

**O SISTEMA JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO: NOTAS
SOBRE A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA CORTE
EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

**THE JUDICIAL SYSTEM AND PUBLIC POLICIES FOR EDUCATION: NOTES ON THE
ROLE OF THE SUPREME COURT OF FEDERAL AND EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS**

Rafael da Silva Menezes¹

RESUMO

A educação é um direito consagrado na Constituição brasileira e em diversos documentos internacionais especialmente porque se vincula esse direito à noção do ser humano como agente histórico capaz de transformar a realidade. Todavia, a previsão positivada deste direito não tem se mostrado suficiente para suprir o déficit de concretização de uma educação inclusiva e com qualidade. Neste contexto, o presente trabalho pretendeu, através da análise de 21 (vinte e uma) decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, identificar quais as principais controvérsias relacionadas à realização do direito à educação, que têm sido submetidas à apreciação daqueles órgãos e de que forma os mesmos têm dirimido as referidas divergências. Com arrimo nas decisões analisadas, foi possível delinear parâmetros jurídicos e técnicos idôneos capazes de contribuir para a legitimação e justificação da intervenção do Poder Judiciário brasileiro na elaboração e condução de políticas públicas educacionais, sem que tal fato seja caracterizado como uma desarmonia das funções estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Educação; Direito; Poder Judiciário.

ABSTRACT

Education is a right enshrined in the Brazilian constitution and various international documents especially as this right is linked to the notion of human beings as historical agent capable of transforming reality. However, the forecast positively valued this right has not proven sufficient to meet the deficit of achieving an inclusive and quality education. In this context, this work aims through the analysis of 21 (twenty-one) decisions rendered by the Supreme Court and the European Court of Human Rights, identify the major controversies concerning the realization of the right to education, which have been submitted to appreciation of those organs and how they have settled these discrepancies. With breadwinner in the decisions analyzed, it was possible to delineate legal and reputable technicians capable of contributing to legitimize and justify the intervention of the Brazilian Judiciary in the preparation and conduct of educational public policies, without this fact be characterized as a disharmony of public functions.

KEYWORDS: Education; Law; Judiciary.

¹ Discente do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Bolsista Nível Doutorado da Fundação de Amparo à Pesquisa do Amazonas (FAPEAM); Especialista em Direito Processual Civil (UFAM) e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: rafaelsmenezes@gmail.com

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais e econômicos visam concretizar a dignidade à vida humana, assegurando condições materiais de existência, garantindo mais que a sobrevivência das pessoas. Tais direitos estão vinculados à percepção de que ao Estado cabe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos civis e políticos, a tarefa de colocar à disposição das pessoas, os meios materiais que possibilitem o efetivo exercício de liberdades fundamentais. Esses direitos a prestações positivas objetivam a garantia “não apenas da liberdade perante o Estado, mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (SARLET, 2012, p. 177).

Quando das primeiras declarações de direitos fundamentais, a vida surgiu como direito indispensável, bastante e suficiente, a exigir apenas omissões por parte do Estado e de particulares. Com o passar do tempo, devido à constatação de novas necessidades, foi indispensável complementar aquele direito com outros, representados pelo postulado da dignidade humana, a influenciar de maneira diferente o Estado. Nesta seara, encontra-se o direito à educação.

A missão de educar já foi definida por Rousseau (2012, p. 20), como o “processo por meio do qual o homem adquire as habilidades e capacitações necessárias para o desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas no curso de nossas vidas”. Este processo de educar para a vida (individual e coletiva), exerce influência na noção histórica do homem, como ser consciente de sua natureza e capaz de modificar a realidade que o cerca. Desta forma, “se o homem é capaz de perceber-se, enquanto percebe uma realidade que lhe parecia em si inexorável, é capaz de objetivá-la, descobrindo sua presença criadora e potencialmente transformadora da realidade” (FREIRE, 1983, p. 32).

O direito à educação apresenta-se como mecanismo eficaz de desenvolvimento humano e social, dando condições para, além de aprimorar as condições sociais de vida individual, ensejar condições para que os cidadãos possam participar de forma eficiente do cotidiano político-econômico do Estado Democrático de Direito, o que gera benefícios trans-individuais, aperfeiçoando as relações entre particulares e entre esses e o Estado, conforme indicado por Comparato:

Essa educação, que possibilita o desenvolvimento humano em todas suas qualidades, tornando-o senhor de sua história, demonstra-se essencial para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, e indispensável para legitimação da soberania popular. O povo soberano, ativo e consciente, é a própria legitimação da ordem política (2006, p. 57).

Não é possível, portanto, enquadrar tal direito como sendo exclusivamente de Segunda Dimensão. É preciso atribuir-lhe elementos concretizadores, relacionados à coletividade. As consequências deste direito, o caracterizam por uma titularidade individual combinada com uma titularidade coletiva, inserindo-o no grupo de Terceira e Quarta Dimensões, enquanto base do desenvolvimento individual e social de um Estado Democrático, como bem pontua Piozzi:

O ensino assume um papel primordial na construção de um espaço público no qual o voto esclarecido e a participação autônoma e criteriosa dos cidadãos comuns na administração garantam a boa vida comum, impedindo que os recursos teóricos dos demagogos e as habilidades executivas dos competentes sejam novas fontes de institucionalização e planejamento do domínio (2007, p. 715).

Historicamente, pode-se fazer referência à Constituição Francesa de 1791, inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como o instrumento normativo primário que previa o acesso ao ensino, ao estabelecer a obrigatoriedade de serviços públicos para a educação de crianças abandonadas e a obrigatoriedade de instrução pública gratuita. Já no século XX, a Constituição Mexicana, de 1917 detalhou e definiu a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, assim como o fez a Constituição Alemã de 1919, tratando da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino e a Constituição da Federação Russa Socialista Soviética (1936), que por seu turno, delegou ao Estado socialista de fornecer educação geral, plena e gratuita para os trabalhadores e camponeses pobres.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tratou do direito à educação, como direito social, definindo-a como direito público subjetivo, além de regular a competência administrativa e legislativa dos entes federados, incluindo, a obrigatoriedade de aplicação de percentual mínimo de verbas públicas no ensino gratuito. Aliás, o Brasil, desde a Constituição de 1824 tratou do direito à educação gratuita.

