

**OS ESTADOS E O DIREITO A EDUCACAO NA CONSTITUICAO DE 1988 -
COMENTÁRIOS ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Nina Beatriz Stocco Ranieri*

Ao estudarmos o direito à educação no sistema jurídico brasileiro observamos um notável avanço em sua proteção e promoção a partir da Constituição Federal de 1988, não só com referência às Constituições brasileiras anteriores como também em relação à garantia dos demais direitos sociais.

Essas previsões produzem importantes conseqüências jurídicas e políticas, em termos de agregação do interesse público em âmbito nacional, que podem ser identificadas, pelo menos, em dois aspectos principais. O primeiro diz respeito ao pacto federativo, no qual se instala uma forma de cooperação efetiva e eficaz no campo educacional, o segundo à afirmação da dimensão democrática do direito à educação. Ambos aspectos se inter-relacionam na medida em que o dever do Estado se efetiva por meio de ações integradas e coordenadas de todos os entes federados, insinuando um federalismo cooperativo, com resultados altamente positivos para a ampliação do exercício do direito à educação, em seus diferentes níveis, tanto na esfera pública quanto na privada.

De fato, dentre as inúmeras transformações operadas no Brasil após a edição da Constituição de 1988, destaca-se o considerável progresso dos níveis educacionais da população em geral e dos jovens em particular, tendo-se alcançado, praticamente, a universalização do ensino fundamental¹. Dados do recente estudo da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura -UNESCO sobre os primeiros anos

* Professora Doutora do Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora da Cátedra Unesco de Direito à Educação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Conselho de Educação do Estado de São Paulo. Exerce atualmente as funções de Secretária Adjunta de Ensino Superior do Estado de São Paulo.

¹ Cf. INEP/Ministério da Educação. Censo Escolar - 2006, que aponta aproximadamente 56 milhões de matrículas na Educação Básica.

da educação fundamental no Brasil – “Uma Visão dentro de Escolas Primárias”² – demonstram, igualmente, que apenas 10% dos estudantes no Brasil se encontram hoje em escolas privadas e que um em cada dois alunos encontra-se matriculado em escolas cuja maioria, ou todos os alunos, são provenientes de famílias com pais que não haviam completado a educação primária.

Não há dúvida de que esse resultado advém do enfrentamento público de questões recorrentes da educação brasileira, tais como universalização, financiamento, garantias de acesso e permanência na escola, qualidade do ensino, dentre outras. A atuação do Poder Público nos últimos anos vinte anos assume especial relevância quando consideramos o atraso secular da educação no Brasil, notadamente da educação pública, em comparação a outros países da América Latina, como a Argentina e o Uruguai, que já no início do século XX haviam universalizado a educação fundamental.³

A participação dos Estados e Municípios nesse processo tem sido significativa, podendo-se concluir que a discriminação de competências educacionais promovida pela Constituição Federal - ao combinar a atribuição de encargos educacionais aos entes federados, em grau de generalidade crescente, com a obrigatoriedade de aplicação de percentuais fixos da receita de impostos no financiamento da educação - tem sido eficaz. Este modelo beneficia-se da organização federativa dos sistemas de ensino no Brasil, levando em conta o princípio da descentralização normativa e executiva que lhe é inerente.

Do ponto de vista jurídico, inúmeros são os aspectos que podem ser analisados a respeito da organização federativa dos sistemas de ensino e de seus efeitos na ampliação dos meios de acesso e permanência na escola. Um dos mais complexos é o das competências legislativas concorrentes dos Estados-membros, devido à tênue distinção entre normas gerais e normas suplementares de educação, até porque, neste campo, a distinção entre o interesse nacional e o regional é praticamente inexistente. O

² Cf. www.unesco.org.br. Acesso em 10/06/08.

³ Cf. FAUSTO, Boris e Fernando Devoto. Brasil e Argentina - Um Ensaio de Historia Comparada (1850-2002), São Paulo, Editora 34, 2004, pp. 50 e seguintes. MARCÍLIO, Maria Luíza, História da Educação em São Paulo e no Brasil, São Paulo, 2005, Imprensa Oficial, dentre outros autores.

tema torna-se ainda mais árduo quando se trata de analisar a intervenção dos Estados-membros no domínio econômico, em circunstâncias nas quais a matéria de direito econômico ou do consumidor se sobrepõe à educacional.

Este artigo visa demonstrar, em linhas gerais, a problemática inerente à atuação legislativa dos Estados na educação, por via da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal- STF, em situações de controle abstrato de constitucionalidade. O objetivo é identificar as dificuldades jurídicas de implantação do programa normativo assumido pela Constituição Federal de 1988 nessa área, sob a ótica federativa.

