

4

As Vinculações de Recursos e a Efetividade do Direito a Educação

Existem razões históricas e éticas suficientes que justificam a especialidade e a centralidade do papel da educação na sociedade moderna. O direito à educação se constrói em meio à progressiva ampliação de direitos do constitucionalismo moderno, o qual se tornou a principal esfera jurídica para o reconhecimento social.

A organização da educação nacional, desenhada pela Constituição de 1988, é composta, como um dos seus pilares, pelo financiamento público protegido de recursos dando efetivo destaque para esta dimensão social. O que significam, juridicamente dizendo, estas normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação? Quais as consequências e como estas normas constitucionais de vinculações de recursos se relacionam com o sistema federativo, com o sistema de separação de poderes e com o sistema dos direitos fundamentais?

Conhecendo-se melhor a engenharia do sistema de vinculações tributárias para a educação é possível antever as principais interfaces com, pelo menos três áreas fundamentais do sistema jurídico:

a) com o sistema federativo, pois as vinculações e subvinculações pressupõem a partição de competências e recursos entre os entes federados;

b) com o sistema de separação dos poderes na medida em que provocam efeitos de rigidez orçamentária, limitam a iniciativa legiferante originária do poder executivo e também permitem a judicialização das políticas educacionais; e

c) com o sistema de direitos fundamentais, em virtude de que podem significar uma fundamentalidade a todo o direito social à educação para além do mínimo existencial, o que pode ser desconfortável em um cenário de escassez de recursos.

Este derradeiro capítulo irá se dedicar a buscar as razões pelas quais estas vinculações foram incorporadas ao texto constitucional e qual a função e o lugar que elas ocupam no sistema jurídico atual, em tempos de neoconstitucionalismo. A partir desta reflexão, será problematizada as consequências de sua inserção no sistema jurídico, delimitando o campo de análise aos três sistemas que geram interface direta com as vinculações de recursos para a educação: o federativo, o da separação de poderes e o dos direitos fundamentais.

4.1

A Constituição e as vinculações de recursos: uma garantia para a efetividade do direito à educação

O que pode justificar a existência de normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação no Brasil? Konrad Hesse afirma que a Constituição concreta de uma comunidade política, seu conteúdo, a singularidade de suas normas e seus problemas devem ser compreendidos desde uma perspectiva histórica, e somente a consciência desta historicidade permite a compreensão total e o enjuizamento adequado das questões jurídico-político-constitucionais¹.

No Brasil, desde o Império, há algum tipo de constitucionalização de políticas públicas² em matéria de direito à educação³. Na Constituição de 1824, ficou assegurado, pioneiramente, que a instrução primária seria gratuita a todos os cidadãos (art. 179, n. 32) e havia a previsão de garantia de colégios e Universidades para o ensino das ciências das belas-artes e artes. A propósito, a única alteração formal desta Constituição, até a proclamação da República,

¹ HESSE, CONRADO. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 1-15. p. 1.

² Utilizar-se-á a expressão “políticas públicas” como “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 135-136, 1996.

³ Ver FAVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. São Paulo: autores Associados, 1996. passim. Também: BOAVENTURA, Edivaldo M. *A educação brasileira e o direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

ocorreu pelo Ato Adicional, fruto da Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834, e versava sobre a competência das Assembleias das Províncias para legislar sobre a instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la.

Com o advento da República, a Constituição Republicana de 1891, além de contemplar, em seu art. 72, a gratuidade do ensino leigo, dispôs, em art. 65, n. 2º, sobre a competência residual dos Estados em matéria de educação para legislar sobre o ensino secundário e primário, para criar e manter instituições de ensino superior e secundário e para criar e manter escolas primárias.

Com as influências do constitucionalismo de Weimar⁴, a Constituição de 1934, pela primeira vez, introduziu capítulos relativos à ordem econômica, à família, à educação e à cultura. Houve uma explícita positivação dos direitos sociais. O governo federal assumiu a tarefa de traçar as diretrizes da educação nacional, nos termos do art. 5º, XIV. A educação foi erigida a um direito público subjetivo, em seu art. 179: “a educação é um direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”. É neste contexto que se tem a gênese da primeira vinculação constitucional de recursos para a educação⁵.

Mesmo a Constituição de 1937, autoritária e concentradora de poder ao governo central, e que também concedeu acentuado privilégio ao ensino particular, em seu artigo 130, dispunha acerca de gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, ser dever do Estado o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas.

