

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

Luis Ricardo da Fonseca Duarte

**Limitações ao Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Educação na Definição das
Obras Componentes do Conteúdo Programático das Escolas**

Juiz de Fora
2014

Luis Ricardo da Fonseca Duarte

**Limitações ao Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Educação na Definição das
Obras Componentes do Conteúdo Programático das Escolas**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mário Cesar da Silva Andrade

Juiz de Fora

2014

Luis Ricardo da Fonseca Duarte

**Limitações ao Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Educação na Definição das
Obras Componentes do Conteúdo Programático das Escolas**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Aprovada em 31 de janeiro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mário Cesar da Silva Andrade - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Fellipe Guerra David Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o poder regulamentar do Conselho Nacional de Educação com relação à definição das obras literárias componentes do conteúdo programático das escolas e fornecer critérios para sua delimitação. Conforme evidenciado pelo polêmico Parecer 15/2010, a competência regulamentar é exercida de uma forma um tanto quanto casuística pelo Conselho Nacional de Educação, o que põe em risco postulados básicos de um Estado Democrático de Direito, como legalidade e segurança jurídica. Para se alcançar o objetivo, parte-se da análise da legislação referente às competências do Conselho e de ensinamentos doutrinários acerca de poder regulamentar, discricionariedade e seus limites. A teoria da limitação administrativa de Schmidt-Assmann fornece um arcabouço de parâmetros úteis à limitação da discricionariedade administrativa no contexto do exercício da competência regulamentar. A conjugação dessa teoria com o conteúdo normativo da competência regulamentar do Conselho permite o estabelecimento de critérios mais sólidos à limitação deste poder, concluindo-se pelo caráter propositivo das resoluções de natureza específica emanadas deste órgão, cuja função normativa deve cingir-se ao estabelecimento de diretrizes gerais às instituições de ensino do país.

Palavras-chave: Conselho Nacional de Educação. Poder regulamentar. Limitação. Competências do Conselho Nacional de Educação. Discricionariedade. Teoria da limitação administrativa.

ABSTRACT

This paper looks to analyze the regulatory power of the National Council of Education related to the definition of the literature books components of the programmatic content of the schools and to provide criteria to its delimitation. As evidenced by the polemical legal opinion 15/2010, the regulatory competence is exercised on a case-by-case basis by the National Council of Education, which puts basic postulates of a Democratic State of Law at risk, such as legality and legal security. In order to reach the objective, this study starts with the analysis of the legislation related to the competences of the National Council of Education and with doctrinal lessons about regulatory power, discretion and its limits. The theory of administrative limitation by Schmidt-Assmann provides useful parameters to the limitation of the administrative discretion in the context of the regulatory competence. The conjugation of this theory with the normative content of the regulatory competence of the Council allows the establishment of more solid criteria to the limitation of this power, leading thus to the conclusion that the specific resolutions are propositional and that the normative function of the Council must be confined to the establishment of general directives to the education institutions of the country.

Keywords: National Council of Education. Regulatory power. Limitation. Competences of the National Council of Education. Discretion. Theory of administrative limitation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	PODER REGULAMENTAR	7
3	DAS COMPETÊNCIAS DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO ...	12
3.1	BREVE DESCRIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO	12
3.2	DAS COMPETÊNCIAS	13
4	O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO	16
5	CONCLUSÃO	23
	REFERÊNCIAS	26

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a questão da delimitação do poder regulamentar do Conselho Nacional de Educação com relação às obras componentes do conteúdo programático das escolas, sob o enfoque da teoria da limitação à atuação administrativa proposta por Schmidt-Assmann.

A importância do estudo de tais limites restou evidenciada pelo paradigmático Parecer 15/2010 do Conselho Nacional de Educação, no qual certos trechos da obra “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, foram considerados racistas, sendo estabelecidas restrições ao uso do livro nas escolas. Casos como esse demonstram o quão casuístico é o exercício do poder regulamentar pelo Conselho Nacional de Educação, que se limita a normatizar as questões levadas à sua apreciação, não havendo claros limites para tal atuação.

Percebe-se que o tema é carecedor de uma análise mais detida que busque traçar parâmetros mais objetivos para o exercício do Poder Regulamentar pelo órgão supracitado, para que seja possível maior controle e transparência na sua atuação, requisitos essenciais num Estado Democrático de Direito. Buscar-se-á, no presente estudo, exatamente esboçar tais parâmetros, fornecendo um arcabouço teórico que garanta maior segurança ao exercício do Poder Regulamentar pelo Conselho. Tratar-se-á não somente de definir quais os casos que estariam sujeitos ao Poder Regulamentar do Conselho, mas também de estipular os limites materiais das normas infralegais por este exaradas. Afinal, teria o Conselho Nacional de Educação competência para determinar uma obrigação de fazer às editoras (tal qual definido no Parecer 15/2010)? É um questionamento pertinente que merece uma análise mais atenta.

O presente estudo buscará ainda analisar como o direito à educação, o acesso à cultura durante a formação escolar, o direito à livre manifestação do pensamento e a liberdade artística interagem com o poder regulamentar do CNE, de modo a compatibilizar o exercício do poder regulamentar com tais direitos fundamentais.

2 PODER REGULAMENTAR

Tradicionalmente, o Poder Regulamentar é conceituado como o poder atribuído à Administração Pública para conferir concretude aos comandos normativos exarados pelo Poder Legislativo para o fiel cumprimento destes. Assim, a Administração Pública confere exequibilidade à norma geral e abstrata, densificando-a e determinando o modo como tal norma deve ser cumprida pelos seus destinatários.

Trata-se efetivamente de regulamentar a lei, normatizando questões de índole técnica ou específica, nas quais o Legislador conferiu à Administração o poder de esmiuçar o comando normativo. Ora, é impossível que o Legislador trate de todos os pormenores das questões regidas pela lei, “engessando” a atuação Administrativa, haja vista que o Legislador está submetido a limites temporais-cognitivos. Há questões cuja especificidade e caráter técnico exigem maior detalhamento por parte da Administração Pública.

Conforme José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 60), Poder Regulamentar é “a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”. A competência cinge-se à complementar a lei, e qualquer tentativa de alterá-la consiste em abuso de Poder Regulamentar.

Há que se fazer distinção entre Poder Legiferante e Poder Regulamentar (CARVALHO FILHO, 2007). O primeiro é primário, decorre diretamente da Constituição e materializa-se sob a forma de lei; o segundo é secundário, decorre dos atos normativos emanados do Poder Legiferante e reveste-se sob a forma de ato administrativo, podendo assumir variadas manifestações (decretos, resoluções, portarias, entre outros). Assim, sendo inferior à lei na escala normativa, os regulamentos devem pautar-se nesta, sob pena de ofensa à legalidade.

