constituição Federal⁴¹⁵ e à Lei de Responsabilidade Fiscal⁴¹⁶. Sem contar com o impacto pedagógico, já que a lei, entrando em vigor desde 17 de julho de 2008, obrigará

⁴¹¹“Art.25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento. Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo. [...]”

Art.67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: [...] V- período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho”.

⁴¹² Fls.09 da Petição.

⁴¹³ “Art.2º [...]”

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

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

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

⁴¹⁴ Fls.10 da Petição.

⁴¹⁵“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”

⁴¹⁶ “Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I- União: 50% (cinquenta por cento); II- Estados: 60% (sessenta por cento)”.

a introdução de novos docentes que fatalmente não estarão engajados com as diretrizes do sistema de ensino nem com os discentes.

O disposto no art. 3º, II e III da Lei⁴¹⁷ também implicará na violação ao disposto no §1º, do art. 169⁴¹⁸, da Constituição Federal quanto à incidência do piso salarial estipulado porque acarretará dificuldades de ordem jurídica e financeira à medida que ensejará a criação de um passivo financeiro inesperado para as unidades federadas. Por fim, houve um pedido de medida cautelar⁴¹⁹ com eficácia retroativa da medida com fundamento na Lei 9868/99.⁴²⁰

Todos esses dispositivos, segundo os requerentes, encontram-se eivados de inconstitucionalidade, porque põem em risco a autonomia⁴²¹ e o desenvolvimento do sistema de ensino de Estados, Distrito Federal e Municípios.

4.1.2 *Manifestação da Procuradoria-Geral da República*

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela constitucionalidade da Lei n. 11.738/2008, mantendo o mesmo entendimento anteriormente exarado no ano de

⁴¹⁷“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, 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”.

⁴¹⁸“Art.169. [...]”

§1º. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I- se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II- se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista”.

⁴¹⁹ Art.10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias. [...]

§3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

⁴²⁰ Fls.11-16 da Petição.

⁴²¹ Sobre a autonomia dos Estados, na obra de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, encontra-se a seguinte passagem, que resume a problemática atual: “É característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União, mas traduza um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas, a um direito previsto na Constituição Federal.” (MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *Op. cit.*, p. 754).

2008 em sede de cautelar no sentido de que a Lei referida seria decorrência da determinação da Emenda Constitucional n. 53/2006 que previa a definição de um piso salarial por lei federal.⁴²²

Rechaçando os argumentos de descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, destacaram trechos dos debates travados no julgamento da ação⁴²³ a fim de demonstrar e concordar que inexistente esse descumprimento, visto que a referida lei traz regras que excepcionam os pagamentos devidos em razão de decisão judicial.⁴²⁴

⁴²² Onde deixou estampado o seguinte: 48. Tenha-se em vista ainda que a fixação de piso salarial nacional para os profissionais do magistério público não constitui acontecimento imprevisto, porquanto o texto constitucional anunciava a definição do piso por lei federal desde dezembro de 2006, quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 53, de modo que os entes federados deveriam estar preparados, desde então, para cumprir as determinações legais de âmbito nacional que surgiriam como decorrência natural dos comandos inseridos no texto da Constituição da República. 49. Não é razoável que, agora, passados quase dois anos da exigência constitucional de definição do piso salarial nacional para os profissionais de educação, e alguns meses da Lei 11.738/2008, que a regulamentou, venham os requerentes alegar ausência de dotação orçamentária ou de autorização específica nas respectivas leis de diretrizes orçamentárias, como se tivessem sido surpreendidos com a edição da lei federal. 50. Por esses motivos, não merecem acolhida as alegações no sentido da existência de *periculum in mora* para a concessão de medida cautelar, mesmo em relação ao argumento da necessidade de contratação de novos professores como decorrência do disposto no §4º do art.2º da Lei 11.738/2009. 51. É de salientar, por fim, que, por força do art.60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na redação dada pela Emenda 53/2006, a União está obrigada a complementar, nos limites definidos nesses dispositivos, a integralização do montante do piso salarial nos casos em que os entes federados não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado, o que suplanta argumentos no sentido da insuficiência financeira em determinados cofres públicos para o cumprimento da lei. (fls.80-81). (fls.12-13 da Petição)

⁴²³ O Relator assim se manifestou: “[...] essas considerações de ordem orçamentária, embora mencionadas no meu voto e discutidas aqui – eu creio que elas caem melhor no seu foro apropriado, que é o Congresso Nacional – elas foram objeto já de uma concertação lá no Congresso Nacional. Não houve muita divergência sobre essa lei. As divergências que houve se deram muito mais aqui nos bastidores. Eu lembro à Corte que tão logo a ação foi ajuizada aqui, houve – digamos assim – uma pequena revoada de governadores ao meu gabinete para tentar me convencer pela inconstitucionalidade da lei. [...]. O que me sensibiliza muito mais nessa questão – e isso o ministro Celso de Mello frisou bem no seu voto – é outra questão que está envolvida aqui, é a questão da igualdade, da desigualdade intrínseca que está desenvolvida aqui. Eu sou capaz de afirmar, com pouco medo de errar, que neste grande território nacional, nesta grande federação brasileira, eu duvido que não haja um grande número de estados em que haja um grande número de categorias de servidores públicos, que não esta categoria objeto dessa lei, que tenha rendimentos de pelo menos dez, doze vezes, senão quinze vezes mais do que este piso salarial que é concedido. [...] E, para essas categorias, jamais essas considerações orçamentárias são levadas em conta. Jamais. (fl.1.298).”

⁴²⁴ “Art.19. Para os fins do disposto no *caput* do art.169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento). §1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: [...] IV – decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art.18 [art.18 [...] § 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência]; [...] §2º Observado o disposto no inciso IV do §1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20. [...] Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. Parágrafo único. Se a despesa

E, finalmente, o parecer da Procuradoria-Geral da República fez menção a duas retificações que não foram objeto de embargos e que poderiam ser operadas de ofício pela Corte. A primeira que chamou de “meras inexatidões materiais” e propunha a retificação da ementa a respeito da solicitação feita pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Educação – CNTE⁴²⁵ na substituição da expressão “ensino médio” por “educação básica”. A segunda, por sua vez, tratava da retificação pontual da proclamação do resultado do julgamento que diz que a ação foi julgada totalmente improcedente⁴²⁶. No entanto, pela leitura de todos os votos proferidos no julgamento, todos os Ministros assentaram, quanto aos referidos dispositivos, pela perda de objeto da ação, conforme, aliás, consta da ementa do relator.⁴²⁷

4.1.3 Manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU)⁴²⁸

Em linhas gerais, a AGU opinou pela constitucionalidade da Lei n. 11.738, de 2008 e, quando da concessão da medida cautelar já havia manifestado que estava ausente a comprovação de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*” por entender que

[...] a concessão da medida, neste caso, ocasionaria certo prejuízo de ordem social, pois o que se almeja é a melhoria qualitativa do ensino público, com a fixação do piso salarial para os profissionais da educação escolar pública⁴²⁹.

Para contrariar os argumentos dos autores da ação, a Consultoria da União embasou-se nas informações prestadas pela Consultoria Jurídica do Ministério da

total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art.20 que houver incorrido no excesso: I – concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;”.

⁴²⁵ Fls. 1.349-1442.

⁴²⁶ Inclusive em relação aos artigos 3º e 8º da Lei 11.738/2008 - conforme extratos de ata de fls. 1.319-1.320 e 1.346-1.347, e conclusão do acórdão de fls. 1.349-1.350.

⁴²⁷ Fls.20-21 da Petição.

⁴²⁸ Em 24.11.2008, a AGU encaminhou ao Presidente do STF informações para instruir o julgamento da ADI nº 4167 com base nas INFORMAÇÕES Nº AGU/CC-05/2009 aprovadas por despacho pelo Consultor-Geral da União. E, da mesma forma, baseando-se nas razões das INFORMAÇÕES Nº AGU/CC-09/2008, a Consultora da União opinou pela decretação da improcedência dos pedidos formulados na inicial, e, por conseguinte, pela declaração da constitucionalidade dos dispositivos impugnados da Lei nº 11.738 de 16 de julho de 2008.

⁴²⁹ Fls.06 item 18 da Petição.

Educação⁴³⁰ que elucida diversas questões à medida que estabelece conceitos e parâmetros para entender a atividade dos profissionais da educação.⁴³¹

O posicionamento da AGU seguiu as diretrizes do Ministério da Educação e foi no sentido de que a Lei n. 11.738/2008 é medida concretizadora do direito fundamental à educação, pois à medida que estabeleceu o piso nacional para os profissionais da educação acabou por concretizar todos os compromissos constitucionais que apontam para a universalização do acesso à educação e equalização da qualidade do ensino oferecido em todas as unidades federativas.⁴³²

⁴³⁰ Parecer nº 1.254/2008

⁴³¹ Fls.07-28 da Petição: O primeiro conceito estabelecido na petição de informação prestada pelo Ministério da Educação é o de piso salarial, e, ao mesmo tempo explica o porquê da composição estabelecida no conceito, à medida que a carreira do magistério possui algumas peculiaridades e, portanto, a fixação do valor deve estar necessariamente atrelada a uma jornada de trabalho condizente que abranja a preparação e avaliação do trabalho didático que deve ser de 40 horas semanais. (fls.07 da Petição) A questão da formação e valorização dos profissionais da educação é urgente e reclama resposta nacional. Trata-se de demanda histórica que remete a um compromisso firmado em 1994, no Pacto Nacional pela Valorização do Magistério e Qualidade da Educação, entre o Ministério da Educação, o Conselho Nacional de Secretários de Educação (CONSED), a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (UNDIME), a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e outros atores sociais. Integra um dos principais pontos do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), lançado pelo Ministério da Educação. (fls.08 da Petição). Outro conceito importante é o do PDE como “[...] um conjunto de programas que visa dar consequência às metas quantitativas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE), Lei nº 10.172, de 9.1.2001. Está sustentado em pilares que são desdobramentos de princípios e objetivos constitucionais”. Nesse sentido, o PDE promove o desdobramento de iniciativas como a distinção dada aos profissionais da educação, única categoria profissional com piso salarial nacional constitucionalmente assegurado, e o comprometimento definitivo e determinante da União com a formação de professores para os sistemas públicos de educação básica (a Universidade Aberta do Brasil – UAB e o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Docência – PIBID). (fls.08-09 da Petição) Ademais, não há como se falar na construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” fundada na plena cidadania almejada pelo art.3º da Constituição Federal, sem que a educação básica exerça um papel fundamental. É através dela que o Estado concederá ao indivíduo as condições mínimas para que este possa vir a participar ativamente da vida social enquanto cidadão e a buscar sua inserção no mundo do trabalho. (fls.09 da Petição) Não por outra razão, a Constituição Federal de 1988 insere a educação no rol dos direitos sociais constantes do art.6º e apregoa em seu art.205 de forma expressa que o referido serviço público configura dever do Estado e tem por objetivos precípuos o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Entretanto, para que tais compromissos constitucionais possam vir a ser alcançados, faz-se imprescindível a atuação do Poder Público no sentido de universalizar a educação básica, assegurando à totalidade dos cidadãos brasileiros, igual acesso à instrução de qualidade, conforme consta dos artigos 206, I, V, VII e VIII, 211, §1º e 214, II, III, da Carta Magna. (fls.09-10 da Petição) Assim, buscando essa uniformidade em todas as unidades federadas, conclui-se que o legislador, ao determinar a criação de uma lei federal para se estabelecer um piso nacional para os profissionais da educação, acaba por reconhecer que para que se tenha um ensino de qualidade, primeiro deve ser alcançada a valorização dos profissionais do magistério, tanto na fixação de remunerações mais condizentes, quanto em melhores condições de trabalho dentro e fora da sala de aula; além de meios de capacitação e aperfeiçoamento. (fls.12 da Petição)

⁴³² Fls.12-26 da Petição.

Ratifica o parecer que, em verdade, o estabelecimento nacional de um piso salarial aos profissionais da educação⁴³³ significa tão somente o atendimento dos mandamentos constitucionais, bem como aqueles presentes no Plano Nacional de Educação. Parte-se, enfim, do pressuposto de que a melhoria qualitativa do ensino está diretamente vinculada à valorização do profissional da educação. E, nesse sentido, todos os argumentos alegados de inconstitucionalidade por invasão da autonomia dos Estados-membros não procedem por se tratar de medida imprescindível para a concretização do que a Constituição Federal propõe.⁴³⁴

Entendeu a AGU que mesmo a alegação de impacto significativo na folha de pessoal não procede porque existe o custeio de recursos tributários mínimos destinados à educação previstos no art.212 da CF⁴³⁵, bem como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB criado para cada Estado⁴³⁶. E, não obstante todas essas normas de complementação há ainda no art. 4º da Lei n. 11.738/2008⁴³⁷ previsão de que a União deverá assegurar o repasse de recursos adicionais às unidades federadas que comprovarem indisponibilidade de recursos para arcar com os valores referentes ao piso nacional do profissional da educação básica.⁴³⁸

⁴³³ O art.2º da Lei nº 11.738/2008, em seu §1º estabelece que “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.”

⁴³⁴ Fls.12-26 da Petição.

⁴³⁵“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.”

⁴³⁶ “O FUNDEB, portanto, constitui mecanismo de cooperação entre os entes federados, e o piso salarial nacional do magistério integraria sua sistemática cooperativa.” (item 52 das informações nº AGU/CC-09/2008).

⁴³⁷“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.”

⁴³⁸ Fls.12-26 da Petição.

No tocante ao argumento de fixação de carga horária mínima para a realização de atividades extraclasse, da mesma forma, o entendimento foi de que o legislador tentou resguardar a uniformização para evitar discrepâncias entre as unidades federadas.

E, por fim, com relação à alegação de que a Lei atacada⁴³⁹ estabeleceu regra retroativa, o posicionamento é de que o piso salarial, bem como as regras estabelecidas para jornada de trabalho serão implementadas de maneira gradual e não de maneira imediata como alegam os autores, conforme se depreende da própria Lei no seu artigo 3º, II e III. Portanto, também não existe violação ao art. 169 da CF⁴⁴⁰.

4.1.4 Informações prestadas pelo Senado Federal⁴⁴¹

Embasados nos pareceres das Comissões⁴⁴², concluíram que a Lei n. 11.738/2008 estabeleceu o piso salarial nacional dos profissionais da educação pública básica sem destoar dos dispositivos constitucionais alegados pelos requerentes.

⁴³⁹ Lei n. 11.738/2008.

⁴⁴⁰ Fls.12-26 da Petição.