O direito à educação, ilustrativamente, também é tratado em documentos internacionais, formulados a partir do pós Segunda Guerra Mundial, a exemplo da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais de 1947, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, do

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Econômicos de 1966, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1969, da Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, do Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica de 1988, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000.

As previsões, em normas nacionais e internacionais, por mais belas e promissoras que sejam, não são suficientes para transformar em realidade os direitos declarados.

Diversos são os responsáveis pela interpretação e conseqüente concretização dos direitos fundamentais. Neste meio, estão inseridos os sistemas judiciários nacionais e internacionais, a quem cabe aplicar a norma ao caso concreto, após o exercício de interpretação, tutelando bens jurídicos submetidos a sua tutela, tendo, portanto, grande responsabilidade na missão de fazer cumprir a vontade histórica formadora dos direitos fundamentais e, por isso ou, para isso, dispõem de meios legítimos para desempenhar esta atribuição. Exige-se, desta forma, uma postura ativa dos sistemas judiciários, ou em outros termos, um par de olhos atento às diversas formas de desrespeito aos direitos humanos, dentre os quais, a subtração do direito à educação.

Esta nova postura exigida dos órgãos jurisdicionais, permite às Cortes de Justiça (nacionais e internacionais), dentro de suas órbitas de atuação, exercerem controle sobre as atividades administrativas para coibir ou interromper lesão a direitos e, ainda, concretizar tais direitos.

As políticas públicas educacionais aí se inserem, enquanto orientações e planos gerais de programas e atos governamentais afeitos à determinada matéria, a exemplo do direito à educação. Sendo atividades governamentais que tratam diretamente de um direito fundamental, informando como ele será desenvolvido, as políticas públicas educacionais, além de serem inclusivas, devem obedecer a padrões de qualidade e eficiência direcionados aos objetivos do direito à educação.

Neste contexto, destaca-se a importância em analisar de que forma o Poder Judiciário brasileiro tem contribuído, através da atividade jurisdicional, para assegurar o usufruto do direito à educação, bem como identificar quais controvérsias acerca do exercício daquele direito são submetidas à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos e quais

procedimentos esse órgão supranacional tradicional tem desenvolvido para dar concretude ao direito à educação.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A atual Constituição brasileira dedicou a Seção I, de seu Capítulo III (Da Educação, Cultura e Desporto) ao direito à educação, de forma programática e exequível que cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo de sua receita, para garantir o funcionamento dos serviços de ensino:

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.

O sistema atual atribuiu aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e infantil e aos Estados e ao Distrito Federal, também de forma prioritária, a manutenção do ensino fundamental e médio. É possível afirmar que inexiste qualquer óbice a que tais entes federativos atuem em outros níveis de educação, o que, por óbvio, pressupõe o atendimento satisfatório nos níveis em que sua atuação seja prioritária.

As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão concentradas no art. 208, da Constituição Federal, a seguir transcritas:

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

- I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- 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;
- 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.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Como se constata, o Constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como enunciação de uma promessa, configura, independentemente de qualquer requisito étário, compromisso constitucional revelador de um direito subjetivo do indivíduo. Com isto, torna-se exigível a sua disponibilidade e efetividade.

Retornando a pergunta básica: é possível então, em uma sociedade democrática, um Judiciário conservador? Incapaz, portanto, de assimilar, reinventando-se, formas democráticas e participativas de mediação para os conflitos e para o reconhecimento dos direitos novos, instituídos permanentemente na experiência democrática? A resposta, obviamente, é não. Não é possível uma democratização plena da sociedade se uma de suas instituições essenciais se conserva como modelo instrumental resistente, porque ele se tornará obstáculo à própria mudança. (JUNIOR, 2003, p; 89)

A tutela jurisdicional que se deve prestar a um bem jurídico fundamental, como o direito à educação, precisa ser real, para poder realizar a determinação constitucional prevista no art. 5º, incisos XXXV, que se refere à inafastabilidade da prestação judicial, produzindo efeitos materiais sobre a realidade.

Permite-se ao Judiciário, dentro de sua órbita de atuação, exercer controle sobre as atividades administrativas para impedir ou interromper lesão a direitos e, ainda, concretizar direitos. Contudo, este atuar do Poder Judiciário sobre políticas públicas não é ilimitado, nem pode ser arbitrário ou fruto de um mero voluntarismo pessoal, precisa, isto sim, para ser legítimo, apoiar-se em fundamentos jurídicos e técnicos sólidos:

Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um juízo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. (BARROSO, 2012)

Há, ainda, um elemento que deve ser levado em consideração, quando da concretização específica do direito à educação inclusiva e com qualidade: o equilíbrio econômico-financeiro do Estado. As decisões judiciais não podem comprometer a capacidade de planejamento e execução da Administração Pública. Não sendo observados parâmetros técnicos e contábeis para atuação judicial nas políticas públicas educacionais, cada uma das decisões judiciais pode assegurar necessidades individuais e inviabilizar a atividade global.

Se a assertiva anterior é verdadeira, não é menos verdadeira a constatação de que não se pode alijar a função jurisdicional somente com o argumento da insuficiência de recursos financeiros e da imutabilidade da previsão orçamentária.

Não se pode admitir como absoluto um orçamento, para que através dele sejam perpetradas e perenizadas, por exemplo, escolhas equivocadas que atuem no sentido contrário ao cumprimento dos direitos fundamentais, sendo possível sustentar que, em certas e determinadas hipóteses, os referidos direitos devem ser protegidos, apesar da previsão orçamentária.

Compete al Estado demostrar acabadamente por que, por ejemplo, la situación de las finanzas públicas le impide atender la salud, la vivienda, la educación, etc. de ciertos grupos sociales. Los jueces deberán evaluar si la conducta estatal encuadra en la “falta de capacidad” (financiera) o en la “falta de voluntad” y obrar consecuentemente, como indica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en La observación 3, párrafo 11 (RUIZ, 2010, p. 62).