Já asseverava Hely Lopes Meirelles (1993, p. 163) que “como ato inferior à lei o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar da lei, é írrito e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade”. Destarte, o exercício do Poder Regulamentar só pode ocorrer *secundum legem*, e nunca *contra legem*.

Sob uma ótica material, lei e regulamento possuem em comum a característica da generalidade, uma vez que ambos são destinados a uma generalidade de pessoas. Segundo Carvalho Filho (2007, p. 2), o elemento distintivo reside, sobretudo, na novidade: a lei inova no ordenamento jurídico, o regulamento, não, haja vista que este deve pautar-se na lei e busca conferir-lhe concretude.

Carvalho Filho (2007, p. 3) alerta que, embora tal distinção seja válida no campo teórico, nem sempre ocorre no campo fático, uma vez que regulamentos também contêm “novidades” que consistem exatamente nas regras que complementam a lei. Ainda segundo esse autor, é válida a imposição de obrigações subsidiárias ou derivadas através de regulamentos desde que haja a necessária adequação às obrigações legais. A inobservância desse requisito acarreta a invalidade das obrigações. Contudo, não cabe ao regulamento determinar o cumprimento de obrigações primárias, o que deve ser feito apenas por lei.

No âmbito de competência do Chefe do Executivo, o Poder Regulamentar pode materializar-se sob a forma de decretos ou regulamentos conforme previsto pelo artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. Porém, atos normativos emanados de outras autoridades administrativas também podem caracterizar-se como exercício do Poder Regulamentar, ainda que materializados sob formas diversas, como instruções normativas, portarias e resoluções. Assim, segundo Carvalho Filho (2010, p. 61), haveria diversos graus de regulamentação: decretos e regulamentos são atos de regulamentação de primeiro grau, e os que lhe forem subordinados e os regulamentem seriam atos de regulamentação de segundo grau, e assim por diante. Reconhece o autor, entretanto, que, mesmo assumindo natureza diversa de decreto ou regulamento, pode o ato regulamentar ser considerado de primeiro grau, a depender do seu conteúdo (se objetivar complementar a lei será de primeiro grau).

Quanto ao controle legislativo do Poder Regulamentar, o artigo 49, inciso V, da Constituição Federal dispõe que é competência exclusiva do Congresso Nacional sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o Poder Regulamentar ou a delegação legislativa.

Com relação ao controle judicial, o Supremo Tribunal Federal assentou, na ADIN nº 966-6-DF e na ADIN 2.006-DF, entendimento no sentido de que se o regulamento for *ultra legem*, *citra legem* ou *contra legem*, tratar-se-ia, na verdade, de ofensa à legalidade, a ensejar o próprio controle de legalidade, sendo inadequado o manejo de ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, se restar configurada ofensa direta à Constituição, sem que haja lei à qual o regulamento esteja subordinado, poderá haver controle de constitucionalidade.

Segundo Gustavo Binenbojm (2008), os regulamentos constituem uma das formas de exercício da competência normativa pelo Poder Executivo e inserem-se no arcabouço do sistema de freios e contrapesos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 339), regulamento é “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido

com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”. O autor assevera ainda que a hipótese prevista no artigo 84, inciso VI, da Constituição é exceção raríssima que não se enquadra no conceito ora apresentado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 340), o regulamento não tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, sendo exclusivamente fonte normativa secundária. Desta forma, a competência regulamentar cingir-se-ia de fato à produção de atos normativos para garantir a fiel execução da lei, conforme previsto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, existindo em nosso ordenamento apenas regulamentos executivos. O regulamento seria inferior, subordinado e dependente da lei, não podendo estabelecer obrigações de fazer ou não fazer, ou restrições à liberdade ou propriedade privada, o que caberia somente à lei por força do princípio da legalidade. O mencionado autor não admite que o regulamento inove na ordem jurídica. O regulamento seria, então, meio de disciplinar a discricionariedade administrativa, impondo “padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares” (MELLO, 2009, p. 348). Sem as balizas definidas nos regulamentos, a lei seria aplicada de maneira desuniforme pelos diversos administradores, o que configuraria uma violação ao princípio da igualdade. Desta forma, haveria necessidade de regulação ulterior sempre que houvesse um espaço de liberdade na atuação administrativa (a discricionariedade). O regulamento teria, então, duas funções: limitar a discricionariedade administrativa e “decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos” (MELLO, 2009, p. 362).

É interessante ressaltar ainda que o autor considera a expressão “Poder Regulamentar” indevida, haja vista tratar-se de um dever, e não de um poder propriamente.

Há que se atentar para a tradicional distinção entre regulamento de execução e regulamento autônomo (JUSTEN FILHO, 2012). O primeiro é destinado a assegurar a mera execução da lei, pressupondo a existência desta. O segundo surgiu com o advento da Emenda Constitucional 32/2001, que alterou o artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal, acrescentando duas hipóteses taxativas em que a expedição de regulamento independe de lei prévia sobre o assunto. Assim, determina o supracitado dispositivo que compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre: “a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”;

Os regulamentos autônomos extraem seu fundamento de validade diretamente da Constituição, e através deles o Poder Executivo de fato inova na ordem jurídica, haja vista que não há lei prévia que o fundamente.

Insta salientar, entretanto, que o tema da existência dos regulamentos autônomos é objeto de acirrada divergência doutrinária, havendo muitos autores que não os reconhecem. Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 338), por exemplo, não reconhece o regulamento autônomo como uma forma de regulamento no ordenamento jurídico pátrio. Segundo o autor, os poderes previstos no artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal são muito específicos e circunscrevem-se ao Presidente da República, não correspondendo ao sentido original de regulamento autônomo oriundo do Direito europeu, cuja acepção é muito mais ampla. No mesmo sentido entende Carvalho Filho (2010). Contudo, em posição diametralmente oposta, Binebojm (2008) e Marçal Justen Filho (2012) aceitam a existência dos regulamentos autônomos.

Segundo Justen Filho (2012, p. 194), é necessário fazer uma distinção entre competência normativa e a competência legislativa. A competência normativa consiste no “poder de produzir normas que geram comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva”. A competência legislativa, por sua vez, é o “poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 194). Percebe-se que competência normativa é gênero, do qual competência legislativa é espécie.