⁴⁴¹ As informações foram retiradas da petição informativa encaminhada ao Supremo Tribunal Federal pela Advocacia do Senado Federal, ratificadas por informações buscadas no site do Senado dos relatórios das Comissões quando da tramitação no Poder Legislativo. O Projeto de Lei n.º 7.431, de 2006, do Senador Cristovam Buarque, que autoriza o Poder Executivo a instituir o Piso Salarial Profissional dos Educadores Públicos, na forma prevista nos artigos 206, V, e 212 da Constituição Federal. Apenso a este, tramita o Projeto de Lei n.º 619, de 2007, do Poder Executivo, que regulamenta o art. 60, inciso III, alínea “e” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. O Projeto de Lei n.º 7.431, de 2006 e seu apenso, tramitam sob regime de prioridade, já tendo sido analisados pela Comissão de Educação e Cultura – CEC e pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público – CTASP. Neste momento, as propostas são submetidas à análise desta Comissão de Finanças e Tributação – CFT, para que, posteriormente, sejam encaminhados à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJR. Na CEC, o Projeto de Lei n.º 7.431, de 2006, não recebeu emendas no prazo regimental e, o Projeto de Lei n.º 619, de 2007, recebeu cento e quatorze emendas. Com o fim de subsidiar a análise, foram realizadas três audiências públicas em Brasília e outras treze em distintos Estados brasileiros. Em 3 de outubro de 2007, após cerca de sete meses de trabalho no âmbito daquela Comissão, as propostas foram aprimoradas e aprovadas na forma de um Substitutivo. O Substitutivo da CEC fixou o piso salarial em R\$ 950,00 mensais para uma jornada de, no máximo, quarenta horas semanais. Esse valor, nos termos do Substitutivo, seria alcançado gradativamente ao longo do triênio 2008-2010. Além disso, a proposta da CEC estabeleceu que a União complementar a integralização do piso salarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração da totalidade dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tiver disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado. Na CTASP, foram apresentadas, durante o prazo regimental, oito emendas ao PL n.º 7.431/2006. Destas, a primeira foi aprovada em conjunto com outras quatro emendas apresentadas pela Relatoria em 7 de novembro de 2007. Das alterações promovidas pela CTASP, cabe especial destaque para a emenda que estende a aposentados e pensionistas as disposições relativas ao piso salarial – emenda de Relator n.º 4/2007. Neste momento, a proposta encontra-se nesta CFT para exame de adequação orçamentária e financeira. Esgotado o prazo regimental nesta Comissão, não foram apresentadas emendas ao PL n.º 7.431/2006.

⁴⁴² Na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, foram apresentadas apenas 8 (oito) emendas. Na ocasião, a relatora Deputada Andréa Zito acatou parcialmente a emenda de nº 01, do Deputado Sandro Mabel, rejeitando as demais.

Na Comissão de Finanças e Tributação não foram apresentadas emendas. O Relator, Deputado Manoel Junior apresentou duas emendas no que se refere à adequação orçamentária e financeira, restringindo-se a análise do PL n.º 7.431/2006, bem como de seu apenso e de seu Substitutivo, ao impacto orçamentário-financeiro, para a União, da complementação a que se refere o art. 4.º do Substitutivo da CEC. O Relator apresentou a emenda saneadora nº 2 de 2008, com o objetivo de garantir que as despesas resultantes da implantação da proposição em debate se limitem, no âmbito da União, ao disposto no art. 60, inciso VI, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, *in verbis*: “VI – até 10% (dez por cento) da complementação da União prevista no inciso V do caput deste artigo poderá ser distribuída para os Fundos por meio de programas direcionados para a melhoria da qualidade da educação, na forma da lei a que se refere o inciso III do caput deste artigo”. O Parecer do Relator Deputado Manoel Junior conclui pela compatibilidade e adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 7.431, de 2006, do PL nº 619, de 2007, apensado, nos termos do Substitutivo aprovado pela CEC, e das emendas n. 1, 2, 3 e 5 aprovadas pela CTASP, com emendas, e pela inadequação financeira e orçamentária da emenda nº 4/2007 aprovada na CTASP.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a proposta recebeu três (3) emendas:- Emenda aditiva do Deputado Arnaldo Faria de Sá, com a seguinte redação: *Acréscense-se novo artigo, após o artigo 6.º, renumerando-se os demais com a seguinte redação: “ Art. 7.º - O disposto nesta lei aplica-se, no que couber, aos aposentados e pensionistas, respeitados os direitos adquiridos constitucionalmente”*. - Emenda do Deputado Régis de Oliveira, com a seguinte redação: *Dê-se ao artigo 2º, parágrafo 2º do Substitutivo em epígrafe a seguinte redação: Art.2º. § 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, bem como aqueles profissionais egressos por aposentadoria dos cargos ou funções em que desempenharam as atividades aqui referidas, nas unidades escolares de educação básica.* - Emenda do Deputado Mauro Benevides, com a seguinte redação: *Altere-se a redação do § 1º do art. 1º, do Projeto de Lei nº 7.431/2006, que passa a ter a seguinte redação: “Art. 1º. § 1º O piso previsto neste artigo será estabelecido por nível de formação dos profissionais da educação, e sua aplicação requer regularidade do instrumento contratual firmado entre o contratante e o contratado e a comprovação da habilitação do contratado, em nível médio ou superior, obtida em instituição de ensino, credenciada junto ao órgão de educação competente, mediante apresentação do respectivo certificado de conclusão do curso requerido para o exercício do correspondente cargo ou função, estendendo os benefícios aos profissionais de educação pública, aposentados, pensionistas e inativos. (NR).* Conforme determina o art. 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, cumpre à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pronunciar-se acerca da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa do Projeto de Lei nº 7.431, de 2006 e das emendas apresentados. E, nesse sentido, a comissão opinou que foram obedecidos os requisitos constitucionais relativos à competência legislativa da União (art. 22, XXIV e art. 24, IX, CF) e às atribuições do Congresso Nacional (art. 48, *caput*, CF). No tocante à constitucionalidade, observou-se que a proposição e as emendas estão de acordo com os dispositivos constitucionais, portanto declararam a constitucionalidade das emendas apresentadas nas Comissões de Educação e Cultura, Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, Comissão de Finanças e Tributação. Apenas do ponto de vista da juridicidade e da técnica legislativa, dado que a paridade entre inativos e ativos é garantida constitucionalmente para aqueles que já haviam ingressado no serviço público à data da Emenda Constitucional, entendeu desprezível acatar as emendas propostas, até para evitar conflitos interpretativos entre a legislação ordinária e a Constituição. Quanto à técnica legislativa e a redação empregadas entenderam adequadas, conformando-se perfeitamente às normas estabelecidas pela Lei Complementar nº 95, de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 2001. Por fim, o voto do relator foi no sentido da constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 7.431, de 2006, do PL nº 619, de 2007, apensado, nos termos do Substitutivo aprovado pela CEC, rejeitadas as emendas apresentada, bem como pela manutenção do texto do substitutivo aprovado na Comissão de Educação e Cultura, com as correções pelo Relator na Comissão de Finanças e Tributação. Posteriormente, a Comissão de Constituição e Justiça fez uma reunião ordinária e, por unanimidade manteve o voto do relator.

Inicialmente foi feito um esboço histórico⁴⁴³, além de ressaltar que, desde a proposição até a aprovação da Lei, foi necessário um esforço conjunto entre os Poderes Executivo e Legislativo⁴⁴⁴ por entenderem a necessidade e urgência da fixação de um piso salarial nacional para os profissionais da educação básica e, então, proclamaram a constitucionalidade da Lei n. 11.738, de 16 de julho de 2008⁴⁴⁵. Entenderam que a fixação de um piso salarial já imperava a necessidade de determinação de uma jornada máxima de trabalho sob pena de se anular a eficácia da fixação daquele e que tal determinação segue os parâmetros constitucionais.⁴⁴⁶

Outro argumento contrariado foi a respeito da integralização do piso que seria feita de forma progressiva e proporcional, não se falando em retroatividade da lei uma vez que a União, Estados e Municípios tiveram todo o restante do ano de 2008 para a

⁴⁴³ Que desde 1989 foram nove tentativas de criação de um piso salarial nacionalmente unificado para os professores, todas com seus projetos arquivados. Criou-se através de emenda o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB - (A Lei nº 11.494/07 que regulamentou o FUNDEB conceitua os profissionais do magistério, conforme estabelece o art. 22, inciso II, e dispõe que são considerados docentes, profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência, incluindo-se direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica). Mas, ainda havia o problema da impossibilidade de estabelecimento do piso por meio de projeto de lei de iniciativa parlamentar e, conseguiu-se que o Presidente da República apresentasse proposição no mesmo sentido e, em uma reunião de esforços, Câmara e Senado Federal votaram e aprovaram o texto posteriormente transformado na Lei Ordinária 11.738/2008 - (Apresentado em 2004, pelo Senador Cristovam Buarque, o projeto de lei regulamentando o art.60, inciso III, alínea “e”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instruir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica (PLS 59/2004), foi aprovado pelo Senado em agosto de 2006. Ainda nesse mês, a proposição seguiu para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o número de PL 7.431/2006. Em abril de 2007, o Poder Executivo remeteu à Câmara dos Deputados o PL 619/2007, com o mesmo objetivo. Por decisão da Mesa Diretora daquela Casa, datada de 2/5/2007, o PL 619/2007 foi apensado ao PL 7.431/2006. Em 3/10/2007 os projetos foram aprovados pela Comissão de Educação e Cultura, em parecer que foi amplamente negociado com todos os seguimentos envolvidos (profissionais da educação e dirigentes municipais, estaduais e federais de educação). O texto resultante da negociação também foi aprovado por unanimidade na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, em 7/11/2007, na Comissão de Finanças e Tributação, em 19/3/2008, e na Comissão de Constituição, Justiça e Redação, em 1/7/2008, em decisão terminativa. Devolvido ao Senado Federal em 1/7/2008, o texto da Câmara dos Deputados foi aprovado por unanimidade nas Comissão de Educação, Cultura e Esporte e Constituição, Justiça e Cidadania em 2/7/2008. Nessa mesma data, a proposição foi aprovada por unanimidade no Plenário do Senado Federal e remetida à sanção presidencial. Em 16/7/2008, o texto aprovado nas duas Casas do Congresso Nacional foi transformado na Lei Ordinária 11.738/2008 (DOU 17/7/2008). – Informações elaboradas pela Advocacia do Senado – p.2 nota de rodapé.) (fls. 01 e 2 da Petição).

⁴⁴⁴ Isso porque o Projeto de Lei nº 7.431, de 2006, de autoria do senador Cristovam Buarque, que autoriza o Poder Executivo a instituir o Piso Salarial Profissional dos Educadores Públicos, na forma prevista nos artigos 206, V, e 212 da Constituição Federal tramitou em regime de prioridade apenso ao Projeto de Lei nº 619, de 2007, de autoria do Poder Executivo, que regulamenta o art. 60, inciso III, alínea “e” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

⁴⁴⁵ Lei editada por força da alínea “e” do inciso III do *caput* do art.60 do ADCT e nos termos do art.24, IX da CF.

⁴⁴⁶ Fls.03 da Petição.

elaboração das modificações na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Orçamento do ano seguinte.⁴⁴⁷

Baseando-se nos relatórios das Comissões competentes⁴⁴⁸, entendeu-se que os Estados não teriam problemas para cumprir o piso ora proposto, razão pela qual não haveria necessidade de complementação de seus orçamentos por parte da União. No tocante à rede municipal, a média salarial é inferior ao piso em onze Estados brasileiros, quais sejam Alagoas, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Tocantins. Somente em oito Estados, quais sejam Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe, a média salarial da rede municipal de educação básica supera em 20% o piso salarial ora examinado.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ Fls.04 da Petição.

⁴⁴⁸ Além da preocupação esboçada na sessão da Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal - (Na Comissão de Educação e Cultura, ao chegar para análise de mérito, sujeitos à apreciação conclusiva, conforme o artigo 24, II, do Regimento Interno, o Projeto de Lei nº 7.431, de 2006, não recebeu emendas no prazo regimental e, o Projeto de Lei nº 619, de 2007, recebeu 114 (cento e quatorze) emendas. A título de subsidiar a análise do mérito foram realizadas 3 (três) audiências públicas pela Comissão de Educação e Cultura. A primeira, em 26 de abril de 2007, com a presença do Secretário de Assuntos Educacionais da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE, do Coordenador Geral da Campanha Nacional pelo Direito à Educação e, do Secretário Geral da CNTE. A segunda, aconteceu em 08 de maio de 2007, com a presença do Presidente da Confederação Nacional dos Municípios, do Secretário Geral da Associação Brasileira de Municípios – ABM, e, do Presidente da Frente Nacional de Prefeitos – FNP. Já, em 09 de maio de 2007, foi realizada a terceira e última audiência pública, com a participação do Vice-Presidente da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação – UNDIME/Região Nordeste e da Secretária de Educação do Distrito Federal e Vice-Presidente do Conselho Nacional de Secretários de Educação – CONSED. A Comissão de Educação e Cultura, além dessas três audiências realizadas em Brasília, por intermédio do seu relator, participou de outras treze audiências realizadas em treze estados brasileiros, no período de 18 de maio de 2007 a 18 de junho de 2007. Por conclusão, após todo esse desenvolvimento processual gerenciado pela Comissão de Educação e Cultura, por aproximadamente sete meses, em 03 de outubro de 2007, foi aprovado o Substitutivo final da Comissão.), a Comissão de Finanças e Tributação, através de voto do seu relator esclareceu que, nos termos do Regimento Interno, cabe à Comissão de Finanças e Tributação avaliar as proposições quanto à sua adequação orçamentária e financeira. Assim, a análise da comissão deve restringir-se às disposições que representam aumento ou diminuição da receita ou da despesa pública da União. Nesses termos, analisar a adequação do PL n.º 7.431/2006, bem como de seu apenso e de seu Substitutivo, é avaliar o impacto orçamentário-financeiro, para a UNIÃO, da complementação a que se refere o art. 4.º do Substitutivo da PEC. (fls.14 do relatório da Comissão de Educação e Cultura). Para subsidiar tal análise, recorreu-se a informações divulgadas pelo Ministério da Educação e Cultura, por meio de Nota Técnica do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, sobre a evolução dos salários dos professores da educação básica na rede pública de ensino. A partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para o ano de 2006, é possível concluir que, em todos os Estados brasileiros, a média salarial na rede estadual do ensino básico supera os R\$ 950,00 mensais. Somente em quatro Estados brasileiros (Alagoas, Espírito Santo, Paraíba e Pernambuco), essa média supera em menos de 20% o piso proposto. (fls.14 do relatório da Comissão de Educação e Cultura).

⁴⁴⁹ Fls.03 do relatório da Comissão de Finanças e Tributação.

