



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO

PGR-00442623/2017

Excelentíssima Senhora Procuradora-Geral da República

A Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão vem, respeitosamente, representar pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade, para que seja conferida interpretação conforme à Constituição ao inciso II do art. 7º da Lei federal 9.637, de 15 de maio de 1998; e aos arts. 8º, inciso II, e 17, da Lei goiana 15.503, de 28 de dezembro de 2005, a fim de que sejam excluídos do seu âmbito de incidência os profissionais da educação, que contam com regime remuneratório e de recrutamento próprio.

I – DOS FATOS

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.923/DF, conferiu interpretação conforme à Constituição à Lei federal 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais e prevê a possibilidade de contratação público-privada em várias áreas: pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura,

saúde e, inclusive, educação. A Lei goiana 15.503/2005, que regulamenta as organizações sociais naquele Estado, reproduz em vários dispositivos a lei federal.

Por ocasião desse julgamento, a posição então adotada foi no sentido de que as organizações sociais, por serem entes privados, estão autorizadas a contratar pelo regime celetista:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS

OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEQUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.¹

¹ STF. ADI 1923, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, *DJe* 17-12-2015.

Ocorre que, à época da propositura da ADI 1.923/DF, em 1º/12/1998, não estava em vigor a Emenda Constitucional 53, de 19 de dezembro de 2006, que conferiu nova redação ao art. 206, incisos V e VIII, da CR, os quais enunciam, respectivamente, os princípios da “valorização dos profissionais de educação, mediante a formulação de planos de carreira e ingresso por meio de concurso público” e o “piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação”.

A leitura do respectivo acórdão revela que a nova disciplina constitucional sobre o regime remuneratório dos profissionais da educação passou ao largo da discussão então travada. Não há uma só referência a possíveis questões suscitadas pela atual redação do art. 206 da CF.

Pois bem, o Governador do Estado de Goiás, no Despacho 596/2015, proferido no Processo Administrativo nº 201500006020341, após estudos técnicos realizados pela Secretaria de Estado de Educação, Cultura e Esporte (SEDUCE) decidiu, “por razões de gestão e de economicidade”, transferir a administração das escolas públicas estaduais, por meio de contrato, a organizações sociais². Do citado despacho, destaca-se:

[...]

E são várias as razões que me levam a, como decisor governamental, adotar o programa de parcerias de que aqui se cuida. Primeiro, porque é preciso reconhecer a precariedade do vínculo de trabalho de grande parte do quadro de pessoal – administrativo e de profissionais do magistério – que hoje desempenham as suas atividades no âmbito das unidades escolares do Estado, por meio, sobretudo, da celebração de contratos de trabalho por tempo determinado (Lei estadual nº 13.664/00).

A problemática em causa, porém, não se resolve com a mera criação de cargos públicos e/ou realização de concurso público para a admissão de novos servidores. É que, para além do elevado impacto financeiro que a

² Disponível em: < http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/downloads/despacho_596.htm >. Acesso em 5 out. 2017.

medida acarretaria aos cofres do Estado, históricos problemas de gestão têm inviabilizado a obtenção do mais alto grau de eficiência educacional. É que, a despeito dos incentivos que o Poder Público tem adotado para estimular a permanência do professor em sala de aula (de que são exemplos emblemáticos os bônus de incentivo educacional, instituídos anualmente desde 2011 [Leis estaduais nº 17.402/11, 17.735/12, 18.093/13, 18.544/14 e 18.953/15]), grande é o quantitativo daqueles que insistem em exercer funções diversas na estrutura da Administração.

Assim que, razões de gestão e de economicidade, somadas ao atual quadro de estrangulamentos orçamentário e financeiro por que passa o Estado – o que não é apanágio exclusivo da realidade goiana – levam-me a buscar medida alternativa à realização de tão elevada despesa pública por meio do integral provimento dos quadros do magistério. A propósito disso, vale anotar que, com base em estudo técnico carreado aos autos (f. 633-641), o aumento do gasto por aluno ou por professor não tem tido presentemente efeito direto nas notas das escolas no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), fator este que reputo como relevante para a adoção da presente política pública de emparceiramento.