A relevância do tema para o Estado Democrático de Direito revela-se no fato de que a educação consiste tanto em direito individual como direito coletivo, além de ser uma habilitação de caráter instrumental. Essas duas dimensões, inter-relacionadas, permitem a difusão da democracia, dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, valores cruciais no mundo contemporâneo.

A forma democrática de vida, disse Anísio Teixeira, “ (...) funda-se no pressuposto de que ninguém é tão desprovido de inteligência que não tenha contribuição a fazer às instituições e à sociedade a que pertence (...)”⁴. Tal crença, prossegue, equivale a uma hipótese político-social que, para se confirmar, exige da sociedade que ofereça, a todos os indivíduos, acesso aos meios de desenvolver suas capacidades, a fim de habilitá-los à maior participação possível nos atos e instituições em que transcorra sua vida, participação que é essencial à sua dignidade de ser humano.⁵

I- O Direito a Educação na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Brasileira, ao definir o dever do Estado com a educação (art. 205) e o seu comprometimento com o desenvolvimento nacional e com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º), individualiza a educação - direito de todos - como bem jurídico, dado o seu papel fundamental para o desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

⁴ Cf. A Educação é um Direito, São Paulo, 1968, Cia. Editora Nacional, p. 13.

⁵ Op. Cit, p. 14.

Nesse sentido, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito subjetivo (art. 208, § 1º), assegurando a sua universalização, bem como a progressiva universalização do ensino médio sob a égide da equidade (art. 206), dentre outros princípios que orientam a atividade educacional.

Para garantir o exercício do direito, no que diz respeito ao dever do Estado, a Constituição, discrimina encargos e competências precisas para os sistemas de ensino da União, dos Estados e dos Municípios (art. 211), e os correspondentes percentuais da receita de impostos para aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 22, XXIV, 24, VIII, 30, VI, 208 e 212).

Neste modelo, a partir da ênfase à competência genérica comum, dá-se a indicação dos níveis de atuação prioritária, mas não exclusiva, para cada esfera de governo, à exceção do federal, o que reclama e evidencia a necessidade de organização dos respectivos sistemas em regime de colaboração, especialmente enfatizado com referência ao ensino obrigatório. Assim, compete aos Municípios atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, aos Estados e Distrito Federal no ensino fundamental e médio, e à União atuar supletivamente para garantir a equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em todos os níveis de ensino (art. 211, §1º).

A competência coordenadora da União em matéria de política nacional de educação é reforçada, na legislação infra-constitucional, pelo art. 8º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB (Lei 9.394, de 20/12/96), visando articular os diferentes níveis (básico e superior) e sistemas de ensino. Esta previsão complementa a norma genérica dos §§ 2º e 3º do art. 211, o que significa que, sob a coordenação da União, todos os entes políticos atuarão na educação infantil, e no ensino fundamental, médio e superior, atendida a seguinte regra: Municípios prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; Estados e Distrito Federal no ensino fundamental e médio; sendo que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará a responsabilidade da autoridade competente (art. 208, §3º)

Em razão de a Constituição Federal não ter indicado nenhum nível de ensino para a atuação prioritária da União, reforça-se a sua ação supletiva e redistributiva em todos os níveis. Considerando-se o amplo escopo desta atribuição (todos os níveis de ensino), fica claro que à União compete oferecer o ensino superior à ausência do seu oferecimento pelas demais esferas de governos. Como estas devem se ocupar prioritariamente da educação básica, a competência da União, em relação ao ensino superior, é residual.

Cabe também à União intervir nos Estados e no Distrito Federal, em hipótese de não aplicação, na educação, do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, na forma do art. 34, VII, “e”, organizar o seu sistema de ensino e o dos territórios (art. 211, § 1º), financiar as instituições de ensino público federais; autorizar e avaliar os estabelecimentos de ensino de seu sistema (art. 206, VII), inclusive os particulares (art. 209, II).

Para os Estados, o Distrito Federal e Municípios, restam os encargos federativos de execução dos planos nacional e estaduais de educação, à vista do dever do Estado para com a educação (CF, art. 205), e por força dos artigos 10 e 11, da LDB. Há também os encargos de organização, manutenção e desenvolvimento dos respectivos sistemas de ensino, em relação aos quais deverá ser aplicado, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos (na forma do art. 212); e, no âmbito destes, a autorização e avaliação das instituições de ensino.

No plano das competências legislativas reserva-se à União competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV), e para estabelecer o plano nacional de educação (art. 214), e competência concorrente à dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (CF, art. 24, IX). A competência dos Estados e Municípios, neste cenário, é bastante restrita, posto que remanescente, limitada a baixar normas complementares para os respectivos sistemas de ensino.