Segundo entendimento, em um primeiro momento, portanto, seria plausível a hipótese de que a complementação dos orçamentos municipais representaria significativo impacto orçamentário e financeiro para a União. No entanto, deve-se atentar para a exata redação do art. 4º da lei⁴⁵⁰ que trata da complementação. Sabe-se que, nos termos da Emenda Constitucional n. 53/2006, uma proporção não inferior a 60% dos recursos do FUNDEB será destinada ao pagamento dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício.⁴⁵¹

Uma vez que quase todas as Municípios brasileiras têm mantido essa proporção pouco acima de 60%, infere-se que há espaço suficiente, a partir da consideração da totalidade dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, para que os orçamentos municipais se ajustem à nova realidade antes de se tornar necessário, nos termos da proposta em comento e de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo, recorrer a recursos federais para a integralização do piso salarial.⁴⁵²

Quanto ao valor a ser fixado, como piso, ponderaram que se tratava de uma questão complexa, que envolvia vários aspectos porque, entre as profissões, o magistério público está entre as ocupações profissionais que recebem os menores rendimentos médios do país. Essa é uma das conclusões do estudo “Estatísticas dos Professores no Brasil, produzido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, em 2003, a partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001”.⁴⁵³

Sobre o valor do piso há que se pesar as condicionantes financeiras apresentadas pelos gestores estaduais e municipais nas audiências públicas realizadas na Câmara dos Deputados e em diferentes unidades da federação, bem como em reuniões técnicas

⁴⁵⁰ “Art. 4.º A União deverá complementar, na forma de regulamento, a integralização [...], nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração da totalidade dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.”

⁴⁵¹ Fls.04 do relatório da Comissão de Finanças e Tributação.

⁴⁵² Fls.04 do relatório da Comissão de Finanças e Tributação.

⁴⁵³ Havia ainda a questão do desequilíbrio regional, com uma enorme desigualdade social, uma vez que, um professor que atua na Região Sudeste ganha, em média, duas vezes o que ganha outro no Nordeste. Ainda no Nordeste, foi encontrada a maior variação de salário, aonde as médias salariais de diversas profissões chegam a ser de 7 a até 34 vezes o valor do salário de um professor da educação infantil ou do ensino fundamental. Também, a comissão, em seu parecer informa que o perfil dos professores brasileiros, levantado pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, de 2004, também apontou um profundo empobrecimento e o baixo nível de renda dos professores tem impacto significativo sobre seu acesso às novas tecnologias. (fls.15 -16 do relatório da Comissão de Educação e Cultura).

realizadas durante a tramitação da matéria⁴⁵⁴. Inúmeros Municípios teriam dificuldades, além de restrições oriundas da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁵⁵, de pagar os valores do piso defendido pelos Deputados.⁴⁵⁶

No tocante ao alcance do piso salarial, ele seria devido a todos os profissionais do magistério da educação básica, sejam eles ocupantes de cargos ou de empregos públicos. Com relação ao prazo, foi mantida a progressividade e proporcionalidade presentes no projeto de lei.⁴⁵⁷

4.1.5 Manifestação da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Educação – CNTE

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Educação – CNTE, na qualidade de *amici curiae*, defendeu a constitucionalidade da Lei n. 11.738/2008.

Manifestou-se quanto à inconstitucionalidade do art. 23 da Lei n. 9.868/99⁴⁵⁸ por afronta ao art. 97 da CF⁴⁵⁹. Afirmam que a exigência de maioria absoluta para a

⁴⁵⁴ Sensível a ambas as causas, a Comissão de Educação e Cultura propôs uma solução intermediária entre os projetos de lei e as emendas apresentadas, que é o piso salarial mensal de R\$ 950,00 para a jornada de trabalho de 40 horas semanais, a qual deverá migrar para uma jornada de 30 horas semanais a partir de janeiro de 2010. Também incluíram uma informação importante, sobre a qual o PL 619, de 2007, foi omissivo que esse piso é devido aos profissionais com a formação mínima prevista pela LDB, ou seja, em nível médio, na modalidade normal, conforme o artigo 62 da Lei nº 9.394, de 1996. Para jornadas diferenciadas, os sistemas de ensino deverão aplicar o princípio da proporcionalidade. (fls.16 do relatório da Comissão de Educação e Cultura).

⁴⁵⁵ Lei Complementar nº101/2000.

⁴⁵⁶ Fls.15 do relatório da Comissão de Educação e Cultura.

⁴⁵⁷ PL nº 619/2007. Foi acrescentado apenas um dispositivo que visa garantir a incorporação das diferenças remanescentes da implantação das duas primeiras fases, em 2008 e 2009. O nexos com a progressividade de implantação do FUNDEB – em 2010 funcionará em plena capacidade e um prazo razoável para o planejamento financeiro de Estados e Municípios seria prudente e absolutamente necessário. (fls.17 do relatório da Comissão de Educação e Cultura) Por fim, a comissão incluiu quatro outros pontos no substitutivo, considerando sua relevância para que os efeitos do piso salarial se façam sentir de forma efetiva e duradoura: i) para preservar o valor do piso, previsão de que o mesmo seja atualizado em janeiro de cada ano, mediante projeto de lei enviado pelo Poder Executivo, quando deverá ser calculado de forma proporcional ao 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; ii) para cumprir mandamento constitucional aposto pela Emenda nº 53, de 2006, fixação de prazo para que todos os entes da Federação elaborem ou adequem seus planos de carreira; iii) para que a jornada de trabalho inclua tempo destinado à preparação e avaliação do trabalho didático, à colaboração com a administração da escola, às reuniões pedagógicas, à articulação com a comunidade e ao aperfeiçoamento profissional, estabelecimento de um terço da jornada de trabalho dos profissionais do magistério público da educação básica para atividades extra-regência de classe; iv) por fim, a previsão de que a inobservância à lei do piso constituirá ato de improbidade administrativa, sujeito a penalidades previstas na Lei nº 8.429, de 1992. (fls.18 do relatório da Comissão de Educação e Cultura).

⁴⁵⁸ “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis

declaração de inconstitucionalidade justifica-se pelo deferimento às decisões do Poder Legislativo, mas que não se justifica a confirmação de constitucionalidade das leis, já presumida.

Outro argumento apresentado foi da inaplicabilidade do voto de qualidade do ministro presidente no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Mencionam na defesa desse argumento, o art. 13, IX do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁰ que atribui ao ministro presidente a competência para proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, sempre que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não apresentar solução diversa para o desempate em virtude de ausência de ministro.

Contudo, acrescentou que a previsão regimental não pode ser interpretada contrariamente ao que dispõe a Constituição, uma vez que o já citado artigo 97 exige maioria absoluta dos membros do colegiado para declarar uma lei inconstitucional. E, caso da maioria absoluta não seja alcançada, havendo empate, o resultado deve ser pela improcedência da ADI.

Mencionou jurisprudência do STF⁴⁶¹ no sentido de autorizar a convocação do ministro Dias Toffoli para participar do julgamento, porque, por tratar-se de controle de constitucionalidade operado em processo objetivo, como é o caso da presente ADI, não há que se falar em impedimento ou suspeição. Por conseguinte, foi solicitada, com base no art. 134, §3º do RISTF⁴⁶², a possibilidade de nova sustentação oral, tendo em vista

Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.”

⁴⁵⁹“Art.97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

⁴⁶⁰ IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição

b) vaga ou licença médica superior a 30 (trinta) dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.

⁴⁶¹ “Fiscalização normativa abstrata. Processo de caráter objetivo. Inaplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição. Conseqüente possibilidade de participação de Ministro do Supremo Tribunal Federal (que atuou no TSE) no julgamento de ação direta ajuizada em face de ato emanado daquela alta corte eleitoral.” (ADI 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-10-00, DJ de 10-6-05).

⁴⁶² Art. 134 - Se algum dos Ministros pedir vista dos autos, deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente.

(...)

§ 3º Se, para o efeito do "quorum" ou desempate na votação, for necessário o voto de Ministro nas condições do parágrafo anterior, serão renovados o relatório e a sustentação oral, computando-se os votos anteriormente proferidos.

que os ministros Dias Toffoli e Cezar Peluso não presenciaram a leitura dos relatórios e as sustentações orais.

Por fim, requereu a proclamação do resultado de total improcedência da ADI 4167, com a declaração de constitucionalidade de todos os preceitos da Lei n. 11.738/2008.

4.1.6 Manifestação da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em estabelecimentos de ensino – CONTEE⁴⁶³, após publicação de suspensão do julgamento no Supremo Tribunal Federal para aguardar o voto do Ministro Cezar Peluso, resolveu manifestar-se a fim de defender os preceitos constitucionais através do reconhecimento da constitucionalidade do § 4º do art. 2º da Lei n. 11.738/2008⁴⁶⁴ segundo estabelecido no art. 97 da CF⁴⁶⁵ e afirmar a presunção de constitucionalidade da lei.

Isso porque, antes da suspensão do julgamento cinco ministros votaram pela improcedência da ADI n. 4167 quanto ao §4º do art. 2º da Lei atacada e quatro votaram pela procedência, quanto a esse dispositivo, estando ausente o Ministro Cezar Peluso e impedido o ministro Dias Toffoli.

Com o referido resultado, mesmo sem o voto do Ministro Cezar Peluso ou que ocorresse um empate, o art. 97 da CF requer a maioria absoluta dos votos, ou seja, o voto de seis ministros, para que uma lei seja declarada inconstitucional e a ADI seja julgada procedente. Portanto, não se atingindo a maioria absoluta, ou não sendo possível atingir mesmo com o voto do ministro ausente, a ADI deve ser declarada improcedente.⁴⁶⁶

Nas razões a Confederação ainda mencionou julgamento recente do STF⁴⁶⁷ no qual se discutiu a ocorrência e consequências de um empate na votação de seu Pleno.

⁴⁶³ Organização que representa a Campanha Nacional pelo Direito à Educação Pública de qualidade no Brasil.

⁴⁶⁴ “Art.2º [...] § 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.”

⁴⁶⁵ “Art.97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

⁴⁶⁶ Fls.02 da Petição.

⁴⁶⁷ Recurso Extraordinário de nº 631.102.

Contudo, ressaltou que se tratava de situação adversa, haja vista que na ocasião o Tribunal não estava diante de um controle concentrado de constitucionalidade e o empate era transitório uma vez que o Plenário viria a ser integrado por outro membro que poderia resolver a controvérsia.

E, para ratificar seu posicionamento, citou ainda o art. 146 do Regimento Interno do próprio Tribunal⁴⁶⁸ que proclama que em caso de ausência ou falta de ministro, havendo “[...] empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou a proposta”⁴⁶⁹. Completou que “O imperativo dessa posição decorre da observância da presunção de constitucionalidade que reveste os atos legislativos que foram editados e sancionados pelos poderes Legislativo e Executivo federais.”⁴⁷⁰

A fim de demonstrar a realidade da educação básica brasileira, apresentou dados da UNESCO que descrevem a situação da jornada de trabalho dos profissionais da educação, bem como seu impacto na qualidade do ensino. Dentro deste contexto, o Brasil se coloca entre aqueles que oferecem as piores condições de trabalho docente⁴⁷¹ e apresenta dados analisados pelo estudo comparativo da UNESCO reforçados por estudos acadêmicos sobre a saúde docente que apontam para uma relação de causalidade entre salário, condições de trabalho e qualidade de ensino.⁴⁷²

Finalmente, manifestou-se, pedindo pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade em sua totalidade e a declaração da constitucionalidade integral da Lei n. 11.738/2008.

4.2 O julgamento da ADI 4167⁴⁷³

4.2.1 Piso salarial⁴⁷⁴ como vencimento básico ou remuneração global

⁴⁶⁸ “Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta”.

⁴⁶⁹ Fls.04-5 da Petição.

⁴⁷⁰ Fls. 5 da Petição.

⁴⁷¹ UNESCO, Um olhar para o interior das escolas primárias. Indicadores Mundiais de Educação para Países em Desenvolvimento, 2008.

⁴⁷² Fls. 06-9 da Petição.

⁴⁷³ Não está disponível no site do STF o voto do ministro Celso de Mello. Consta apenas que o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator que julgou improcedente a ação quanto ao §4º do art.2º da lei impugnada.

O Ministro Joaquim Barbosa, relator da ADI em questão, ao examinar o conceito de piso salarial, afirmou que se o legislador não definiu expressamente o conceito de piso, e que este “[...] tem sido utilizado na Constituição e na legislação para indicar o limite mínimo que deve ser pago a um trabalhador pela prestação de seus serviços”⁴⁷⁵ seu entendimento seria também neste sentido.

Quanto a este ponto, também entendeu que não houve qualquer ofensa ao pacto federativo ou à competência própria de cada ente federado estampados nos artigos. 22, XXIV⁴⁷⁶, 24, IX⁴⁷⁷ e 214 da CF⁴⁷⁸ e art. 60, §3º do ADCT⁴⁷⁹ porque é competência da União definir se “piso” se refere à remuneração global (opção por proteção mínima) ou a vencimento básico (política de incentivo). E, por derradeiro, julgou improcedente o pedido para interpretar “piso” como remuneração global.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, manifestou que compete à União fixar a garantia do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação, nos termos de lei federal. Além disso, destacou que o art. 206 da CF⁴⁸⁰ estabelece a necessidade de fixação do referido piso que engloba tudo à medida que evitaria divergências regionais e, diante disso, considerou que, nesse caso não houve ofensa ao Pacto Federativo.

⁴⁷⁴ Desde 1981 há questionamentos junto ao STF a respeito de um limite mínimo de retribuição aos professores - RE 94334 / BA – BAHIA; em 1982 - RE 95551 / BA – BAHIA ; em 1983 - RE 96919 / BA – BAHIA. A partir do ano de 2000 as ações vieram do Estado do Paraná e já mencionavam a questão do piso salarial vinculando-o ao salário mínimo o que viola a CF; - RE 278119 AgR / PR – PARANÁ; em 2001 - RE 294221 / PR – PARANÁ; RE 288189 / PR – PARANÁ; em 2002 - RE 273205 / PR – PARANÁ; e, apenas em 2008 a medida cautelar da ADI 4167 MC / DF - DISTRITO FEDERAL.

⁴⁷⁵ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls.1.236.

⁴⁷⁶“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...] XXIV - diretrizes e bases da educação nacional.”

⁴⁷⁷“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...] IX - educação, cultura, ensino e desporto”.

⁴⁷⁸ “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:”

⁴⁷⁹“Art. 60. [...]

[...] § 3º O valor anual mínimo por aluno do ensino fundamental, no âmbito do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, não poderá ser inferior ao valor mínimo fixado nacionalmente no ano anterior ao da vigência desta Emenda Constitucional.”

⁴⁸⁰“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 53 de 2006).”

A Ministra Carmen Lúcia, com relação ao art. 2º da lei⁴⁸¹ lembrou que no julgamento da medida cautelar o STF fixou que o piso salarial seria identificado como a remuneração e não como vencimento básico inicial da carreira, até o julgamento de mérito da presente ação. Mas, contrariamente à decisão da cautelar, a ministra considerou que o piso salarial deve ser entendido como vencimento básico porque “[...] os efeitos do art. 3º, III, §§ 1º e 2º da Lei n. 11.738/2008 não foram suspensos, e a integralização do valor do piso salarial sem a inclusão de outras vantagens pecuniárias tornou-se exigível em 1º de dezembro de 2010”.⁴⁸²

O Ministro Ricardo Lewandowski concordou com o relator quanto a equiparar o piso à remuneração que corresponde ao vencimento acrescido de outras vantagens porque, segundo ele, se não for assim, tornaria sem efeito eventuais estímulos salariais conferidos por merecimento. E, nesse sentido, entendeu que o legislador federal acertou ao estabelecer que o piso salarial corresponde ao vencimento básico do cargo.