Nesse particular, é importante assentar que a adoção do modelo de gestão compartilhada de unidades escolares, que no Estado pretendo implantar, não importará em precarização da carreira do magistério público, já que toda escola pública haverá de contar sempre com um determinado percentual mínimo de professores ocupantes de cargo de provimento efetivo e que ali haverão de ter exercício funcional mediante cessão do Poder Público aos parceiros privados (art. 14-B, Lei estadual nº 15.503/05).

Por outras palavras, para garantia do timbre de estatalidade do serviço público de educação, professores com vínculo estatutário, na forma da Lei estadual nº 13.909/01, conviverão, dada a sua imprescindibilidade, com profissionais admitidos pelos parceiros por meio de vínculos de natureza privada. E ao garantir a presença e a participação de professores integrantes do quadro do magistério público no âmbito de tal programa de parceria, prestigiado se encontra o magno princípio constitucional da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, CF), por meio do qual agentes públicos investidos no cargo de professor influenciarão legitimamente na elaboração de políticas de caráter educacional, ainda que, porventura, se aponte, com base em estudo constante dos autos, que a proporção – maior ou menor – de professores ocupantes de cargo de provimento efetivo não tem

influenciado diretamente nas notas do IDEB, conforme f. 636 dos autos do processo administrativo identificado em epígrafe.

Ou seja, a despeito de, numericamente menor, nenhum prejuízo haverá para a carreira do magistério público, que, quando for o caso, contará com novos agentes nela ingressantes por meio de concurso público de provas e títulos, para garantia, como apontado anteriormente, do necessário timbre de estatalidade na oferta de bens e serviços educacionais, os quais, em essência, constituem importantes bens de mérito.

Há, na decisão transcrita, asserção expressa de que o atual regime de contratação será o celetista, quando se reconhece que a quantidade de professores concursados “numericamente menor” não acarretará “nenhum prejuízo”. De resto, também está dito que “quando for o caso, contará com novos agentes nela ingressantes por meio de concurso público de provas e títulos”, ou seja, o Governador somente realizará concurso público para a carreira de magistério quando lhe aprover.

A ofensa ao princípio da valorização dos profissionais de educação ficou concretizada no Aviso de Chamamento Público 1/2017, que selecionou recentemente entidades para a gestão das escolas públicas na Macrorregião VIII – Águas Lindas/Planaltina. No item 3, intitulado “Informações sobre as Unidades Escolares Objeto do Chamamento Público”, é possível verificar que, em todas as unidades escolares daquela região, o quantitativo de professores efetivos é menor do que de contratados:³

³Disponível

< [http://www.seduc.go.gov.br/documentos/chamamentopublico2017/01/CHAMAMENTO%20P%C3%9ABLICO%20001-2017%20-%20FINAL%20\(2\).pdf](http://www.seduc.go.gov.br/documentos/chamamentopublico2017/01/CHAMAMENTO%20P%C3%9ABLICO%20001-2017%20-%20FINAL%20(2).pdf) >. Acesso em 11 out. 2017.

em:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

MACRORREGIÃO VIII													
OD	MUNICÍPIO	UNIDADES ESCOLARES	ENDEREÇO	ENSINO OFERECIDO	Imóvel	Porte	Alunos	Professores		Administradores		Salas	Turmas
								Efetivos	Contratados	Efetivos	Contratados		
1	ÁGUA FRIA DE GOIÁS	COLÉGIO ESTADUAL ÁGUA FRIA	Av Boi Pinto de Araújo Qd 16 Lt 04 Bairro Centro CEP: 73.780-000	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	4	369	4	6	10	5	7	13
2	ÁGUAS LINDAS DE GOIÁS	COLÉGIO ESTADUAL PRINCESA DAIANA	Área Especial n.º 14 Bairro Setor 08 CEP: 72.910-001	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	1	1.242	13	25	16	20	15	62
3	ÁGUAS LINDAS DE GOIÁS	COLÉGIO ESTADUAL JUSCELINO KUBITSCHEK DE OLIVEIRA	Área Especial Jardim Santa Lúcia CEP: 72.910-001	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	2	1.180	10	19	10	16	11	40
4	ÁGUAS LINDAS DE GOIÁS	COLÉGIO ESTADUAL MANSÕES ODSSÉIA	Comercial Bairro Parque Mansões Odisséia CEP: 72.910-001	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	3	879	8	15	7	12	7	70
5	ÁGUAS LINDAS DE GOIÁS	COLÉGIO ESTADUAL MACHADO DE ASSIS	Qd 03 Lt 01 Área Especial Bairro Parque das Águas Bonitas CEP: 71.910-001	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	2	820	12	13	4	24	11	29
6	PLANALTIMA	CENTRO INTEGRADO DE EDUCAÇÃO MODELO CIEM	Qd 02 Área Especial Bairro Setor Leste CEP: 73.750-040	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	2	862	23	14	15	12	10	29
7	PLANALTIMA	COLÉGIO ESTADUAL COMPLEXO 3	Qd 01 Área Especial Bairro Setor Sul CEP: 73.753-010	Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano EJA - 3ª Etapa	Próprio	4	368	19	7	12	7	9	23
8	PLANALTIMA	COLÉGIO ESTADUAL COMPLEXO Nº 10	Praça Paris Jardim Paqueta CEP: 73.750-870	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano	Próprio	4	420	14	5	10	5	9	16
9	PLANALTIMA	COLÉGIO ESTADUAL COMPLEXO 07	Qd 07 Área Especial de Ensino Bairro Setor leste CEP: 73.752-137	Ensino Médio Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano, EJA - 3ª Etapa	Próprio	2	739	23	8	18	10	11	31
10	SANTO ANTÔNIO DO DESCOBERTO	CAIC JOSÉ ELIAS DE AZEVEDO	Área Especial 06 D Bairro Centro CEP 72.900-000	Ensino Fundamental de 6º ao 9º Ano EJA - 3ª Etapa	Próprio	2	975	23	11	16	19	31	41
11	SÃO JOÃO DALIANÇA	COLÉGIO ESTADUAL PEDRO LUDOVICO TEIXEIRA	Rua 11 Bairro Centro CEP: 73.760-000	Ano EJA - 2ª Etapa EJA - 3ª Etapa	Próprio	4	369	8	8	16	3	6	23
TOTAL							8.223	157	131	134	133	127	377

Outro elemento que chama a atenção no Despacho 596/2015 é a referência à contratação direta de professores pelas organizações sociais “em valores compatíveis com o de mercado”, em desacordo com o art. 206, VIII, da Constituição Federal, que dispõe que os profissionais da educação escolar pública devem ser remunerados com base no piso salarial nacional.

Como se sustentará ao longo dessa representação, o julgamento proferido na ADI 1.923/DF não pode gerar esse efeito colateral, certamente indesejado, de criar um regime jurídico para os profissionais da educação em desconformidade absoluta com a literalidade do texto constitucional.

II – DO CABIMENTO DA ADI

A primeira questão a ser enfrentada nesse tópico é sobre a possibilidade de o STF, uma vez tendo reconhecido a constitucionalidade da Lei 9.637 – com interpretação conforme de alguns dispositivos que não os ora impugnados – pode retornar ao tema e decidir de forma diversa.

Há um argumento de natureza literal. O § 2º do art. 102 da CF⁴ estende a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões de mérito em ADI e ADC “aos demais órgãos do Poder Judiciário”, o que permite concluir que tais efeitos não alcançam o Supremo Tribunal Federal.

Também a partir de uma análise principiológica, que coloca o sentido da Constituição como uma obra inacabada, sujeito a mutações decorrentes da dinâmica social, não haveria razoabilidade numa conclusão que interditasse ao STF rever posição sua sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dada norma. Jack Balkin⁵, a respeito da “última palavra” sobre o significado da Constituição, observa:

“A legitimidade constitucional depende do que Sanford Levinson chamamos de 'protestantismo constitucional' – a ideia de que nenhuma instituição do Estado, e especialmente, também não a Suprema Corte, tem o monopólio do sentido da Constituição. Assim como as pessoas podem ler a Bíblia e decidir o que acreditam que ela significa para si, também os cidadãos podem decidir o que a Constituição significa e defender sua posição na esfera pública. Para que o projeto constitucional tenham sucesso, não é suficiente que o povo o suporte. O povo deve ter também a possibilidade de criticar a forma como esse projeto está sendo desenvolvido. As pessoas devem poder discordar, denunciar e protestar contra a prática constitucional, inclusive, especialmente, as decisões dos tribunais, e demandar a Constituição como a 'sua' Constituição, de forma a poder mover a prática constitucional mais próxima dos seus ideais. Só nestas condições é plausível que o povo mantenha a fé na Constituição”