Para suportar tais encargos foram garantidos recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino, por meio de vinculação de receita tributária, na forma do art. 212: a União aplicará anualmente nunca menos de 18% (dezoito por cento); os

Estados e Municípios 25% (vinte e cinco por cento), no mínimo, aí incluída a receita proveniente das transferências.

No campo do financiamento da educação obrigatória, além da previsão do art. 167, IV, que permite a vinculação da receita de impostos para a manutenção e desenvolvimento do ensino, instituiu-se um eficiente sistema de distribuição de recursos públicos, baseado no número de matrículas em educação básica, nas redes estaduais, municipais e do Distrito Federal. A distribuição foi assegurada inicialmente pelo Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (Emenda Constitucional no. 14, de 12/09/96), posteriormente ampliado para incluir a educação infantil e o ensino médio, no hoje denominado Fundo de Desenvolvimento do Ensino Básico – FUNDEB (art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação da Emenda Constitucional no. 53, de 19/12/06).

A Constituição Federal também prevê a destinação de recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, em caráter de fomento, atendidas as condições fixadas nos seus incisos do art. 213. Esta previsão, por evidente, deve ser conjugada à do art. 205 no qual, expresso o dever do Estado para com a educação, indica-se a necessária colaboração da sociedade, o que se reforça em face do art. 209, que permite o oferecimento do ensino pela iniciativa privada, observadas as normas gerais de educação e de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

No que diz respeito ao exercício do direito à educação, já assegurado indiretamente pelo conjunto das previsões constitucionais antes indicadas, merecem destaque o seu reconhecimento como direito individual e a qualificação do ensino fundamental como direito público subjetivo, tal como previsto nos arts. 205 e 208 §1º respectivamente. Tais previsões facultam ao indivíduo, aos grupos ou categorias, às associações, entidades de classe, organizações sindicais ou entes estatais personalizados, como é o caso do Ministério Público, demandar a garantia ou tutela do interesse individual, coletivo ou público, por intermédio dos mecanismos previstos na própria

Constituição Federal, como a ação civil pública, mandado de segurança, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dentre outros.⁶

Notamos, ainda, a extensão da titularidade do direito subjetivo à educação a grupos de pessoas indeterminadas, como as gerações futuras, por exemplo. É o que se comprova, a partir da previsão do art. 6º, em face do conteúdo do art. 210 (relativo aos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais), e de seu § 2º (que, como exceção à regra geral de utilização da língua portuguesa no ensino fundamental, assegura às comunidades indígenas a utilização de línguas maternas).

Além disso, o direito à educação beneficia-se das garantias constitucionais próprias aos direitos e garantias fundamentais, expressas no § 1º, do art. 5º e do §IV, inciso IV, do art. 60, e também das normas internacionais relativas a direitos humanos, conforme assegura o §2º, do art. 5º.

De todas as disposições constitucionais apontadas resultam, inequivocamente, avanços relevantes na promoção, proteção e exercício do direito à educação, em benefício da ampliação das possibilidades de participação do indivíduo na elaboração dos valores da sociedade a que pertence, como já indicado.

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria educacional tem acompanhado esta evolução, sendo inegável a ampliação da atuação da Corte no que concerne à implementação de políticas públicas educacionais, em particular no que se refere à educação infantil e fundamental, de competência dos Municípios.⁷

No que diz respeito às competências concorrentes dos Estados-membros, entretanto, tem se mostrado dúbia, não sedimentada, sendo razoável supor que o baixo número de demandas levado ao conhecimento da Corte e as dificuldades inerentes à efetivação de direitos sociais contribuam para tanto. Contudo, de modo geral, apesar da

⁶ Cf. a propósito, RANIERI, Nina, *Direito ao desenvolvimento e direito à educação - relações de realização e tutela*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 2, n. 6, 1994, pp. 124-134.

⁷ Cf. AI 455802 (Relator Min. Marco Aurélio, DOU de 05.03.2004), AI 411518 (Relator Min. Marco Aurélio, DOU de 03.03.2004), AI 475571-8 (Relator Min. Marco Aurélio, DOU de 31.03.2004), RE 401880 (Relator Min. Eros Grau, DOU de 28.09.2004), RE 402024 (Relator Min. Carlos Velloso, DOU de 27.10.2004), RE 410715 (Relator Min. Celso de Mello, DOU de 08.11.2005), RE 438493 (Relator Min. Joaquim Barbosa, DOU de 12.12.2005), RE 293412 (Relator Min. Eros Grau, DOU de 29.05.2006).

pouca margem de ação legislativa deixada aos Estados pela Constituição Federal, observamos que entre ambigüidades, avanços e retrocessos, a garantia dos meios de acesso e permanência na escola têm sido ampliados.