O Ministro Gilmar Mendes inaugurou seu voto com a discussão a respeito de o piso salarial ser considerado remuneração ou vencimento inicial da carreira e trouxe à baila as discussões acerca da fixação do salário mínimo e entendeu que o piso, assim como o salário mínimo deve considerar todos os valores percebidos pelos profissionais e não apenas o vencimento básico inicial das carreiras.

Isso porque a tradição brasileira compõe-se ainda de gratificações e o referencial como vencimento básico poderia paralisar o sistema de ensino por impossibilidade. Para o ministro Gilmar Mendes, o que o legislador federal quis resguardar é que nenhum professor recebesse quantia inferior à fixada em lei, mas que esta se referia a uma parcela global.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, contrariando os argumentos até aqui exarados, considerou vício de natureza material o disposto no art. 2º da Lei⁴⁸³ atacada à

⁴⁸¹ 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.

⁴⁸² BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls.1.253.

⁴⁸³ 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.

medida que expressou temer pelo que acontecerá com os Municípios sem a previsão orçamentária exigida pelo art. 169 da CF.⁴⁸⁴

O Ministro Ayres Britto não adentrou nessa discussão propriamente dita, considerou apenas a questão do piso como princípio constitucional. Foi o único a mencionar diversos dispositivos constitucionais para chegar ao ponto de, dentre outros argumentos, “[...] inserir a questão do piso salarial como um princípio e não apenas como regra”⁴⁸⁵. Isso porque, no art. 206 da CF está escrito que o ensino no Brasil deverá ser ministrado com base nos princípios descritos nos incisos que se seguem e, nos incisos V e VIII⁴⁸⁶ estão consagrados, respectivamente, os princípios da valorização dos profissionais da educação e a fixação do piso salarial nacional, nos termos de lei federal, para estes mesmos profissionais.

Contudo, esclareceu que se espera em contrapartida das autoridades o senso de responsabilidade compatível com as suas altas funções. E, nesse sentido, aponta a lei atacada como instrumento daquilo que a Constituição ordena que é priorizar a educação.⁴⁸⁷ Por fim, lembrou que na Constituição existem 96 (noventa e seis) dispositivos entre a parte permanente e transitória que tratam do tema da educação, tamanha a sua importância.⁴⁸⁸

O Ministro Cezar Peluso usou a expressão “limite mínimo de remuneração” e, portanto, subentende-se que considera piso salarial também como remuneração global e não como vencimento inicial.

4.2.2 *Quebra do pacto federativo e jornada de trabalho*

⁴⁸⁴ “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.”

⁴⁸⁵ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.303-1.304.

⁴⁸⁶ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] 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;;

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

⁴⁸⁷ O ministro enfatiza que “[...] é só ler o artigo 205: a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, visa ao preparo da pessoa para a cidadania, visa ao preparo da pessoa para o mercado de trabalho. Quer dizer, essas são as finalidades da educação, a justificar esse tratamento obsequioso mediante, entre outras medidas de proteção, piso nacional remuneratório. (fls.1.299-1.300)”.

⁴⁸⁸ O Min. Celso de Mello reforça o voto do Min. Ayres Britto dizendo que referente ao tema da educação há na Constituição um vínculo de solidariedade federativa para custear as despesas de pessoal. (fls. 1.305).

O Ministro relator, Joaquim Barbosa analisou o art. 2º, § 1º da Lei n. 11.738/2008⁴⁸⁹ e manteve o entendimento externado anteriormente no julgamento da medida cautelar para julgar compatível com a Constituição a definição da jornada de trabalho⁴⁹⁰. Quanto a este aspecto, entendeu que a ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais além de potencializar conflitos judiciais.

Com relação ao art. 2º, §4º da Lei atacada, que estabelece o limite de, no máximo, dois terços da carga horária para o desempenho de atividades de interação com os educandos, o relator entendeu que a norma geral deve existir e ser respeitada, o que não impede que norma especial seja criada pelos entes federados no exercício de suas competências. Com relação aos arts. 3º e 8º da Lei, por versarem sobre o cronograma de aplicação do piso, que venceu em janeiro de 2010, ocasionou a perda do objeto da ação.

Reafirmando a necessidade de aplicação do disposto no §4º do art. 2º da lei, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou que

Nos tempos atuais, penso que a preservação do campo de autonomia local em matéria educacional tem legítimo lugar no modelo de pacto federativo que se constrói desde a promulgação da Constituição de 1988, desde que ponderada à luz do fundamento que anima a adoção de normas gerais na Federação. Porém, a fixação em exame é adequada e proporcional à luz da situação atual. Em especial, a existência de normas gerais não impede os entes federados de, no exercício de sua competência, estabelecer programas, meios de controle, aconselhamento e supervisão da carga horária que não é cumprida estritamente durante a convivência com o aluno. No ponto, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade⁴⁹¹.

O Ministro Luiz Fux tratou do pacto federativo e estabeleceu que “[...] toda competência, inclusive a jurisdicional, nada mais é do que uma divisão de poder [...]”⁴⁹². Para ele o nosso modelo de federalismo faz com que os critérios de

⁴⁸⁹ 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.

⁴⁹⁰ Além do mais, o Ministro esclarece que “A jornada de quarenta horas semanais tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R\$950,00. [...]” (BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.235).

⁴⁹¹ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fl. 1.239.

⁴⁹² *Idem*, Fls. 1.241.

competência obedeçam aos interesses gerais, regionais ou locais, preestabelecidos pela CF, mas o certo é que de um poder geral parte-se para os poderes locais. Portanto, compete à União fixar a garantia do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação, nos termos de lei federal. Além disso, destacou que o art. 206 da CF⁴⁹³ estabelece a necessidade de fixação do referido piso que engloba tudo à medida que evitaria divergências regionais e, diante disso, o ministro entendeu que não houve ofensa ao Pacto Federativo.

A Ministra Carmen Lúcia, com relação à jornada de trabalho, acompanhou o relator e citou trecho do voto⁴⁹⁴ exarado por ele ao deferir a medida cautelar. Entendeu da mesma forma que há uma relação lógica necessária entre o valor estabelecido com o “piso salarial” e sua correspondente jornada de trabalho máxima.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, fez menção ao modelo de federalismo brasileiro atual de cooperação ou de integração e fez uma retrospectiva na história. Em seguida concluiu que a educação é o instrumento para se atingir o objetivo previsto no art. 3º, III da CF⁴⁹⁵ de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Nesse mesmo sentido, o constituinte previu no art. 206, VIII da CF⁴⁹⁶ que lei federal estabelecerá um piso salarial para professores visando à valorização dos profissionais da educação. Além do mais, o art. 214 da CF⁴⁹⁷ diz que lei estabelecerá o Plano Nacional

⁴⁹³ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] 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 n. 53 de 2006);

[...] VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 53 de 2006).”

⁴⁹⁴ “Entendo ausente a densa plausibilidade da alegada violação da reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo local (art. 61, § 1º, II da Constituição), do pacto federativo (arts. 1º, *caput*, 25, *caput* e § 1º e 60, § 4º, I da Constituição) e da proibição de excesso (razoabilidade e proporcionalidade), no que se refere à fixação da jornada de trabalho. A jornada de quarenta horas semanais tem por função compor o cálculo do valor devido a título de piso, juntamente com o parâmetro monetário de R\$ 950,00. A ausência 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. Profissionais com carga horária diferenciada, para mais ou para menos, por óbvio, terão valores proporcionais como limite mínimo de pagamento.”

⁴⁹⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

⁴⁹⁶ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...] VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 53 de 2006).”

⁴⁹⁷ “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos

de Educação e, portanto, o piso salarial está vinculado a essa idéia de melhoria da qualidade do ensino.

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Ricardo Lewandowski considerou que não há inconstitucionalidade quanto à edição da lei federal e também, no que diz respeito à fixação de carga horária de quarenta horas, porque evita manipulações por parte dos Estados e Municípios alterando a carga horária para não acatar o piso nacionalmente estabelecido pela União. Seguindo o mesmo raciocínio do relator, o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou:

Eu entendo que a fixação de um limite máximo de 2/3 (dois terços) para as atividades de interação com os alunos, ou, na verdade, para a atividade didática, direta, em sala de aula, mostra-se perfeitamente razoável, porque sobrarão apenas 1/3 (um terço) para as atividades extra-aula. Quem é professor sabe muito bem que essas atividades extra-aula são muito importantes. No que consistem elas? Consistem naqueles horários dedicados à preparação das aulas, encontros com os pais, com colegas, com alunos, reuniões pedagógicas, didáticas; portanto, a meu ver, esse mínimo faz-se necessário para a melhoria da qualidade do ensino e também para a redução das desigualdades regionais. Entendo, finalmente, da mesma forma como fez o Ministro Joaquim Barbosa, que não há nenhuma ofensa à autonomia financeira e orçamentária dos Estados porque a própria lei prevê o mecanismo de compensação e, ademais, deu um prazo de carência para que essa medida entrasse em vigor. Portanto, os entes federados puderam perfeitamente se adaptar a ela, tiveram um largo tempo para fazê-lo⁴⁹⁸.

O Ministro Gilmar Mendes, quanto à quebra do pacto federativo, defendeu que a Lei n. 11.738/2008 em seu art. 4º deveria ter regras, normas de organização e procedimento, tendo em vista o sistema federativo, que dimensionassem essa responsabilidade por parte da União, “[...] em homenagem ao princípio federativo”⁴⁹⁹.

Com relação à jornada de trabalho, firmou entendimento no sentido de que não há como se falar na fixação de um piso nacional, cuja discussão é pacífica, sem guardar uma relação com as horas eventualmente desempenhadas. Acrescenta que “[...] a fixação do piso só tem efetividade se houver vinculação à determinada carga

níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:”

⁴⁹⁸ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fl. 1.259-1.260.

⁴⁹⁹ *Idem*, Aditamento do voto, fls. 1.295.

horária.”⁵⁰⁰ Entretanto, entende que a limitação de no máximo dois terços da jornada para atividade de interação com os alunos afeta a autonomia dos entes federativos⁵⁰¹.

O Ministro Marco Aurélio⁵⁰² votou pela procedência da ADI em linhas gerais, por ofensa ao pacto federativo. Iniciou seu voto falando que a educação no Brasil está sucateada e que não se questiona a premissa de que se deve valorizar os professores. No entanto, é contrário ao fato da União substituir Estados e Municípios, sob pena de não se ter a Federação, e alerta que foi isso que ocorreu no caso em análise.

O Ministro Marco Aurélio defendeu que há um vício formal, originário desde a promulgação da Emenda Constitucional 53, no que se retirou da atribuição normativa de Estados e Municípios a regência dos respectivos serviços. Para ele a emenda mencionada esbarra no inciso I do § 4º, I do art. 60 da CF⁵⁰³ que constitui como cláusula pétrea a forma federativa de Estado, e, portanto seria inconstitucional. Neste ponto, concluiu que por melhor que tenha sido a intenção do legislador, não poderia defender a constitucionalidade da lei sob pena de “solapar o pacto federativo”.⁵⁰⁴

Para o Ministro Ayres Britto, a questão de quebra do pacto federativo não prospera porque “[...] o formato do nosso Estado federal já se fez no lastro da Constituição com essa obrigatória observância dos princípios, dentre os quais figura o piso salarial profissional nacional dos professores [...]”⁵⁰⁵. Da mesma forma, o ministro defendeu a necessidade de ser reservado um percentual de horas fora de sala de aula.

A Ministra Ellen Gracie, a respeito da quebra do pacto federativo, acompanhou integralmente o voto do Relator aludindo que somente considerava inconstitucional o §4º do artigo 2º da Lei n. 11.738/2008⁵⁰⁶ que tratava da composição da jornada de trabalho.

⁵⁰⁰ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.265.

⁵⁰¹ *Idem*, Fls. 1.266.

⁵⁰² Cita Seabra Fagundes, Caio Tácito e Celso Antônio Bandeira de Mello ao expressar que “[...] às unidades da Federação – e nisto está a essência do pacto federativo – se há de reconhecer a autonomia governamental, e, observados os princípios básicos da Constituição Federal, a autonomia normativa.” – (Fls.1.274).

⁵⁰³“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;[...]"

⁵⁰⁴ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.283.

⁵⁰⁵ *Idem*, Fls. 1.304.

⁵⁰⁶ “Art.2º. [...]

O Ministro Cezar Peluso julgou pela procedência da ação em relação ao mesmo §4º do artigo 2º citado, por considerar a situação diversa do que se dá em relação ao piso salarial previsto no art. 206, inciso VIII, da Constituição, combinado com o artigo 60, III, “c”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que abre, textualmente, uma exceção à autonomia dos Estados para a previsão desse limite mínimo de remuneração. Para o Ministro Cezar Peluso, como se trata de jornada de trabalho que é matéria típica do regime jurídico dos servidores, a Lei n. 11.738/2008 é contrária à Constituição no tocante à autonomia reservada aos Estados que devem levar em consideração as particularidades locais para proceder à composição da jornada de trabalho.⁵⁰⁷

4.2.3 Risco de desequilíbrio orçamentário

O Ministro relator, Joaquim Barbosa, quanto ao risco de desequilíbrio orçamentário suscitado pelos entes federados, de início asseverou que “[...] Não é possível, em caráter geral e abstrato, presumir a falta de recursos”⁵⁰⁸, mesmo porque existe o FUNDEB⁵⁰⁹ para suprir eventuais insuficiências. Ademais, os Estados-Membros e os Municípios fazem parte da vontade política da União representados no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.⁵¹⁰

O Ministro Luiz Fux, com relação ao argumento de prejuízos e impactos econômicos, citou precedentes do STF na ADI n. 1.585⁵¹¹, do Ministro Sepúlveda

[...] § 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.”

⁵⁰⁷ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.321.

⁵⁰⁸ *Idem*, Fls. 1.239-1.240.

⁵⁰⁹ Em continuidade ao FUNDEF (Fundo de Manutenção e de Valorização do Magistério), criado pela Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, que é um exemplo de política pública com suporte constitucional, surgiu também o FUNDEB a fim de financiar a Educação Básica, a infantil e as creches. O Ministério da Educação publicou em 2011 a Portaria nº 213 que aprova resolução da Comissão Intergovernamental para Financiamento da Educação de Qualidade. Essa resolução trata do uso de parcela dos recursos da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB) para o pagamento integral do piso salarial dos profissionais da educação básica pública.

⁵¹⁰ Que, vale ressaltar, através de suas Comissões próprias chancelaram a constitucionalidade da Lei 11.738/2008 através da confirmação de sua viabilidade orçamentária e, não cabe nem aos ministros do STF, nem a nós colocar em dúvida tais dados.

