

EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF - BRASÍLIA-DF.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Eg. Tribunal Superior Eleitoral por meio da Resolução nº 22083 de 15.09.2005, com sede e foro em Brasília (DF), SCS, Quadra 01, Bloco E, Ed. Ceará, sala 1203/1204, por seu Presidente Nacional, RAIMUNDO LUIZ SILVA ARAÚJO, brasileiro, CPF nº 212.951.582-72, RG nº 1.824.970 SSP/PA, residente e domiciliado em Brasília-DF, por intermédio de seus advogados abaixo subscritos e firmados, devidamente constituídos vem perante esse Colendo Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e 103, VIII da Carta Magna/88 e do § 3º do art. 10 da Lei 9.868/99, propor a presente

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

contra a Medida Provisória nº 746 de 22 de Setembro de 2016 que “Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências”, em razão do que se passa a expor.

1 – DA LEGITIMIDADE ATIVA

O PSOL é partido político constitucionalmente legitimado para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade, devidamente constituído frente ao Tribunal Superior Eleitoral e representado no Congresso Nacional, restando, assim, preenchidos os pressupostos do art. 103, VIII da Constituição Federal/88, bem assim, do art. 2º, inciso VIII da Lei 9.868/99.

2 – DOS DISPOSITIVOS INCONSTITUCIONAIS

Os vícios que inquinam a Medida Provisória nº 746, de 2016 são formais e materiais, tendo em vista que afrontam, simultaneamente: i) os pressupostos exigidos pela Constituição para a edição de medidas provisórias (art. 62, *caput*, da CR); e ii) os artigos 3º, I, III e IV; 4º, parágrafo único; 5º, *caput*; 60, § 4º; 205, *caput*; 206, I, III e VII; 207, *caput*; 208, II; 211, § 3º; e 214, V, conforme será adiante explicitado. Assim, uma vez que se entende estar diante de inconstitucionalidades materiais que maculam todo o texto da medida provisória, além de haver inconstitucionalidade formal, em obediência ao que dispõe o art. 3º, I, da Lei 9.868/99, reproduz-se abaixo todo o seu texto:

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 746, DE 22 DE SETEMBRO DE 2016

Institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral, altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e a Lei nº 11.494 de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 24.

.....

Parágrafo único. A carga horária mínima anual de que trata o inciso I do caput deverá ser progressivamente ampliada, no ensino médio, para mil e quatrocentas horas, observadas as normas do respectivo sistema de ensino e de acordo com as diretrizes, os objetivos, as metas e as estratégias de implementação estabelecidos no Plano Nacional de Educação.” (NR)

“Art. 26.

§ 1º Os currículos a que se refere o caput devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente da República Federativa do Brasil, observado, na educação infantil, o disposto no art. 31, no ensino fundamental, o disposto no art. 32, e no ensino médio, o disposto no art. 36.

§ 2º O ensino da arte, especialmente em suas expressões regionais, constituirá componente curricular obrigatório da educação infantil e do ensino fundamental, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos.

§ 3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação infantil e do ensino fundamental, sendo sua prática facultativa ao aluno:

.....

§ 5º No currículo do ensino fundamental, será ofertada a língua inglesa a partir do sexto ano.

.....

§ 7º A Base Nacional Comum Curricular disporá sobre os temas transversais que poderão ser incluídos nos currículos de que trata o caput.

.....

§ 10. A inclusão de novos componentes curriculares de caráter obrigatório na Base Nacional Comum Curricular dependerá de aprovação do Conselho Nacional de Educação e de homologação pelo Ministro de Estado da Educação, ouvidos o Conselho Nacional de Secretários de Educação - Consed e a União Nacional de Dirigentes de Educação - Undime.” (NR)

“Art. 36. O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular e por itinerários formativos específicos, a serem definidos pelos sistemas de ensino, com ênfase nas seguintes áreas de conhecimento ou de atuação profissional:

- I - linguagens;
- II - matemática;
- III - ciências da natureza;
- IV - ciências humanas; e
- V - formação técnica e profissional.

§ 1º Os sistemas de ensino poderão compor os seus currículos com base em mais de uma área prevista nos incisos I a V do caput.

§ 3º A organização das áreas de que trata o caput e das respectivas competências, habilidades e expectativas de aprendizagem, definidas na Base Nacional Comum Curricular, será feita de acordo com critérios estabelecidos em cada sistema de ensino.

§ 5º Os currículos do ensino médio deverão considerar a formação integral do aluno, de maneira a adotar um trabalho voltado para a construção de seu projeto de vida e para a sua formação nos aspectos cognitivos e socioemocionais, conforme diretrizes definidas pelo Ministério da Educação.

§ 6º A carga horária destinada ao cumprimento da Base Nacional Comum Curricular não poderá ser superior a mil e duzentas horas da carga horária total do ensino médio, de acordo com a definição dos sistemas de ensino.

§ 7º A parte diversificada dos currículos de que trata o caput do art. 26,

definida em cada sistema de ensino, deverá estar integrada à Base Nacional Comum Curricular e ser articulada a partir do contexto histórico, econômico, social, ambiental e cultural.

§ 8º Os currículos de ensino médio incluirão, obrigatoriamente, o estudo da língua inglesa e poderão ofertar outras línguas estrangeiras, em caráter optativo, preferencialmente o espanhol, de acordo com a disponibilidade de oferta, locais e horários definidos pelos sistemas de ensino.

§ 9º O ensino de língua portuguesa e matemática será obrigatório nos três anos do ensino médio.

§ 10. Os sistemas de ensino, mediante disponibilidade de vagas na rede, possibilitarão ao aluno concluinte do ensino médio cursar, no ano letivo subsequente ao da conclusão, outro itinerário formativo de que trata o caput.

§ 11. A critério dos sistemas de ensino, a oferta de formação a que se refere o inciso V do caput considerará:

I - a inclusão de experiência prática de trabalho no setor produtivo ou em ambientes de simulação, estabelecendo parcerias e fazendo uso, quando aplicável, de instrumentos estabelecidos pela legislação sobre aprendizagem profissional; e

II - a possibilidade de concessão de certificados intermediários de qualificação para o trabalho, quando a formação for estruturada e organizada em etapas com terminalidade.

§ 12. A oferta de formações experimentais em áreas que não constem do Catálogo Nacional dos Cursos Técnicos dependerá, para sua continuidade, do reconhecimento pelo respectivo Conselho Estadual de Educação, no prazo de três anos, e da inserção no Catálogo Nacional dos Cursos Técnicos, no prazo de cinco anos, contados da data de oferta inicial da formação.