O caso ora trazido a exame ganha reforço de argumentação na medida em que sequer se trata de emprestar um novo

⁴“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”

⁵“Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World”. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 10

significado ao texto constitucional. Cuida-se apenas de fazer valer normas constitucionais que, por ocasião do julgamento, não foram consideradas. Isso porque, no exame da possibilidade de se transferir para organizações sociais diversas atividades, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, não se levou em conta recente reforma constitucional que estabelecia regime jurídico específico para os profissionais da educação. Como observa Gilmar Ferreira Mendes⁶, a possibilidade de revisão da decisão anterior, nesse caso, é inconteste:

“Se o instituto da eficácia *erga omnes* entre nós, tal como a força de lei no Direito tedesco, constitui categoria de Direito processual específica, afigura-se lícito indagar se seria admissível a submissão de lei que teve a sua constitucionalidade reconhecida a um novo juízo de constitucionalidade do STF.

Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma mudança do conteúdo da Constituição ou da norma objeto do controle, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa ulceração”.

Na mesma linha de entendimento, fornece Bryde resposta afirmativa à indagação formulada:

‘Se se considera que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos a mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Curso de Direito Constitucional”, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1328/1329

pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do Direito Constitucional, e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.

'A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve a sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter-se tornado inconstitucional após a decisão da Corte. (...) Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada, essa orientação sobre os limites da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das 'relações fáticas'. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional'

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes.

Portanto, ainda que persista alguma dúvida nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, considerando que o efeito, em geral, dessa decisão, é o reconhecimento de nulidade e conseqüente cassação da norma desde a sua origem, a doutrina e a jurisprudência estão absolutamente de acordo quanto à possibilidade de reexame das declarações de constitucionalidade⁷.

No caso, a Corte considerou constitucional a seguinte regra da Lei

9.637:

"Art. 7^o Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade,

⁷Veja-se, a propósito, a discussão então encetada no âmbito da ADI 2.675

moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.”

A tese defendida nessa ADI é de que a norma do inciso II acima transcrito tem que ter interpretação conforme à Constituição, de modo a excluir do seu âmbito de incidência os profissionais da educação, cujo regime remuneratório e de recrutamento tem status constitucional.

O segundo ponto a ser enfrentado consiste na análise da possibilidade de cumulação, numa mesma ação direta de inconstitucionalidade, de dispositivos de lei federal e de lei estadual.

Há precedente do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido⁸:

“EMENTA: ADIn - ação direta de inconstitucionalidade: cumulação objetiva de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos de entidades estatais diversas: hipóteses excepcionais de admissibilidade: aditamento recebido. I. Em princípio, não é de admitir, no mesmo processo de ação direta, a cumulação de arguições de inconstitucionalidade de atos normativos emanados de diferentes entes da Federação, ainda quando lhes seja comum o fundamento jurídico invocado. II. Há, no entanto, duas hipóteses pelo menos em que a cumulação objetiva considerada, mais que facultada, é necessária: a) a primeira é aquela em que, dada a imbricação substancial entre a norma federal e a estadual, a cumulação é indispensável para viabilizar a eficácia do provimento judicial visado: assim, por exemplo, quando, na área da competência concorrente da União e dos Estados, a lei federal de normas gerais e a lei local contiverem preceitos normativos idênticos ou similares cuja eventual inconstitucionalidade haja de ser simultaneamente declarada, sob pena de fazer-se inócua a decisão que só a um deles alcançasse; b) a segunda é aquela em que da relação material entre os dois diplomas resulta que a inconstitucionalidade de um possa tornar-se questão

⁸ADI 2844 QO/PR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27/6/2003

prejudicial da invalidez do outro, como sucede na espécie.”

Também aqui os dispositivos da lei federal e da lei goiana impugnados têm conteúdo bastante similar. Confira-se:

LEI 9.637:

"Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.”