Ainda segundo o mencionado autor (JUSTEN FILHO, 2012, p. 195), a evolução histórico-cultural fez com que a clássica distinção entre as diversas espécies normativas sob o ângulo material e a clássica concepção de fontes normativas relacionadas à separação de poderes não mais encontrasse respaldo na realidade.

Ao contrário do que defende Bandeira de Mello (2009, p. 339), segundo o qual, a Constituição Federal “oferece elementos bastamente suficientes para caracterizar o regulamento e delimitar-lhe as virtualidades normativas”, Justen Filho (2012, p. 196) argumenta que não é possível extrair da Constituição ou de qualquer outro ato normativo (lei, regulamento ou norma jurídica) uma clara distinção entre o que está sujeito à lei e o que está sujeito ao regulamento.

No ordenamento jurídico brasileiro, prevalece a tese da supremacia da lei em detrimento dos atos administrativos. Assim, um ato administrativo incompatível com uma lei é considerado nulo. Desta forma, “a competência regulamentar do Executivo é dependente e acessório da competência legislativa” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 198). Como é possível observar, a existência prévia de lei é pressuposto para o exercício do Poder Regulamentar.

Justen Filho (2012, p. 199) destaca que não se admite, na doutrina pátria, a derrogação da lei pelo regulamento, uma vez que este teria hierarquia normativa inferior à lei.

A divergência se instaura nos casos em que há omissão legislativa e se questiona a possibilidade de complementar tais omissões através de regulamento. Acerca do tema, Justen Filho (2012, p. 199) aponta quatro teses que são suscitadas pela doutrina e jurisprudência. A primeira entende que a omissão legislativa pode ser solucionada através de um regulamento; a segunda entende que o Poder Legislativo pode delegar ao Executivo a competência para expedir normas inovadoras em determinados temas através de regulamento; a terceira argumenta que a sumariiedade da disciplina normativa de uma lei autoriza o suprimento pelo Poder Executivo através de um regulamento; e, por fim, a quarta preconiza que o regulamento deve ser absolutamente subordinado à lei, não podendo transpor os limites desta. Como é possível observar, ressalvada a quarta corrente, as demais não são excludentes entre si.

Justen Filho (2012, p. 201) repudia a segunda tese sob o argumento de que a delegação de competência normativa configura-se, na verdade, como delegação legislativa, figura jurídica já prevista no ordenamento constitucional pátrio, não havendo que se falar em outra forma de delegação de competência normativa. Nesta esteira, o autor rejeita a tese da deslegalização, que consiste numa figura jurídica oriunda do direito italiano e que preconiza a possibilidade de se transferir, por meio de lei, competência normativa primária para a Administração Pública. Ele argumenta que a deslegalização é incompatível com o presidencialismo (sendo compatível apenas com o sistema parlamentarista), não podendo ser implementado sem uma profunda reforma constitucional. No mesmo sentido entende Bandeira de Mello (2009, p. 352), segundo o qual qualquer tentativa de delegação ao Executivo da competência de restringir um direito seria inconstitucional. Carvalho Filho (2010, p. 63) entende que seria possível a delegação normativa desde que adstrita à discricionariedade técnica, ou seja, desde que fosse transferida tão-somente a competência para regulamentação técnica mediante parâmetros previamente determinados em lei, a exemplo do que ocorre com as agências reguladoras.

Justen Filho (2012, p. 202) defende que o Poder Regulamentar não se limita à mera tradução da vontade contida na lei, de modo que a competência regulamentar não se limitaria à reprodução do conteúdo material do ato normativo produzido pelo Legislativo (ao contrário do que afirma Celso Antônio Bandeira de Mello). Assim, a inovação nos atos normativos produzidos no exercício da competência regulamentar seria uma necessidade, afinal, o Legislativo não tem condições de formular todas as soluções possíveis. A lei

necessita de complementação. O autor alinha-se à terceira tese explicada. Assim, dever-se-ia discutir não a existência de inovação, mas sim a extensão da mesma.

Segundo Justen Filho (2012) vem ganhando força no Supremo Tribunal Federal a tese da concretização constitucional, segundo a qual em algumas situações seria admissível expedir atos administrativos normativos vinculados diretamente à Constituição Federal mesmo na ausência de lei. Essa tese foi adotada, por exemplo, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12/08, na qual a Resolução nº 7/05 do Conselho Nacional de Justiça, que vedava o nepotismo, foi considerada válida a despeito da omissão legislativa sobre o tema. A decisão do Pretório Excelso teria sido no sentido de reputar válidos os regulamentos autônomos destinados a conferir eficácia às normas constitucionais. Desta forma, sob esta concepção, é válido o regulamento orientado a garantir direitos fundamentais ou aplicar vedações consagradas na Constituição.

3 DAS COMPETÊNCIAS DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

3.1 BREVE DESCRIÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

O Conselho Nacional de Educação é um órgão colegiado subordinado ao Ministério da Educação que desempenha as funções de assessoramento, supervisão, deliberação e normatização (artigo 1º, “caput” da Lei 9.131/95). Foi criado pela Lei nº 9.131/95, que transformou o então Conselho Federal de Educação em Conselho Nacional de Educação, conferindo-lhe atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento, tendo sido posteriormente acrescida a competência de supervisão pela Lei nº 9.394/96.

O Conselho Nacional de Educação tem como missão precípua aprimorar e implementar uma educação de qualidade em âmbito nacional, assegurando a participação da sociedade no desenvolvimento e consolidação da educação nacional de qualidade. O órgão é responsável por auxiliar o Ministro da Educação, formular e avaliar a política nacional de educação, emitir resoluções e pareceres e decidir privativamente sobre assuntos de sua competência (RODRIGUES, 2012).

O Conselho Nacional de Educação é composto por duas câmaras: a de Educação Básica e a de Educação Superior. Cada uma é constituída de doze membros nomeados pelo Presidente da República, devendo os Secretários de Educação Básica e o de Educação Superior necessariamente compor o conselho. O mandato de cada conselheiro é de quatro anos, sendo permitida uma recondução no período imediatamente subsequente. Há a

renovação de metade da Câmara a cada dois anos, de maneira alternada. Para a elaboração da lista de indicados às Câmaras deve haver a consulta a entidades da sociedade civil na área de educação, devendo a indicação incidir sobre pessoas que tenham reputação ilibada e que tenham desenvolvido serviços relevantes nas áreas de educação, ciência e cultura. Cada Câmara elege seu presidente e respectivo vice para mandato de um ano, permitida uma única recondução subsequente, já o presidente do Conselho Nacional de Educação é eleito pelos conselheiros para mandato de dois anos, sendo vedada reeleição.