§ 13. Ao concluir o ensino médio, as instituições de ensino emitirão diploma com validade nacional que habilitará o diplomado ao prosseguimento dos estudos em nível superior e demais cursos ou formações para os quais a conclusão do ensino médio seja obrigatória.

§ 14. A União, em colaboração com os Estados e o Distrito Federal, estabelecerá os padrões de desempenho esperados para o ensino médio, que serão referência nos processos nacionais de avaliação, considerada a Base Nacional Comum Curricular.

§ 15. Além das formas de organização previstas no art. 23, o ensino médio poderá ser organizado em módulos e adotar o sistema de créditos ou disciplinas com terminalidade específica, observada a Base Nacional Comum Curricular, a fim de estimular o prosseguimento dos estudos.

§ 16. Os conteúdos cursados durante o ensino médio poderão ser convalidados para aproveitamento de créditos no ensino superior, após normatização do Conselho Nacional de Educação e homologação pelo Ministro de Estado da Educação.

§ 17. Para efeito de cumprimento de exigências curriculares do ensino médio, os sistemas de ensino poderão reconhecer, mediante regulamentação própria, conhecimentos, saberes, habilidades e competências, mediante diferentes formas de comprovação, como:

I - demonstração prática;

II - experiência de trabalho supervisionado ou outra experiência adquirida fora do ambiente escolar;

III - atividades de educação técnica oferecidas em outras instituições de ensino;

IV - cursos oferecidos por centros ou programas ocupacionais;

V - estudos realizados em instituições de ensino nacionais ou estrangeiras; e

VI - educação a distância ou educação presencial mediada por tecnologias.” (NR)

“Art. 44.

.....
§ 3º O processo seletivo referido no inciso II do caput considerará exclusivamente as competências, as habilidades e as expectativas de aprendizagem das áreas de conhecimento definidas na Base Nacional

Comum Curricular, observado o disposto nos incisos I a IV do caput do art. 36.” (NR)

“Art. 61.

.....
III - trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim; e

IV - profissionais com notório saber reconhecido pelos respectivos sistemas de ensino para ministrar conteúdos de áreas afins à sua formação para atender o disposto no inciso V do caput do art. 36.

.....” (NR)

“Art. 62.

.....
§ 8º Os currículos dos cursos de formação de docentes terão por referência a Base Nacional Comum Curricular.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10.

.....
XIV - formação técnica e profissional prevista no inciso V do caput do art. 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;

XV - segunda opção formativa de ensino médio, nos termos do § 10 do caput do art. 36 da Lei nº 9.394, de 1996;

XVI - educação especial;

XVII - educação indígena e quilombola;

XVIII - educação de jovens e adultos com avaliação no processo; e

XIX - educação de jovens e adultos integrada à educação profissional de nível médio, com avaliação no processo.

.....” (NR)

Art. 3º O disposto no § 8º do art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de

1996, deverá ser implementado no prazo de dois anos, contado da data de publicação desta Medida Provisória.

Art. 4º O disposto no art. 26 e no art. 36 da Lei nº 9.394, de 1996, deverá ser implementado no segundo ano letivo subsequente à data de publicação da Base Nacional Comum Curricular.

Parágrafo único. O prazo de implementação previsto no caput será reduzido para o primeiro ano letivo subsequente na hipótese de haver antecedência mínima de cento e oitenta dias entre a publicação da Base Nacional Comum Curricular e o início do ano letivo.

Art 5º Fica instituída, no âmbito do Ministério da Educação, a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral.

Parágrafo único. A Política de Fomento de que trata o caput prevê o repasse de recursos o Ministério da Educação para os Estados e para o Distrito Federal pelo prazo máximo de quatro anos por escola, contado da data do início de sua implementação.

Art. 6º São obrigatórias as transferências de recursos da União aos Estados e ao Distrito Federal, desde que cumpridos os critérios de elegibilidade estabelecidos nesta Medida Provisória e no regulamento, com a finalidade de prestar apoio financeiro para o atendimento em escolas de ensino médio em tempo integral cadastradas no Censo Escolar da Educação Básica, e que:

I - sejam escolas implantadas a partir da vigência desta Medida Provisória e atendam às condições previstas em ato do Ministro de Educação; e

II - tenham projeto político-pedagógico que obedeça ao disposto no art. 36 da Lei nº 9.394, de 1996.

§ 1º A transferência de recursos de que trata o caput será realizada com base no número de matrículas cadastradas pelos Estados e pelo Distrito Federal no Censo Escolar da Educação Básica, desde que tenham sido atendidos, de forma cumulativa, os requisitos dos incisos I e II do caput.

§ 2º A transferência de recursos será realizada anualmente, a partir de valor único por aluno, respeitada a disponibilidade orçamentária para atendimento, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Educação.

§ 3º Os recursos transferidos nos termos do caput poderão ser aplicados nas despesas de manutenção e desenvolvimento das escolas participantes da Política de Fomento, podendo ser utilizados para suplementação das expensas de merenda escolar e para aquelas previstas nos incisos I, II, III, VI e VIII do caput do art. 70 da Lei nº 9.394, de 1996.

§ 4º Na hipótese de o Distrito Federal ou de o Estado ter, no momento do repasse do apoio financeiro suplementar de que trata o caput, saldo em conta de recursos repassados anteriormente, esse montante, a ser verificado no último dia do mês anterior ao do repasse, será subtraído do valor a ser repassado como apoio financeiro suplementar do exercício corrente.

§ 5º Serão desconsiderados do desconto previsto no § 4º os recursos referentes ao apoio financeiro suplementar, de que trata o caput, transferidos nos últimos doze meses.

Art. 7º Os recursos de que trata o parágrafo único do art. 5º serão transferidos pelo Ministério da Educação ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, independentemente de celebração de termo específico.

Art. 8º Ato do Ministro de Estado da Educação disporá sobre o acompanhamento da implementação do apoio financeiro suplementar de que trata o parágrafo único do art. 5º.

Art. 9º A transferência de recursos financeiros prevista no parágrafo único do art. 5º será efetivada automaticamente pelo FNDE, dispensada a celebração de convênio, acordo, contrato ou instrumento congêneres, mediante depósitos em conta corrente específica.

Parágrafo único. O Conselho Deliberativo do FNDE disporá, em ato

próprio, sobre condições, critérios operacionais de distribuição, repasse, execução e prestação de contas simplificada do apoio financeiro.