⁵¹¹ EMENTA: “Despesas de pessoal: limite de fixação delegada pela Constituição à lei complementar (CF, art.169), o que reduz sua eventual superação à questão de ilegalidade e só mediata ou reflexamente de inconstitucionalidade a cuja verificação não se presta a ação direta; existência, ademais, no ponto, de controvérsia de fato para cujo deslinde igualmente é inadequada a via do controle abstrato de constitucionalidade. II. Despesas de pessoal: aumento subordinado à existência de dotação orçamentária suficiente e de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art.169, parágrafo único, I e

Pertence, também na ADI n. 2.339⁵¹², da relatoria do Ministro Ilmar Galvão e, mais recentemente, na ADI n. 3.599⁵¹³, do Ministro Gilmar Mendes, para demonstrar e reafirmar o entendimento da Corte que não acata argumentos de natureza econômica para declarar uma lei inconstitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, observou o respeito à soberania do Parlamento ao afirmar que quando um projeto de lei passa pela Câmara dos Deputados e é analisado pelo Senado Federal, onde estão congregados os representantes dos Estados-membros, essas considerações de natureza orçamentária certamente foram feitas e estão superadas já que cabe ao Senado o exame dos impactos orçamentários, nos entes federados, dos diversos projetos de lei que lá tramitam.⁵¹⁴

Ademais, a União deverá arcar com os custos da complementação do valor do piso nacional no âmbito do Estado-membro deficitário, observadas as regras constitucionais para tanto⁵¹⁵. E, por fim, seguiu novamente o relator ao entender que não

II): além de a sua verificação em concreto depender da solução de controvérsia de fato sobre a suficiência da dotação orçamentária e da interpretação da LDO, inclina-se a jurisprudência no STF no sentido de que a inobservância por determinada lei das mencionadas restrições constitucionais não induz à sua inconstitucionalidade, impedindo apenas a sua execução no exercício financeiro respectivo: precedentes” (Fls.1.243).

⁵¹² EMENTA: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 191, de 18 de abril de 2000, do Estado de Santa Catarina. Alegada violação ao disposto no art. 169, *caput* e §1º, II, da Constituição Federal. Controvérsia insuscetível de análise em controle abstrato de constitucionalidade, posto envolver o exame de normas infraconstitucionais (Lei Complementar n. 101/2000) e de elementos fáticos (existência da prévia autorização a que se refere o mencionado inciso II do §1º do art. 169 do texto constitucional). Ação direta não conhecida”.

⁵¹³ EMENTA: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Leis federais n. 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º, 37, X, e 61, §1º, II, *a*, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art.5º, *caput*, da Carta Magna); e inobservância da existência de prévia dotação orçamentária (art. 169, §1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo, tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação Direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, §1º, da Carta Magna. Precedentes: ADI 1585-DF, Rel. M in. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente”.

⁵¹⁴ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aditamento ao voto, Fls. 1.300.

⁵¹⁵ Por força do disposto no art.4º da própria lei federal e no inciso VI do art.60 do ADCT, com redação dada pela Emenda n. 53/2006, a União está obrigada a complementar, em limites definidos, a integralização do montante do piso salarial nos casos em que os entes federados não tenham disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado. Assim, qualquer argumento no sentido de insuficiência financeira para o cumprimento da lei fica suplantado.

houve ofensa à autonomia financeira e orçamentária dos Estados posto que a própria lei prevê mecanismos de compensação, mas divergiu daquele para considerar também constitucional o §4º que limita a dois terços o desempenho de atividades em sala.

O Ministro Gilmar Mendes expressou sua preocupação com as boas leis que na prática podem produzir efeito contrário e, no caso da Lei n. 11.738/2008, entendeu que “Inexiste qualquer referência a obrigação, a prazo, a tempo, a condições ou a procedimentos”⁵¹⁶. Vale dizer, para ele, que, na prática o que está em jogo é o sistema federativo que, na sistemática geral, esbarra na limitação de recursos.

O Ministro Marco Aurélio considerou vício de natureza material o disposto no art. 2º da Lei atacada à medida que teme pelo que acontecerá com os Municípios sem a previsão orçamentária exigida pelo art. 169 da CF. Identificou também outro vício formal, o disposto no § 4º do art. 2º da referida Lei que prevê um limite máximo de dois terços de carga horária para o desempenho de atividades de interação com os alunos. Diante dessa exigência, os Estados terão que contratar mais professores para cobrir essa vacância na sala de aula.⁵¹⁷

O Ministro Ayres Britto asseverou que o Tribunal tem decidido seguidamente “[...] que não é por carência de recursos que uma ADI vai deixar de ser julgada procedente ou improcedente, porque é uma consideração de outra ordem, embora ponderável no plano dos fatos. [...]”⁵¹⁸. Descreveu que a Constituição criou um sistema autofinanciado de recursos públicos transferidos da União para o FUNDEB e dos Estados também, e com aporte de normatividade para obrigar a União a transferir recursos para os Municípios.⁵¹⁹

A Ministra Ellen Gracie e o Ministro Cezar Peluso, assim como a Ministra Carmen Lúcia não discutiram a questão de possíveis impactos orçamentários ao proferirem seus votos.

⁵¹⁶ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Fls. 1.271.

⁵¹⁷ O ministro citou o que ouviu da Procuradora-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Eliana Graeff Martins, que se a Lei prevalecer, o Estado terá que contratar cerca de vinte e quatro mil professores para cobrir a ausência desses que deixarão – considerados trinta e três por cento do tempo dedicado ao trabalho – as salas de aula. (*Idem*, Fls.1.282).

⁵¹⁸ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Aditamento ao voto, fls.1.299.

⁵¹⁹ *Idem*, Aditamento ao voto, fls.1.289 e fls.1.305.

4.3 Consequências políticas e normativas do julgamento⁵²⁰

4.3.1 Consequências políticas

Julgada improcedente por maioria a ADI, o STF considerou a constitucionalidade da lei e manteve o entendimento de que o valor fixado como piso salarial deve ser considerado como vencimento básico⁵²¹. A Lei n. 11.738/2008, prevê a adaptação gradual de Estados e Municípios à remuneração dos professores, além de suplementação da União, em caso de necessidade.

O parágrafo 4º do artigo 2º⁵²² da referida Lei é que gerou controvérsias. Determinou o cumprimento de no máximo dois terços da carga horária do magistério em atividades em sala de aula. Após a análise pela Corte, houve um empate em cinco votos a cinco para a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do dispositivo citado, ponto que será mais delineado nas consequências normativas.

Por conseguinte, uma das principais consequências políticas do julgamento, é o fato de que a Lei n. 11.738/2008 ainda não é respeitada por sete Estados brasileiros, e outros quatorze não a cumprem, integralmente, o que inclui a hora-atividade, que deve representar no mínimo 1/3 da jornada de trabalho do professor⁵²³.

Outra consequência política que pode ser apontada no julgamento é o impacto orçamentário que o cumprimento da Lei n. 11.738/2008 ocasionaria nos Estados. Entretanto, houve debate no sentido de que o Judiciário não é o local adequado para

⁵²⁰ O julgamento da ADI 4167 foi concluído em abril de 2011 com a publicação do acórdão em 27.04.2011, momento em que os Ministros julgaram a ação improcedente por maioria. Contudo, ao julgar procedente a ação relativamente ao §4º do art.2º da Lei 11.738/2008 houve um empate em cinco votos a cinco quanto a este dispositivo mencionado. O Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria, mas quanto à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante da decisão em relação ao §4º do art.2º da Lei 11.738/2008, decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowsky.

⁵²¹ Dos 5.565 municípios brasileiros, 29 pediram a suplementação em 2009 e 40, em 2010. Em 2011, a previsão orçamentária da União destinou R\$ 800 milhões à suplementação, que pode ser solicitada pelos municípios de nove estados que recebem complementação do Fundo de Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

⁵²² “Art.2º. [...]

[...] § 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.”

⁵²³ Os Estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Maranhão, Paraná, Piau e Rio Grande do Sul não pagam o piso. Amapá, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, São Paulo, Santa Catarina e Sergipe, não cumprem a lei na íntegra. Apenas os Estados do Acre, Ceará, Distrito Federal, Pernambuco e Tocantins cumprem a lei na totalidade. E quanto ao Estado do Rio de Janeiro, não há informações oficiais. Informações retiradas do site da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação.

discutir a suficiência ou insuficiência de recursos, o que foi feito pelas Comissões no Congresso Nacional, que é o local apropriado⁵²⁴.

Nessa linha do relator, os ministros que analisaram a questão do impacto orçamentário que a Lei poderia ocasionar aos Estados, detiveram-se às informações fornecidas pelo Senado Federal baseando-se nos pareceres das Comissões, principalmente de Finanças e Tributação e de Educação e Cultura.

Neste contexto, acrescenta-se a visão do economista Maílson da Nóbrega quanto à questão de investimentos em educação, ao escrever recentemente que o problema da educação não é a falta de dinheiro. Destacou que os gastos com a educação brasileira subiram e hoje atinge 5,8% do PIB, o que proporcionalmente, equivalem à média dos países ricos. “Investimos mais do que o Japão, a China e a Coréia do Sul, três salientes casos de êxito na matéria (todos abaixo de 5% do PIB)”⁵²⁵.

Apesar de demandar melhorias na qualidade da educação, ainda existe uma falsa ideia de que a despesa pública irá resolver qualquer problema. E, por essa razão, entende o economista ser equivocado o projeto de lei que aumenta os gastos em educação para 10% do PIB⁵²⁶. Assim, como, também aplicar parte das receitas com petróleo em educação, seria um erro. Para Maílson da Nóbrega, “Na verdade, a má qualidade da nossa educação tem mais a ver com gestão do que com falta de recursos.”⁵²⁷

Para ele, portanto, não se trata apenas de destinação de verbas, mas de uma revisão das instituições educativas vigentes. E, com relação a destinar verbas do petróleo para a educação⁵²⁸, considera um duplo equívoco, uma vez que, além do problema não ser resolvido com dinheiro, como esclarecido, não se pode financiar políticas públicas permanentes com recursos naturais finitos. Entende o economista que

⁵²⁴ Como foi defendido pelo relator: “Essas considerações de ordem orçamentária, embora mencionadas no meu voto e discutidas aqui – eu creio que elas caem melhor no seu foro apropriado, que é o Congresso Nacional – elas já foram objeto já de uma concertação lá no Congresso Nacional. Não houve muita divergência sobre essa lei.” Aditamento ao voto, fls. 1.298.

⁵²⁵ NÓBREGA, Maílson da. O problema da educação não é a falta de dinheiro. *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013, p. 32.

⁵²⁶ Projeto de Lei n. 8.035/2010, que aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020, e propõe o dobro de recursos destinados à educação, de 5% para 10% do PIB.

⁵²⁷ NÓBREGA, Maílson da. O problema da educação não é a falta de dinheiro. *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013, p. 32.

⁵²⁸ O economista referia-se ao Projeto de Lei n. 5.500/2013, à época em que escreveu o artigo, em tramitação, mas que foi arquivado, devido à publicação da Lei n. 12.858/2013.

a receita de recursos naturais deve pertencer às gerações futuras e que “A educação brasileira precisa de uma revolução gerencial e de prioridades, inclusive para gastar melhor os recursos disponíveis.”⁵²⁹

Também nesse sentido, foi o apelo de outro economista, Gustavo Ioschpe, que escreveu, recentemente, sobre os gastos com a educação. Na ocasião, dirigiu-se à presidente da República e aos deputados e senadores, clamando por não aprovar ou vetar dois projetos de lei⁵³⁰ que aumentam os gastos em educação. Um deles destina 75% dos royalties do pré-sal para a educação e o outro, sobre o Plano Nacional de Educação, estipulando que se dobre o volume de gastos com educação, nos próximos dez anos, dos atuais 5% do PIB, para 10%⁵³¹.

Segundo Gustavo Ioschpe, são equivocadas as afirmações de que o Brasil investe pouco em educação e que os países que deram grandes saltos educacionais aumentaram seus gastos no setor; ou que aumentando os salários dos professores, aumentará também a autoestima e qualidade no ensino, conseqüentemente. O Brasil não gasta pouco em educação. Investe na educação básica 4,3% do PIB, contra 3,9% dos países desenvolvidos⁵³².

Finalmente, com relação aos professores, Ioschpe apresenta estatísticas da UNESCO de que, mesmo nos países desenvolvidos, em geral, não serão os alunos que se destacam que optam pela docência. Entretanto, o que estes países fazem é promover uma formação excelente e acompanhamento continuado, ao longo da carreira⁵³³.

Para Gustavo Ioschpe, a premissa de que os problemas com a educação se resolvem com dinheiro, é falsa. Não é nem uma questão de quantidade de recursos, nem de como serão geridos. O que se deve fazer é uma série de ações, focando na qualidade dos cursos de pedagogia e licenciatura, na seleção de diretores de escola, no estabelecimento de um currículo nacional, melhor aproveitamento das aulas, bem como outras ações de cunho pedagógico. Enfim, em sua maioria, são questões resolvidas não

⁵²⁹ NÓBREGA, Maílson da. O problema da educação não é a falta de dinheiro. *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013, p. 32.

⁵³⁰ Projeto de Lei n. 8.035/2010 e Projeto de Lei n. 5.500/2013, já mencionados. Sendo que o último foi arquivado devido à publicação da Lei n. 12.858/2013.

⁵³¹ IOSCHPE, Gustavo. Dilma, não desperdice nossos recursos nesse sistema educacional. *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013., p. 104-5.

⁵³² *Idem.*

⁵³³ *Ibidem.*

em nível federal, mas da responsabilidade de prefeitos, governadores e secretário de educação, que, em sua maioria fazem um trabalho ruim e não podem ser “[...] recompensados com o dobro de recursos.”⁵³⁴

Na visão de Ioschpe, há uma cultura e uma visão romântica sobre educação e o resultado dessa visão, desprovida de qualquer sentido prático e objetivo, conduz a resultados inexpressivos e atrasa o país. O que tenta demonstrar é que a educação não se trata apenas de um direito do cidadão, de simplesmente colocar as crianças na escola, mas “[...] um patrimônio estratégico do país, uma ferramenta indispensável ao seu desenvolvimento”.⁵³⁵ Assim, o maior problema é a má qualidade do ensino, especialmente em seus primeiros anos⁵³⁶ e, portanto, para romper o “ciclo”, primeiro seriam necessários excelentes professores e ótima estrutura no primário⁵³⁷.

Na mesma linha de discussão, Cláudio de Moura Castro descreve a educação básica brasileira como um “desastre”⁵³⁸. Aponta como uma das causas que “[...] os professores são despreparados, desmotivados e mal pagos. Faltam os mais elementares recursos educativos (livros, cadernos, mapas, lápis, carteiras etc). Há excesso de pessoal improdutivo fora de sala de aula e falta de pessoal técnico na escola”⁵³⁹.

De acordo com o referido autor, a grande prioridade nacional deve ser a educação básica. Para tanto, “[...] os erros do passado devem ser evitados”, como campanhas e programas de emergência⁵⁴⁰. E, porque não dizer, erros prestes a acontecer com a aprovação dos dois projetos de lei já mencionados que aumentam recursos para a educação.