A feição democrática da Constituição de 1946 definiu a educação como direito de todos (art. 166), impôs a obrigatoriedade e gratuidade do ensino

⁴ Na Constituição de Weimar a educação ganhou um capítulo próprio onde se destacam, além da constitucionalização do direito a educação, a gratuidade, a obrigatoriedade, a presença do Estado nos seus diferentes níveis, o público/privado e o ensino religioso. Ver em CURY, Carlos Roberto Jamil. *A Constituição de Weimar: um capítulo para a educação*. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 02/out./2006.

⁵ Sobre a tradição constitucional brasileira de vincular recursos para a educação, vide capítulo 1 acima.

primário e atribuiu ao Estado o dever para com o ensino, sem exclusão da iniciativa privada (art. 167), organizou o sistema de ensino, dividindo-o em dois: o sistema federal e o sistema estadual (arts. 170 e 171).

O período ditatorial militarista não deixou de constitucionalizar as matérias educacionais, prevendo, na Constituição de 1967, ainda que em perspectiva reducionista aos direitos educacionais, que a educação era direito de todos, sendo assegurada a igualdade de oportunidades (art. 168), a ser dada no lar e nas escolas e fixou atribuição ao Estado o dever de ministrar o ensino nos diferentes graus (art. 168 § 1º), cabendo à União organizar o sistema de ensino em caráter supletivo aos Estados e Municípios.

Em 1969, a Emenda Constitucional n. 1 promoveu consideráveis alterações em matéria educacional, restringindo liberdades tais como a de cátedra. Por outro lado, criou o salário educação, retomou as vinculações de recursos exclusivamente para os Municípios e assegurou a educação como um direito de todos e dever do Estado (art. 176), cabendo à União estruturar o seu sistema federal de ensino e aos Estados e o Distrito Federal os sistemas estaduais (art.177), assegurando a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário e a gratuidade dos estabelecimentos oficiais de ensino (art. 176, II e III).

A Constituição de 1988 elegeu, em seu art. 6º, o direito à educação no rol dos direitos sociais, no título dos direitos e garantias fundamentais, e procurou dedicar toda uma seção para defini-lo como um direito de todos e dever do Estado, da sociedade e da família; seus fins; seus princípios; sua estrutura; sua oferta e sua forma de financiamento, como foi visto no capítulo 1.

Para Luis Roberto Barroso, a Constituição, em seu sentido político significa o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade e, em seu sentido jurídico, ela é materialmente a organização do exercício do poder políticos, a definição dos direitos fundamentais, a consagração de valores e indicação de fins públicos a serem realizados e, formalmente, é a norma fundamental e superior que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo.

Em uma visão substancialista, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores da sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade.⁶ Outro disseminado conceito de Constituição é o de Konrad Hesse que a entende como “plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”.⁷

O plano estrutural de conformação jurídica da sociedade brasileira é marcadamente influenciado pelo contexto da pós-redemocratização e implicou uma Assembleia Constituinte que promulgou, em 1988, uma constituição social analítica, enumerando minuciosamente as diversas políticas que pretendeu pactuar. A Constituinte entendeu que era necessário prever na Carta quase todos os direitos, já que, sem isso, haveria o descumprimento dos mesmos, em especial os fundamentais, devido a uma cultura de inefetividade da lei⁸ ainda imperante em sociedades pós-conflito.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74 e 91.

⁷ Tradução livre de: “plan estructural básico, orientado por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad”. HESSE, CONRADO. *Constitución y derecho constitucional*. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 1-15. p. 5-6.