Art. 10. Os Estados e o Distrito Federal deverão fornecer, sempre que solicitados, a documentação relativa à execução dos recursos recebidos com base no parágrafo único do art. 5º ao Tribunal de Contas da União, ao FNDE, aos órgãos de controle interno do Poder Executivo federal e aos conselhos de acompanhamento e controle social.

Art. 11. O acompanhamento e o controle social sobre a transferência e a aplicação dos recursos repassados com base no parágrafo único do art. 5º serão exercidos no âmbito dos Estados e do Distrito Federal pelos respectivos conselhos previstos no art. 24 da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007.

Parágrafo único. Os conselhos a que se refere o caput analisarão as prestações de contas dos recursos repassados no âmbito desta Medida Provisória, formularão parecer conclusivo acerca da aplicação desses recursos e o encaminharão ao FNDE.

Art. 12. Os recursos financeiros correspondentes ao apoio financeiro de que trata o parágrafo único do art. 5º correrão à conta de dotação consignada nos orçamentos do FNDE e do Ministério da Educação, observados os limites de movimentação, de empenho e de pagamento da programação orçamentária e financeira anual.

Art. 13. Fica revogada a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005.

Art. 14. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 22 de setembro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

3 - Da inconstitucionalidade formal.

Necessária uma discussão dogmática e teórica sobre a utilização de Medida Provisória, quanto mais versando sobre tema de tamanha complexidade.

Faremos jus ao instrumento com um breve histórico sobre sua utilização. Em seguida, demonstraremos o porquê de sua inconstitucionalidade.

3.1- Histórico das Medidas Provisórias¹

É pressuposto do Governo a possibilidade de exercer poder normativo primário, isto é, com força, valor e eficácia de lei. Mormente quando legitimado pela maioria parlamentar, o Governo exercita amplas funções legislativas com a desenvoltura que não é própria do Parlamento. Com isso, o centro da vida constitucional paulatinamente se desloca das casas legislativas para o Governo: do Rei para o Parlamento, do Parlamento para o Governo. O Governo torna-se o protagonista da condução dos negócios públicos. Firma-se, então, a assim chamada “legislação motorizada” de origem governativa.

Nesse contexto, ganha existência instrumento legislativo adotado diretamente pelo próprio Governo. Inicialmente, sem nenhuma previsão no Direito positivo; a seguir, como fonte normal do Direito, por ele próprio prevista, em situações de urgência.

Diversas são as Constituições que adotam algum tipo de legislação primária confiada ao governo.

O *procedimento provvisorio* italiano é previsto no artigo 77² da Constituição italiana de 1947. Segundo tal dispositivo, o Governo não pode, sem delegação do Poder Legislativo, editar decretos que tenham valor de lei ordinária, salvo em casos extraordinários de necessidade e de urgência. Nesses

¹ AMARAL JÚNIOR, José L. M. Comentário ao artigo 62. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1146-1151.

² Art. 77. Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

casos, o governo adota, sob sua responsabilidade, provimento provisório com força de lei, devendo, no mesmo dia, apresentá-lo para conversão às Câmaras.

A Constituição espanhola de 1978 também prevê, em seu artigo 86³, instrumento semelhante, o *decreto-ley*. Assim, em caso de extraordinária urgência e necessidade (traço comum ao modelo italiano), o Governo poderá editar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de decretos-leis. Tais decretos devem ser imediatamente submetidos a deliberação do Congresso espanhol.

No que se refere ao Direito brasileiro, a primeira e a segunda repúblicas não admitiram a delegação legislativa. Todavia, o Poder Executivo legisferava disfarçadamente por meio de regulamentos *praeter legem*.

No Estado Novo, enquanto não fosse instalado o “Parlamento Nacional”, o artigo 180 da Constituição de 1937 conferia todas as competências legislativas da União ao Presidente da República. Foi a primeira vez em que surgiu, formalmente, no Direito brasileiro, o decreto-lei, ainda que com o perfil transitório. Foi banido pela Constituição de 1946, que não admitiu a delegação legislativa, salvo pelo breve período parlamentarista entre 1961 e 1963.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965 previa, em seu artigo 30, espécie legislativa que viria a ser o antecessor imediato do decreto-lei constante da Constituição de 1967. Em ambos os casos, tratava-se de espécie legislativa primária de competência do Presidente da república e com âmbito material circunscrito à segurança nacional. Excepcionalmente, decretado o

³ Art. 86. Decretos-leyes y su convalidación.

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

recesso parlamentar, o Presidente da República poderia legislar mediante decretos-leis em todas as matérias.

O Ato Institucional nº 2, de 1965, e o Ato Institucional nº 4, de 1966 – que convocou o Congresso Nacional para deliberação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República – também previam o decreto-lei.

O texto originário da Constituição de 1967 ampliou o escopo material dos “decretos com força de lei”: segurança nacional e finanças públicas. Tais decretos somente poderiam ser editados pelo Presidente da República em casos de urgência ou interesse público relevante, e desde que não resultassem em aumento de despesa. Ademais, deveriam ser deliberados pelo Congresso Nacional em até sessenta dias da sua publicação.

A Emenda Constitucional nº 1, de 27 de outubro de 1969, novamente, ampliou o escopo temático dos decretos-leis, mas ainda trazia um rol taxativo de matérias que poderiam ser disciplinadas por esse instrumento. Constam das fórmulas de 1967 e 1969 dois requisitos constitucionais alternativos: urgência ou interesse público relevante. A doutrina majoritária e a jurisprudência entendiam que não cabia controle pelo Poder Judiciário dos citados requisitos constitucionais, em razão da natureza política de ambos, confiados a juízo discricionário do Presidente da República. Somente em tempos mais recentes, já sob a égide da Constituição de 1988, passou-se a admitir controle judicial de ambos os requisitos constitucionais.

O decreto-lei da Constituição de 1967 estava inserido em uma prática institucional de nítidos traços autoritários, muito comum ao longo de boa parte do século XX. Em tal circunstância, como bem sintetiza Giuseppe Viesti, a separação dos Poderes ou era expressamente repudiada, ou ganhava natureza de mera aparência. Os mecanismos de controle estavam subordinados ao grupo ou ao partido dominante. As assembleias parlamentares se limitavam a aprovar

decisões do Poder Executivo, poder esse que detinha ampla competência para adoção de atos com força de lei⁴.