À Câmara de Educação Básica compete tratar dos assuntos relativos à Educação Infantil, à Educação Especial, ao Ensino Fundamental e ao Ensino Médio e Tecnológico. Já à Câmara de Educação Superior cabe resolver sobre assuntos relativos ao Ensino Superior (RODRIGUES, 2012).

Compete ao Conselho Nacional de Educação elaborar e fiscalizar a execução do Plano Nacional de Educação; definir diretrizes; regular formas de participação da sociedade no fomento à educação; fornecer subsídios ao Ministério da Educação para diagnosticar problemas e buscar soluções através do debate e instituir um regime de cooperação entre os sistemas federal, estadual e municipal de educação. O Conselho pode manifestar-se por iniciativa própria ou através de questões que lhe sejam apresentadas por algum componente do sistema de ensino (RODRIGUES, 2012).

As manifestações de caráter deliberativo e normativo assumem a forma de resoluções e pareceres, vinculando todas as esferas federativas após homologação do Ministério da Educação e Cultura (RODRIGUES, 2012).

3. 2 DAS COMPETÊNCIAS

As competências do Conselho Nacional de Educação estão previstas na Lei nº 9.131/95 que o instituiu e no seu Regimento Interno. Insta salientar que o Regimento Interno basicamente repete todas as atribuições elencadas na supracitada Lei, acrescentando apenas algumas, conforme se observará.

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Educação, instituído pela Portaria nº 1.306/99, do Ministério da Educação e Cultura, elenca, em seu artigo 1º, as seguintes atribuições:

Art. 1º - O Conselho Nacional de Educação – CNE, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação, de forma a assegurar a

participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional e, especificamente:

- I – subsidiar a elaboração e acompanhar a execução do Plano Nacional de Educação;
- II – manifestar-se sobre questões que abrangem mais de um nível ou modalidade de ensino;
- III – assessorar o Ministério da Educação no diagnóstico dos problemas e deliberar sobre medidas para aperfeiçoar os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à integração dos seus diferentes níveis e modalidades;
- IV – emitir parecer sobre assuntos da área educacional, por iniciativa de seus conselheiros ou quando solicitado pelo Ministro de Estado da Educação;
- V – manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal;
- VI – analisar e emitir parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional, no que diz respeito à integração entre os diferentes níveis e modalidades de ensino;
- VII – analisar as estatísticas da educação, anualmente, oferecendo subsídios ao Ministério da Educação;
- VIII – promover seminários sobre os grandes temas da educação brasileira;
- IX – elaborar o seu regimento, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Educação. (BRASIL, 1999).

Das competências acima transcritas, apenas as referidas nos incisos VII e VIII não estão previstas na Lei nº 9.131/95.

O artigo 4º, por sua vez, enumera as competências exclusivas da Câmara de Educação Básica, *in verbis*:

Art. 4º – São atribuições da Câmara de Educação Básica, com competência terminativa, nos termos do art. 3º:

- I – examinar problemas da educação infantil, do ensino fundamental, da educação especial e do ensino médio e profissional, oferecendo sugestões para a sua solução;
- II – analisar e emitir parecer sobre os procedimentos e resultados dos processos de avaliação dos diferentes níveis e modalidades;
- III – deliberar sobre diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da Educação;
- IV – oferecer sugestões para a elaboração do Plano Nacional de Educação, observada sua repercussão na Lei de Diretrizes Orçamentárias e acompanhar-lhe a execução no âmbito de sua competência;
- V – assessorar o Ministro de Estado da Educação em todos os assuntos relativos à educação básica;
- VI – manter intercâmbio com os sistemas de ensino dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, acompanhando a execução dos respectivos Planos de Educação;
- VII – analisar as questões relativas à educação básica. (BRASIL, 1999).

Todas as competências acima elencadas encontram-se também previstas no artigo 9º, §1º, da Lei nº 9.131/95. O inciso IV do dispositivo acima transcrito apresenta-se com a redação um pouco alterada em relação à citada lei; o conteúdo, entretanto, é basicamente o mesmo e não necessita de maiores digressões.

Porém, faz-se mister analisar o inciso VII do artigo 4º do Regimento Interno, com relação ao seu correspondente na Lei nº 9.131/95 (a alínea "g" do artigo 9º, §1º). Este dispõe que cabe à Câmara de Educação Básica “analisar as questões relativas à aplicação da

legislação referente à educação básica”. O Regimento Interno, por sua vez, dispõe apenas que caberia à Câmara “analisar as questões relativas à educação básica”, sem se limitar às questões relativas à aplicação da legislação. Ou seja, segundo o Regimento Interno caberia à mencionada Câmara analisar qualquer questão relativa à educação básica, não trazendo a mesma limitação constante do dispositivo legal. Parece que houve com o Regimento Interno uma ampliação da competência do Conselho Nacional de Educação.

Ademais, “analisar questões relativas à educação básica” é um preceito bastante indeterminado, que não delimita propriamente o âmbito de competência da Câmara.

E, por fim, o artigo 5º enumera as seguintes competências da Câmara de Educação Superior:

- I – examinar problemas da educação superior, oferecendo sugestões para a sua solução;
 - II – analisar e emitir parecer sobre os procedimentos e resultados dos processos de avaliação da educação superior;
 - III – oferecer sugestões para a elaboração do Plano Nacional de Educação, observando sua repercussão na Lei de Diretrizes Orçamentárias e acompanhar-lhe a execução no âmbito de sua competência;
 - IV – deliberar sobre as diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da Educação, para os cursos de graduação;
 - V – deliberar, com base em relatórios e avaliações encaminhados pelo Ministério da Educação, sobre o reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização daqueles oferecidos por instituições não universitárias;
 - VI – deliberar, com base em relatórios e avaliações encaminhados pelo Ministério da Educação, sobre a autorização, o credenciamento e o credenciamento periódicos de universidades e de instituições isoladas de educação superior;
 - VII – deliberar sobre os estatutos das universidades e o regimento das demais instituições de educação superior que fazem parte do sistema federal de ensino;
 - VIII – deliberar, com base em relatórios resultantes da avaliação de cursos, elaborados pelo Ministério da Educação, sobre o reconhecimento periódico dos cursos de mestrado e doutorado;
 - IX – analisar as questões concernentes à aplicação da legislação relativa à educação superior.
 - X – assessorar o Ministro de Estado da Educação nos assuntos relativos à educação superior, oferecendo sugestões de critérios e procedimentos para o reconhecimento de cursos, avaliação, credenciamento e credenciamento de instituições;
- Parágrafo único – As atribuições a que se referem os incisos “V”, “VI” e “VII” deste artigo, poderão ser delegadas, em parte ou no todo, aos Estados e ao Distrito Federal, e o credenciamento a que se refere o inciso “V” poderá incluir determinação para a desativação de cursos e habilitações. (BRASIL, 1999).