⁸ Interessante a descrição das deficiências na vigência do princípio da lei na América Latina realizada por Guillermo O’DONNELL. Para o estudioso do processo de transição democrática na América Latina, as deficiências para a inefetividade da lei são as seguintes, em resumo: 1. **Falhas na legislação existente**: existem leis e regulações administrativas que discriminam, de diversos modos, mulheres e várias minorias e estabelecem para os detentos condições repugnantes; 2. **Aplicação da lei**: aplicação discricionária e, amiúde, excessivamente severa da lei, aos fracos, são um meio de opressão, mas o lado oposto disso são as múltiplas maneiras pelas quais os privilegiados isentam-se de cumprir a lei, uma longa tradição que expressa uma cultura de que cumprir a lei é algo que só “idiotas” (sic) fazem, de modo que, estar sujeito à lei não é ser portador de direitos vigentes, mas sinal seguro de fraqueza social; 3. **Relações das burocracias com os cidadãos comuns**: os ‘cidadãos comuns’ quando interagem com os burocratas, nos hospitais, nas delegacias, nas repartições públicas, são atendidos de modo indiferente e desdenhoso, como suplicantes de um favor e não como portadores de direitos, situações não enfrentadas pelos privilegiados devido às suas redes de relações; e, 4. **Acesso ao Judiciário e a processos justos**: o Judiciário é distante, embaraçoso, caro e lento demais para que os desprivilegiados tentem até mesmo ter acesso a ele. E quando eles conseguem ter acesso à justiça, as evidências, como seria previsível, apontam para várias discriminações; e 5. **Ilegalidade pura e simples**: o alcance do Estado legal é limitado, qualquer que seja a legislação formalmente aprovada, ela é aplicada, de forma intermitente e diferenciada nos diferentes lugares dos países. Essa legislação segmentada é englobada pela legislação informal baixada pelos poderes privatizados que realmente dominam nestes lugares. Cf. O’DONNELL, Guillermo. *Poliarquia e a (in)efetividade da lei na América Latina*. *Novos estudos CEBRAP*, n. 51, p. 37-61, jul. 1998. p. 44-46.

Os receios culturais quanto à inefetividade da lei são um elemento importante para compreender a Constituição de 1988. Barroso⁹ tem afirmado que, na antevéspera da convocação da constituinte, ao sairmos de um regime militar que instrumentalizava o papel da Constituição “não para o caminho, mas para o desvio; não para a verdade, mas para o disfarce”, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso da realização do Estado de Direito no Brasil: a falta de seriedade em relação à Constituição e a indiferença para com a distância entre “o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser”.

O movimento pela efetividade das normas constitucionais, por meio de uma ampla doutrina da efetividade das normas constitucionais¹⁰, acabou por desencadear um processo mais amplo em favor da densidade normativa da Constituição e instituiu uma mudança paradigmática na teoria e na prática do direito. Este movimento de transformação do sistema jurídico contemporâneo tem sido denominado de *neoconstitucionalismo*.

Atualmente, é recorrente no jogo de linguagem do direito o uso expressivo da ideia de “força normativa da Constituição”, no sentido de que a Constituição não depende senão de sua própria força e de suas próprias garantias, como defende Konrad Hesse, e da conquista de efetividade pela Constituição. A implantação do Estado Constitucional Democrático de Direito impõe significativa mudança no pensamento teórico, ideológico e metodológico¹¹ em volta da ideia de

⁹ BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, abr./jun.. 2008. p. 59.

¹⁰ Para Barroso, a origem do estado das artes das transformações do pensamento constitucional brasileiro está mesmo no movimento da doutrina brasileira da efetividade das normas. BARROSO, Luis Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, abr./jun.. 2008. p. 61-62. Para o autor, o marco histórico deste novo direito constitucional é o constitucionalismo do pós-guerra e, no Brasil, é a Constituição de 1988. O marco filosófico deste movimento é o pós-positivismo e o marco teórico assenta-se em três conjuntos de mudanças de paradigmas: no reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais, na expansão da jurisdição constitucional e nas transformações ocorridas no campo da hermenêutica.

¹¹ Para a classificação do neoconstitucionalismo segundo a perspectiva teórica, ideológica e metodológica ver COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: n analisis metateorico, *Isonomia*, n. 16. 2002. p. 89-112. Para uma ampla visualização das transformações do sistema jurídico a partir das premissas do neoconstitucionalismo confira MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Constituição cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. pp 117-168. p. 149. Do mesmo autor: MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. 2007. pp.1-25. Antônio Maia acompanha os três sentidos e/ou

que Constituição exerça o vértice de unidade do ordenamento ao mesmo tempo que represente o fundamento de validade de todas as demais regras pertencentes ao ordenamento.

De forma sistemática, Ana Paula de Barcellos¹² ordena as características do denominado neoconstitucionalismo:

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.

(...)

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas dentro do próprio sistema constitucional.

Embora não exista uma precisão conceitual para o uso do termo, o neoconstitucionalismo¹³, em cada uma de suas dimensões e consequências, é uma elaboração que se enquadra em um Estado em busca de efetividade e

distinções do neoconstitucionalismo: “pode-se afirmar que no primeiro sentido entendemos o neoconstitucionalismo como certo tipo de Estado de Direito caracterizando uma determinada forma de organização política. No segundo sentido, entende-se como uma teoria do direito que serve para descrever este modelo. No terceiro sentido, uma filosófica política ou ideologia que justifica este modelo”.