A Constituição de 1988 disciplina em seu artigo 62 as medidas provisórias. Diferentemente das constituições anteriores, não há explicitado um rol de matérias que podem ser reguladas por meio de medidas provisórias. Outra inovação dizia respeito aos requisitos constitucionais: relevância e urgência não são mais requisitos alternativos, mas cumulativos. A Emenda Constitucional nº 32, de 2001, dentre outras ações, proibiu a edição de medidas provisórias em determinados assuntos e vedou a possibilidade de sua reedição indeterminada.

Relevância e urgência permanecem como critérios políticos, precipuamente confiados ao Presidente da república e ao Congresso Nacional. Todavia, hodiernamente admite-se que se coloque sob escrutínio do Poder Judiciário o atendimento desses requisitos constitucionais. A eventual inobservância de tais aspectos implica a caracterização de inconstitucionalidade formal da medida⁵.

3.2- Da inconstitucionalidade formal da medida provisória nº 746, de 2016.

Conforme aduzido alhures, são, atualmente, requisitos constitucionais para a adoção de medidas provisórias pelo Presidente da República, cumulativamente, nos termos do artigo 62 da Constituição da República, relevância e urgência. Assim, não basta, para adoção desse instrumento legislativo, a indicação da relevância da matéria; imprescindível também é a demonstração de sua urgência. Isso porque as medidas provisórias se destinam a dar resposta rápida a situações que escapam à previsibilidade e que exigem solução urgente⁶.

⁴ VIESTI, Giuseppe. *Ill decreto-legge*, Nápoles: Jovene, 1967, p. 18 e 19, conforme citado por AMARAL JÚNIOR, José L. M. Comentário ao artigo 62... p. 1151.

⁵ AMARAL JÚNIOR, José L. M. Comentário ao artigo 62... p. 1153.

⁶ Idem, p. 1152.

A jurisprudência do eg. Supremo Tribunal Federal está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.

Não se pode negar que o tema tratado pela medida provisória nº 746/2016 seja relevante. Por outro lado, é cristalina a ausência de urgência; não há imprevisibilidade ou contingência que reclamasse a edição de medida provisória. Não há, da mesma maneira, perigo na demora da adoção do ato legislativo. Esse fato fica evidente no art. 1º da medida provisória atacada, na redação proposta para o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 9.394, de 1996. *In verbis*:

"Art. 24.

.....

Parágrafo único. A carga horária mínima anual de que trata o inciso I do caput **deverá ser progressivamente ampliada**, no ensino médio, para mil e quatrocentas horas, observadas as normas do respectivo sistema de ensino e de acordo com as diretrizes, os objetivos, as metas e as estratégias de implementação estabelecidos no Plano Nacional de Educação."

(grifo nosso)

Houvesse urgência que reclamasse edição da medida provisória, o Presidente da República não se valeria de referências temporais vagas, como no trecho acima destacado da medida provisória, mas sim de marcos temporais precisos – e de curto prazo.

A mesma falta de precisão na delimitação de prazos para adoção de medidas – o que caracterizaria situação urgente – é notada no mesmo art. 1º, quando é proposta redação para o §14 do art. 36 também da Lei nº 9.394, de 1996. *In verbis*:

“§ 14. A União, em colaboração com os Estados e o Distrito Federal, estabelecerá os padrões de desempenho esperados para o ensino médio, que serão referência nos processos nacionais de avaliação, considerada a Base Nacional Comum Curricular.”

Como se nota, não é estabelecido qualquer prazo para que a medida descrita no dispositivo transcrito seja adotada, mais uma vez evidenciando a não caracterização de urgência.

No mesmo diapasão, os artigos 3º e 4º da medida provisória estabelecem prazos demasiado longos para uma situação de urgência:

“Art. 3º O disposto no § 8º do art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, **deverá ser implementado no prazo de dois anos**, contado da data de publicação desta Medida Provisória”. (grifo nosso)

“Art. 4º O disposto no art. 26 e no art. 36 da Lei nº 9.394, de 1996, **deverá ser implementado no segundo ano letivo subsequente à data de publicação da Base Nacional Comum Curricular**”. (grifo nosso)

Resta, assim, evidente que a medida provisória nº 746, de 2016, não cumpre o requisito constitucional da urgência.

Na ausência do referido requisito constitucional, deve a medida provisória ser considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. É o que ocorreu na da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.348/DF, relatada pelo ilustre Ministro Marco Aurélio Mello. No bojo da referida ação, pela primeira vez, foi fulminada medida provisória em razão do não cumprimento do requisito constitucional da urgência. Igualmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048/DF, relatada pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, a Corte Suprema suspendeu medida provisória que abrisse créditos extraordinários após concluir que as rubricas de gastos eram não imprevisíveis e urgentes.

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal, ao examinar os pressupostos constitucionais à edição de medidas provisórias, segue tendência jurisprudencial de importantes Tribunais Constitucionais, como o espanhol e o italiano. Essas cortes, recentemente, também fulminaram decretações de urgência por não observância de pressupostos constitucionais.

Em sua Sentença nº 68, de 2007, o Tribunal Constitucional espanhol reafirmou precedentes no sentido de que a necessária conexão entre a faculdade legislativa excepcional e a existência do pressuposto habilitante conduz a que o conceito constitucional de extraordinária e urgente necessidade não seja, de nenhum modo, uma cláusula vazia de significado, dentro da qual a margem lógica de apreciação política do Governo se mova livremente, sem nenhuma restrição, mas, sim, pelo contrário, implica limite jurídico à atuação mediante decretos-leis. Por isso mesmo, o Tribunal sustentou que é sua função assegurar esse limite, garantir que, no exercício desta faculdade, como no de qualquer outra, os poderes se movam dentro do marco traçado pela Constituição. Assim, o Tribunal pode, no caso de uso abusivo e arbitrário, rechaçar a definição que os órgãos políticos façam de uma dada situação e, em consequência, declarar a inconstitucionalidade de um decreto-lei por inexistência do pressuposto habilitante⁷.

Já a Corte Constitucional italiana, em sua Sentença nº 128, de 2008, reafirmou seu entendimento de que a preexistência de uma situação de fato de que derive a necessidade e a urgência de prover por meio da utilização de instrumento excepcional, como o decreto-lei, constitui requisito de validade constitucional à adoção do referido ato. Desse modo, a eventual falta daqueles pressupostos configurará, em primeiro lugar, um vício de ilegitimidade constitucional do decreto-lei adotado fora do âmbito de aplicação constitucionalmente previsto⁸.

Importante frisar que tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 479 de 2015, de autoria do Deputado João Daniel,

⁷ Idem, p. 1155.