O artigo acima transcrito basicamente repete as disposições do artigo 9º, §2º, da Lei 9.131/95, trazendo apenas algumas alterações na redação, que não acarretam alteração substancial do conteúdo das normas elencadas. Curiosamente, não há, aqui, a mesma ampliação de competência sobre a qual se discorreu na análise do artigo anterior do Regimento Interno.

Pelos dispositivos do Regimento Interno transcritos, percebe-se que o Conselho Nacional de Educação detém competências de caráter eminentemente deliberativo e consultivo, conforme evidenciado pelas atribuições de emissão de parecer em determinados temas. A predominância de competências consultivas resta evidenciada pelo fato de a maior parte das atribuições consistir na emissão de parecer sobre determinados temas. Ora, o parecer é essencialmente um ato administrativo de caráter consultivo (CARVALHO FILHO, 2010, p. 152), o que corrobora com a predominância de competências consultivas ora apontada.

A competência normativa do Conselho Nacional de Educação, de acordo com o Regimento Interno, parece ser bastante reduzida. Embora o caput do artigo 1º do Regimento Interno faça menção à competência normativa, esta não encontra correspondente nas alíneas elencadas em seguida (nem nas competências específicas de cada Câmara), o que torna dificultosa a tarefa de delimitar o âmbito de atuação de tal atribuição. Não há, pela legislação analisada e pelo Regimento Interno, condições de se medir a extensão da competência normativa do Conselho Nacional de Educação.

Há que se ressaltar ainda que embora a Lei nº 9.394/96 faça menção à competência de supervisão, não define o que seria tal atribuição, o que, novamente, traz problemas à delimitação dos limites da competência do Conselho Nacional de Educação.

4 O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

Conforme salientado no capítulo anterior, a legislação não deixa claro quais seriam as hipóteses em que caberia ao Conselho Nacional de Educação exercer sua competência normativa. A má técnica legislativa, porém, não pode servir de óbice ao reconhecimento do Poder Regulamentar do referido órgão. Como foi apresentado, o Conselho Nacional de Educação tem, entre outras funções, a atribuição de definir as diretrizes do sistema nacional de educação com o escopo de implementar uma educação de qualidade. Ora, é indubitável que o Poder Regulamentar do Conselho coaduna-se com essa função. Ao estabelecer diretrizes, o órgão está de fato editando atos normativos para complementar e permitir a plena aplicabilidade da lei, e, sobretudo, do direito à educação previsto em sede constitucional. Aliás, negar o reconhecimento de competência regulamentar ao Conselho esvaziaria suas funções.

Ademais, a definição das diretrizes curriculares e do conteúdo programático das escolas é um tema dotado de caráter técnico e específico, cuja apreciação pelo Legislativo seria inconveniente e inadequada. Trata-se de tema sob constantes e rápidas alterações, o que

não se coaduna com a morosidade do processo legislativo, merecendo tratamento por ato normativo secundário, cuja produção é mais célere e dotada de menos formalidades. Segundo Clèmerson Merlin Clève (2012, p. 304) a justificativa material da existência de competência regulamentar reside na própria necessidade imposta por nosso tempo. O fundamento formal, por sua vez, reside na Constituição ou na lei. No caso do Conselho Nacional de Educação, o fundamento formal de sua competência regulamentar encontra-se prevista em lei. Clève (2011, p. 300) preleciona que o exercício do Poder Regulamentar consiste em manifestação de atividade normativa secundária. A atividade normativa primária, por sua vez, consistiria nos atos legislativos elencados no artigo 59 da Constituição Federal. Segundo o autor (CLÈVE, 2011, p. 308), “a Administração emana atos normativos com o objetivo de, com incidência meramente doméstica, estabelecer orientações sobre o modo como sua competência haverá de ser exercida”.

Faz-se necessário ressaltar ainda que o autor faz uma distinção entre regulamento em sentido amplo e regulamento em sentido estrito. O primeiro corresponderia aos regulamentos exarados pela Administração Pública em geral, enquanto regulamento em sentido estrito seria apenas aquele editado pelo Chefe do Executivo por força do artigo 84 da Constituição Federal (CLÈVE, 2012).

Clève (2012) aponta limitações formais e materiais aos regulamentos. Os limites formais consistiriam na competência, no veículo de edição e na publicação do regulamento. Quanto às limitações materiais, há que se fazer algumas considerações. Em nosso ordenamento jurídico, não há matéria reservada ao regulamento, podendo a lei disciplinar a matéria de modo suficiente, não dando margem ao regulamento (CLÈVE, 2012). Nesta esteira, a questão da limitação material do regulamento seria uma questão de política legislativa, haja vista que em algumas matérias pode ser mais recomendável o tratamento por regulamento em vez da lei, devido à rigidez desta se mostrar incompatível com situações de rápidas transformações (CLÈVE, 2012).

Apesar de não constituir um óbice ao reconhecimento do Poder Regulamentar, há que se reconhecer que a ausência de definição legal clara acerca deste torna sua delimitação uma árdua tarefa. Nem mesmo a doutrina oferece um delineamento preciso dos limites do Poder Regulamentar, conforme resta evidenciado pela aguçada divergência no tocante ao tema das agências reguladoras, por exemplo.

A tarefa de fornecer critérios mais claros para delinear o Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Educação torna-se imperiosa diante do emblemático Parecer 15/2010, no qual certos trechos da obra “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, foram

considerados racistas e foram estabelecidas restrições ao uso do livro nas escolas. Afinal, poderia o Conselho estabelecer tal restrição? Qual a natureza de tal ato normativo?

Embora o próprio Conselho tenha revisto a decisão acima citada no Parecer 6/2011, retirando a restrição ao livro e estabelecendo outras medidas menos gravosas, a importância da delimitação permanece principalmente diante do fato de que atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal um Mandado de Segurança impetrado pelo Instituto de Advocacia Racial e Ambiental pleiteando a suspensão desse Parecer.