Por outro lado, a legitimidade popular outorgada aos Poderes Legislativo e Executivo não afasta, *per si*, o controle jurisdicional das políticas públicas por eles articuladas. É preciso, portanto, enfrentar o debate referente à necessidade de implementação e avanço dos direitos fundamentais sociais e a escassez de recursos públicos, buscando superar a premissa que tende a limitar, com exclusividade, as escolhas decorrentes da falta de recursos do Estado aos Poderes Executivo e Legislativo. Em verdade, como bem esclarece Lênio Streck, “no Estado Democrático de Direito, há – ou deveria haver – um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (STRECK, 2010, p. 23).

Pode-se defender a tese de que quando não existir ato normativo ou ação administrativa, implementando a Constituição, o Poder Judiciário deve agir, tanto de forma individual ou mediante provimentos mandamentais em ações coletivas.

É possível, até mesmo, vislumbrar um mandamento jurisdicional como ordem de legislar, a exemplo de uma sentença que, em sede de Ação Civil Pública, determine a um ente federado, a elaboração de um plano municipal ou estadual de educação, ou ainda, um provimento mandamental que determine a um Município, por exemplo, a aplicação de parcela de seu orçamento, no custeio de serviços relacionados à educação infantil.

Por outro lado, se a política geral existir e não for cumprida a contento, também cabe a atuação jurisdicional, para fazer valer a política estabelecida. Tome-se, por exemplo, a Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, que estabeleceu o Plano de Educação e que em seu bojo prevê 20 (vinte) metas e estratégias a serem alcançadas ao longo de 10 (dez)

anos². Caso algumas destas metas não tenham sido alcançadas no prazo estipulado pela Política Pública geral, cabe ao Poder Judiciário determinar, individual ou coletivamente, a implementação das mesmas.

Quando, contudo, além de haver ato normativo e ações administrativas implementando os direitos, a atuação da função jurisdicional do Estado é mais restrita, para não afrontar o atual desenho institucional brasileiro, considerando, ainda a limitação dos recursos públicos e o caráter permanente e progressivo dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com a metodologia adotada para a elaboração do presente trabalho, convém identificar de que forma o Poder Judiciário nacional, especificamente, o Supremo Tribunal Federal, tem tratado o tema de concretização do direito fundamental à educação. Analisando os julgados, a seguir transcritos, observa-se que a maioria das demandas levadas ao Pretório Excelso refere-se à garantia da gratuidade e acesso ao ensino, não havendo, ao menos no âmbito daquele órgão jurisdicional, discussões acerca da qualidade da prestação do serviço educacional.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário 357.148, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal foi instado a se pronunciar sobre a alegada impossibilidade de estender a merenda escolar gratuita a alunos do ensino médio e do profissionalizante do ensino público e à concomitante cobrança, destes alunos, de uma taxa anual para custeio das respectivas alimentações escolares. A Turma concluiu que o direito gratuito ao ensino contemplaria, também, o fornecimento de alimentação escolar, a todos os alunos do ensino público, assim consignando:

Ante o teor dos arts. 206, IV, e 208, VI, da Carta de 1988, descabe à instituição pública de ensino profissionalizante a cobrança de anuidade relativa à alimentação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 357.148. 1ª Turma. Educação. Direito Fundamental. Ensino Profissionalizante. Alimentação. Cobrança. Impropriedade. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 28 mar 2014)

Ainda dentro da órbita da gratuidade do ensino, o Supremo Tribunal Federal, por manifestação de seu Tribunal Pleno, entendeu ser inviável a cobrança, por parte de Universidades Federais, de taxas de matrículas em seus cursos superiores, à exceção dos programas de Pós-Graduação *lato sensu*. Confira-se o seguinte julgado:

² Alguns objetivos, a exemplo da meta 1 (universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE) possuem um prazo mais reduzido para sua implementação.

Ensino superior. Estabelecimento oficial. Cobrança de taxa de matrícula. Inadmissibilidade. Exação julgada inconstitucional. A cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição. Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior. As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à dos princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 500.171. Tribunal Pleno. Administrativo. Ensino Superior. Taxa de matrícula. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 24 jan 2008)

No que se refere ao custeio direto do oferecimento de educação e de seus encargos acessórios e a responsabilidade fiscal decorrente do pacto federativo, entendeu-se que a União detém a competência legislativa para impor um piso nacional para o salário dos professores da rede pública de ensino:

Pacto federativo e repartição de competência. Piso nacional para os professores da educação básica. (...). 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). 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. 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4167. Piso Salarial. União. Competência. Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE, Brasília, 24 ago 2011, p. 35)

Quanto à disponibilização do serviço educacional, especificamente, no que pertine ao atendimento de crianças em creches e pré-escolas, o Pretório Excelso também identificou neste dever do Estado, um correspondente direito público subjetivo, que impõe ao Estado ônus financeiro para adimplir condições objetivas de acesso ao ensino, conforme se observa dos seguinte julgado:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO

DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até cinco (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma

Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 639337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, DJE, Brasília, 14 set 2011, p. 125)

Outro questionamento conduzido ao Supremo Tribunal Federal diz respeito à possibilidade de o Ministério Público utilizar-se de Ação Civil Pública para exortar ente federado a aplicar o percentual de 25 % (vinte cinco por cento) do orçamento no ensino público. E, neste contexto, o Tribunal entendeu que seria viável o ajuizamento da referida ação coletiva, ante a envergadura do interesse social a ser albergado

Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. CF., art. 212. Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (CF., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (CF., art. 127, art. 129, III). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 364864 MG, Relator Min Ellen Gracie, DJE, Brasília, 18 dez 2009)

Observa-se que o Pretório Excelso tem reconhecido o direito à educação como direito público subjetivo, tendo em diversas oportunidades, registrado a mora da Administração Pública e determinado a concretização específica do direito, em ações individuais ou coletivas, registrando, expressamente, a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário, em assuntos tipicamente de gerência administrativa do Estado, quando este se mostra omissos ou falho em oferecer o ensino gratuito.