⁸ Idem, p. 1155.

que trata do mesmo tema da medida provisória ora atacada. Apensados a essa proposição legislativa tramitam outros catorze projetos de lei sobre temas correlatos ou conexos. Tais projetos encontram-se atualmente na Comissão de Educação da mencionada Casa legislativa, onde estão passando pelo legítimo debate democrático que deve tomar corpo no parlamento.

Da mesma forma, encontra-se pronto para pauta na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 6.840 de 2013, que altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para instituir a jornada em tempo integral no ensino médio, dispor sobre a organização dos currículos do ensino médio em áreas do conhecimento e dá outras providências de reforma do ensino médio, de autoria da Comissão Especial destinada a promover estudos e proposições para a reformulação do ensino médio. Esse projeto é fruto de intenso e exaustivo debate ocorrido na Câmara dos Deputados com participação de diversos setores da sociedade. Seria um ultraje a todos aqueles que envidaram seus esforços na participação desse debate substituí-lo por uma medida provisória editada unilateralmente.

Dispor por medida provisória sobre tema tão complexo, que claramente não reclama urgência, é temerário e pouco democrático, por impor prazo extremamente exíguo para debate que já está ocorrendo nos meios educacionais e, sobretudo, no Congresso Nacional. O abuso na edição de medidas provisórias, especialmente quando ausente o pressuposto constitucional da urgência, usurpa a competência do Poder Legislativo para produzir normas gerais e abstratas, violando a separação de Poderes (art. 2º, CF), cláusula pétrea (art. 60, §4, III, CF) no ordenamento jurídico brasileiro.

A verdade é que esse instrumento tem sido utilizado nos últimos anos para pressionar o Congresso Nacional e impor as pautas do Poder Executivo em pouquíssimo tempo. Enquanto podemos dizer que, em alguns casos, trata-se de estratégias com algum nível de razoabilidade, neste caso, a reforma de algo tão crucial à nação quanto o ensino não se ajusta ao princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF). Porque quando se exige “urgência” para se editar uma Medida Provisória, tal preceito deve ser entendido à luz daquilo que

é: i) adequado; ii) necessário; e iii) proporcional em sentido estrito. A medida certamente não é a maneira mais adequada para resolver os problemas de nosso modelo educacional e tampouco pode-se dizer que a pauta educacional exige uma necessária atuação do Executivo neste exato momento, além de gerar muito mais ônus que bônus.

A medida provisória em tela não se refere a um programa específico que tenta resolver um dos aspectos da educação, como foi a edição da Medida Provisória que tratava do PROUNI⁹, por exemplo. A MP ora questionada trata de toda a estrutura do ensino médio. Se há um claro exemplo em que a configuração formal da lei atinge diretamente sua materialidade é este. Por isso, não há outra solução senão declarar a norma inconstitucional em sua integralidade, no mínimo, pelo total desprezo ao amplo e plural debate democrático em torno de assunto tão complexo.

A verdade é que o Supremo Tribunal Federal, neste aspecto, tem sido um exemplo para a democracia estabelecida no Brasil. É certo que, utilizando-se dos exemplos passados, no qual foi instado a depurar ação de extrema complexidade pelas inumeráveis nuances que a acompanhavam, adotou a postura humilde de convocar audiências públicas e ouvir especialistas. O Governo, seguindo esse exemplo, deve se pautar pela importância da discussão em detrimento das ações eleitoreiras em casos de tantas especificidades como o ensino médio brasileiro. É como entende a doutrina:

“As audiências públicas são um bom exemplo do firme propósito da Suprema Corte de que a revisão judicial deve ser efetivada de forma totalmente compatível com outras instituições democráticas. Se uma das principais fontes de legitimidade

⁹ O Prouni é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170). [ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, j. 3-5-2012, P, DJE de 22-3-2013.]

democrática da Corte vem da força dos seus argumentos, é evidente que esta deve estar disposta a ouvir todos os setores da sociedade, especialmente em casos relativos à efetivação de direitos socioeconômicos.

Dessa forma, a abertura da Suprema Corte é necessária, não só porque o julgamento dos direitos socioeconômicos é uma questão muito complexa, por envolver uma imensa quantidade de informações fáticas sobre as reais necessidades das pessoas, mas também por envolver as reais possibilidades da Administração Pública para atendê-las de imediato.”¹⁰

Ante o exposto, resta demonstrada a inconstitucionalidade formal da medida provisória nº 746, de 2016, por não atendimento ao requisito constitucional da urgência, violando, assim, o *caput* do art. 62 da Constituição da República. Dessa forma, requer-se seja declarada a referida medida provisória integralmente inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

4 - Da inconstitucionalidade material.

A Medida Provisória aqui questionada, em nosso entender, está repleta de vícios materiais que impedem a vigência de sua totalidade. Ela desrespeita o amplo acesso à educação, a cidadania enquanto fórmula para a igualdade cívica e, sobretudo, dificulta a redução das desigualdades ao promover verdadeiro retrocesso social. Assim, elencaremos, a seguir, os dispositivos específicos em que se pode perceber as afrontas diretas à Constituição e ao projeto social que ela instaura. É importante entender, no entanto, que eles representam, em seu conjunto, uma legislação totalmente inconstitucional,

¹⁰ MENDES, Gilmar; e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva: São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1198.

sendo impossível manter qualquer dos dispositivos em vigência, tendo em vista a conexão imediata entre todos.

4.1 Ofensa à isonomia (art. 5º, *caput*, da CR); ao direito fundamental à educação (art. 205, *caput*, da CR) e aos objetivos constitucionais de redução de desigualdade (art. 3º, I, III e IV, da CR)

Tendo em vista a explanação acima, é preciso entender a educação pelo que ela tem se tornado na sociedade moderna. Vejam que a obra de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco explana a suma importância da educação para a realização plena da participação cívica e do funcionamento de nossas instituições democráticas.

“Dentre os direitos sociais, o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos”.

É necessário, portanto, analisar factualmente a realidade do Brasil para que, então, possamos avaliá-la de maneira adequada no plano jurídico.

É um fato social que, no Brasil, a educação pública nos níveis fundamental e médio tem sido insuficiente. É o que constatam, inclusive, Paulo Gonet Branco e Gilmar Mendes em obra doutrinária:

“No Brasil, em razão do histórico descaso do Estado no que diz respeito ao oferecimento de uma rede educacional extensa e de qualidade, ocorreu a marginalização de amplos setores da sociedade, prejudicando, inclusive a concretização de outros direitos fundamentais”¹¹

¹¹ MENDES, Gilmar; e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2016, p. 1198.