LEI GOIANA 15.503:

Art. 8º Na elaboração do Contrato de Gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções, observado, em relação aos membros da diretoria, o disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, sendo vedada a remuneração de empregados e diretores, estatutários ou não, por meio de interposta pessoa jurídica.

Art. 17. A organização social fará publicar, no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias contados da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras, serviços, compras e admissão de pessoal com emprego de recursos provenientes do Poder Público, em que se estabeleça, no mínimo, a observância dos princípios da impessoalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade e do julgamento objetivo.

Como se percebe, em ambos os atos normativos, toda a gestão de pessoal das organizações sociais, desde o regime jurídico até a fixação dos

vencimentos, é estipulada, num primeiro momento, no contrato de gestão e, depois, em regulamento próprio da entidade. Ou seja, a consequência desse conjunto de normas, no que diz respeito aos profissionais da educação, é a negativa de vigência aos comandos inscritos nos incisos V e VIII do art. 206 da CF.

A possibilidade de concentração numa mesma ADI, na linha do precedente invocado, permitirá que a iminência da prática de atos inconstitucionais, como aqueles noticiados no início dessa peça, seja imediatamente contida. Do contrário, por uma razão de precedência lógica, terá que primeiro se impugnar a lei federal, que já teve, no particular, a sua constitucionalidade reconhecida pelo STF. Como a lei estadual é dela mera reprodução, deverá ter a sua análise submetida a momento posterior.

Não há razoabilidade nessa tramitação estendida, considerando que o Estado de Goiás já avança para subverter o regime constitucional dos profissionais da educação.

III – DO MÉRITO

O direito à educação conta com ampla proteção no âmbito internacional, como se percebe da leitura dos seguintes diplomas: art. 26⁹ da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; artigo 5^o, “e”, V¹⁰, da

⁹ “Artigo XXVI “1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.”

¹⁰ “De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

e) direitos econômicos, sociais culturais, principalmente:

(...)

v) direito a educação e à formação profissional;

Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial; art. 10¹¹ da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher; art. 28¹² da Convenção sobre os Direitos da Criança; e art. 24¹³ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Já no que se refere ao plano doméstico, a Constituição Federal de 1988 potencializou o direito à educação, não só o alçando à categoria de direito fundamental, mas também estabeleceu princípios e regras específicas voltadas a alcançar a sua máxima e progressiva efetividade (arts. 6º, *caput*, e 205 ao 214).

O direito à educação, cuja jusfundamentalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁴, pode ser denominado naquilo que

(...).”

¹¹ “Artigo 10 - Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

(...).”

¹² “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
 - b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
 - c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
 - d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
 - e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.
2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.”

¹³ “Artigo 24

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

(...).”

¹⁴ “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, PARÁGRAFO 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. 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 artigo 205 da Constituição

Robert Alexy chama de “direito fundamental como um todo”, ou seja, um direito ao qual são associadas um conjunto de posições/direitos jusfundamentais de diferentes espécies, tanto direitos prestacionais como direitos de defesa.

O imperativo constitucional previsto no art. 205 – “a educação, direito de todos e dever do Estado” – exige dos governantes a adoção de medidas obrigatórias e progressivas no sentido de aparelhar o Estado com os meios indispensáveis à prestação do serviço educacional com qualidade, equidade e em caráter universal, de modo a atender aos objetivos ali arrolados: pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho¹⁵.

Para o alcance desses objetivos, a Constituição enunciou, no dispositivo subsequente, um conjunto de regras e princípios que devem nortear a prática do ensino, dentre os quais se destaca: “valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas” e “piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal”

do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[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[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 594018 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360 RTJ VOL-00211-01 PP-00564 RMP n. 43, 2012, p. 217-225).

¹⁵ Como afirma Marcos Augusto Maliska, o papel da educação deve ser compreendido com base em sua inserção em um Estado Constitucional: “É a partir da educação que as opções constantes da Constituição são internalizadas e reproduzidas nas práticas sociais. (...). Portanto, a nossa democracia depende não apenas de uma universalização do acesso à Educação, mas também de uma Educação que crie as bases para uma sociedade democrática, que respeite a diversidade, que reproduza as opções da Constituição constantes de seu preâmbulo e de seus principais princípios”. (Maliska, Marcos Augusto. “Educação, Constituição e Democracia”, in Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, coord. Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 792-793).