Todavia, por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, já afirmou não haver mora, por exemplo, na erradicação do analfabetismo no Brasil, aceitando a resolução gradual do problema.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º, 23, V; 208, I; e 214, I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao Presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo Federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1698. Relatora Min Carmen Lúcia, DJE, Brasília, 16 abr 2010)

A partir da busca e a identificação de parâmetros para a atividade jurisdicional, no que concerne às políticas públicas educacionais, para que sejam inclusivas e de qualidade, é possível encontrar um equilíbrio entre a falta de efetividade da norma constitucional garantidora do direito à educação e os malefícios de um voluntarismo judicial que compromete a segurança financeira do Estado. E, a partir da análise das decisões acima individualizadas, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem estabelecido uma posição firme quanto ao reconhecimento do direito subjetivo ao ensino gratuito e a obrigatoriedade de materialização do respectivo direito, e, ao mesmo tempo, reconhece que os problemas de educação podem ser resolvidos a longo prazo, desde que o Estado demonstre que está adotando as respectivas providências.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

No contexto do presente trabalho, é importante verificar de que forma a Corte Europeia de Direitos Humanos, enquanto sistema judiciário internacional, tem se posicionado, no exercício de sua função jurisdicional, acerca da garantia do direito à educação. E esta opção de enfoque complementar decorreu do fato de este sistema europeu, comparado aos demais sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, ter sido um dos primeiros a ser instalado, a partir da aprovação da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), em Roma, em 04/11/1950, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando foi aprovada pelos países membros do Conselho da Europa, emergindo como esperança no estabelecimento de padrões mínimos de responsabilidade ético-jurídica para com os seres humanos.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos tem por finalidade estabelecer padrões mínimos de proteção aos seres humanos, no continente europeu, ao mesmo tempo em que institucionaliza o compromisso dos Estados-membros em não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, bem como de estarem aptos a serem demandados perante a Corte Europeia de Direitos Humanos caso desrespeitem as normas estabelecidas no instrumento internacional, em relação a quaisquer pessoas sob sua jurisdição, ainda que estas não sejam originárias de países europeus signatários da Convenção.

Na primeira parte da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 1º a 18) estão previstos, de forma exemplificativa, os direitos e liberdades fundamentais, que

consagram em síntese, o direito à vida, à proibição de tortura, proibição de escravidão e trabalhos forçados, direito à liberdade, à segurança, ao processo equitativo, respeito à vida privada e familiar, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão, de reunião, de associação, direito ao casamento, direito a um recurso efetivo, proibição de discriminação e proibição do abuso de direito.

O rol de direitos e liberdades fundamentais, previstos originariamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos foi expandido, por meio de Protocolos à Convenção, para contemplar outros direitos, sobretudo aqueles que constavam da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e de outros que, posteriormente foram previstos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966).

Em síntese são os seguintes os direitos contemplados: direito à propriedade, à instrução e de sufrágio (Protocolo nº 1); proibição da prisão civil por dívidas, liberdade de circulação, proibição da expulsão de nacionais e proibição da expulsão coletiva de estrangeiros (Protocolo nº 4); abolição da pena de morte em tempo de paz (Protocolo nº 6); adoção de garantias processuais na expulsão de estrangeiros, garantia ao duplo grau de jurisdição em matéria criminal, direito à indenização em caso de erro judiciário, o princípio do *non bis in idem* e o princípio da igualdade conjugal (Protocolo nº 7); direito à não-discriminação (Protocolo nº 12), e; abolição completa da pena de morte, mesmo em situações de exceção (Protocolo nº 13).

Em 20/03/1952, em Paris, por intermédio do Protocolo n.º 1, os governos membros do Conselho da Europa, com o intuito de tomar providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de direitos e liberdades, além dos que já figuravam no Título I da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), incluíram na Convenção, a proteção à propriedade, o direito à educação e ao sufrágio. Acerca do direito à educação, assim restou positivado:

Art. 2º. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

A partir da positivação, no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, do direito à educação, tal direito passou a ser submetido à apreciação jurisdicional

da Corte Europeia de Direitos Humanos. A seguir, são descritos alguns casos³ referentes ao direito à educação, que foram levados à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos e que representam grande controvérsia na Europa.

3.1 Caso Tarantino e Outros *versus* Itália

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por intermédio de sua Segunda Seção, foi instada a se manifestar (petições n.º 25851/09, 29284/09 e 64090/09) acerca da violação ou não do art. 2º, do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela Itália, no que concerne ao estabelecimento de limites de candidatos que poderiam ingressar em universidades, públicas e privadas e se tais candidatos deveriam ser submetidos a exames de admissão.

No caso, dos quinze petionários, 7 (sete) não foram aprovados nem classificados nos exames de admissão e os demais, após seguidas reprovações durante oito anos de curso, foram excluídos do mesmo e lhes foi solicitado que se submetessem a novos exames admissionais.

Acerca da restrição imposta pela submissão de candidatos a exames admissionais, entendeu-se que se tratava de uma exigência geral e abstrata, associada ao objetivo de alcançar altos níveis de profissionalismo, exigindo dos alunos um padrão mínimo de conhecimento e preparação para desenvolverem nos cursos universitários. Considerou-se, ainda, que a medida era proporcional porque buscava identificar os estudantes mais meritosos.

Quanto à questão do limite de vagas nas universidades, compreendeu-se que um balanceamento deveria ser realizado entre o interesse individual e os interesses gerais da sociedade, entendeu-se que a regulação do direito à educação pode variar de acordo com as necessidades e as fontes de recursos para o financiamento da educação, sobretudo porque o Estado poderia avaliar a demanda da sociedade por uma profissão.