Essa realidade é tão premente que toda e qualquer pessoa com alguma sobra em seu orçamento familiar tende a colocar seus filhos em escolas privadas. Porque é público e notório que nosso sistema público está abaixo das qualidades necessárias. Se formos levar nossa Constituição a sério, é indispensável problematizar esta realidade. Porque se a Constituição entende a educação como um direito básico e fundamental para constituir a cidadania, não é razoável que se exija renda x ou y para verdadeiro acesso. Ao exigir renda, estaríamos tratando o direito fundamental como mercadoria. E criando entraves censitários ao exercício da cidadania. Não se pode exigir a compra de um direito básico para que ele tenha algum valor.

É também como tem entendido a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal:

“A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição. [RE 594.018 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 23-6-2009, 2ª T, DJE de 7-8-2009.]”

Justamente nesse aspecto, portanto, a medida provisória em tela é materialmente inconstitucional no que se refere à alteração da organização curricular promovida pela nova redação dada ao art. 36 da LDB. A mudança despreza por completo as percepções do Conselho Nacional de Educação, que, reunindo os mais diversos setores em plenárias com ampla participação popular, chegou a uma conclusão distinta da proposta pela Medida Provisória. O novo artigo 36 da LDB constitui blocos distintos de ensino, ao invés de trabalhá-los de modo integrado, como tem exigido, cada vez mais, a interdisciplinaridade dos conhecimentos. Numa era de cada vez maior integração entre os saberes, a MP ora questionada anda em via oposta.

A Medida Provisória pauta, assim, a segmentação e o empobrecimento da aprendizagem, reduzindo o conhecimento comum e restringindo o acesso à informação em toda sua riqueza.

Assim, viola frontalmente o chamado princípio da vedação ou proibição ao retrocesso social, corolário da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, já há muito tempo reconhecido pela doutrina brasileira dos direitos fundamentais¹².

Como assinalam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

“A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em um *princípio constitucional implícito*, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o *dever de progressividade* em matéria de *direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais* (DESCA), apenas para citar os mais relevantes fundamentos jurídico-constitucionais invocados”.¹³

Nesse diapasão, crucial apontar que a alteração proposta pela Medida Provisória para artigo 26 da LDB, no que tange à retirada das disciplinas de artes e educação física do rol de matérias obrigatórias no ensino médio impede uma exposição importante dentro de uma noção educativa mais completa, restando barbaramente mitigados os objetivos definidos para a educação no artigo 205 e seguintes da Constituição da República.

No mesmo sentido, a não obrigatoriedade de as escolas oferecerem todas as áreas (subdivididas e apresentadas na Medida Provisória), conforme consta do novo parágrafo 1º, do art. 36 da LDB, afronta a isonomia (art. 5, *caput*, CF) e o acesso pleno ao direito à educação (art. 6, CF). Isso decorre do fato de que a nova legislação dificulta ainda mais a paridade de acesso a um direito

¹² Por todos, veja-se: DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; PINHO E NETO, Luísa C. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. São José: Conceito Editorial, 2009; CONTO, Mario de. *Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: *Princípio da proibição de retrocesso ambiental*. Senado Federal. Brasília, 2012, p. 142-143. Disponível na internet em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242559>

fundamental. Porque com a ampliação de “possibilidades” curriculares, acompanhadas da não obrigatoriedade de oferecer todo o conteúdo em cada escola, é evidente que as escolas públicas, já sem muitos recursos, serão obrigadas (porque factual e historicamente sem recursos) a oferecer apenas o mínimo. Enquanto isso, obviamente, a classe social mais privilegiada será exposta aos mais variados conteúdos. É uma norma, portanto, que não se coaduna com a relação intrínseca e necessária entre o princípio da isonomia e o direito à educação:

“Neste ponto, é interessante ressaltar o papel desempenhado por uma educação de qualidade na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos instrumentos de participação direta, como o referendo e o plebiscito. Isto porque as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia.”¹⁴

Podemos traçar um paralelo com o caso *Brown vs Board of Education* nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte estadunidense se viu na obrigação de impedir que se consolidasse uma divisão social materialmente desigual nas escolas do país. Porque, em nossa sociedade, como já demonstraram sociólogos das mais diversas matizes ideológicas e pressupostos epistemológicos (Bourdieu, Castells, Foucault, Wacquant, Durkheim, Jessé Souza, dentre outros), o modelo educacional serve para estruturar, reformular ou repensar as relações de poder. Qual será a trajetória que nossas instituições escolherão? Não deve se tratar de uma visão de governo, mas uma política de Estado. Trata-se de um assunto de suma importância para o atingimento de nossos objetivos constitucionais: uma sociedade mais livre, mais justa, mais solidária (art. 3, CF), mais igualitária (art. 5, CF) e mais aberta à pluralidade de visões de mundo (art. 1, V, CF).

¹⁴ MENDES, Gilmar; e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2016, p. 1128.

O exemplo estadunidense é ainda mais relevante quando levamos em conta a realidade do Brasil no que tange à cor e raça da pobreza. É notório, e demonstrado rotineiramente, que a pobreza no Brasil tem pele preta, o que torna ainda mais importante uma educação pública de qualidade e em igualdade material de condições. Só ela terá o condão de diminuir as desigualdades raciais em nosso país. Como demonstra o sociólogo Loïc Wacquant¹⁵, em estudo fundamental sobre o sistema prisional, o aumento na população carcerária estadunidense está diretamente vinculado à redução de investimento em educação e ao encolhimento da democratização de oportunidades. Contrária diretamente, pois, os preceitos constitucionais dos artigos 3º, I, III e IV; 5º, *caput*; e 205, *caput*; os dispositivos da Lei que retiram a obrigatoriedade de matérias do currículo e facultam seu oferecimento.

Sendo um direito basilar e fundamental, a exposição a informações e à apresentação de conteúdos é indispensável sobretudo à população que padece de outros meios para acessá-los. Afinal, como expõe Manuel Castells¹⁶, a mudança estrutural de nossa sociedade tem nos tornado mais dependentes de informação e da capacidade crítica de analisá-la.

É nesse sentido, inclusive, que a lição de Paulo Bonavides é de suma importância:

“os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito de juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.”¹⁷

¹⁵ WACQUANT, Loïc. PUNIR OS POBRES: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Col. Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O poder da Identidade. Volume 2. São Paulo, Paz e Terra, 1992.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 583.