Essa perspectiva de valorização dos profissionais da educação como requisito para a plena realização do direito à educação também está contida no art. 13, § 2º, “e”, do PIDESC, que exige “melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente”. O Comitê do PIDESC, em sua observação geral nº 13, parágrafo 27, afirma que a piora das condições de trabalho dos docentes é um grave obstáculo para a plena realização do direito à educação¹⁶.

A UNESCO, junto com o UNICEF, o Banco Mundial, o UNFPA, o PNUD, a ONU Mulheres e o ACNUR, organizou o Fórum Mundial de Educação 2015, em Incheon, na Coreia do Sul, entre 19 e 22 de maio de 2015. Mais de 1.600 participantes de 160 países, incluindo mais de 120 ministros, chefes e membros de delegações, líderes de agências e funcionários de organizações multilaterais e bilaterais, além de representantes da sociedade civil, da profissão docente, do movimento jovem e do setor privado adotaram a Declaração de Incheon para a Educação 2030, que estabelece uma nova visão para a educação para os próximos 15 anos. A sua meta nº 4 é de aumentar o número de professores qualificados. Consta do documento¹⁷:

“Os professores são a chave para se alcançar a agenda completa da Educação 2030, assim, essa meta é crucial. Ela requer atenção urgente, com um prazo mais imediato, porque a lacuna de qualidade na educação é exacerbada pela falta e pela distribuição desigual de professores profissionalmente qualificados, sobretudo em áreas desfavorecidas. Como os professores são condição fundamental para garantir uma educação de qualidade, professores e educadores deveriam ser empoderados,

¹⁶“27. Aunque el Pacto exige 'mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente', en la práctica las condiciones generales de trabajo de los docentes han empeorado y en muchos Estados Partes han llegado en los últimos años a niveles inaceptablemente bajos. Esta situación no sólo no se corresponde con el apartado e) del párrafo 2 del artículo 13, sino que es un grave obstáculo para la plena realización del derecho de los alumnos a la educación. las medidas que adopten para velar por que todo el personal docente goce de unas condiciones y una situación acordes con su función”. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm13s.htm>>. Acesso em 13 out. 2017.

¹⁷ http://www.unesco.org/new/pt/brasil/ia/about-this-office/single-view/news/education_2030_incheon_declaration_and_and_framework_for_ac/

adequadamente contratados e remunerados, motivados, profissionalmente qualificados, além de contar com o apoio de sistemas bem financiados, eficientes e governados de forma eficaz.

Até 2030, serão necessários mais 3,2 milhões de professores além do quadro atual para que a educação primária universal seja alcançada, e mais 5,1 milhões para a universalização do primeiro nível da educação secundária. Também é preciso considerar que os professores que deixarão a profissão entre 2015 e 2030 precisarão ser substituídos. Além disso, em um terço dos países com dados disponíveis, menos de 75% dos professores primários são formados segundo padrões nacionais. No passado, decisões de diminuir os padrões durante falta de professores contribuíram para uma tendência crescente de salas de aula sendo preenchidas por professores e funcionários despreparados e não profissionais. A falta e/ou a inadequação de apoio e desenvolvimento profissional contínuo de professores e padrões nacionais para a profissão docente são fatores-chave que contribuem para a baixa qualidade dos resultados de aprendizagem. Sistemas educacionais bem-sucedidos, que garantem a qualidade e a equidade, concentraram-se em contínuo de desenvolvimento profissional que apoia a aprendizagem e o aperfeiçoamento dos próprios professores ao longo de suas carreiras.

Os professores também têm direitos políticos e socioeconômicos, inclusive o direito a condições decentes de trabalho e remuneração adequada. Os governos deveriam tornar a docência uma profissão atraente, que seja a primeira escolha dos profissionais, com formação e desenvolvimento contínuos por meio da valorização de seu status profissional, de suas condições de trabalho e apoio. Os governos deveriam, ainda, fortalecer mecanismos de diálogo político com organizações de professores.”