Há que se observar que, conforme salientam Carvalho Filho (2007) e Justen Filho (2012), os regulamentos de fato inovam na ordem jurídica. Afinal, se o regulamento apenas se limitasse a reproduzir os comandos já previstos na lei, tornar-se-ia inútil.

A clássica distinção entre lei e regulamento, segundo a qual a lei inova na ordem jurídica e o regulamento, não, embora válido no campo teórico, é de difícil observância no campo prático, como já alertava Carvalho Filho (2007). Segundo Clève (2012, p. 311), o regulamento inova de modo derivado, subordinado, limitado, enquanto a lei inova de modo originário. Neste sentido, é indubitável que, no exercício da competência regulamentar, o Conselho Nacional de Educação pode inovar na ordem jurídica, não se limitando à mera reprodução do texto legal. É óbvio que não se admite na doutrina pátria qualquer manifestação de Poder Regulamentar *contra legem*, conforme já se asseverou no primeiro capítulo. Assim, não cabe mais discutir a existência ou não de caráter de inovação no exercício do Poder Regulamentar, mas apenas a sua extensão.

Percebe-se que há uma margem de discricionariedade conferida à Administração no exercício do Poder Regulamentar. Ao que parece, a tarefa de delimitar a extensão da “inovação” perpetrada pelo regulamento consiste justamente em delimitar essa margem de discricionariedade. Afinal, discricionariedade não corresponde à arbitrariedade. O reconhecimento de uma margem de discricionariedade à Administração Pública não significa que esta pode atuar da maneira que bem entender. Como já bem sedimentado na doutrina de Direito Administrativo, a legalidade tem uma acepção diferente neste ramo do Direito com relação à noção da legalidade no âmbito do Direito Privado. Enquanto neste a legalidade determina que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que não esteja proibido em lei, no Direito Administrativo a legalidade define que o administrador só pode fazer o que estiver expressamente autorizado por lei (CARVALHO FILHO, 2010). Assim, a discricionariedade encontra limites no ordenamento jurídico, o que engloba não só a Constituição e a legislação, mas ainda o arcabouço de princípios que os encerra. A discricionariedade administrativa é uma faculdade global de atuação e ponderação (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 211).

Nesta esteira, o Conselho Nacional de Educação dispõe de discricionariedade fundada em juízos de conveniência e oportunidade ao exercer sua competência regulamentar, e, especificamente, definir as diretrizes para o sistema nacional de ensino. Tal discricionariedade, conforme já apontado, não é ilimitada.

Pretende-se adotar, enquanto lente teórica apropriada ao escopo da presente análise, a teoria da limitação à atuação administrativa proposta por Eberhard Schmidt-Assmann.

As normas legais, devido à sua estrutura geral e abstrata, não tem a capacidade de prever todas as situações diferenciadas com as quais a Administração Pública deve lidar habitualmente. Assim, a execução da lei não se esgota numa mera dedução automática de situações singulares previamente definidas pelo legislador, mas compreende um processo juridicamente criativo pelo qual a Administração Pública é dotada de um espaço de decisão própria (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 212). A lei não dispõe de respostas definitivas e prontas para todos os casos que se pretende regular, dependendo a sua concreção da atuação harmônica dos três Poderes. Existem áreas de autonomia ou independência administrativa, a despeito da reserva legal.

Assim, no caso, o Conselho Nacional de Educação disporia de autonomia administrativa para produzir normas de natureza infralegal no exercício de seu Poder Regulamentar. Conforme salientado, a execução da lei pela Administração compreende um processo juridicamente criativo que não se resume à mera subsunção do caso concreto à lei, mas que confere um espaço de decisão própria à Administração. Não há que se negar, assim, que o Conselho dispõe de um espaço de decisão para cumprir as funções que lhe foram conferidas por lei.

A ideia proposta por Schmidt-Assmann (2003) é a de que a noção de Administração não está limitada à mera execução em sentido estrito. Em inúmeros casos, a lei trata de situações sobremaneira genéricas e abstratas, cabendo à Administração delimitá-los, conferindo precisão à norma para que esta esteja apta a ser aplicada nas situações concretas. De fato, a Administração executiva continua sendo um tipo de Administração frequente e importante, entretanto, não é a única forma pela qual se revela a atuação da Administração Pública contemporânea. Existem áreas nas quais a Administração dispõe de maiores margens de atuação. Trata-se da discricionariedade administrativa, definida pelo supracitado autor como “uma faculdade específica de concreção jurídica para a consecução de um fim predeterminado” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 220). Conforme já se asseverou, é inegável que o Conselho Nacional de Educação dispõe de um âmbito de discricionariedade

administrativa no desempenho de suas funções, sobretudo no exercício do Poder Regulamentar.

Schmidt-Assmann (2003) assevera que a discricionariedade da atuação administrativa não implica numa liberdade de escolha. A Administração não dispõe de total liberdade na escolha de uma opção determinada num caso concreto, haja vista que está submetida constantemente ao Direito, devendo atuar segundo parâmetros estabelecidos pela lei e em seu mandato de atuação, procedendo-se à ponderação quando necessário (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 221). Tais parâmetros consistem, primeiramente, nos objetivos e finalidades deduzidas das normas contidas nas leis; nos parâmetros constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais e os princípios da proporcionalidade e igualdade; e ainda os critérios de eficácia econômica e da austeridade. A discricionariedade corresponde, assim, a um mandato de atuação da Administração destinado à consecução da racionalidade e estruturado através de uma série de parâmetros (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 213). A correta atuação administrativa exige não só a ausência de vícios jurídicos, mas ainda a adequada utilização dos recursos disponíveis e que seja propiciada a aceitação entre os administrados.

Faz-se necessário, dessa forma aplicar tais parâmetros para delimitar os limites à discricionariedade administrativa de que dispõe o Conselho Nacional de Educação no exercício de seu Poder Regulamentar. Assim, o exercício da competência regulamentar deve ser compatível com os objetivos deduzidos das normas contidas nas leis, com os parâmetros constitucionais, principalmente os direitos fundamentais, bem como com a proporcionalidade, a igualdade e critérios de eficácia econômica (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 213).

Não se afigura razoável que o Conselho Nacional de Educação defina, de maneira pormenorizada e vinculante, todas as obras a serem apresentadas no conteúdo programático de cada escola. Isso esvaziaria a autonomia das instituições de ensino na definição das prioridades no desenvolvimento da aprendizagem de acordo com o diagnóstico feito por cada uma delas. Afinal, cada instituição de ensino deve ser competente para avaliar e diagnosticar quais as áreas de competência mais carentes entre seus alunos e, a partir disso, elaborar seu próprio conteúdo programático para suprir as deficiências apontadas. A autonomia é essencial para que as instituições de ensino cumpram seu papel de educar.