É necessário, conseqüentemente, que entendamos mais precisamente – e à luz dos direitos fundamentais – a conformação de nossas normas, de nossas instituições e de nossos programas educacionais:

“Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.”¹⁸

A educação, as escolas e as universidades ainda são ambientes onde se pode almejar uma conexão social comunitária que realça os laços solidários, em detrimento da competição individualista que mais afasta que une. No atual momento político, precisamos, novamente, lembrar da lição de Bonavides para, desesperados com o atual cenário, não incorreremos nos erros do passado:

“Toda vez que os desesperos coletivos somam os infortúnios gerados pelas três crises, produz-se a desmoralização política da Sociedade e os direitos humanos fundamentais padecem muito com isso.”¹⁹

Isto posto, o argumento desta ação não se apoia na falsa noção de que uma reforma, em si, é problemática. Mas que uma reforma pode contrariar frontal e materialmente a Constituição. De modo que se torna imprescindível à Corte Constitucional exigir que as alterações não enfraqueçam, ainda mais, os

¹⁸ *Id, ibidem*, p. 584.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Op, cit*, 2005, p. 590.

direitos dos mais necessitados. Permitir isso seria agir contra a própria função da Corte, como o próprio STF entende:

“Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.” [ADPF 291, rel. min. Roberto Barroso, j. 28-10-2015, P, DJE de 11-5-2016.]

“A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.” [ADI 2.649, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-5-2008, P, DJE de 17-10-2008.]

“Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito.” [HC 73.454, rel. min. Maurício Corrêa, j. 22-4-1996, 2ª T, DJ de 7-6-1996.]

4.2 Da contrariedade ao acesso ao ensino noturno (art. 206, I; e 208, VI, da CR)

Esta percepção geral se aprofunda diante da realidade social de nosso país, na qual muitos estudantes ainda completam o ensino médio mediante estudos noturnos. Isso se deve, é claro, à falta de oportunidades materiais de muitos indivíduos que precisam abandonar os estudos ou trabalhar antes do desejado, mas que, ainda assim, esforçam-se para continuar os estudos. A não ser que o Estado esteja disposto a incrementar políticas públicas que

favoreçam o comparecimento de adolescentes às escolas por 7 horas a dentro, podendo ir para casa e reforçar seu aprendizado em seguida, a proposta é elitista e voltada apenas aos estudantes que têm o privilégio de não trabalhar enquanto estudam.

“Também a abertura de mais vagas nos cursos noturnos revela-se como política fundamental para permitir o maior acesso ao ensino superior das pessoas que, por motivos variados, não podem frequentar as instituições durante o dia.”²⁰

O mínimo que uma proposta que altere a rotina dessas pessoas exige é uma igual preocupação em se adequar à realidade social da grande maioria dos brasileiros que frequentam o ensino médio. A falta de amparo em informações mais precisas acerca do Brasil já deveria, em um universo utópico, impedir leis tão vazias quanto esta. Mas, em se permitindo que governantes elaborem normas sem muito amparo nos problemas factuais das vidas dos governados, é preciso declarar a inconstitucionalidade daquilo que evidentemente discrimina e incrementa desigualdades para consolidar o status quo já tão injusto. Porque parece que, paradoxalmente, em alguns casos, os juízes são obrigados a fazer controle de constitucionalidade por falta de sensibilidade social do legislador. Apesar de se encontrar em situação perplexa, ao servir a Constituição, o Supremo Tribunal Federal não pode permitir postura tão distante do cenário social a ponto de aumentar desigualdades, até pela vedação Constitucional da discriminação que gera injustiças.

Como aponta Paulo Bonavides, o juiz já é obrigado a se pautar pela sensibilidade social para se adequar aos ditames constitucionais: “os alemães com rigor científico costumam designar numa feliz expressão de linguagem, por *Vorverständnis* e que sói fazer na cabeça do magistrado a *ratio* das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro

²⁰ MENDES, Gilmar; e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. cit.*, 2016, p. 1239.

social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos.”²¹

4.3 Da contrariedade ao padrão de qualidade do ensino (art. 206, VII)

Outro aspecto deste projeto que fere materialmente a Constituição (justamente por tentar aplicar um modelo estrangeiro sem qualquer respaldo na realidade local) é uma reforma do ensino médio que não está vinculada a uma reforma do ensino básico. Demonstra o claro intuito de não auxiliar o modelo educacional, mas instaurar uma lógica excludente, o que nossa Carta Política Fundamental impede. Se formos, de fato, optar pelo modelo educacional estadunidense, fazendo exatamente o mesmo que fazem lá (o que, em si, já seria um erro), precisaríamos também lembrar que o ensino fundamental até a 8ª série naquele país oferece disciplinas básicas em grande riqueza, além das mais variadas línguas e contato direto com a arte e esportes. Além de, conforme aponta recente pesquisa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE²², os professores do ensino público estadunidense ganharem, em média, 3 vezes mais que seus correlatos no Brasil. É por isso que o ensino médio de lá, naquele país, e naquele contexto social bastante específico, funcionam minimamente. Porque é questionável se de fato funcionam tendo em vista as críticas que os próprios estadunidenses fazem a seu modelo educacional.

É inconstitucional qualquer medida que restrinja, factualmente, o acesso a direitos. Neste caso, restringe-se a possibilidade de acesso à informação e aos diversos conteúdos necessários à conformação de uma massa crítica e atuante na esfera pública.

“A despeito da formulação programática, em certa medida, afigura-se inequívoco o caráter de direito subjetivo conferido pelo constituinte a essas situações jurídicas, não havendo dúvida

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, 2005, p. 593.

²² http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/education-at-a-glance-2016_eag-2016-en#.V-rLBzL5Q_U#page1, acesso em 26 de setembro de 2016.

quanto à possibilidade de judicialização em caso de prestação de serviço deficiente ou incompleto.”²³

Contraria frontalmente também à Constituição da República, no tangente ao princípio da garantia do padrão de qualidade do ensino público (art. 206, VII) a redação proposta, na medida provisória ora impugnada, para o inciso IV do art. 61 da LDB.

Nos termos do dispositivo mencionado, deixa de ser obrigatório para os profissionais da educação escolar básica formação na área de ensino ou pedagogia. A experiência dos “profissionais com notório saber” é certamente valiosa para a formação profissional de qualquer pessoa. Todavia, não se trata, no caso em análise, de educação profissional, mas de educação escolar básica, em que a formação do professor na área de ensino ou pedagogia é fundamental, sobretudo quando se almeja o pleno desenvolvimento da pessoa (art. 205, CF). Resta, assim, evidente que, ao admitir-se profissionais da educação escolar básica sem formação na área de educação ou pedagogia, não se pode atender ao princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade do ensino público.