Tais restrições, segundo a Corte, também poderiam ser estendidas a universidades privadas, não somente porque as universidades privadas, na Itália, recebem subsídios do Estado, mas também porque a regulação de acesso à educação superior poderia ser considerada como mecanismo de prevenção a admissões e/ou exclusões arbitrárias, além de garantir um tratamento igualitário entre os candidatos. Postas estas premissas, no caso, a Segunda Seção da Corte, em 02/04/2013, entendeu não ter havido violação ao direito à

³ Os casos relatados no presente artigo encontram-se todos disponíveis no site eletrônico da Corte Europeia de Direitos Humanos e estão individualizados ao longo das notas de rodapé.

educação, previsto no art. 2º, do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

3.2 Caso Epistatu versus Romênia

Neste caso, a Terceira Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, ao apreciar a petição n.º 29343/10, debruçou-se sobre a questão envolvendo a impossibilidade do peticionário em concluir a *high school education*, durante o tempo em que cumpria sentença em um presídio na Romênia.

Segundo o peticionante, o mesmo teria sido obrigado a abandonar o último ano de sua formação educacional, para cumprir uma sentença penal e as autoridades penitenciárias não teriam permitido que o mesmo completasse seus estudos na prisão.

A Terceira Seção da Corte, em 24/09/2013, reafirmou o entendimento de que o impedimento de continuar estudos, em razão de condenação judicial que obrigue a pessoa a ficar detida em estabelecimento prisional, não representa violação ao direito à educação, nem tampouco obrigaria as autoridades penitenciárias a proverem cursos *ad hoc* para prisioneiros.

3.3 Caso Lavidá e outros versus Grécia

Neste caso, os peticionários eram 23 (vinte e três) cidadãos gregos, representados por uma organização não governamental. De acordo com a petição, metade da população de Sofades, cidade localizada na Tessália, na parte ocidental de Grécia central, é composta de pessoas de origem cigana, que vivem em um bairro conhecido como o novo conjunto habitacional Roma. Segundo os recorrentes, 84 famílias vivem na nova conjunto habitacional, e 300 famílias continuam a viver em uma propriedade mais antiga. À data dos fatos, 4 (quatro) escolas primárias existiam em Sofades.

Quinze dos candidatos eram crianças que estavam em idade de escolaridade obrigatória em 2009 - 2010. Doze deles foram educados na escola n. 4. Em 21 de Maio de 2009, o Ministério da Educação foi informado de que estaria havendo uma segregação espacial, havendo escolas que possuíam apenas alunos ciganos, mesmo havendo escolas, mais próximas a suas residências, com vagas disponíveis. Em setembro de 2009 os pais das crianças em idade escolar requereram ao diretor da escola n. 1, que aceitasse matricular seus filhos, naquele unidade escolar, em razão de ser mais próxima de sua residência, o que foi

recusado. A situação denunciada pelos candidatos para o ano letivo de 2009 - 2010 perdurou até o ano acadêmico 2012-2013. Os ciganos só estudavam em escolas frequentadas exclusivamente por ciganos e nas demais escolas, ciganos não eram aceitos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em 30/05/2013, ao apreciar a petição n.º 7973/2010 entendeu que houve uma violação conjunta ao art. 14, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como ao art. 2º, do Protocolo n.º 1 da mesma Convenção, condenando o Estado grego ao pagamento de EUR 1.000 (hum mil euros) a cada família peticionária, em razão dos danos não financeiros expiados e mais EUR 2.000 (dois mil euros) em razão dos custos do procedimento.

3.4 Caso Anatoliy versus Ponomaryov versus Bulgária

A partir da petição n.º 5335/05, a Corte, por intermédio de sua Quarta Seção, foi instada a se manifestar acerca da cobrança de taxa, pela Bulgária, de dois alunos de origem russa, para que pudessem frequentar a escola. Os peticionantes informaram, em síntese, que sua mãe, após divorcia-se na Rússia, mudou-se para a Bulgária, onde contraiu matrimônio com um búlgaro nato. Sua mãe, então, obteve um visto permanente e seus filhos foram autorizados a viver na Bulgária, embora sem um visto permanente, desde 1994 e falavam fluentemente o idioma do país.

Em 2005, foi cobrada uma taxa de EUR 800 (oitocentos euros) e EUR 2.600 (dois mil e seiscentos euros), respectivamente, da peticionante e de sua irmã, que estavam no último e penúltimo ano da *secondary education*, sob pena de não continuarem os estudos e nem receberem diplomas pelos estudos realizados. As alunas não foram impedidas de assistirem às aulas, mas o diploma da irmã mais velha somente foi entregue a ela, dois anos após a conclusão.

Em 21/06/2011, a Corte entendeu que a proibição de discriminação estabelecida na Convenção Europeia de Direitos Humanos se aplicava a todos os direitos que o Estado se obrigara e que, considerando o fato de que as peticionantes foram cobradas por uma taxa, não cobradas de outros alunos, as mesmas foram tratadas de forma discriminatória. A Corte enfatizou o reconhecimento de que a provisão de educação era uma atividade complexa e cara, sobretudo quando se considera a limitação de recursos estatais. Contudo, quando o Estado decidia voluntariamente prover educação gratuita, não poderia excluir um grupo de pessoas, deste benefício, sem uma justificativa.

3.5 Caso Dojan e outros *versus* Alemanha

Neste caso, a Quinta Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, em 13/09/2011, apreciou a petição n.º 319/08, por meio da qual 5 (cinco) casais alemães, seguidores da religião batista alegaram que os mesmos e seus respectivos filhos tiveram o direito à educação adequada e à liberdade de crença desrespeitados, porque requereram ao Estado Alemão que seus filhos fossem dispensados dos seminários de educação sexual (*My body is mine*), o que não foi atendido.

Os pais alegaram que os cursos de orientação sexual promovidos, expunham uma visão liberalista da sexualidade, com a qual não concordavam e, sendo cristãos batistas, eram contrários aos métodos de ensino daquela disciplina, segundo os quais, não demonstrava uma visão ética e imparcial do tema.

A Quinta Seção da Corte entendeu que a segunda frase do artigo 2º do Protocolo n.º 1 visa salvaguardar a possibilidade de pluralismo na educação, uma possibilidade que é essencial para a preservação de uma sociedade democrática, tal como concebido pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, e seria através do ensino do Estado que este objetivo deveria ser realizado.