É o que passamos a demonstrar, com a observação de que a escolha dos acórdãos deve-se às particularidades do caso analisado, bem como à qualidade do debate realizado no Plenário do STF, sem pretender exaurir todas as decisões referentes ao tema.

II – O Supremo Tribunal Federal e as competências concorrentes em matéria educacional.

2.1- O caso das mensalidades escolares. Garantia dos meios de acesso e permanência na escola e iniciativa privada.

ADIn 1.007-7. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requeridos: Governador do Estado de Pernambuco e Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco. O Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, pela procedência da ação, acompanhando o voto do Relator, Min. Eros Grau.⁸

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN pleiteou a declaração de inconstitucionalidade da Lei 10.989/93, do Estado de Pernambuco, que fixava o último dia do mês, em que ocorreria a prestação dos serviços educacionais, para o pagamento das mensalidades escolares.

O Governador do Estado em sua manifestação, asseverou que, dada a inexistência de lei federal que disponha sobre a oportunidade do pagamento das mensalidades escolares, o Estado Pernambucano exerceu a competência legislativa plena. A Assembléia Legislativa, por sua vez, fez notar que a lei impugnada propunha-

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA, Min Relator Eros Grau, DOU de 24.02.2006.

se, tão somente, a evitar o privilégio, das escolas, de receber antecipadamente a remuneração pelos serviços prestados.

A Corte não vislumbrou, no texto normativo, legislação sobre educação ou ensino, mas matéria de direito contratual, de competência privativa da União. Afastou também, na situação examinada, eventual relação de consumo, o que ensejaria a competência concorrente do Estado, na forma do art. 24, V, da Constituição Federal. O argumento central, nos votos vencedores (Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, César Peluso e Eros Grau), foi o de que não seria viável instituir tratamento diferenciado para o vencimento de obrigações, sob o manto das peculiaridades estaduais, não obstante eventuais abusos do poder econômico (matéria já enfrentada pela Corte, no início dos anos 90, em face de lei federal).

Chamam atenção, nos debates, as distinções feitas pelo Min. Eros Grau entre “cidadão” e “agente econômico”, em face da relação contratual que se instaura perante as instituições de educação privadas:

“(…) a relação contratual de que se cuida não é travada entre prestador de serviço e mero consumidor, porém aquele e usuário de serviço público, isto é, cidadão. Daí porque não há pura e simplesmente, na hipótese, uma relação de consumo, o que ensejaria a ponderação do disposto no Art. 24, inciso V, da Constituição do Brasil. As relações de consumo são acessíveis unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação bem diversa daquela em que se situa o cidadão usuário do serviço público.” (p. 15)

E mais: “ (...) Não posso reduzir o cidadão a um agente econômico que tem direitos porque travou relações com um produtor de bens ou de serviços e que, atuando no mercado e tendo pago o custo, o preço desses bens, desses serviços, merece proteção jurídica. Não! A proteção jurídica que o usuário do serviço público merece do ordenamento jurídico é anterior ao seu ingresso no mercado. Ele a obtém na medida em que participa, como cidadão, do Estado. “ (p. 19)

Não concordando com esta posição, o Min. Carlos Britto manifestou-se no sentido de “ (...) que o cidadão, o consumidor e o usuário de serviço público merecem proteção do Estado, cumulativamente. Uma coisa não exclui a outra. A ordem jurídica

protege o cidadão, o consumidor e o usuários, cumulativamente.“ Propôs, ainda, que o Estado tome decisões de mercado, e que saia em defesa do consumidor, principalmente do consumidor de atividade educacional, que é um direito social (p. 20 e segs.). O entendimento foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, para reconhecer a possibilidade de interferência estatal no âmbito das relações firmadas entre os donos de estabelecimentos educacionais e os pais de alunos, a fim de proteger e salvaguardar o direito à educação (p. 30 e seguintes).

Neste caso, ainda que não seja ampliada a proteção do direito à educação, a oposição que se instala entre as duas correntes contribui para promover o necessário debate acerca das relações de mercado no campo da educação, no que concerne à regulação de abusos do poder econômico e das relações de consumo.

Para a primeira corrente, impõe-se a prevalência da matéria contratual, de caráter geral e de competência da União, uma vez que o sistema de produção, fundado em contratos, padeceria de insegurança jurídica se perturbado por diferentes normas, em diferentes Estados. Por outro lado, percebemos no voto do Relator e em suas manifestações posteriores, que a categorização da educação como “serviço público”, não privativo do Estado, visa, exatamente, fazer com que a matéria “sub examine” transcenda o campo meramente contratual da iniciativa privada, de tal forma que se imponha indubitavelmente a natureza pública da educação. Esta posição, de resto sempre adotada pelo Min. Eros Grau, não é aqui considerada suficiente para fundamentar a constitucionalidade da legislação estadual, como ocorreu em outros casos.