Com efeito, Cláudio de Moura Castro discute o papel do Ministério da Educação, à medida que, não se trata de criar órgãos ou secretarias para cuidar dos assuntos locais, basta fornecer as ferramentas e recursos aos diretores das escolas locais

⁵³⁴ IOSCHPE, Gustavo. Dilma, não desperdice nossos recursos nesse sistema educacional. *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013., p. 104-5.

⁵³⁵ IOSCHPE, Gustavo. *A ignorância custa um mundo: O valor da educação no desenvolvimento do Brasil*. São Paulo: Francis, 2004, p. 15.

⁵³⁶ *Idem*, p. 191.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 198.

⁵³⁸ CASTRO, Cláudio de Moura. *Educação brasileira: consertos e remendos*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 29.

⁵³⁹ *Idem*, p. 30-31.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 33.

e contar com a contribuição da comunidade, porque o problema não se resolve com “[...] soluções à margem da escola” como campanhas⁵⁴¹. Isso por que

O papel do governo federal é o de presidir um sistema e zelar para que produza consistentemente o mais importante, ou seja, o domínio de um núcleo central de conhecimentos pela grande maioria dos alunos. Como o governo não pode abrir mão de seu papel, ele se torna inevitavelmente um ator central no equacionamento da questão educacional. O resto da sociedade também tem um papel importante, mas aqui concentramos o foco nas ações do governo e na articulação de mecanismos de pressão e apoio que o levem a cumprir adequadamente o seu papel.

Cumpra ao Ministério da Educação controlar a qualidade do produto final – o aprendizado. Cumpra criar incentivos financeiros para que o esforço e a competência sejam recompensados. Cumpra fazer com que boas análises e diagnósticos dos problemas e soluções estejam disponíveis nas mãos de quem precisa de informações confiáveis. Cumpra promover um sistema onde os pais sejam os principais fiscais da escola (mais barato e mais eficaz do que um exército de inspetores)⁵⁴².

Por fim, a respeito da educação básica, há três pontos sugeridos por Cláudio de Moura Castro, como possíveis soluções. Deve-se melhorar a escola sem se preocupar com os que não estão nela; o problema está no sistema escolar; e que “[...] a educação se dá na sala de aula” e, portanto deve ser repensada e melhorada a relação professor-aluno⁵⁴³. Também outro problema é a falta de padrões para avaliar o desempenho de escolas e alunos⁵⁴⁴, o que hoje já existe com o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), por exemplo.

Contudo, segundo o referido autor, dentre todos os problemas da educação identificados, o maior deles é a “falta de vontade política”⁵⁴⁵. E acrescenta:

O problema da educação é um problema de qualidade do ensino básico, resultado da falta de vontade política ou de capacidade de expressão de um conjunto de atores críticos. Portanto, o problema da educação é um problema político⁵⁴⁶.

Portanto, a solução também é política. E, dessa forma, “[...] tudo gira em torno do problema de levar os administradores públicos a quererem fazer o necessário para que as escolas funcionem”. O Brasil conta com um sistema de formação profissional à

⁵⁴¹ CASTRO, Cláudio de Moura., *Op. cit.*, p. 34.

⁵⁴² *Idem*, p. 35.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 35-36.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 47.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 52.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 60.

altura dos bons sistemas europeus. A questão é que aqui, nunca se levou verdadeiramente a sério a “[...] empreitada de criar uma boa educação básica”⁵⁴⁷.

Em perspectiva diversa à visão econômica, Angelina Gatti e Elba Siqueira de Sá Barreto apresentaram dados que apontaram no sentido de que é preciso mais recursos. Mas, houve concordância no fato de que, não é simplesmente alocar mais verbas, é preciso planejamento. Afinal, “[...] não dá para se alocar verbas sem um plano integrado, que leve em conta a diversidade de condições das diversas regiões, e sem um monitoramento forte”⁵⁴⁸.

4.3.2 Consequências normativas

Inexistia previsão constitucional ou mesmo na legislação ordinária a respeito de piso salarial; havia menção a salário profissional nas Constituições de 1937 e 1946⁵⁴⁹. Com isso, surgiram situações amparadas por salários específicos a determinadas categorias profissionais.⁵⁵⁰

Segundo Celso Ribeiro Bastos, com a crescente perda do caráter liberal de muitas profissões, que passaram a ter parte substancial de seus contingentes engajada em relações trabalhistas, para evitar que sofressem uma degradação salarial não compatível com a sua condição, fez com que reclamassem salários específicos, a constituírem-se em pisos para suas categorias⁵⁵¹.

De acordo com Arnaldo Süssekind, o conceito de salário pode ser encontrado no art. 457 da CLT⁵⁵² e corresponde à contraprestação devida e paga pelo empregador ao empregado, pelos serviços que lhe são prestados⁵⁵³. E, nesse sentido,

⁵⁴⁷ CASTRO, Cláudio de Moura., *Op. cit.*, p. 53-54.

⁵⁴⁸ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 256.

⁵⁴⁹ Essa afirmação é feita porque, segundo Arnaldo Süssekind, se o piso salarial referido no inciso V do art. 7º da Constituição Federal deve ser “proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, certo é que ele configura salário profissional e não piso salarial (SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. vol.I, 21. ed. São Paulo, LTr, 2003, p. 408-411).

⁵⁵⁰ Em 1955, com a Lei n. 2.641 foram aprovados os novos níveis de remuneração dos médicos, e com a Lei n. 3.999/61 que fixou o salário profissional dos médicos, cirurgiões-dentistas, auxiliares de laboratorista, radiologistas e internos; enquanto a Lei n. 4.950-A, de 1966 fixou o salário profissional dos diplomados em engenharia, química, arquitetura, agronomia e veterinária.

⁵⁵¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica. Salário mínimo é o mesmo que piso salarial? *Revista Consulex*. Ano IV nº 42, junho/2000, p. 50.

⁵⁵²“Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.”

[...] o art. 457 precitado não adotou, entretanto, como já se tem afirmado, a regra absoluta segundo a qual só deve ser entendida como salário a retribuição que corresponde ao pagamento de um serviço efetivamente prestado ao empregador⁵⁵⁴.

A Constituição, ao garantir o direito ao piso salarial, exigiu a proporcionalidade com “[...] a extensão ou complexidade do trabalho”. Portanto, “[...] se o piso salarial, referido no inciso V do art. 7º da Carta Magna, deve ser proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, certo é que ele configura o *salário profissional*”⁵⁵⁵.

Entretanto, discussões doutrinárias a parte, a Constituição Federal diferencia salário mínimo, em seu inciso IV do art.7º⁵⁵⁶, e piso salarial, no inciso V⁵⁵⁷ do mesmo artigo. Com efeito, se a Constituição tratou ambos em incisos diferentes é porque se tratam de coisas diversas e, portanto, como expressões diferentes, tende-se a atribuir interpretações também diferentes.

Disso decorre, então, que a União pode autorizar os Estados a legislarem sobre piso salarial, na forma do art. 22, parágrafo único, da Constituição⁵⁵⁸ pois cabe à União fixar piso que é vencimento básico e não remuneração global.

Nessa linha, então não cabe à União tratar de jornada de trabalho no que tange às horas atividade, como fez ao enunciar o art. 2º,§4º da lei⁵⁵⁹, porque o ajustamento à realidade não pode ser de cima para baixo e, portanto, compete aos Estados. Entretanto, não foi esse o entendimento de cinco ministros do STF ao proferirem seus votos na ADI 4.167.

⁵⁵³ SUSSEKIND, Arnaldo., *Op. cit.*, p. 343.

⁵⁵⁴ *Idem*, p. 343.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 410.

⁵⁵⁶ “Art.7º [...]”

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

⁵⁵⁷ Art.7º [...]”

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”.

⁵⁵⁸“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;[...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

⁵⁵⁹“Art.2º. [...]”

[...] § 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.”

Com efeito, outro problema apontado com relação à educação, e não seria diferente com relação ao cumprimento da Lei do Piso, é o despreparo dos entes federativos na apresentação de projetos a que se destinem os recursos, apesar da existência de órgãos específicos para capacitação dos Estados nesse sentido.

Pode-se dizer, então, sobre essa afirmação feita, que uma consequência normativa do julgamento foi a publicação pelo Ministério da Educação de uma portaria⁵⁶⁰ que aprova resolução da Comissão Intergovernamental para Financiamento da Educação de Qualidade⁵⁶¹ e define critérios para que as secretarias estaduais peçam recursos. Essa resolução trata do uso de parcela dos recursos da complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundeb) para o pagamento integral do piso salarial dos profissionais da educação básica pública.

Mesmo assim, a Lei n. 11.738/2008 não está sendo cumprida. E, diante da decisão final que, “[...] a princípio deveria ter o condão de impedir a continuação de um conflito”⁵⁶², o próprio Tribunal, ao contrário dessa lógica, já previa a interposição de recursos, em consequência à ausência de caráter definitivo que se esperava no julgamento em 2011.

A principal discussão, portanto, se deu com relação ao §4º do artigo 2º da Lei 11.738/2008⁵⁶³, que também teve a sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, quando do julgamento desse dispositivo não se obteve o número de votos suficientes para a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como ocorreu quando do julgamento do dispositivo que trata do

⁵⁶⁰ Portaria nº 213, de 2 de março de 2011.

⁵⁶¹ Composta por membros do MEC, do Conselho Nacional de Secretarias de Educação (Consed) e da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), a comissão definiu cinco critérios que serão exigidos de estados e municípios para pedido de recursos federais destinados ao cumprimento da lei do piso salarial do magistério: 1. Aplicar 25% das receitas na manutenção e no desenvolvimento do ensino; 2. Preencher o Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Educação (Siope); 3. Cumprir o regime de gestão plena dos recursos vinculados para manutenção e desenvolvimento do ensino; 4. Dispor de plano de carreira para o magistério, com lei específica; e 5. Demonstrar cabalmente o impacto da lei do piso nos recursos do estado ou município. E, com base nessas comprovações, o MEC avaliará o esforço das administrações na tentativa de pagar o piso salarial dos professores.

⁵⁶² FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 58. Ao discorrer sobre a teoria pragmática da decisão, estabelece que a decisão jurídica impede a continuação de um conflito e nessa perspectiva, o Direito seria, portanto, encarado como um sistema de controle de comportamento.

⁵⁶³“Art. 2º. [...]

[...] § 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.”

piso salarial nacional. Houve empate na votação para a questão que diz respeito ao limite de jornada de interação com os alunos.

Diante do resultado da votação dos Ministros do STF quanto ao §4º do artigo 2º, durante os debates, ficou consignado que, havendo alguma recalcitrância por parte de Estados e Municípios, certamente haverá recurso judicial e, se algum juiz declarar a lei inconstitucional, a matéria chegará novamente ao STF e então a questão poderá ser solucionada, inclusive com a composição completa do Tribunal, de modo que o sistema oferece solução. Portanto, seria um caso de sentença de rejeição da inconstitucionalidade, mas sem efeito vinculante, vale dizer, que a matéria ficará em aberto para os juízes de primeiro grau decidirem em cada caso⁵⁶⁴.

E, como esperado, foram interpostos recursos de embargos de declaração⁵⁶⁵ contra a decisão da ADI 4.167.

No julgamento dos referidos embargos, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que o pagamento do piso, nos termos estabelecidos pela Lei n. 11.738/2008, passou a valer em 27 de abril de 2011, data do julgamento definitivo sobre a norma pelo Plenário do STF⁵⁶⁶.

Assim, paliativamente, o STF concedeu a modulação dos efeitos da decisão, quando da interposição dos recursos de embargos, onde a Corte acatou os argumentos dos Estados a respeito do passivo entre 2008 e 2011 e a decisão passou a valer apenas a partir de 2011.

Outra consequência normativa do julgamento pode ser colocada como um problema levantado por Angelina Gatti e Elba Siqueira de Sá Barreto, e refere-se aos aspectos relativos ao trabalho dos professores, como elementos que compõem o cenário das atividades de ensino-aprendizagem nas escolas, bem como as posturas normativas e

⁵⁶⁴ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Debates, fls.1.342.

⁵⁶⁵ Apresentados em fevereiro de 2013, por quatro Unidades da Federação, sendo Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul e Ceará e um sindicato - o Sindicato dos Servidores e Empregados Públicos do Município de Fortaleza (Sindifort).

⁵⁶⁶ Na liminar deferida parcialmente pela Corte em dezembro de 2008, o Tribunal estabeleceu interpretação conforme a Constituição ao artigo 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que, até o julgamento final da ação, a referência do piso salarial seria a remuneração, e estabeleceu que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º de janeiro de 2009. Já na discussão quanto ao mérito, em abril de 2011, o Plenário declarou a constitucionalidade da Lei 11.738/2008, considerando como piso nacional o valor referente a vencimento básico para os professores da educação básica da rede pública.

as condições de formação desses profissionais, sinalizando perspectivas de futuro para a qualidade da educação⁵⁶⁷.

Segundo as referidas autoras, “[...] os profissionais da educação estão entre os mais volumosos e importantes grupos ocupacionais, tanto pelo seu número como pelo seu papel, sendo que o setor público é de longe o grande empregador na área”⁵⁶⁸. As estatísticas remetem às questões do “[...] financiamento público da educação, da carreira e do salário dos profissionais docentes, bem como das condições de infraestrutura necessária nas escolas”, pois a melhor qualificação da educação passa por esses aspectos⁵⁶⁹.

A respeito da importância da vocação do professor e das ideias de uma escola mais democrática e popular, Paulo Freire enfatiza:

O fato, porém, de que ensinar ensina o ensinante a ensinar um certo conteúdo não deve significar, de modo algum, que o ensinante se aventure a ensinar sem competência para fazê-lo. Não o autoriza a ensinar o que não sabe. A responsabilidade ética, política e profissional do ensinante lhe coloca o dever de se preparar, de se capacitar, de se formar antes mesmo de iniciar sua atividade docente. Esta atividade exige que sua preparação, sua capacitação, sua formação se tornem processos permanentes. Sua experiência docente, se bem percebida e bem vivida, vai deixando claro que ela requer uma formação permanente do ensinante. Formação que se funda na análise crítica de sua prática⁵⁷⁰.

Assim, uma formação adequada dos professores, em conformidade ao exigido na legislação, são muito diferentes segundo os níveis e etapas de ensino, e conforme a região⁵⁷¹. E, nesse sentido, as autoras mencionadas esclarecem que

Em políticas para ação não é possível desconsiderar essas diferenças e fazer projeções e planos de caráter genérico. Levando em conta a distribuição desigual da oferta pública e privada dos cursos superiores de formação para a docência no interior de cada região, salta à vista a necessidade de adoção de uma estratégia de ação articulada entre as diferentes instâncias que formam os professores e as que os admitem como docentes, que, dada a sua complexidade, não pode prescindir do poder central para ser levada a bom termo. Isto só será possível com a

⁵⁶⁷ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 255.

⁵⁶⁸ *Idem*, p. 255.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 256.