A valorização do profissional da educação, como dito anteriormente, é requisito para a plena realização do direito à educação. E a Constituição brasileira estabeleceu os parâmetros para tanto: plano de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, e piso salarial profissional nacional.

Por outro lado, apesar de sua obviedade, é importante destacar o fato de que o que se está transferindo para as organizações sociais é a educação que está a cargo da rede pública. Isso significa dizer que os profissionais da educação que ali atuam são apanhados necessariamente pelas regras dos incisos V e VIII do art. 206 da CF. Do contrário, se estaria admitindo que as organizações sociais são um expediente para fraudar uma educação pública de qualidade. E não há interpretação constitucional que autorize conclusão desse tipo.

Por fim, a manutenção dos dispositivos em sua redação original, sem a técnica da interpretação conforme, caracteriza retrocesso em matéria de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (art. 2º, item 1¹⁸) e no Protocolo de San Salvador, que contém regra específica que obriga os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar a progressiva prestação dos direitos sociais (art. 1º¹⁹).

A respeito do último ponto, Paulo Gilberto Cogo Leivas afirma que, a partir da regulação dos direitos fundamentais, surge uma legítima pretensão a que a disciplina normativa não seja revogada ou, o que é caminhar no mesmo sentido, que a regulação não seja protelada indevidamente, nem

¹⁸ “ARTIGO 2º

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

¹⁹ “Artigo 1

Obrigação de Adotar Medidas

Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

substituída por uma disciplina normativa menos realizadora dos direitos fundamentais²⁰.

Essa eficácia impeditiva de retrocesso é uma das características funcionais dos direitos fundamentais, assim expressa por José Adércio Leite Sampaio:

“não admitem retrocessos, revelando-se como um marco de evolução intangível. Sobre o 'legislador de configuração' essa diretiva cria um obstáculo às mudanças de conformação que devem reproduzir, no mínimo, a efetividade ou fruição anterior – efeito cliquet (Favoreu).”²¹

A jurisprudência do STF endossa a posição ora defendida:

“(…). 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”. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

²⁰ *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 83.

²¹ *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 672.

O Plano Nacional da Educação, aprovado pela Lei 13.005, de 25 de junho de 2014, tem, como uma de suas diretrizes, a valorização dos profissionais da educação (art. 2º, IX), e a meta a que se propôs foi “valorizar os(as) profissionais do magistério das redes públicas da Educação Básica, a fim de equiparar o rendimento médio dos(as) demais profissionais com escolaridade equivalente, até o final do 6º ano da vigência deste PNE”.

Desse modo, caso não seja dada, aos dispositivos ora impugnados, interpretação conforme à Constituição, de modo a assegurar que os profissionais da educação a serviço de organizações sociais estejam submetidos ao regime previstos nos incisos V e VIII do art. 206 da CR, se fragilizará ainda mais o padrão de qualidade, equidade e universalidade do ensino, com o comprometimento das conquistas dos últimos anos.

IV – DA LIMINAR

Estão presentes os requisitos para que se formule pedido liminar. Os argumentos até então apresentados são sinal da fumaça do bom direito.

Por outro lado, a presença do *periculum in mora* parece incontestável diante do direito que se busca resguardar. Afinal, a valorização dos profissionais da educação constitui uma das dimensões objetivas do direito à educação. E, como exposto inicialmente, já está em curso, em Goiás, edital de chamamento para contrato de gestão com organizações sociais, com prévia conclusão de que professores serão contratados diretamente pela entidade, em regime CLT e em valores de mercado. É, portanto, possível antecipar um

agravamento na prestação dos serviços de educação para a população daquele Estado. De mais a mais, é enorme a probabilidade de reprodução dessa iniciativa em outras unidades da Federação, potencializando ainda mais o dano ao direito à educação.

V – DO PEDIDO

Pelo exposto, essa Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão aguarda a propositura da ADI, para se conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do art. 7º da Lei federal 9.637, de 15 de maio de 1998; e aos arts. 8º, inciso II, e 17, da Lei goiana 15.503, de 28 de dezembro de 2005, a fim de que sejam excluídos do seu âmbito de incidência os profissionais da educação, que contam com regime remuneratório e de recrutamento próprio.

Brasília, 8 de novembro de 2017.

Deborah Duprat
Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão