

PARECER 09 - 2013

CONSULENTE: Federação dos Municípios do Estado do Rio Grande do Sul - FEMERGS

Consulta-nos o douto advogado Dr. Reni Bissaco Pereira, Diretor Jurídico da FEMERGS, atendendo requisição da Coordenação da Regional de Santo Ângelo, indaga sobre a possibilidade, em tese, dos profissionais do magistério exercerem um terço da atividade com atividades políticas pedagógicas dentro de sua carga horária.

Norberto Bobbio, *in* A Era dos Direitos¹, faz uma síntese evolutiva e compreensiva do que seja, atualmente, um direito fundamental. Com narrativa histórica, demonstra, através de exemplos, que direitos humanos fundamentais são, em sua visão, necessariamente "históricos" e "não-naturais", compreensíveis, portanto, a partir das mudanças e transformações da sociedade. São as novas necessidades sociais, ou, por assim dizer, as respostas a serem dadas ao aumento dos "carecimentos essenciais", que vão ditar a inteligência e reconhecimento de um direito fundamental. Conclui para advertir e chegar a um conceito aberto, e, principalmente, em "contínua ampliação".

Assim, as "liberdades civis", consagradas nas Revoluções Inglesa, Norte-Americana e Francesa através de Declarações de Direitos, como ideal de contraposição ao Antigo Regime, consagraram pretensões de caráter **negativo**, dando ao indivíduo direitos e garantias a serem propostas em face do Estado ou Igreja. No entanto, a industrialização e o excessivo individualismo do período pós-revolucionário, bem ilustrado em *Chaplin*, demonstraram a insuficiência das liberdades civis, surgindo a doutrina do *welfare state*, e logo uma gama de direitos fundamentais ligados a um atuar **positivo** do Estado, não mais como limite da intervenção estatal, mas como implementador de políticas públicas².

Nessa mutabilidade de direitos do homem, soma-se aos direitos de primeira geração, iconizada no Estado Liberal, portanto, representativos das conquistas individuais (liberdade, igualdade e fraternidade) os direitos coletivos ou sociais³ (novos direitos), resultante de uma concepção inovadora de Estado, o Social, fruto dos ideais marxistas (direito ao trabalho e à saúde). Ou, como diz Canotilho, começa a haver um processo de inversão, isto é, "o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)"⁴.

Assim evoluem os direitos fundamentais: direito à saúde e ao trabalho digno em um primeiro momento, passando a formas mais sofisticadas e contemporâneas de direitos sociais: direito à instrução; ao ambiente ecologicamente equilibrado; direito informacional; do consumidor etc. Interessa, aqui, por ser objeto do presente *mandamus*, a discussão do direito à instrução (ou educação). O grande salto deste direito não é mais a universalidade, cuja aceitação no campo doutrinário e jurisprudencial é pacífico. O pulo a ser dado, agora, é a **adequação** deste processo educacional, ou melhor dizendo, a **qualidade do ensino** como um direito fundamental, fato, infelizmente, não compreendido pelo corpo social e que se reflete nas decisões judiciais⁵.

De fato, a educação é pilar da República Federativa do Brasil, fundada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Isto porque a dignidade da pessoa, nos dias atuais⁶, somente se completa e efetiva se o Estado (o corpo social) fornece a ela (pessoa humana) uma instrução adequada, dando-lhe igualdade substancial de desenvolver suas faculdades intelectuais e afetivas. Como bem posto por Motauri⁷, na obra citada: "...a **igualdade de oportunidades** e a asseguaração do mínimo existencial somente poderão surgir se a **todos** for assegurado o **direito a processo educacional adequado.**' 'Nessa quadra, **difere** a educação de outros direitos sociais e fraternos,

igualmente consagrados pela Magna Carta: a **educação é premissa** – e **não** proposta. Em outras palavras, o **acesso efetivo** à educação é o **condicionante** para o próprio e efetivo exercício dos demais direitos fundamentais eleitos pelo legislador constituinte.” (p. 11). (grifei).

Nesta esteira, o art. 205 da Constituição Federal vê a educação como espaço para o “pleno” desenvolvimento da pessoa. A plenitude, ou sua aproximação, somente será alcançada se o corpo social (Estado *lato sensu*) propiciar aos educandos um ensino básico⁸ de qualidade e, principalmente, igualitário. Ensino igual – e não arremedo de instrução – passa, necessariamente, pela qualificação e condições **mínimas**⁹ de trabalho aos educadores. Com este desiderato, veio a Lei 9.394/1996, que estabeleceu as diretrizes da educação nacional, ou, em outras palavras, as “normas gerais” em tal matéria, **assegurando garantias mínimas ao sistema educacional**, conforme autorização constitucional para tanto, *ex vi* do art. 22, XXIV, da Constituição Federal (competência privativa da União).

Mais uma vez, invoca-se lição de Motauri:

“A competência para legislar em matéria educacional é, pois, concorrente entre a União e o Estados-membros, não obstante o Município também possa exercê-la, no tocante ao atendimento de seus interesses predominantes e para a organização de seu sistema próprio de ensino.’

‘Nessa senda, compete à União editar normas gerais acerca da matéria, instituindo por meio delas regramentos uniformes acerca do sistema educacional, que devem ser respeitados pelas demais Pessoas Políticas em seus processos de produção normativa.’

‘Os princípios constantes das normas gerais editadas pela União acerca do tema, no entanto, sempre irão consagrar a garantia mínima da efetividade do direito ao ensino

formal e de seu alcance, de sorte que Estados e Municípios podem sempre conferir à educação, por tratamento legislativo próprio, padrões mais abrangentes do que aqueles constantes da Lei Federal, ampliando seus princípios (como, v.g., estipulando carga horária superior para suas redes de ensino, inserindo em sua grade curricular outras matérias além daquelas básicas, definidas pela União etc.).'

'Assim, a lei federal traça o piso da tutela do direito fundamental à educação, bem como seu regramento geral comum, cuja observância pelas demais Pessoas Política é imperativa.'

'O teto da proteção, porém, fica a cargo de Estados e Municípios, os quais se encontram mais atentos e próximos aos interesses e peculiares de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a organização de seus respectivos sistemas de ensino." (pág. 35/36).

Nesse campo da tutela de garantias mínimas ao ensino fundamental (um piso), o legislador ordinário estabeleceu princípios e pinçou metas. Disse a Lei 9.394/1996 que o "ensino será ministrado com base nos seguintes princípios" (art. 3º): "garantia de padrão de qualidade" (inc. IX). Esmiuçou, mais à frente, no art. 67, que "os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e planos de carreira do magistério público": "período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho". Isso em 96! Veio, então, a Lei Federal 11.738/2008, objeto deste *mandamus*, e, no seu art. 2º, § 4º, dentro do espírito da normatividade geral, assegurar que "na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos", assegurando, logicamente, 1/3 para atividades extra-classe.

Norma clara e objetiva. Constitucionalmente correta (CF, art. 22, XXIV) e complementar à primeira. Dá uma diretriz à educação: a valorização do professor (e logo, do ensino), passa, necessariamente, pela limitação da atividade de regência. O 1/3 serve à preparação, ao estudo e à avaliação. O legislador, autorizado pelo Constituinte, assim estabeleceu. Não cabe ao Judiciário – daí sim haveria violação à separação de poderes - discutir o acerto da medida¹⁰. Aos Municípios e Estados competem organizar-se e adequar-se, contratando mais professores, mesmo que isso implique em maiores recursos à educação. Direito social, premissa da formação da dignidade da pessoa humana, é norma cuja efetividade requer implantação imediata, pois em matéria de ensino os direitos são **temporais**: se não exercidos, **perecem**¹¹. O **vácuo educacional** ou **déficit de aprendizado** não se recupera, a não ser pela **caridade** posterior (será?) instituídas pelo sistema de cotas, que, ao fim e ao cabo, retiram o mérito (o que é péssimo), e atinge, assim mesmo, parcela **pequena** desta maioria destinatária do ensino básico público.

A invocação do federalismo, ou a autonomia municipal, desacompanhada de uma melhor *especificação*, pode descambar para o mesmo equívoco que hoje permeia o princípio da proporcionalidade: tudo resolve; tudo soluciona. É a panaceia. Aqui, ao contrário, o federalismo é invocado para objetar ou empecilhar a efetividade de direitos fundamentais. São as “reservas” ou as “oposições” levantadas por Bobbio (p. 23), em outro contexto (no campo internacional).

Um dos erros mais comuns perpetrados pela inteligência da norma é a falta de aplicabilidade da hora atividade.

No que diz respeito às horas-atividades, deve-se registrar que a decisão exarada pelo STF não teve a mesma abrangência que a decisão correspondente à aplicação do piso nacional do magistério relativamente ao vencimento básico do professor.

Discutindo especificamente a decisão relativamente às horas-atividades, o STF julgou “a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia ‘erga omnes’ e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência”.

Na prática, a decisão relativamente às horas-atividades não conferiu efeito vinculante quanto à jornada de trabalho, limitando-se aos autores da demanda: estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina Mato Grosso do Sul e Ceará. Assim, não tendo sido concedida eficácia *erga omnes*¹ à decisão, podem outros entes questionar a validade da norma. Ou seja, a decisão possui efeitos somente em relação às partes, não se podendo afirmar que houve um pronunciamento definitivo do STF, podendo outros entes proporem ações judiciais para questionar a constitucionalidade da determinação de percentual de carga horária pra o desenvolvimento de horas-atividade pela União, podendo a questão, por consequência, vir a ser novamente analisada pelo STF, em sede de recurso extraordinário.

Portanto, tendo sido julgada improcedente a demanda relativamente ao § 4º do art. 2º, todos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) estão obrigados a cumprir integralmente a Lei, sendo que em relação aos autores da ação julgada – estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina Mato Grosso do Sul e Ceará – não há possibilidade de nova discussão. Todavia, quanto aos demais entes, que não restaram atingidos pela decisão, possível que questionem o dispositivo, assim como possível, em decorrência, que seja exarada decisão suspendendo a aplicação do § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738, de 2008. Entretanto, eventual decisão nesse sentido surtirá efeitos tão somente em relação aos seus autores. Enfim, até que seja exarada eventual decisão nesse sentido, todos estão obrigados a cumprir integralmente a Lei.

¹ O efeito *erga omnes* significa que a decisão se impõe a todos, ou seja, a eficácia *erga omnes* é aplicável às partes envolvidas, bem como a terceiros.

Porém, é claro que há possibilidade de questionar o dispositivo, o que não é sinônimo de descumprimento ou falat de executoriedade da lei.

Há, antes de tudo, que diferenciar *federalismo* de *federação*. Federalismo vem antes e depois do Estado, e, como fato, faz parte da realidade concreta da vida, sendo o sistema pelo qual a pessoa (ou as pessoas, ou, ainda, os grupos), buscam socializar-se. Em um **resumo grosseiro**, seria a forma relacional do ser humano com outros, movidos, geralmente, por dois sentimentos: de *unidade externa* (frente ao inimigo) e respeito à *diversidade interna*. O autor Carlos Reverbel, professor substituto, por concurso, de Política e Teoria do Estado da Ufrgs, em excelente monografia, diz que o federalismo é a "A engenharia constitucional de articulação de duas ordens de tendências contraditórias: uma tendente à unidade, outra tendente à diversidade sempre foi uma atividade complicada. O federalismo criou tipificações próprias para acompanhar a evolução do processo formativo e organizativo dos Estados."¹².

Já a federação, ou estudos de federações, é algo próprio. Mas, apesar das importações de modelos federativos, cabe a advertência das sempre particularidades. Por isso a necessária compreensão do federalismo, como um sistema, muito mais do que um mero estudo de federação-modelo: os Estados não se repetem¹³. Mas, se há duas circunstâncias do federalismo que quero evidenciar – e, ao meu sentir, mostra-se pertinente ao julgamento do presente *mandamus* -, é o **princípio da subsidiariedade** e a **forma de resolução do conflito de competências sobrepostas**.

Nas palavras de Reverbel:

"Pelo princípio da subsidiariedade, tudo o que possa ser feito, e bem, pela organização inferior não pode ser subtraído pela organização superior. Haveria uma hierarquia que poderíamos denominar de baixo para cima, e não de cima para baixo. Neste sentido, o primeiro e principal dever de respeitar e desenvolver o bem comum deve ser da pessoa, depois da família, depois da comunidade, depois do Município, depois do Estado,

depois da União e por último, quem sabe, dos Estados estrangeiros ou das organizações internacionais.”

“Quem está mais próximo da realidade concreta da vida é que melhor pode desenvolver técnicas e utilizar-se dos melhores meios para a consecução dos fins. Assim, entendemos como característica central do federalismo a repartição de tarefas, entre os diversos níveis políticos de convivência. Tal princípio é fundamento do federalismo socionatural, objeto deste capítulo, como também imprescindível para o desenvolvimento dos demais sentidos do federalismo. Ele é o pressuposto lógico e teleológico, da base ao topo, de qualquer organização territorial, que vai das sociedades mais primitivas... às mais complexas.” (39).

Já a resolução dos conflitos aparentes de competências: seja administrativa ou legislativa (caso dos autos), resolve-se pela leitura constitucional, haja vista que: “A dupla estrutura de sobreposição e de participação só pode sobreviver com integração política e jurídica; e esse papel cabe à Constituição Federal” (MIRANDA, Jorge, *in* Manual de Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, 2004, v. 3, p. 286-287)¹⁴.

Tem-se, assim, pela subsidiariedade, que a esfera de poder maior só deve intervir nos sistemas locais (menores) quando estes forem insuficientes, ou, nas palavras do Reverbel, quando não forem “bem”. E pergunta-se: vai bem o ensino público básico brasileiro? A resposta está no 66º lugar no *ranking* mundial, apesar de, na economia, estarmos na 8ª colocação. Há um descompasso. Autorizada está, portanto, a legislação federal disciplinar o assunto, vez que os sistemas locais, por não fugirem do sistema político vicioso, calcado nas “reservas” e nas “oposições”, não implementaram um processo educacional adequado. Com esse espírito, o Constituinte, na lição de Jorge Miranda, reservou à União a disciplina normativa geral (garantia do mínimo), inibindo os Estados e Municípios de disciplinarem de forma contrária ao disposto pelo poder central (art. 22, XXIV).

Com a edição da Lei Federal 11.738/2008, especialmente art. 2º, § 4º, tornou-se incompatível o disposto no art. 18, § 1º, da Lei Municipal 336/2000 (que reservava 20% para a atividade extra-classe), logo, inconstitucional, por afronta ao art. 22, XXIV, da Carta Maior.

O processo educacional adequado é um direito fundamental de segunda geração, premissa da formação da dignidade da pessoa humana. Não há espaço para "reservas" ou "oposições" à sua efetividade, devendo ser implantado, imediatamente, o 1/3 para atividades extra-classes da carga horária do professor, vez que a educação no Brasil, ao menos em suas diretrizes, até a presente data, mostrou-se insuficiente, cujo resultado se vê pelo *ranking* mundial. A imediatidade decorre da temporalidade do processo formativo que visa o pleno desenvolvimento humano, e não um arremedo de processo formacional. No entanto, face à quadra do ano, defere-se (prorroga-se) a implantação do art. 2º, § 4º, da Lei Federal 11.738/2008 para o próximo ano letivo, a fim de não prejudicar os educandos e inviabilizar a administração local².

² REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

¹Texto "Direitos do homem e sociedade", editora Elsevier, 2004, págs. 68/71.

² "A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual - para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado - partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. Para a teoria de Kant - que podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciadas por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores do poder de governo, e portanto *cum imperio* -, o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como 'independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro', já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele.' 'A hipótese do estado de natureza - enquanto estado pré-estatal e, em alguns escritores, até mesmo pré-social - era uma tentativa de justificar racionalmente, ou de racionalizar, determinadas exigências que se iam ampliando cada vez mais; num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença (imposição frequentemente seguida de sanções não só espirituais, mas também temporais); e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana e à Francesa, houve a demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo. O estado de natureza era uma mera ficção doutrinária, que devia servir para justificar, como direitos

inerentes à própria natureza do homem (e, como tais, invioláveis por parte dos detentores do poder público, inalienáveis pelos próprios titulares e imprescritíveis por mais longa que fosse a duração de sua violação ou alienação), exigências de liberdade provenientes dos que lutavam contra o dogmatismo das Igrejas e contra o autoritarismo dos Estados. A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta.' 'Essa exigência de passar da hipótese racional para a análise da sociedade real e de sua história vale com maior razão hoje, quando as exigências, provenientes de baixo em favor de uma proteção de indivíduos e de grupos (e se trata de exigências que vão bem além da liberdade em relação a e da liberdade de) aumentaram enormemente e continuam a aumentar; ora, para justificá-las, a hipótese abstrata de um estado de natureza simples, primitivo, onde o homem vive com poucos carecimentos essenciais, não teria mais nenhuma força de persuasão e, portanto, nenhuma utilidade teórica ou prática. O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.' (Bobbio, obra citada).

3De segunda geração.

4José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p. 365, *apud* SOUZA, Motauci Ciocchetti de, *in* *Direito Educacional*, ed. Verbatim, 2010, p. 17.

5A falta de compreensão do direito fundamental a um processo educacional adequado pode ser imputável, ainda nos dias de hoje, à baixa consciência coletiva acerca dos próprios direitos sociais em gênero, haja vista que o mero reconhecimento – a declaração solene de sua existência em uma carta – não implica, necessariamente, em sua efetividade, e vai-se (o corpo social) acostumando-se às objeções de outras naturezas à implantação destes direitos de segunda geração (reserva do possível; separação de poderes; responsabilidade fiscal; etc). Aliás, Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, 26ª edição, ed. Malheiros, 2011, apanha o **hábito** histórico pelo qual os juristas tratam tais direitos sociais: *"Mas passaram primeiro (os direitos sociais) por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos."* *'De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, um a crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.'* *'De tal sorte que os direitos individuais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma"* (564-5).

6Carecimentos atuais (na palavra de Bobbio).

7Procurador de Justiça em São Paulo.

8Educação infantil, ensino fundamental e médio (art. 21, I, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/96).

9Condições mínimas é o objeto deste *mandamus*.

Por isso, de maneira incisiva, deve ser cumprido o comando infraconstitucional, dedicando o profissional da educação 1/3 de sua carga horária à atividades de hora de trabalho pedagógico coletivo ou individual.

É nossa opinião, *sub censura*.

Porto Alegre, 25 de fevereiro de 2012.

EDUARDO LUCHESI

OAB/SP 202.603

OAB/RS 70.915A

10Se discutirá o federalismo no tópico seguinte. Mas é bom lembrar, desde já, que o Senado Federal participa do processo de deliberação da lei formal, e tem, por atribuição constitucional, a representação dos Estados (CF, art. 46, *caput*), sendo duvidosa a arguição de inconstitucionalidade, por esse viés, suscitada na Adin 4.167/DF. O que quero dizer, em outras palavras, é que há outros mecanismos, que não sejam necessariamente judiciais, para se aferir a legitimidade de uma lei.

11Portanto, não há que se falar em metas ou programas.

12O Federalismo Numa Visão Tridimensional do Direito, ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

13"Friedrich também sentia tal inconveniente conceitual do federalismo. Sugeria não poder ser encarado o federalismo como um modelo estático, fixo e preciso de divisão e organização dos poderes das unidades políticas. Ao contrário, a racionalidade demonstra ser o federalismo um processo dinâmico e constante de federalização de uma comunidade política qualquer. Não importa a quantidade de Estados, ou mesmo a classe de associação, o que realmente interessa é tomar consciência da necessidade de se tomar decisões conjuntas aos problemas comuns." [...] "Os espanhóis expressam-se também pela inexistência de um modelo de federalismo puro e abstrato. Aja, Rovira, Ruipérez *et alii* chegaram à conclusão de que um modelo fechado, pronto e acabado de federalismo não existe. Em verdade, existem variantes e modalidades de federalismo, que oscilam em um amplo leque de alternativas e gradações." (Reverbel, fls. 23).

14*Apud* Reverbel, obra citada, nota de rodapé 211, p. 90.