Para a segunda corrente, os problemas relacionados às mensalidades escolares envolvem diretamente o direito à educação e, conseqüentemente, à cidadania, o que não exclui, como vimos, a defesa do consumidor. Sua regulação, portanto, favoreceria a proteção dos alunos, principalmente dos carentes.

Não há dúvida de que esta última posição, ainda que minoritária, apresenta, de forma mais simples, maior garantia de acesso à educação. A natureza pública da educação advém de seu caráter democrático, em benefício da ampliação das possibilidades de exercício da cidadania, independentemente de sua conceituação como

serviço público. Ademais, o ensino, na iniciativa privada, esta condicionado pela atividade estatal de controle e avaliação, bem como pelo atendimento de normas gerais, nos termos do art. 209 da Constituição.

O mesmo debate já havia sido desenvolvido anteriormente, por ocasião do julgamento da ADIn 1.266-5, com resultados diferentes como veremos a seguir.

2.2- O caso do material escolar. Garantia de acesso e permanência na escola e iniciativa privada.

ADIn 1.266-5/BA. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requeridos: Governador do Estado da Bahia e Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. O Tribunal Pleno, por maioria de votos, acompanhou o voto do Relator, Min. Eros Grau, para julgar improcedente a ação.⁹

A CONFENEN, com fundamento no art. 103, IX, da Constituição Federal, requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei no. 6.586/94, do Estado da Bahia, que regulamenta a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino particulares de educação básica.

A finalidade da lei consistia em assegurar ao aluno, e a seus responsáveis, garantias de acesso e permanência na escola, especificamente em relação ao material a ser utilizado durante o período letivo, tais como: ciência da quantidade, vedação da indicação de preferência por marca ou modelo de qualquer item; possibilidade de entrega do material em uma única vez ou de forma parcelada etc.

A propósito, afirmou o Relator: “(...) que os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São, porem, sem sombra de dúvida, serviço público. O Estado membro detém competência para legislar sobre a matéria, nos termos

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA, Min. Relator Eros Grau, DOU de 23.09.2005.

do art. 24, IX, da Constituição.” (ADIN 1.266-5, p. 102). De outra parte, sustentou o Ministro Joaquim Barbosa, em apoio à tese de que embora a educação não tenha a natureza de serviço público, tal como sustentado pelo Relator, remanesce a competência concorrente do Estado para legislar sobre educação, dada a sua natureza de direito fundamental (p.107).

Neste caso, a Corte afirmou a competência concorrente dos Estados-membros, em benefício da maior proteção aos direitos fundamentais, mesmo interferindo em relações privadas. Em situações análogas, pronunciou-se posteriormente no mesmo sentido, como demonstram os acórdãos proferidos na ADIn 682-7, relativa à Lei 9.346/90 do Estado do Paraná, DJ 11/05/07, e na ADIn 3.669-6, relativa à Lei Distrital no. 3.694, de 08/11/05, D. J. 29/06/2007, dentre outras.

Importante notarmos que o entendimento da Corte, neste caso, não se constituiu em precedente para o julgamento da ADIn 1.007-7/PE, antes comentada. Aqui, entendeu-se que o disposto no art. 209 da Constituição Federal, relativo à liberdade de ensino conferida à iniciativa privada, não fora afrontado pelo Estado da Bahia, com exceção do voto do Min. Marco Aurélio (p. 104).

O mais curioso é que a argumentação do relator, acerca da natureza jurídica da educação, como de serviço público não privativo, embora não fosse acolhida pelos demais Ministros, constituiu o fundamento de seu voto, para afastar a ingerência indevida da lei estadual no domínio privado.

Tanto neste caso como no anterior, o debate acerca deste ponto específico – educação como serviço público não privativo – produziu posicionamentos diversos e inconclusivos, posto não ser o objeto específico da questão levada à corte.

O Min. Carlos Britto, por exemplo, entendeu que “saúde pública e educação são atividades ambivalentemente estatais e privadas, ou seja, mistamente públicas e privadas, porque admitem duas titularidades, os dois senhorios”, excluindo ambas da área dos serviços públicos, até porque o art. 175 da Constituição Federal deixa claro que serviço público é aquele titularizado pelo Estado (pp. 105-6). Já o Min. Sepúlveda Pertence concluiu que, em termos constitucionais, “o ensino privado não é serviço público; é uma atividade privada, mas porque imbricada com o direito à educação,

sujeita a regulamentações públicas.” (p. 107). Para o Min. Joaquim Barbosa “a fundamentalidade desse direito é que leva à legitimação da atuação do Estado, no sentido de disciplinar essa prestação.” (p. 108). O Min. Gilmar Mendes, por outro lado, manifestou-se no sentido de que não é necessário converter a educação em serviço público, nem chegar a um meio termo, “porque é comum o entendimento de que é passível de regulação a matéria por parte do Estado.” (p. 108).