Entretanto, é inegável que o Conselho Nacional de Educação é competente para deliberar acerca das diretrizes para a definição do acervo literário a ser disponibilizado em cada escola. Assim, caberia ao Conselho estipular quais as diretrizes informadoras dos conteúdos que devem ser lecionados, podendo até mesmo indicar obras, desde que em caráter

opinativo, e não vinculante. Como já se salientou, as instituições de ensino devem ter seu âmbito próprio de autonomia para definir quais obras irá utilizar para atender às diretrizes gerais impostas pelo Conselho. Afinal, cada escola é que tem a possibilidade de saber qual a melhor obra para atender às necessidades de desenvolvimento de aprendizagem apontadas. Não pode o Conselho, no exercício discricionário da competência regulamentar, suprimir a autonomia das instituições de ensino para definir suas necessidades.

É claro que em casos excepcionalíssimos o Conselho deve sim ter o poder-dever de estabelecer restrições à inclusão de obras consideradas ofensivas a determinados grupos étnicos no conteúdo programático das escolas. O Conselho deve zelar pelo direito à educação, o que engloba o direito do aluno não ser forçado a apreender conteúdos que lhe são ofensivos.

Faz-se necessário, neste momento, trazer à baila o paradigmático Parecer 15/2010 do Conselho Nacional de Educação e toda a repercussão que este gerou. Este Parecer foi resultado de um processo iniciado através de uma denúncia acerca da utilização do livro “Caçadas de Pedrinho” de Monteiro Lobato numa escola particular localizada no Distrito Federal, no sentido de se abster a Secretaria de Estado da Educação do Distrito Federal de utilizar livros, material didático ou qualquer outra forma de expressão que, em tese, contenham expressões de prática de racismo cultural, institucional ou individual na Educação Básica e na Educação Superior do Distrito Federal.

No referido Parecer foram estabelecidas diversas medidas de caráter de orientação, tais como a capacitação dos educadores no ensino da diversidade étnico-cultural, o cumprimento dos critérios previstos no Programa Nacional Biblioteca na Escola na seleção de livros pela Coordenação-Geral de Material Didático do MEC e a avaliação diagnóstica sobre a implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana, inserindo como um dos componentes desta avaliação a análise do acervo bibliográfico, literário e dos livros didáticos adotados pela escola, bem como das práticas pedagógicas voltadas para a diversidade étnico-racial dele decorrentes.

Entretanto, a medida de maior relevância para o presente estudo é a seguinte:

Caso algumas das obras selecionadas pelos especialistas, e que compoñham o acervo do PNBE, ainda apresentem preconceitos e estereótipos, tais como aqueles que foram denunciados pelo Sr. Antônio Gomes Costa Neto e pela Ouvidoria da SEPPIR, a Coordenação-Geral de Material Didático e a Secretaria de Educação Básica do MEC deverão exigir da editora responsável pela publicação a inserção no texto de apresentação de uma nota explicativa e de esclarecimentos ao leitor sobre os estudos atuais e críticos que discutam a presença de estereótipos raciais na literatura. Esta providência deverá ser solicitada em relação ao livro Caçadas de Pedrinho e

deverá ser extensiva a todas as obras literárias que se encontrem em situação semelhante. (BRASIL, 2010).

Ora, determinar obrigações de fazer às editoras constitui flagrante inconstitucionalidade. Conforme já salientado no primeiro capítulo, não se admite no ordenamento jurídico pátrio que se estabeleçam obrigações primárias através de regulamento, o que cabe somente à lei, em respeito ao princípio da legalidade em sua acepção clássica. A determinação de que as editoras adicionem notas explicativas padece de grave vício de inconstitucionalidade, por extrapolar flagrantemente o âmbito da competência regulamentar do Conselho Nacional de Educação. Além disso, tal imposição fere cabalmente a liberdade de expressão de que dispõe escritores e editoras, direito fundamental previsto no inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Por ferir um direito fundamental, tal exercício da competência regulamentar mostra-se em desacordo com os parâmetros estipulados por Schmidt-Assmann para o exercício da discricionariedade administrativa. Tal medida se configura como uma violação ao objetivo insculpido na lei que confere competência de cunho normativo ao Conselho, extrapolando o âmbito da discricionariedade administrativa conforme definido por Schmidt-Assmann. Ademais, afigura-se como uma medida desproporcional, o que constitui também um dos parâmetros para a delimitação dos limites da discricionariedade administrativa. A violação do princípio da proporcionalidade decorre da ausência do requisito da necessidade à medida ora apontada, haja vista que existem outros meios menos gravosos para se atingir o fim propugnado pela decisão, qual seja, o combate ao racismo.

Por outro lado, há que se ressaltar que a polêmica gerada em torno do Parecer 15/2010 foi um tanto quanto exagerada. A informação amplamente divulgada na imprensa de que o referido ato normativo teria censurado a obra de Monteiro Lobato não corresponde à realidade. Isso não ocorreu com o Parecer supracitado, cujas medidas consistiam em informar políticas públicas no sentido de preparar educadores para lidar com o tema do racismo, fomentando a política antirracista a ser desenvolvida pelo Estado Brasileiro em cumprimento ao ordenamento jurídico brasileiro e orientações com relação à implementação de diretrizes curriculares para educação de relações étnico-raciais e práticas pedagógicas voltadas para a diversidade étnico-racial decorrentes. Não houve a tão divulgada censura. Das medidas adotadas, a única que se afigura flagrantemente como um abuso do Poder Regulamentar é a que determina a obrigatoriedade de que as editoras incluam notas explicativas no livro “Caçadas de Pedrinho”.

As alterações promovidas pelo Parecer 6/2011, que reexaminou o Parecer 15/2010, sanaram o vício ora apontado, tornando-o compatível com o ordenamento jurídico. A mudança mais relevante encontra-se no seguinte trecho:

c) caso algumas das obras selecionadas pelos especialistas e que componham tanto o acervo do PNBE quanto outros formados pelas escolas públicas e privadas, ainda apresentem preconceitos e estereótipos, tais como aqueles relatados na denúncia encaminhada pela Ouvidoria da SEPPIR ao CNE, recomenda-se à editora responsável pela publicação a inserção, no texto de apresentação das novas edições, de contextualização crítica do autor e da obra, a fim de informar o leitor sobre os estudos atuais e críticos que discutem a presença de estereótipos na literatura, entre eles os raciais. Essa providência recomendada em relação ao livro *Caçadas de Pedrinho* deverá ser extensiva a todas as obras literárias que se encontrem em situação semelhante. (BRASIL, 2011).