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹³ O livro mais conhecido sobre que aborda a existência de várias significações para o termo é a compilação de artigos presentes na obra CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Também PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000; POZZOLO, Susanna & DUARTE, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006. No Brasil ver, por exemplo, a ideia do neoconstitucionalismo como uma “conjuntura” da teoria do direito contemporâneo: DIMOULIS, Dimitri & DUARTE, Ecio Otto. *Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008. Em linha contrária ao neoconstitucionalismo ver AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: BINENBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 187-202.

transformação e que se preocupa em fazer com que a Constituição tenha plena normatividade como maior prova do desenvolvimento civilizatório deste Estado.¹⁴

O concreto é que a teoria constitucional é incipiente diante da historicidade recente deste deslocamento da Constituição para o centro do sistema jurídico, a ponto de Hesse afirmar que, em termos de conceito e peculiaridade da Constituição, a teoria do Direito Constitucional ainda está engatinhando, sem ter chegado a uma opinião dominante¹⁵ sobre muitos temas, como suas tarefas e funções determinantes e também sobre as matérias que têm ou devem ter dignidade constitucional. Do mesmo modo, o campo das proteções e garantias aos diferentes direitos constitucionalizados está em plena elaboração teórica e prática. Por exemplo, a emergência e reconhecimento de direitos sociais exigem remédios distintos daqueles classicamente previstos nos direitos civis e políticos. Como bem elucida Jose Reinaldo de Lima Lopes, os direitos civis e políticos,

caracterizam-se pelo traço da liberdade compreendida como o não impedimento, a chamada liberdade geográfica. Por isso os remédios característicos construídos para tais direitos são o mandado de segurança e o hábeas corpus (art. 5º, LXVIII e LXIX e LXX). Os remédios têm caráter corretivo, mesmo quando usados preventivamente: a ameaça de direito de que fala a Constituição significa que é preciso corrigir se não um ato já praticado, um ato a ser proximoamente praticado pelas autoridades (...).¹⁶

Para os direitos sociais, continua Lopes,

não se trata, na maioria dos casos previstos no artigo 6º, de se conservar uma situação de fato existente. Assim, tipicamente o remédio ou a ação para proteger estes direitos não consiste na exclusão de outrem (Estado ou particular) numa esfera de interesses já consolidados e protegidos de alguém (indivíduo ou grupo). Assim, o direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído da escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar, etc.). Ora, se a vaga não existe, se não existe tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal direito? Como transformá-lo de um direito de não interferência

¹⁴ CF. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. p. 28-29.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 26.

¹⁶ LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, Jose Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 126.

(permissão, dever de abstenção) em um direito à prestação (dever de fazer, obrigação) de alguém?¹⁷

É no ambiente histórico e cultural da pós-redemocratização e de profundas esperanças na fundação de um novo país e de um movimento cultural de valorização do papel da Constituição como um novo Pacto Social que as vinculações de recursos para a educação se afirmaram no texto constitucional de 1988, após a sua rejeição pelas duas Cartas anteriores, com uma pequena inflexão em 1969 com as vinculações aos Municípios.

É importante lembrar que as vinculações não surgem por vontade política hegemônica no processo constituinte brasileiro. Até porque se conhece o papel histórico que o denominado “Centrão” ocupou no processo constituinte, com o intuito de frear uma série de proposições de expressão mais populares na Constituinte. Porém, algumas destas proposições populares, em razão de sua intensa força social, impuseram-se mesmo que diante de resistências políticas. É o caso das vinculações de recursos para a educação que enfrentaram ainda as formulações contrárias advindas da bancada dos economistas.

A expectativa com o processo constituinte desdobrou-se em inúmeras mobilizações dos movimentos ligados à área de educação. Em 1986, propostas para a Constituição foram elaboradas por vários agentes políticos em diversas situações.