Ao que tudo indica, esse debate deve se reproduzir em situações análogas. O problema que se põe nessa definição diz respeito à tormentosa conciliação entre Estado de Direito e Estado Social.

O Estado de Direito é um conceito formalmente jurídico, não o sendo do Estado Social. As limitações do primeiro são de natureza técnica, voltadas à preservação do dualismo Estado/sociedade, do que resulta a circunscrição do fenômeno do poder ao seu contorno constitucional. No Estado Social, ao contrário, pressupõe-se um Estado politicamente ativo, que desempenha funções interventivas, e que praticamente desconhece aquele dualismo. Em o desconhecendo, é até mesmo possível que algumas intervenções venham a ultrapassar os limites de controle do Estado de Direito, alterando o caráter geral das normas em nome da legitimação de aspirações sociais, e relativizando as suas funções de bloqueio do modelo constitucional tradicional.¹⁰

Observamos a mesma situação no caso a seguir comentado.

2.3- O caso da meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Garantia de acesso à educação e intervenção no domínio econômico.

ADIn 1.950-3/SP. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC.
Requerido: Governador do Estado de São Paulo e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. O Tribunal Pleno, por maioria de votos, acompanhou o voto do Relator, Min. Eros Grau, para julgar improcedente a ação.¹¹

¹⁰ Cf. Ranieri, Nina – Educação Superior, Direito e Estado. São Paulo, EDUSP/FAPESP, 2000, p. 269.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO.

Na **ADIn 1.950-3**, relativa à Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo (03/11/05), volta a ser debatida a intervenção do Estado na ordem econômica, em face do dever de garantir o acesso à educação e à cultura (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217), com resultado favorável à ampliação do direito à educação.

A referida lei assegura aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de educação básica do Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Entendendo haver afronta aos arts. 170 e 174 da Constituição Federal, por indevida intervenção do Estado – membro no domínio econômico, a Confederação Nacional do Comércio - CNC propôs a ação direta.

Desta feita, em oposição às razões que determinaram a inconstitucionalidade da lei pernambucana antes comentada (ADIn 1007), a Corte reconheceu a prevalência do direito à educação sobre a livre iniciativa, bem como a constitucionalidade da competência concorrente estadual, nos termos do art. 24, I, por maioria de votos, nos termos do voto do relator, Ministro Eros Grau.

Asseverando não se tratar de matéria de direito civil – como ocorrera no caso da lei pernambucana – posicionou-se o Ministro Eros Grau pela preservação do interesse da coletividade no seguinte sentido:

“No caso, se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado membro a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, §3º, da Constituição). Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios do lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito de acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades.” (p. 63)).

INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, Min. Relator Eros Grau, DOU de 02.06.2006.

Nos debates, salientam-se as posições contrárias dos Ministros Marco Aurélio e César Peluso, por vislumbrarem interferência indevida do Estado, manifestada pelo tabelamento do valor de prestação de contrato. Notável o contra-argumento apresentado pelo relator às observações do Ministro Peluso, afirmando que a meia-entrada faz parte da cultura brasileira e, portanto, deve ser mantida, no que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence (fls. 73 e 74).

2.4- O caso dos cursos de graduação na área da saúde. Competência concorrente e organização federativa dos sistemas de ensino.

ADIn 3.098/SP. Requerente Governador do Estado de São Paulo. **Requerido:** Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. O Tribunal Pleno, por inanimidade, julgou procedente a ação.¹²

Neste caso, diversamente dos anteriores, o STF apreciou matéria na qual não se manifestava tão equívoca a conciliação entre Estado de Direito e Estado Social. A flagrante inconstitucionalidade facilitou o posicionamento da Corte, fundado em normas educacionais, exclusivamente.

A Lei 10.860, de 31.08.2001, do Estado de São Paulo, estabeleceu requisitos para criação, autorização de funcionamento, avaliação e reconhecimento dos cursos de graduação na área da saúde, das instituições públicas e privadas de educação superior, determinando que os pedidos de criação dos referidos cursos, por universidades e demais instituições de educação superior, deveriam ser encaminhados ao Conselho Estadual de Educação e submetidos à prévia avaliação do Conselho Estadual de Saúde.

Sustentou o requerente afronta aos arts. 22, XXIV, e 24, IX, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, por violação da competência da União e, por consequência, contrariedade ao art. 209, da Constituição Federal. Este entendimento foi acompanhado

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EMENTA: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. LEI 9.394, DE 1996. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE: CF, ART. 24. COMPETÊNCIA ESTADUAL CONCORRENTE NÃO-CUMULATIVA OU SUPLEMENTAR E COMPETÊNCIA CONCORRENTE ESTADUAL CUMULATIVA, Min. Relator Carlos Velloso, DOU de 10.03.2006.

pelo Relator Min. Carlos Velloso, que confirmou ter a lei estadual excedido a competência concorrente suplementar, uma vez que editada quando já existente a lei de diretrizes e bases e sem qualquer conexão a peculiaridades locais. Além disso, dispunha sobre instituições que não integravam o sistema de ensino paulista, invadindo a esfera de competências da União. Nesses termos, claro estava que a Lei 10.860, de 31.08.2001, do Estado de São Paulo não cuidava de matéria de competência concorrente suplementar ou de competência plena, em virtude de lacuna.¹³

Destaca-se no voto do Relator a clareza da análise do art. 24, da Constituição Federal, quanto às hipóteses em que o direito federal afasta o direito estadual de suplementação e em que a legislação estadual preenche a lacuna deixada pela legislação federal, exercendo competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades. “In casu”, a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394, de 20/12/96) afastou a possibilidade da lei estadual cuidar da matéria.

A propósito, o Ministro Nelson Jobim apontou “uma espécie de reserva de mercado paulista em relação à autorização desses cursos, entrando exatamente no sistema. [o que] Criaria uma situação curiosa: as universidades federais estariam sujeitas à autorização do Conselho de Saúde.” (fls. 117).

Nos debates, por sua vez, destaca-se a posição do Ministro Carlos Britto, restritiva em relação ao âmbito da competência concorrente dos Estados no que diz respeito à atuação da iniciativa privada na área educacional, mercê do art. 209, I, da Constituição. No seu entender, a exigência de atendimento das normas gerais de educação nacional excluiria os Estados da competência legiferante para conformar a atividade privada em tema de ensino (fls. 116).

Esta é uma posição isolada que, se sedimentada, criaria dificuldades para os Estados membros normatizarem os seus respectivos sistemas de ensino (que na educação básica, incluiu as instituições privadas de ensino, cf. art. 17 da

¹³ Situação análoga foi igualmente examinada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.399-8, São Paulo, em face da Lei Estadual no. 9.164/95, que estabelecia a exigência de formação específica par o exercício do magistério. Rel. Min. Maurício Correa, m.v., j. 03/03/2004, DJU 11/06/2004.

LDB), conforme assegurado pelo art. 10, V, da LDB, e para fazer frente aos encargos decorrentes da previsão do art. 23, V da Constituição Federal.

2.5 – O caso da expedição de certificado de conclusão do ensino médio independentemente do número de aulas freqüentadas por alunos do 3º. Ano do ensino médio. Princípio da igualdade e garantia de acesso ao ensino superior.

ADIn 2.667-4/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requerida: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Tribunal Pleno, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, Min. Celso de Mello, para julgar procedente a ação.¹⁴

A Lei 2.912, de 22 de fevereiro de 2002, do Distrito Federal, determinou aos estabelecimentos de ensino que expedissem o certificado de conclusão do ensino médio, em favor de alunos da terceira série do ensino médio, que, independentemente do número de aulas por eles freqüentadas, comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em nível superior. Determinava, ainda, que a expedição do diploma se fizesse em tempo hábil, de modo que o aluno pudesse matricular-se no curso superior para o qual fora habilitado.

Vetada a lei distrital pelo Governador, com fundamento no art. 22, XXIV, da Constituição Federal, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, independentemente de prévia solicitação de informações à Câmara Legislativa, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, com a finalidade de impugnar a referida lei. A medida liminar foi deferida

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI DISTRITAL QUE DISPÕE SOBRE A EMISSÃO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO CURSO E QUE AUTORIZA O FORNECIMENTO DE HISTÓRICO ESCOLAR PARA ALUNOS DA TERCEIRA SÉRIE DO ENSINO MÉDIO QUE COMPROVAREM APROVAÇÃO EM VESTIBULAR PARA INGRESSO EM CURSO DE NÍVEL SUPERIOR - LEI DISTRITAL QUE USURPA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OUTORGADA À UNIÃO FEDERAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DAS LACUNAS PREENCHÍVEIS - NORMA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - ATIVIDADE LEGISLATIVA EXERCIDA COM DESVIO DE PODER - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR COM EFICÁCIA "EX TUNC". A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL, Min Relator Celso de Mello, DOU de 12.03.2004.

em votação unânime pelo Tribunal Pleno, com eficácia *ex-tunc*, acompanhando o voto do Min. Celso de Mello, Relator.

O Min. Celso de Mello, relator, deferiu o pedido de liminar, com fundamento na desnecessidade de atuação normativa do DF, em face existência da legislação nacional sobre a matéria e da inexistência de peculiaridades locais que justificassem a necessidade de atendimento pela referida norma distrital.