⁵⁷⁰ FREIRE, Paulo. Carta de Paulo Freire aos professores. *Estud. av.*, São Paulo, v. 15, n. 42, ago. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200013&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 nov. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000200013>.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 255.

superação dos interesses partidaristas políticos mais radicais e competitivos, e mediante consensos quanto aos rumos da educação nacional, das estruturas formativas de docentes para a educação básica e dos currículos respectivos⁵⁷².

Na visão de Angelina Gatti e Elba Siqueira de Sá Barreto, as “[...] interferências sucessivas de diferentes fontes legislativas sobre o currículo da educação básica também cooperam para a desarticulação de um projeto pedagógico mais consistente”, fragmentando ainda mais o processo de profissionalização dos professores⁵⁷³. Outro fato é que

Abundam resoluções e normas que acabam por gerar remendos nos processos formativos de professores, gerando um processo entrópico, que acaba por mantê-los com formas e conteúdos já exaustivamente analisados como inoperantes quando se pensa educação de qualidade⁵⁷⁴.

Portanto, a formação de professores para a educação básica “[...] tem que partir de seu campo de prática e agregar a este os conhecimentos necessários selecionados como valiosos, em seus fundamentos e com as mediações didáticas necessárias”⁵⁷⁵.

Para isso, não bastam emendas, decretos e leis que, na prática não observem a realidade do cenário educacional que, na verdade depende de uma reforma legislativa, mas de reorganização curricular e maior valorização dos professores. Todas essas questões, obrigatoriamente, passam pela melhoria salarial e de condições de trabalho dos professores, começando, por exemplo, pelo cumprimento da Lei do Piso.

4.4 Considerações parciais

Com a chancela de constitucionalidade da Lei n. 11.738/2008, conferida pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou um piso salarial aos profissionais da educação básica brasileira, emanaram consequência políticas e normativas do julgamento.

A intenção de “salvar a Lei” é considerada louvável, visto que, como pano de fundo estava uma tentativa de melhorar a qualidade da educação no Brasil. Todavia, pode-se afirmar que a decisão está, apenas em parte, em conformidade com o texto constitucional. A Lei n. 11.738/2008 respeitou o texto constitucional, no tocante à

⁵⁷² *Ibidem*, p. 255.

⁵⁷³ *Ibidem*, p. 257.

⁵⁷⁴ GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá., *Op. cit.*, p. 257.

⁵⁷⁵ *Idem*, p. 257.

competência da União para a fixação de um piso salarial nacional, mas no tocante à disposição de pelo menos 1/3 da jornada de trabalho com atividades extraclasse (§4º do art. 2º da Lei), feriu a autonomia dos Estados, uma vez que o ajustamento à realidade não pode acontecer de cima para baixo e, portanto, seria da competência estadual.

Compartilha-se das ideias de Wilba Lúcia Maia Bernardes sobre “pseudofederalismo cooperativo”, porque foi nesse sentido que foi conduzido o julgamento da ADI 4.167. Na ocasião, os ministros reforçaram a ideia de “pseudofederalismo cooperativo” ao reafirmarem a centralização da União e desconsideraram a autonomia dos Estados para tratarem de assuntos regionais, especificamente no tocante à jornada de trabalho, no momento em que decidiram que toda a Lei n. 11.738/2008 era constitucional.

Além disso, houve um déficit de fundamentação nos argumentos dos ministros, visto que, na verdade, acabaram por aceitar o fato de colocar sob a responsabilidade dos Municípios a melhoria da qualidade da educação. Prova disso foi o não enfrentamento da questão do desequilíbrio orçamentário por alguns dos ministros, no julgamento.

E, diante dessa situação, ainda pairam dúvidas quanto à situação dos Estados: será que realmente se garantem e possuem mecanismos rápidos de respostas para implantarem o que exige a Lei n. 11.738/2008?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Educação não transforma o mundo. Educação muda pessoas.

Pessoas transformam o mundo”.

(Paulo Freire)

No Brasil, vigora um federalismo cooperativo entre os entes que compõem a Federação. Todas as possibilidades de avanço passam, necessariamente, pelo funcionamento da cooperação entre tais entes. Significa dizer: a verdadeira cooperação entre os entes federativos demanda o respeito aos dispositivos constitucionais e o federalismo é o principal instrumento para lidar com esse processo. E, além da cooperação entre os entes que compõem a federação, é preciso a definição de ações federais, por parte da União, como agente nacional.

Com base nessa estrutura, os ministros do STF, na decisão, julgaram pela centralização da União, tendo em vista que o federalismo de cooperação, no Brasil, não funciona. Especialmente no que se refere à alocação e destinação de recursos⁵⁷⁶ para a educação. Foi uma tentativa de fazer com que os Estados fossem obrigados, através da confirmação de constitucionalidade da lei e, conseqüentemente, da obrigação de cumprimento, a manter um mínimo de cooperação e, assim garantir melhores condições aos professores.

Todavia, o federalismo não trabalha com bases rígidas. São os seus arranjos que apresentam o que melhor utilizar. É preciso vivenciar na prática tais arranjos e, nesse ponto, o papel do STF é fundamental, que, ainda insiste em centralizar a atuação da União porque não há uma teoria que a Suprema Corte siga a respeito do federalismo. Nem sempre o federalismo tem que ser simétrico; às vezes, a saída para um federalismo democrático é que ele seja assimétrico. Afinal, o federalismo tem duas premissas: é normativo, mas também é um contrato e depende da adesão da comunidade nacional⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Prova disso foi a modulação dos efeitos da decisão, quando do julgamento recente dos embargos de declaração propostos pelos Estados.

⁵⁷⁷ Palestra proferida no Centro Universitário de Brasília pela professora Dra. Wilba Lúcia Maia Bernardes, cujo tema foi: Constitucionalismo e Democracia na vertente do federalismo, no dia 31.10.2013.

No que concerne ao federalismo educacional, o legislador foi taxativo ao ordenar que é dever do Estado, além da garantia do direito à educação, também a valorização dos profissionais da educação, através de Planos de Carreira e Estatutos. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) contempla que os sistemas de ensino devem garantir, dentro da jornada de trabalho do professor, o tempo reservado para estudo e planejamento. E não há como falar em qualidade da educação, sem que se garanta ao professor um tempo necessário à construção do conhecimento.

Assim, conclui-se que os ministros do STF deixaram de observar os ditames da Constituição, no tocante à repartição de competências, na tentativa de melhorar a qualidade da educação, no momento em que consideraram constitucional o dispositivo da Lei 11.738/2008, que definia como seria a jornada de trabalho dos professores. Mesmo assim, a Lei n. 11.738/2008 não está sendo cumprida pela maioria dos Estados da federação.

O trabalho também abordou a temática de como os magistrados decidem ou como deveriam decidir. Sobre essa questão, conclui-se que o intérprete não pode, a pretexto de “salvar a lei”, substituir-se ao legislador e dizer além da lei, porque isso não é ser conforme a Constituição, mas violá-la. Assim, a Lei 11.738/2008 não é de todo inconstitucional. É válida a intenção dos ministros de “salvar a lei”, mas, desde que, fixando apenas o valor do piso que é vencimento básico; tudo o mais é indevido porque o ajustamento à realidade cabe aos Estados e não à União.

No julgamento da ADI 4167 e, recentemente, dos embargos de declaração⁵⁷⁸ contra a decisão proferida no julgamento, ao fundamentarem seus votos, os ministros que, por maioria votaram pela constitucionalidade da Lei n. 11.738/08, consideraram vencedores os comandos da Constituição Federal de realização de uma educação de qualidade, esperando uma atuação conjunta dos entes federados. Entretanto, com o descumprimento da “Lei do Piso” pela maioria dos Estados, pode-se concluir que essa tendência centralizadora, não é a melhor solução, quando se trata de resolver as questões regionais, especialmente da educação.

Portanto, a decisão do STF está parcialmente em conformidade com o texto constitucional. Houve observância do texto constitucional, apenas com relação à fixação

⁵⁷⁸ Decisão de 27 de fevereiro de 2013.

de um piso salarial nacional aos professores, que é competência da União. Com relação à jornada de trabalho e à forma de sua implementação, conferiu à União tal competência, contrariando, portanto, a Constituição, por se tratar de autonomia dos Estados.

Com base nisso, conclui-se que a decisão no julgamento da ADI 4.167, não foi coerente com o texto constitucional, pois este foi suplantado em prol da melhoria da qualidade da educação que passa, necessariamente, pela melhoria das condições salariais e de trabalho dos professores. Entretanto, tal melhoria apresentada como principal argumento dos ministros, no julgamento, não ocorreu. Diante do descumprimento da lei pela maioria dos Estados brasileiros, conclui-se que, na prática, houve um déficit de legitimidade da decisão do STF, uma vez que a lei não está sendo cumprida, mesmo após a declaração de sua constitucionalidade.

Outrossim, o juiz é instituído por nós sociedade para dizer qual a interpretação válida, qual a decisão final, porque ninguém pode viver para sempre em estado de tensão. Então, o que se faz hoje é uma vigilância crítica da atuação do STF cobrando mais fundamentação, argumentos razoáveis e uma justificação mais profunda.

Deve haver respeito aos precedentes e coerência das decisões com o texto constitucional. Deve-se respeitar a Constituição, mas acima de tudo, esta deve atender às necessidades e à realidade sociais. Afinal, guardar a Constituição, não significa apenas protegê-la contra a ação do tempo, o que a faria definhar e morrer, mas, principalmente, “[...] fazê-la reagir e funcionar diante das provocações sociais, testando ao limite a sua força normativa, para ver se os seus comandos ordenam, efetivamente, o processo político ou não passam de simulacros de constituição”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁹ Conclusão da primeira aula de hermenêutica constitucional ministrada por Inocêncio Mártires Coelho no Programa de Mestrado do UniCeub no primeiro semestre de 2013.

6 REFERÊNCIAS

Doutrinárias

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política, USP, 1998.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES JR, Luís Carlos Martins. **Direitos constitucionais fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial**. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Direito constitucional brasileiro: o problema da federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos /Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Hermenêutica. **Salário mínimo é o mesmo que piso salarial?** Revista Consulex. Ano IV n° 42, junho/2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Constituição econômica e desenvolvimento:** uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Desigualdades regionais, estado e Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Dilemas do Estado federal brasileiro.** Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 2004.

_____. (Coord.) **O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias da pesquisa.** Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-18, abr./maio, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/GilbertoBercovici_Rev90.pdf.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado Nacional e no contexto do Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **A Constituição e a educação brasileira.** Revista de Informação Legislativa nº 127, Brasília: Senado Federal, Separata, jul./set. 1995. **Um ensaio de sistematização do direito educacional.** Revista de Informação Legislativa nº 131, Brasília: Senado Federal, Separata, jul./set. 1996.

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

_____. **El positivismo jurídico.** Madrid: Debate, 1993.

_____. **Teoria geral do direito:** tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Federalismo regional num país periférico.** In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Canotilho.** São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **O conceito de política pública em direito.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Giudici legislatori?** Milano: Giuffrè, 1984.

_____. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. **O problema do tempo decisório nas políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010.

CASTRO, Cláudio de Moura. **Educação brasileira: consertos e remendos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

_____. **Desenvolvimento econômico, educação e educabilidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, FENAME, 1976.

CHAÏM, Perelman. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Da Hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DERRIDA, Jacques. **O fundamento místico da autoridade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100 (especial), p. 691-713, out. 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial Del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e Conflito: Os Juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do Art. 24 da Constituição Federal**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 7, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREIRE, Paulo. Carta de Paulo Freire aos professores. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 15, n. 42, ago. 2001. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200013&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 nov. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142001000200013>.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, pp.42-3 *apud* FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. **Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.44, n.175, jul./set. 2007.

FURTADO, Celso. **Nova concepção do federalismo**. In: O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Verdade e método**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1997.

GATTI, Bernadete Angelina, BARRETO, Elba Siqueira de Sá. **Professores do Brasil: impasses e desafios**. Brasília: UNESCO, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997/2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997/2003.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista.** Brasília: UNB, 1984.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOFFE, Otfried. **Justiça política.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IOSCHPE, Gustavo. **A ignorância custa um mundo: O valor da educação no desenvolvimento do Brasil.** São Paulo: Francis, 2004.

_____. **Dilma, não desperdice nossos recursos nesse sistema educacional.** Revista Veja, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** Rio de Janeiro: Rio, 1980.

KAUFMANN, Arthur. **Hermenêutica y derecho.** Granada: Comares, 2007.

_____. **Filosofia Del derecho.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **El pensamiento jurídico contemporâneo.** Madrid: Debate, 1992.

KELSEN Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito:** tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Gulbenkian, 1969.

_____. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinando. **Que és una constitución?** Buenos Aires: Siglo Veinte, 1957.

LAPO, F. R.; BUENO, B. O. **Professores, desencanto com a profissão e abandono do magistério.** *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 118, p. 65-88, mar. 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito.** In: FARIA, J.E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz de Quadros. **Poder municipal: paradigmas para o Estado Constitucional Brasileiro.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1994/2011.

_____. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição.** Coimbra: Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra, 1974.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Brasília: UNESCO, 1997.

MOTTER, P. **A situação do magistério no Brasil: perfil dos professores da educação básica.** In: UNESCO; CONSED. *O desafio da profissionalização docente no Brasil e na América Latina.* Brasília: UNESCO, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho.** Buenos Aires: Astrea, 2003.

NÓBREGA, Maílson da. **O problema da educação não é a falta de dinheiro.** *Revista Veja*, edição 2331, ano 46. Nº 30, 24 de julho de 2013.

OLIVEIRA, Romualdo Portela, SANTANA, Wagner. **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010.

PALMER, Richard. E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório do Desenvolvimento Humano 2007/2008 – combater as alterações climáticas: solidariedade humana num mundo dividido. *In: Relatórios do Desenvolvimento Humano*, 2007. Disponível em: <<http://www.pndu.org.br/rdh/>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado**. São Paulo: Edusp/Fapesp, 2000.

_____. **Reflexões sobre as implicações da legislação de ensino na vida acadêmica**. Cadernos 3, Brasília: Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior, 1999.

REALE, Miguel. **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIBEIRO, Darcy. **Depoimento para a Revista da TV Escola**. Brasília: MEC/Secretaria de Educação a Distância. V. 2, nº2, março/abril de 1996.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

RODRIGUES PUERTO, Manuel Jesús. **Interpretación, derecho, ideología**. Granada: Comares, 2011.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SANCHIS, Luis Pietro. **Sobre Principios y normas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

_____. **Ideologia e interpretación jurídica**. Madrid: Tecnos, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Introdução à teoria da política pública**. *In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Orgs.). Políticas públicas*. Coletânea.

Vol. 1, ENAP, 2006. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SAVIANI, Demerval. **Da nova LDB ao Fundeb: por uma outra política educacional**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2008 (Coleção educação contemporânea).