Percebe-se que a exigência da adição de notas explicativas e esclarecimentos foi trocada por uma recomendação, o que se coaduna com o âmbito normativo conferido ao Conselho Nacional de Educação, com suas funções precípua e com os parâmetros limitadores da discricionariedade administrativa propostos por Schmidt-Assmann.

Ante o exposto, percebe-se que a aceção de discricionariedade administrativa de Schmidt-Assmann, aliada aos parâmetros que a informam, fornece um arcabouço teórico adequado para promover a justa compatibilização entre o Poder Regulamentar do Conselho Nacional de Educação e os direitos fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Conforme evidenciado ao longo deste trabalho, não há que se negar competência regulamentar ao Conselho Nacional de Educação, caso contrário o desempenho de suas funções restaria indubitavelmente prejudicado. O Poder Regulamentar consiste no poder conferido à Administração Pública de esmiuçar a lei, conferindo concretude aos comandos normativos produzidos pelo Legislativo para o fiel cumprimento destes. As questões relativas à educação, principalmente no tocante à definição das obras literárias componentes do conteúdo programático das escolas, são dotadas de um caráter técnico cuja apreciação pelo Legislativo seria inconveniente devido às inúmeras particularidades e à rápida evolução que envolve o tema. Decorre daí a imprescindibilidade do Poder Regulamentar conferido ao Conselho Nacional de Educação.

A questão reside, sobretudo, na delimitação do conteúdo de tal Poder Regulamentar. A legislação e o Regimento Interno do órgão, conforme analisado, não

cumprem satisfatoriamente tal função delimitadora, uma vez que não trazem critérios sólidos, nem elencam quais seriam suas competências normativas. Diante da insuficiência normativa acerca da questão, faz-se mister recorrer aos ensinamentos doutrinários.

Como visto, é inegável que o regulamento inova no ordenamento jurídico, ainda que de modo subordinado e derivado. Assim, faz-se necessário delimitar a extensão de tal inovação.

No exercício do Poder Regulamentar, o Conselho Nacional de Educação dispõe de discricionariedade administrativa fundada em juízos de conveniência e oportunidade para desempenhar plenamente suas funções. Ora, essa margem de discricionariedade não é ilimitada, caso contrário trinar-se-ia arbitrariedade. Assim, a tarefa de delimitar a extensão da inovação perpetrada pelo regulamento consiste, justamente, em delimitar tal margem de discricionariedade.

A teoria da limitação da atuação administrativa proposta por Schmidt-Assmann (2003) fornece um precioso arcabouço de parâmetros que delimitam o exercício da discricionariedade administrativa. Tais parâmetros são os objetivos e finalidades deduzidas das normas contidas nas leis; os parâmetros constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais e os princípios da proporcionalidade e igualdade; e ainda os critérios de eficácia econômica e austeridade. Através desses parâmetros, é possível realizar com mais segurança a definição dos limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Educação, para que tal competência não seja exercida de forma tão casuística quanto no Parecer 15/2010, que estabelecia uma obrigação de fazer às editoras, o que é flagrantemente inconstitucional em virtude dos princípios da legalidade e da reserva legal, além de ser desproporcional, excedendo, assim, os parâmetros doutrinariamente consagrados e ora defendidos.

Por óbvio, o Poder Regulamentar não pode ser exercido de modo a gerar insegurança jurídica. A teoria da limitação da atuação administrativa de Schmidt-Assmann fornece uma base teórica adequada à limitação dessa insegurança e à plena compatibilização entre o exercício da competência regulamentar e os direitos fundamentais, atendendo satisfatoriamente ao escopo precípuo deste trabalho.

Como observado no capítulo anterior, a competência regulamentar do Conselho Nacional de Educação deve cingir-se à definição de diretrizes aos componentes do sistema de ensino nacional, notadamente no que diz respeito às obras literárias componentes do conteúdo programático das escolas ou do acervo de que dispõem. Caso contrário, restaria severamente esvaziada a função de cada instituição de ensino, que tem o poder-dever de selecionar suas obras e estabelecer seu conteúdo de acordo com as necessidades apontadas. A definição de

modo vinculante das obras a serem utilizadas pelas instituições de ensino extrapolaria os objetivos e finalidades que subjazem as normas regulamentadoras do Conselho Nacional de Educação e seria desproporcional, violando os parâmetros da teoria da limitação administrativa de Schmidt-Assmann.

Nesta esteira, não se afigura plausível que o Conselho Nacional de Educação proíba de forma unilateral a utilização de determinada obra. Cada escola deve ter um âmbito de autonomia para cumprir adequadamente sua função de ensinar, o que engloba a tarefa de selecionar as obras que mais se adequam às necessidades de seus alunos. Uma decisão no sentido de limitar o uso de determinada obra seria mais plausível se tivesse caráter apenas propositivo, e não vinculativo, sob pena de reduzir sobremaneira a autonomia de cada instituição de ensino.

Não é possível que se reduza a escola e seu corpo técnico a mero executor de um rígido conteúdo programático estabelecido unilateralmente pelo Conselho Nacional de Educação. Cabe a este órgão elaborar as diretrizes a serem seguidas pelas instituições de ensino, deixando a cargo destas a escolha do melhor modo de segui-las. Portanto, qualquer resolução de caráter mais específico deve ter caráter propositivo, e não vinculativo.

REFERÊNCIAS

ASSMANN, Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 nov. 2013.

_____. Lei no 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Lei no 9.131, de 24 de novembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9131.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Parecer CNE/CEB nº 6/2011**, de 29 de agosto de 2011. Brasília: Conselho Nacional de Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=8180&Itemid=>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Parecer CNE/CEB nº 7/2007**, de 16 de outubro de 2007. Brasília: Conselho Nacional de Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/pcp007_07.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Parecer CNE/CEB nº 15/2010**, de 1 de setembro de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=6702&Itemid=>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Parecer CNE/CP nº 99/1999**, de julho de 1999. Brasília: Conselho Nacional de Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/pcp007_07.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. Salvador, n. 2, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

_____. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Lucas. **Perguntas e respostas: o que é e como funciona o CNE**. *Todos pela Educação*, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/comunicacao-e-midia/noticias/22213/perguntas-e-respostas-o-que-e-e-como-funciona-o-cne/>>. Acesso em: 18 nov. 2013.