O art. 2º do Protocolo n.º 1 impusera ao Estado o dever de respeitar às convicções dos pais, sejam elas religiosas ou filosóficas, ao longo de todo o programa de educação do Estado, tal dever é amplo em sua extensão, uma vez que se aplicaria não só ao conteúdo da educação e da forma de sua prestação, mas também para o desempenho de todas as funções assumidas pelo Estado. Todavia, a definição e planejamento de uma grade curricular, em princípio, é da competência dos Estados e está a envolver principalmente questões de oportunidade e conveniência. Em particular, a segunda frase do artigo 2º do Protocolo n.º 1 não impediria que os Estados divulgassem em escolas públicas, por meio do ensino, informações objetivas.

A Corte consignou ser muito difícil para muitas matérias ensinadas na escola não ostentar, em maior ou menor grau, alguma aparência filosófica. O mesmo seria verdadeiro para afinidades religiosas, quando se observa a existência de religiões que formam um amplo sistema de crença dogmática e moral que tenha ou possa ter respostas para todas as perguntas de natureza filosófica, cosmológica ou moral.

A segunda frase do artigo 2º implicaria, por outro lado, que o Estado, no cumprimento das funções por ele assumidas no que diz respeito à educação e ao ensino, deve tomar cuidado para que a informação ou conhecimento incluída no currículo seja transmitida de forma objectiva, crítica e pluralista. O Estado é proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que pode ser caracterizado quando não respeita convicções religiosas e filosóficas dos pais. Esse seria um limite que não deve ser ultrapassado.

O Tribunal recordou que já examinou, em outras oportunidades, o fato de o sistema educacional alemão impor a frequência obrigatória em escola primária, excluindo a educação em casa em geral. Foi compreendido que o Estado, na introdução de um sistema deste tipo, tinha por objetivo assegurar a integração das crianças na sociedade, com vistas a evitar o surgimento de sociedades paralelas, as considerações que estavam em linha com a própria jurisprudência do Tribunal sobre a importância do pluralismo para a democracia.

A Corte observou que as aulas de educação sexual em questão visavam a transmissão neutra de conhecimento sobre procriação, contracepção, gravidez e nascimento da criança, de acordo com as disposições legais subjacentes e as diretrizes que se seguiram e do currículo, que foram baseadas em normas científicas e educacionais atuais. O objetivo da oficina de teatro "*My body is mine*", foi aumentar a conscientização sobre a violência e abuso sexual de crianças, com vistas a sua prevenção e proporcionar aos alunos o conhecimento de aspectos biológicos, éticos, sociais e culturais da sexualidade de acordo com a sua idade e maturidade, a fim de capacitá-los a desenvolver seus próprios pontos de vista morais e uma abordagem independente para a sua própria sexualidade.

A educação sexual deveria promover a tolerância entre os seres humanos, independentemente da sua orientação sexual e identidade. Este objetivo também se reflete nas decisões dos tribunais alemães que encontraram em suas decisões cuidadosamente fundamentadas que a educação sexual para a faixa etária em questão era necessário, com vista a permitir que as crianças tratassem criticamente as influências da sociedade, em vez de evitá-los e teve como objetivo formar cidadãos responsáveis e emancipados, capazes de participar dos processos democráticos de uma sociedade pluralista - em particular, com vista à integração das minorias e evitando a formação de "sociedades paralelas" religiosamente ou ideologicamente motivados.

A Quinta Seção da Corte entendeu, postas essas premissas, que não houve a violação alegada e que, no caso concreto, a educação sexual, tal como transmitida e planejada visava propiciar uma ambiente plural e democrático.

3.6 Caso Dahlab *versus* Suíça

A requerente, neste caso, era uma professora da escola primária que havia se convertido ao islamismo, queixou-se da decisão das autoridades escolares em proibir a mesma de usar um *headscarf*, enquanto ensinava, o que foi confirmado pelo sistema judiciário nacional. A peticionante já havia usado um véu na escola por alguns anos sem causar qualquer transtorno ou constangimento. A Corte declarou, em 15/02/2011, o recurso inadmissível, sustentando que a medida não tinha sido irrazoável, tendo em conta, especialmente, o fato de que as crianças para as quais a requerente era responsável, como representante do Estado, tinham idades entre quatro e oito anos, uma idade em que as crianças eram mais facilmente influenciadas do que alunos mais velhos.

3.7 Caso Leyla Sahin *versus* Turquia

Neste caso proposto contra a Turquia (petição n.º 44774/98), a requerente, vinda de uma família tradicional de muçulmanos praticantes, exercia seu dever religioso usar o véu islâmico. Queixava-se de uma regra anunciada em 1998, quando a mesma era uma estudante de medicina da Universidade de Istambul, proibindo os estudantes de usarem esse véu em sala de aula ou durante os exames, o que acabou levando-a a deixar o país e prosseguir os seus estudos na Áustria.

A Corte (*Grand Chamber*) considerou, em 10/11/2005, que não houve violação do artigo 9º da Convenção, encontrando que havia uma base jurídica de direito turco para a interferência no direito da requerente em manifestar a sua religião. Teria ficado claro para a candidata, a partir do momento em que ela entrou na universidade, quais eram as restrições sobre o uso do véu islâmico e, a partir da data em que a regra de universidade foi anunciada, no sentido de que era passível de ser recusado o acesso a palestras e exames se ela continuasse a usá-lo.

Tendo em conta a margem de apreciação, a Corte considerou ainda que a interferência pode ser considerado como necessária em uma sociedade democrática, para efeitos do artigo 9º § 2º da Convenção. Em particular, levou-se em consideração o impacto

que o uso do véu islâmico, muitas vezes apresentado ou percebido como um dever religioso obrigatório, pode ter sobre aqueles que optaram por não usá-lo.

3.8 Caso Dogru e Kervanci *versus* França

As peticionantes (petição n.º 27058/05), muçulmanas, estavam matriculadas no primeiro ano de uma escola secundária pública em 1998-1999. Em numerosas ocasiões, participaram de aulas de educação física vestindo seus lenços de cabeça e recusando-se a retirá-los, apesar de repetidos pedidos de seu professor. O comitê de disciplina da escola decidiu expulsá-las da escola por violação do dever de assiduidade ao não participarem ativamente nessas classes e a decisão foi confirmada pelos tribunais nacionais.

A Corte, por intermédio da Quinta Seção, em 04/12/2008, considerou que não houve violação do artigo 9º da Convenção, concordando com a conclusão alcançada pelas autoridades nacionais que o uso de um véu, como o véu islâmico, era incompatível com aula de educação física por motivos de saúde ou de segurança. Foi aceito que a pena imposta foi a consequência da recusa das peticionantes em cumprir as regras aplicáveis nas instalações da escola - de que elas tinham sido devidamente informados - e não em razão das suas convicções religiosas, como alegado.

3.9 Aktas e outros *versus* França

Nestes casos, as petições (n.º 43563/08) tinham por objeto a expulsão de seis alunos da escola por usarem símbolos visíveis de filiação religiosa. Eles estavam matriculados em várias escolas estaduais para o ano de 2004-2005. No primeiro dia de aula, as meninas que são muçulmanas, chegaram vestindo um véu. Os meninos estavam usando um "Keski", um sub-turbante usado pelos Sikhs. Como eles se recusaram a retirar os acessórios, não tiveram acesso a sala de aula e, depois de um período de diálogo com as famílias, foram expulsos da escola por não cumprir o Código de Educação daquele país.

A Quinta Seção da Corte, em 30/06/2009, declarou os recursos inadmissíveis asseverando, em particular, que a interferência na liberdade dos alunos para manifestar a sua religião era prevista na lei e demonstrava o objetivo legítimo de proteger os direitos e liberdades dos outros e da ordem pública. Sublinhou ainda o papel do Estado como organizador neutro do exercício de várias religiões, credos e crenças. Quanto à punição, a

Corte entendeu que não era proporcional aos objetivos prosseguidos, tanto que os alunos ainda tiveram a possibilidade de continuar seus estudos por cursos por correspondência.

3.10 Lautsi e outros *versus* Itália

Neste caso (petição n.º 30814/06), os filhos da requerente frequentavam uma escola estadual, onde todas as salas de aula tinham um crucifixo na parede, o que ela considerou contrário ao princípio da laicidade pelo qual ela queria conduzir seus filhos. Durante uma reunião na escola, o marido da recorrente suscitou a questão da presença de símbolos religiosos nas salas de aula, particularmente crucifixos, e requereu que eles fossem removidos, o que foi negado. A recorrente interpôs processos administrativos e queixou-se em particular, sem sucesso, de uma violação do princípio da laicidade. Ela argumentou que a exibição do crucifixo na escola do Estado estava em violação do artigo 9 (liberdade de pensamento, consciência e religião) da Convenção e do artigo 2º do Protocolo nº 1 da Convenção.

Em sua decisão, a Grande Seção da Corte, em 1/03/2011 considerou que não houve violação do Artigo 2º do Protocolo nº 1 da Convenção. Constatou-se, em particular, que a questão de símbolos religiosos nas salas de aula era, em princípio, uma questão que estava dentro da margem de apreciação do Estado, desde que as decisões não levassem a uma forma de doutrinação. O fato de que os crucifixos nas salas de aula das escolas do Estado na Itália transparecendo a maioria religiosa predominante de visibilidade do país no ambiente escolar não era por si só suficiente para denotar um processo de doutrinação.

Além disso, segundo a Corte, a presença de crucifixos não foi associada com o ensino obrigatório sobre o cristianismo, e não houve nada que sugerisse que as autoridades eram intolerantes com alunos que acreditavam em outras religiões ou tivessem outras convicções não-religiosas e filosóficas. Finalmente, a recorrente manteve seu direito como um pai para esclarecer e aconselhar os seus filhos e para orientá-los em um caminho em linha com as suas próprias convicções filosóficas.

Observa-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido instada, frequentemente, a se pronunciar sobre divergências sobre o entendimento do direito à educação e sua convivência com outros direitos, a exemplo da liberdade religiosa e não discriminação e, embora não tenha um posicionamento definido quanto à relação entre a liberdade religiosa e o ensino, no que se refere à segregação, que impede a frequência de

alunos, oriundos de certos grupos étnicos, em cursos escolares regulares, o órgão supranacional possui uma postura mais rígida, reconhecendo, nestes casos, violação aos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação, a despeito de sua reconhecida importância e influência nas sociedades democráticas, ainda encontra entraves a sua realização e, percebe-se que alguns destes entraves estão relacionados à coexistência daquele direito com outros, a exemplo do direito à liberdade de crença, à proibição de discriminação e a um equilíbrio financeiro-orçamentário do Estado.

A fim de não inviabilizar o exercício do direito à educação é preciso buscar e construir parâmetros idôneos, que permitam um balanceamento que conduza à convivência harmônica dos direitos e a Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir de seus pronunciamentos pode auxiliar na identificação de elementos a serem utilizados para a concretização dos direito à educação no Brasil.

Todavia, não se mostra possível construir soluções exatas, que se apliquem a todos os casos de ameaça ou lesão ao direito à educação. É preciso haver sempre um balanceamento concreto de valores.

A própria Corte Europeia de Direitos Humanos, quando instada a se manifestar, por exemplo, quanto à utilização de símbolos religiosos em espaços educacionais, possui entendimentos diferentes, partindo de premissas distintas, mas igualmente, juridicamente válidas. Todavia, o referido órgão adota uma postura rígida no que se refere à vedação de acesso formal ao ensino, em razão de segregação étnica ou religiosa.

Comparando as situações controvertidas postas em consideração perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, nota-se que os mesmos são diferentes daqueles postos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal. Os problemas enfrentados por este ainda são relacionados diretamente à falta de realização individual de acesso formal e material a escolas e universidades por defasagem orçamentária, já tendo sido reconhecido o direito à educação, em alguns aspectos, como um direito público subjetivo e exercitável por meio do Poder Judiciário, que pode torna-lo individual e concreto.