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000/2008.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação**: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

STATI, Marcel. **Le standard juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne ET Moderne, 1927.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. vol.I, 21. ed. São Paulo, LTr, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VILAJOSANA, Josef. **Identificación y justificación Del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

VILLOORO, Luis. **El concepto de ideologia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giuseppe. **Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2007.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Processuais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator ministro Joaquim Barbosa. Requerentes: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e outros. Requeridos: Congresso Nacional e Presidente da República. Julgamento em 27.4.2011. Diário de Justiça de 24.8.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Embargante: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Embargado: Congresso Nacional e Presidente da República. *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CNTEE e outros. Julgamento em 27.2.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Segundos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. *Amici curiae*: Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza - SINDIFORT. Julgamento em 27.2.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceiros Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Embargante: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Embargado: Congresso Nacional e Presidente da República. *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CNTEE e outros. Julgamento em 27.2.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Quartos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Embargante: Governador do Estado de Santa Catarina. Embargado: Congresso Nacional e Presidente da República. *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CNTEE e outros. Julgamento em 27.2.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Quintos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Relator: ministro Joaquim Barbosa. Embargante: Governador do Estado do Ceará. Embargado: Congresso Nacional e Presidente da República. *Amici curiae*: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CNTEE e outros. Julgamento em 27.2.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Petição Inicial. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Parecer da Procuradoria-Geral da República. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Parecer da Advocacia-Geral da União. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Petição informativa do Senado Federal. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Petição informativa da Câmara dos Deputados. Brasília, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Petição informativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação - CNTE. Brasília, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.167*. Petição informativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino - CONTEE. Brasília, 2011.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Educação de Educação e Cultura. Autor: Senado Federal (Senador Cristovam Buarque). Relator: Deputado Severiano Alves. Brasília, 2007.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Finanças e Tributação. Autor: Senado Federal. Relator: Deputado Manoel Junior. Brasília, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.585*. Relator ministro Sepúlveda Pertence. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Brasília, Diário de Justiça de 03.04.98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.339*. Relator ministro Ilmar Galvão. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Brasília, Diário de Justiça de 01.06.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.599*. Relator ministro Gilmar Mendes. Requerente: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Interessado: Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União – SINDILEGIS. Brasília, Diário de Justiça de 14.09.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.326*. Relator ministro Roberto Barroso. Impetrante: Carlos Henrique Focesi Sampaio. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.178*. Relator ministro Luiz Fux. Impetrante: Jamil Rosa de Jesus Oliveira. Impetrado: Presidente da República e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Litisconsorte passivo: Cândido Moraes Pinto Filho. Brasília, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 470*. Plenário. Relator ministro Joaquim Barbosa. Revisor ministro Ricardo Lewandowski. Autor: Ministério Público Federal. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Brasília, 2012.

7 ANEXOS

Anexo 1

Constituição do Estado da Bahia

CAPÍTULO XII

Da Educação

[...]

Art. 244 — A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 245 — O Estado organizará, em colaboração com a União e os Municípios, o sistema público estadual de ensino, abrangendo as redes estaduais e municipais que, além do que determina a Constituição Federal, obedecerá ao seguinte:

I — observância de diretrizes comuns estabelecidas na legislação federal, estadual e no Plano Estadual de Educação;

II — exercício, pelo Poder Executivo Estadual e pelos Conselhos Estaduais e Municipais de Educação, do controle de qualidade dos serviços educacionais prestados, segundo padrões estabelecidos em lei;

III — descentralização e regionalização de ações de competência do Poder Público;

IV — integralidade de prestação dos serviços de ensino e sua intercomplementariedade nos diversos níveis;

V — colaboração entre os diferentes sistemas referidos pela Constituição Federal;

VI — universalização de normas e princípios para todo o Estado;

Parágrafo único — Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental, não podendo atuar no ensino superior, enquanto não tiverem atendidas noventa por cento das necessidades dos graus anteriores nos seus limites territoriais.

Art. 246 — É dever do Estado e dos Municípios a oferta de vagas para atender à demanda do ensino fundamental e sua manutenção.

Parágrafo único — O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou seu oferecimento irregular, importa em responsabilidade da autoridade competente.

Art. 247 — Lei disporá sobre o sistema estadual de ensino, tomando por base o dever do Estado com a educação, a ser efetivado mediante a garantia de:

I — ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II — progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

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

IV — atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, portadores de deficiência física, mental e sensorial, em período regular de oito horas, com programa suplementar de material escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

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, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

[...]

Art. 249 — A gestão do ensino público será exercida de forma democrática, garantindo-se a representação de todos os segmentos envolvidos na ação educativa, na concepção, execução, controle e avaliação dos processos administrativos e pedagógicos.

§ 1º — A gestão democrática será assegurada através dos seguintes mecanismos:

I — Conselho Estadual de Educação;

II — Colegiados Escolares.

§ 2º — O Conselho Estadual de Educação, órgão representativo da sociedade na gestão democrática do sistema estadual de ensino, com autonomia técnica e funcional, terá funções deliberativas, normativas, fiscalizadoras e consultivas.

§ 3º — A lei definirá as competências e a composição do Conselho Estadual de Educação e dos Colegiados Escolares.

Art. 250 — Lei estabelecerá o Plano Estadual de Educação, de duração plurianual, proposto pelo Poder Executivo, com vistas à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público, que conduzam aos objetivos previstos na Constituição Federal.

[...]

Art. 252 — O Poder Público dotará de infraestrutura e recursos necessários as escolas comunitárias, organizadas e geridas pela própria comunidade, sem fins lucrativos e integradas ao sistema estadual de ensino.

Parágrafo único — Caberá ao Conselho Estadual de Educação definir critérios básicos para efetivação do apoio técnico-financeiro às escolas comunitárias, bem como acompanhar e avaliar sua experiência pedagógica, juntamente com a comunidade, professores, estudantes e outros setores envolvidos.

[...]

Art. 256 — A valorização dos profissionais do ensino será garantida, na forma da lei, pelos planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos.

Parágrafo único — O Poder Público assegurará a todos os profissionais do magistério a capacitação permanente e, periodicamente, cursos de reciclagem, extensão e outros congêneres.

Art. 257 — Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser também destinados, na forma da lei, às comunitárias, confessionais ou filantrópicas, que:

I — comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II — assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Parágrafo único — Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública, na localidade de residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

Art. 258 — As transferências de recursos vinculados à educação, realizadas pelo Estado aos Municípios, serão aplicadas exclusivamente no desenvolvimento e manutenção do ensino público.

Art. 259 — Os recursos provenientes da arrecadação do salário educação deverão ser aplicados, prioritariamente, no desenvolvimento do ensino fundamental, vedada a sua utilização para compra de vagas em escolas particulares.

Art. 260 — REVOGADO.

Anexo 2

Lei Orgânica do Município de Luís Eduardo Magalhães-Ba (Lei Orgânica de 19 de Julho de 2001).

[...]

Art. 168 – A educação, dever da família e do Poder Público, inspirada nos princípios de liberdade e de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 169 – O Município atuará prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Parágrafo Único – O ensino municipal 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 a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII – valorização do profissional da educação escolar;
- VIII – gestão democrática do ensino público, na forma da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e da legislação estadual e municipal dos sistemas de ensino;
- IX – garantia de padrão de qualidade;
- X – valorização da experiência extra-escolar;
- XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Art. 170 - Ao Município compete, em regime de colaboração com a União e o Estado, a organização do seu sistema de ensino, incumbindo-se prioritariamente de:

- I – organizar, manter e desenvolver os seus órgãos e instituições oficiais de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;
- II – exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;
- III – baixar normas complementares para o sistema de ensino municipal;
- IV – autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
- V – oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, podendo atuar em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal, à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art. 171 – O sistema municipal de ensino compreende:

- I – as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público Municipal;
- II – as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada;
- III – os órgãos municipais de educação.

Art. 172 – O dever do Município com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

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

III - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

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

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

VI - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

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

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

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

§ 4º - O Município orientará e estimulará, por todos os meios, a educação física, que será obrigatória nos estabelecimentos municipais de ensino e nos particulares que recebam auxílio municipal.

§ 5º - O Município implantará atendimento médico, otorrino, oftalmológico e odontológico nas escolas municipais.

Art. 173 - O sistema de ensino municipal assegurará a todos os alunos condições de eficiência escolar.

[...]

Art. 175 - Os recursos do Município serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei federal que:

I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação do seu patrimônio a outras escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais ou ao Município no caso de encerramento de suas atividades.

Parágrafo Único - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudos para o ensino fundamental, médio e superior, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Município obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

[...]

Art. 177 - A lei regulará a composição, o funcionamento e as atribuições do Conselho Municipal de Educação e do Conselho Municipal de Cultura.

Art. 178 - O Município aplicará, anualmente, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida e proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, observadas as disposições do art. 60 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

Art. 179 - Ao Município, em parceria com a União e o Estado, compete proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência. [...]

Anexo 3**PROJETO DE LEI 8.035/2010 EM TRAMITAÇÃO**

Aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020 (PNE - 2011/2020) constante do Anexo desta Lei, com vistas ao cumprimento do disposto no art. 214 da Constituição.

Art. 2º São diretrizes do PNE - 2011/2020:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - superação das desigualdades educacionais;
- IV - melhoria da qualidade do ensino;
- V - formação para o trabalho;
- VI - promoção da sustentabilidade sócio-ambiental;
- VII - promoção humanística, científica e tecnológica do País;
- VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto;
- IX - valorização dos profissionais da educação; e
- X - difusão dos princípios da equidade, do respeito à diversidade e a gestão democrática da educação.

Art. 3º As metas previstas no Anexo desta Lei deverão ser cumpridas no prazo de vigência do PNE - 2011/2020, desde que não haja prazo inferior definido para metas específicas.

Art. 4º As metas previstas no Anexo desta Lei deverão ter como referência os censos nacionais da educação básica e superior mais atualizados, disponíveis na data da publicação desta Lei.

Art. 5º A meta de ampliação progressiva do investimento público em educação será avaliada no quarto ano de vigência dessa Lei, podendo ser revista, conforme o caso, para atender às necessidades financeiras do cumprimento das demais metas do PNE - 2011/2020.

Art. 6º A União deverá promover a realização de pelo menos duas conferências nacionais de educação até o final da década, com intervalo de até quatro anos entre elas, com o objetivo de avaliar e monitorar a execução do PNE - 2011-2020 e subsidiar a elaboração do Plano Nacional de Educação para o decênio 2021-2030.

Parágrafo único. O Fórum Nacional de Educação, a ser instituído no âmbito do Ministério da Educação, articulará e coordenará as conferências nacionais de educação previstas no **caput**.

Art. 7º A consecução das metas do PNE - 2011/2020 e a implementação das estratégias deverão ser realizadas em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 1º As estratégias definidas no Anexo desta Lei não elidem a adoção de medidas adicionais em âmbito local ou de instrumentos jurídicos que formalizem a cooperação entre os entes federados, podendo ser complementadas por mecanismos nacionais e locais de coordenação e colaboração recíproca.

2º Os sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão prever mecanismos para o acompanhamento local da consecução das metas do PNE - 2011/2020 e dos planos previstos no art. 8º.

§ 3º A educação escolar indígena deverá ser implementada por meio de regime de colaboração específico que considere os territórios étnico-educacionais e de estratégias que levem em conta as especificidades socioculturais e lingüísticas de cada comunidade, promovendo a consulta prévia e informada a essas comunidades.

Art. 8º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas no PNE - 2011/2020, no prazo de um ano contado da publicação desta Lei.

§ 1º Os entes federados deverão estabelecer em seus respectivos planos de educação metas que considerem as necessidades específicas das populações do campo e de áreas remanescentes de quilombos, garantindo equidade educacional.

§ 2º Os entes federados deverão estabelecer em seus respectivos planos de educação metas que garantam o atendimento às necessidades educacionais específicas da educação especial, assegurando sistema educacional inclusivo em todos os níveis, etapas e modalidades.

Art. 9º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aprovar leis específicas disciplinando a gestão democrática da educação em seus respectivos âmbitos de atuação no prazo de um ano contado da publicação desta Lei.

Art. 10. O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão ser formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias do PNE - 2011/2020 e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução.

Art. 11. O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB será utilizado para avaliar a qualidade do ensino a partir dos dados de rendimento escolar apurados pelo censo escolar da educação básica, combinados com os dados relativos ao desempenho dos estudantes apurados na avaliação nacional do rendimento escolar.

§ 1º O IDEB é calculado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, vinculado ao Ministério da Educação,

§ 2º O INEP empreenderá estudos para desenvolver outros indicadores de qualidade relativos ao corpo docente e à infraestrutura das escolas de educação básica.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Anexo 4**LEI Nº 12.858, DE 9 DE SETEMBRO DE 2013.**

Dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, com a finalidade de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal; altera a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a destinação para as áreas de educação e saúde de parcela da participação no resultado ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal.

Art. 2º Para fins de cumprimento da meta prevista no inciso VI do caput do art. 214 e no art. 196 da Constituição Federal, serão destinados exclusivamente para a educação pública, com prioridade para a educação básica, e para a saúde, na forma do regulamento, os seguintes recursos:

I - as receitas dos órgãos da administração direta da União provenientes dos royalties e da participação especial decorrentes de áreas cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido a partir de 3 de dezembro de 2012, relativas a contratos celebrados sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

II - as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios provenientes dos royalties e da participação especial, relativas a contratos celebrados a partir de 3 de dezembro de 2012, sob os regimes de concessão, de cessão onerosa e de partilha de produção, de que tratam respectivamente as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, 12.276, de 30 de junho de 2010, e 12.351, de 22 de dezembro de 2010, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva;

III - 50% (cinquenta por cento) dos recursos recebidos pelo Fundo Social de que trata o art. 47 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, até que sejam cumpridas as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação; e
IV - as receitas da União decorrentes de acordos de individualização da produção de que trata o art. 36 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

§ 1º As receitas de que trata o inciso I serão distribuídas de forma prioritária aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que determinarem a aplicação da respectiva parcela de receitas de royalties e de participação especial com a mesma destinação exclusiva.

§ 2º A Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP tornará público, mensalmente, o mapa das áreas sujeitas à individualização da produção de que

trata o inciso IV do caput, bem como a estimativa de cada percentual do petróleo e do gás natural localizados em área da União.

§ 3º União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicarão os recursos previstos nos incisos I e II deste artigo no montante de 75% (setenta e cinco por cento) na área de educação e de 25% (vinte e cinco por cento) na área de saúde.

Art. 3º Os recursos dos royalties e da participação especial destinados à União, provenientes de campos sob o regime de concessão, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, cuja declaração de comercialidade tenha ocorrido antes de 3 de dezembro de 2012, quando oriundos da produção realizada no horizonte geológico denominado pré-sal, localizados na área definida no inciso IV do caput do art. 2º da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, serão integralmente destinados ao Fundo Social previsto no art. 47 da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010.

Art. 4º Os recursos destinados para as áreas de educação e saúde na forma do art. 2º serão aplicados em acréscimo ao mínimo obrigatório previsto na Constituição Federal.

Art. 5º O § 1º do art. 8º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 8º [...].

§ 1º As vedações constantes do caput não se aplicam:

I - ao pagamento de dívidas para com a União e suas entidades;

II - ao custeio de despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas a pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério em efetivo exercício na rede pública.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.