4.4 Da violação ao princípio federativo, às especificidades regionais, e à busca da formação de uma comunidade latino-americana de nações (arts. 1º; 3º, III; 4º, parágrafo único)

A Medida Provisória ora atacada, em seu artigo 1º, ao alterar a redação do §8º do art. 36 da LDB, impõe o ensino da língua inglesa no rol de disciplinas obrigatórias do ensino médio, tornando facultativo o ensino de outros idiomas. Outrossim, em seu artigo 13, revoga a Lei nº 11.161, de 5 de agosto de 2005, que dispõe sobre o ensino da língua espanhola.

Tais alterações ferem a especificidade de cada região brasileira, como as fronteiriças. Há também claro desrespeito ao princípio federativo (art. 1, *caput*; art. 60, §4, I, CF) – que não pode ser entendido somente como

²³ MENDES, Gilmar; e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Op, cit, 2016, p. 1230.

competência para legislar, mas a potência de incrementar as especificidades e, assim, favorecer o enriquecimento via pluralidade.

Por fim, ao se tornar obrigatório somente o ensino da língua inglesa no ensino médio, em detrimento do ensino de outras línguas, mormente da língua espanhola, ignorando-se o fato de que todos os demais países de nosso continente têm o espanhol como língua oficial, fica evidente o desrespeito ao parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal, que impõe que a República Federativa do Brasil busque a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

4.5 Da violação ao princípio da autonomia universitária (art. 207)

A Medida Provisória nº 746 de 2016, em seu artigo 1º, ao alterar a redação do §3º do art. 44 da LDB, impõe às universidades qual conteúdo deve ser cobrado dos candidatos em seu processo seletivo para cursos de graduação.

In verbis:

“Art. 44.

.....

§ 3º O processo seletivo referido no inciso II do caput **considerará exclusivamente as competências**, as habilidades e as expectativas de aprendizagem das áreas de conhecimento definidas na Base Nacional Comum Curricular, observado o disposto nos incisos I a IV do caput do art. 36.” (grifo nosso)

Tal dispositivo, ao impedir às instituições de ensino superior de elegerem quais conteúdos julgam mais adequados para perquirir dos candidatos

às suas vagas em cursos de graduação, fere gravemente o princípio da autonomia universitária, gravado no bojo do artigo 207 da Carta Magna.

4.6 Da violação ao princípio da segurança jurídica

Na lição do abalizado Professor Gilmar Ferreira Mendes, a aplicação da lei no tempo continua a ser um dos temas mais controvertidos do Direito hodierno, sendo relativamente comum que a aplicação de novas leis às relações já estabelecidas suscite grandes polêmicas. Contrapõe-se à ideia central de segurança jurídica – uma das expressões máximas do Estado de Direito –, a possibilidade e necessidade de mudança da legislação. Assim, constitui vultoso desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente conflito²⁴.

O princípio da segurança jurídica -- que comporta muita coisa, é verdade – adquire, na análise da Medida Provisória ora impugnada, um terreno bastante sólido: haja vista que uma MP produz efeitos por sessenta dias, sendo prorrogável por mais sessenta, devendo então ser transformada em lei ou, caso não, resta por deixar de produzir efeitos, o fato é que se pode, e se deve, considerar possibilidade real de dano que levaria alteração de tal monta (trata-se, deve-se frisar, não de qualquer alteração, mas da reforma de todo o ensino médio, com efeito direto na vida de milhões de pessoas, incluindo estudantes, pais, professores e demais profissionais da educação) ser feita por medida provisória, haja vista que esta pode ter seus efeitos cessados em um período inferior a um ano letivo.

Não se intenta, com a presente argumentação, fazer com que as normas regentes do ensino médio se tornem imutáveis, insuscetíveis de reformas. Tal seria um disparate. Questiona-se, isto sim, a forma apressada e unilateral com que alteração tão complexa foi feita – com possibilidade real de graves danos à segurança jurídica.

5 – Dos pedidos.

²⁴ MENDES, Gilmar, F. Comentário ao inciso XXXVI do artigo 5º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, _____; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 368.

Diante de todo o exposto, é patente a incompatibilidade formal e material da Medida Provisória nº 746, de 2016, com a Constituição da República. Assim, requer-se seja declarada a inconstitucionalidade do referido diploma normativo em sua integralidade por este Tribunal.

5.1 – Pedido de medida cautelar.

Presentes estão os requisitos para a concessão de medida cautelar, nos termos dos artigos 10 e seguintes da Lei nº 9.698, de 1999. É o que passamos a demonstrar.

A evidência da probabilidade do direito está suficientemente caracterizada pelos argumentos deduzidos até aqui.

O perigo de dano resta evidente pelo fato óbvio de que uma medida provisória produz seus efeitos com força de lei desde o momento de sua publicação.

Por tais razões, requer-se, cautelarmente, seja suspensa a eficácia da Medida Provisória nº 746, de 2016, até o julgamento definitivo da ação.

5.2 – Pedidos finais

- a. A procedência da presente ação direta, a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 746, de 2016;
- b. A concessão de medida cautelar, nos moldes do art. 10 da Lei 9.868, e aplicando-se o rito do art. 12 da mesma lei, para suspender os efeitos de vigência Medida Provisória nº 746, até julgamento final da presente ADI;
- c. Dadas a relevância e a repercussão nacional da matéria, após a apreciação do pedido liminar e de colhidas as informações, caso seja da conveniência, que sejam adotadas as providências do art. 9º, §1º da Lei 9.868;
- d. A solicitação de informações à Presidência da República, na pessoa de seu mandatário;

e. Depois de colhidas as informações necessárias seja citada a Advocacia-Geral da União, por seu representante, e ouvida a Procuradoria-Geral da República, bem como apreciada a medida cautelar, requer-se o julgamento, ao final, pela procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

f. Por serem de valor inestimável os bens jurídicos em discussão, dá-se à causa o valor de R\$1.000,00.

Termos em que, Pede Deferimento.

Brasília (DF), 27 de Setembro de 2016.

ANDRÉ MAIMONI
OAB/DF nº 29.498

ALBERTO MAIMONI
OAB/DF nº 21.144

ALVARO MAIMONI
OAB/DF nº. 18.391

Prof. Dr. ENZO BELLO