Em seu voto enfatizou a afronta à Lei 9.394/96, no concernente à obrigatoriedade de cumprimento, pelo aluno, de conteúdos mínimos e de carga horária mínima de 800 horas, distribuídas em 200 dias de efetivo trabalho escolar (conforme já assinalado enfaticamente pelo Conselho Nacional de Educação), e o tratamento discriminatório assim instituído entre cidadãos brasileiros, em desrespeito ao princípio da isonomia.

Mais ainda, apontou a falta de atendimento, pelo legislador distrital, de padrões mínimos de razoabilidade, fundados no princípio da proporcionalidade, este último qualificado, pela jurisprudência da Corte, como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. “Não se pode desconhecer que as normas legais (...) devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ (art. 5º, LIV), (...)”.

A norma inscrita no art. 5º, LIV, da Constituição, reafirmou, proporciona um decisivo fator obstativo que deslegitima a edição de atos legislativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável, como é o caso.

Neste caso, aventou-se, desde logo, a matéria educacional, não se apresentando qualquer dúvida acerca da abrangência nacional Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) e da impossibilidade de legislação estadual suplementar. A Corte manifestou-se veementemente contra o “desvio de poder legislativo” em que incorreu a Câmara Legislativa do Distrito Federal, enfatizando a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada.

Conclusões

Nos cinco casos comentados, notamos que as questões levadas ao conhecimento do STF, em sede de controle normativo abstrato, mais suscitaram discussões relativas à matéria de direito econômico, direito civil, direito do consumidor, conexas à problemática educacional do que, propriamente, a análise desse conteúdo específico “vis à vis” a competência estadual concorrente.

É bem verdade que são tênues e duvidosos os limites entre a lei de diretrizes e bases da educação nacional, as normas gerais de educação e a suplementação normativa possibilitada aos Estados membros, em especial quando o caso não apresenta inconstitucionalidades flagrantes. Ainda assim, nem sempre a finalidade da lei estadual tem sido vista pela Corte como um fator que possibilite interpretação mais benéfica à afirmação do direito à educação, embora esta posição não pareça se apresentar como regra.

Foi o que ocorreu, por exemplo, em termos de maior restrição ao exercício da competência concorrente estadual, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no.1.007-7, julgada em 31/08/05, que teve por objeto a análise de constitucionalidade da Lei 10.989, de 07/12/93, do Estado de Pernambuco, em face de matéria considerada pela Corte como de direito civil.

Por outro lado, na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1.266-5, referente à Lei no. 6.586/94, do Estado da Bahia (06/04/05), a Corte se manifestou em sentido contrário, entendendo prevalecer a matéria educacional sobre os demais aspectos de direito econômico, posição reafirmada posteriormente na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 1.950-3, relativa à Lei 7.844/92, do Estado de São Paulo (03/11/05).

Observamos também que em situações nas quais a atuação legislativa estadual é de manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao art. 24, IX, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal (como o demonstra a Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3.098-1, relativa à Lei no. 10. 860, de 31/08/01, do Estado de São Paulo), a matéria educacional tem sido mais facilmente focada. Sob este ângulo, a apreciação da Ação Direta de

Inconstitucionalidade no. 2.667-4, referente à Lei 2.912, de 22 de fevereiro de 2002, do Distrito Federal, é paradigmática.

Em todos os casos, porém, entre ambigüidades, avanços e retrocessos, a jurisprudência do STF propiciou significativos avanços na proteção do direito à educação e da definição do âmbito e dos limites da atuação estatal, sendo notáveis as discussões acerca da possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico para realização do programa educacional enunciado pela Constituição.

Não é simples a compatibilização do Estado de Direito ao Estado Social. Se por um lado se faz necessário garantir que valores comuns sejam admitidos pelos grupos envolvidos, o que constitui um problema eminentemente político, de outro, impõe-se um quadro constitucional rigoroso, balizando a atuação do Estado, o que é um problema exclusivamente jurídico.

Em outra oportunidade concluímos¹⁵, que a grande dificuldade desta compatibilização reside em impedir que as chamadas funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação, o que também seria propiciado pelo puro formalismo. Este é o desafio que se apresenta à formulação e implementação de uma política de educação no Brasil, desafio que não é inédito nem exclusivo da área educacional. A Constituição Federal de 1988 exige do Estado a responsabilidade pela transformação social, sendo pressuposto desta função a articulação e a qualificação do interesse público e do interesse individual, na linha de princípio do Estado Social.

Não há dúvida de que a atuação do Supremo Tribunal Federal oferece um panorama privilegiado dessa situação, como procuramos demonstrar.

¹⁵ Op. Cit. Id.Ib.