Foi possível constatar, no que se refere à previsão constitucional de destinação de verba específica para os serviços educacionais, a possibilidade de o Poder Judiciário

brasileiro obrigar o ente federado a destinar o montante de verba para a aplicação na educação. Na mesma senda, reconhece-se que alguns direitos, a exemplo do fornecimento de creches e pré-escolas possuem uma exigibilidade imediata resguardada pelo Poder Judiciário.

A partir destas hipóteses, pôde-se observar que estando o direito específico positivado, a omissão do Estado pode ser suprida por uma intervenção jurisdicional. É oportuno destacar que, alguns direitos estabelecidos, ante a complexidade de sua implementação, podem ser adimplidos pela Administração Pública de forma progressiva, sem que reste caracterizada a omissão estatal, desde que reste comprovado o adimplemento contínuo do dever estatal, não se permitindo que a ponderação de valores utilize como parâmetros decisórios argumentos genéricos destituídos de comprovação material.

A identificação de parâmetros jurídicos idôneos que fundamentem a intervenção jurisdicional relativa à concretização do direito fundamental à educação é imprescindível para a legitimação da jurisdição constitucional e para uma nova leitura da independência harmônica entre as funções estatais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris, Oxford, n. 2, p. 131-140, 2003. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <rafaelmenezes1@hotmail.com> em 10 abr. 2006.

BARROS, Sérgio Rezende de. O poder judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz dos direitos fundamentais e da Constituição Federal de 1988**. 2009. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª. Reimpressão, Elsevier 1992.

_____. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Constituição e Normatividade dos Princípios**, 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 11.305, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 26 jun 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 357.148. 1ª Turma. Educação. Direito Fundamental. Ensino Profissionalizante. Alimentação. Cobrança. Impropriedade. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 28 mar 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 500.171. Tribunal Pleno. Administrativo. Ensino Superior. Taxa de matrícula. Relator Min. Marco Aurélio, DJE, Brasília, 24 jan 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4167. Piso Salarial. União. Competência. Relator Min. Joaquim Barbosa, DJE, Brasília, 24 ago 2011, p. 35.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 639337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, DJE, Brasília, 14 set 2011, p. 125.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 364864 MG, Relator Min Ellen Gracie, DJE, Brasília, 18 dez 2009.

____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1698. Relatora Min Carmen Lúcia, DJE, Brasília, 16 abr 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “**A criação do Direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito**”. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (orgs.). *Contra o absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, 2011 (pp. 422-438).

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 57. p. 37-68, jul/dez 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

____. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 02/11/2013.

Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) in SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

Convenção sobre os Direitos da Criança in SALIBA, Aziz Tuffi. *Legislação de Direito Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). Decisão. Dahlab v. Switzerland. no. 42393/98. Dahlab c. Suíça. Estrasburgo, 15 de fevereiro 2001.

CEDH. Julgamento preliminar. Leyla Sahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 29 de junho de 2004.

CEDH. Julgamento. Leyla Şahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Opinião dissidente do juiz Tulkens. Leyla Şahin v. Turkey. no 44774/98. Leyla Sahin c. Turquia. Estrasburgo, 10 de novembro de 2005.

CEDH. Julgamento. Lautsi and others v. Italy. no. 30814/06. Lautsi e outros c. Itália. Estrasburgo, 18 de março de 2011.

CEDH. Julgamento. Laurentino and others v. Italy. N. 25851/09. Estrasburgo, 2 de abril de 2013.

CEDH. Julgamento. Epistotus v. Romenia. N. 29343/10, Estrasburgo, 24 de setembro de 2013.

CEDH. Julgamento. Anatotely and others v. Belgica. N. 5335/05, Estrasburgo, 21 de junho de 2011.

CEDH, Julgamento. Dogur v.France. N. 27058/05, Estrasburgo, 4 de fevereiro de 2008.

CEDH. Julgamento. Aktas and others v. France. N. 43563/08, Estrasburgo, 30 de junho de 2009.

CEDH. Decisão Preliminar. Affaire Lautsi c. Italie. no. 30814/06. Lautsi c. Itália. Estrasburgo, 3 de novembro de 2009.

COSTA. Flávio Dino de Castro. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 40-53, 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28>>. Acesso em 14 jun. 2014

DERZI, Misabel de Abreu Machado. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver**

precedente vinculante no direito brasileiro. In: Novas Tendencias do Direito Processual Civil. Vol. 2. Editora Jus Podivm, 2014.

EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, 4 Nov. 1950.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

HABERELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

JUNIOR, José Geraldo de Sousa. O Acesso ao direito e à justiça, os direitos humanos e o pluralismo jurídico. <In>: COLOQUIO INTERNACIONAL – DIREITO E JUSTIÇA NO SÉCULO XXI, 2003, Coimbra, Portugal. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseGeraldoJunior1.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOCHE, José Carlos. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Vozes, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Dierle. ET AL. **O uso do precedente judicial na prática brasileira: uma análise crítica**. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-340.2013v62p179/249>>. Acesso em: 20.05.2014.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. **O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de justiça.** Disponível em: <<http://www.mpes.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Série Década das Nações Unidas para a Educação em Matéria de Direitos Humanos 1995/2004. **Educação em Matéria de Direitos Humanos e Tratados Internacionais.** Disponível em: http://www.ie.uminho.pt/Uploads/NEDH/Serie_Decada_2.pdf. Acesso em: 30/11/2013.

_____. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.** (Resolução nº 217/1948) in SALIBA, Aziz Tuffi. Legislação de Direito Internacional. 7ª ed. São Paulo: Rideel, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOZZI, Patrícia. Utopias revolucionárias e educação pública: rumos para uma nova cidade ética. **Revista Educação e Sociedade.** Campinas, vol. 28, n. 100, p. 715 – 735, out 2007. Disponível em: www.cedes.unicamp.br. Acesso em: 19/11/2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Emílio ou da educação.** 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2012.

RUIZ, Alícia E. C. **La Realizacion de los derechos sociales em estado de derecho.** Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação – requisito para o desenvolvimento do país**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229 – 257.