Os atores sociais na educação sempre foram, historicamente, muito atuantes, embora dispersos em razão da proibição da sindicalização dos servidores públicos, desde os primórdios da legislação trabalhista. Muitas organizações de professores foram criadas e reorientadas na luta contra a ditadura militar e foram notoriamente indutoras de muitas greves a partir de 1978. Em 1986, no ano da Constituinte, ocorreu a IV Conferência Brasileira de Educação (CBE), coordenada pela ANPEd – Associação Nacional de Pós-Graduação, pelo CEDES – Centro de Estudos Educação e Sociedade e pela ANDE – Associação Nacional de Educação. Realizada em Goiânia, com a participação de seis mil pessoas, o seu tema central

¹⁷ LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARI, Jose Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 126-127.

foi “A educação e a constituinte”. Nela ocorreram 25 simpósios, 77 atividades de atualização, 93 painéis e 23 outras atividades, e foi aprovada a Carta de Goiânia, com as demandas políticas da educação para a Constituinte, das quais se pode destacar (com a numeração original adquirida entre os 21 dos dispositivos reclamados):¹⁸

1) A educação é um direito de todos os brasileiros e será gratuita e laica nos estabelecimentos públicos, em todos os níveis de ensino;

3) O ensino fundamental com 8 anos de duração é obrigatório para todos os brasileiros, sendo permitida a matrícula a partir dos 6 anos de idade;

4) O Estado deverá prover os recursos necessários para assegurar as condições objetivas ao cumprimento dessa obrigatoriedade, a ser efetivada com um mínimo de 4 horas por dia, em 5 dias da semana;

7) É dever do Estado prover o ensino fundamental, público e gratuito, de igual qualidade, para todos os jovens e adultos que foram excluídos da escola ou a ela não tiveram acesso na idade própria, provendo os recursos necessários ao cumprimento desse dever;

14) A lei regulamentará a responsabilidade dos estados e municípios na administração de seus sistemas de ensino e a participação da União para assegurar um padrão básico comum de qualidade dos estabelecimentos educacionais;

15) Os recursos públicos destinados à educação serão aplicados exclusivamente nos sistemas de ensino criados e mantidos pela União, estados e municípios;

17) A merenda escolar e qualquer outro programa assistencial a ser desenvolvido nas escolas devem contar com verbas próprias, desvinculadas dos recursos orçamentários para a educação *stricto sensu*, porém gerenciadas por órgãos da área educacional;

¹⁸ CUNHA, Luiz Antonio. *Educação, Estado e Democracia no Brasil*. São Paulo: Cortes; Rio de Janeiro: UFF, 1999. p. 95 e ss. A exposição a seguir baseia-se nesta obra.

21) Fica mantido o disposto pela Emenda Calmon (EC 24), assim como pelas Emendas Passos Porto (EC 23) e Irajá Rodrigues (EC 27), e a lei estabelecerá sanções jurídicas e administrativas no caso do não cumprimento destes dispositivos.

Em Brasília, o reitor da UnB, Cristovam Buarque criou o CEAC – Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte – para encaminhar demandas sociais aos constituintes. Seguindo este modelo, dezenas de Universidades, faculdades isoladas, instituições sindicais e culturais firmaram convenio com o CEAC/UnB. O CONSED, Conselho Nacional de Secretários de Educação, elaborou seu documento denominado “Princípios para a nova Constituição”. A ANDES – Associação Nacional dos Docentes de Ensino Superior convenceu as entidades promotoras da CBE (ANPEd, ANDE, CEDES) a se juntarem para que, em um fórum próprio, definissem uma posição comum sobre o capítulo da nova Constituição que tratasse de Educação e Cultura. Articulou-se, neste fórum, um contingente de entidades com alta capacidade de mobilização: a ANPAE, – Associação Nacional de Profissionais da Administração Educacional; a CPB – Confederação dos Professores do Brasil; a CGT – Confederação Geral dos Trabalhadores; a CUT – Central Única dos Trabalhadores; a FASUBRA – Federação das Associações de Servidores das Universidades Brasileiras; a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil; a SBPC – Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência; a SEAF – Sociedade de Estudos e Atividades Filosóficas; a UBES – União Brasileira dos Estudantes Secundaristas e a UNE – União Nacional dos Estudantes. Este grande fórum ampliado propiciou novos pontos específicos de cada uma das entidades do Fórum à Carta de Goiânia. Na visão de Luiz Antonio Cunha, tudo somado, representou a plataforma educacional mais avançada até então formulada no país.

Esta nova formulação previa, entre seus pontos principais, a questão do financiamento reivindicando a vinculação de recursos provenientes da receita de impostos no mínimo de 13% por parte da União e de 25% do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios para aplicação exclusiva na manutenção e no desenvolvimento do ensino; para as atividades de pesquisa científica e tecnológicas, determinava-se que a União aplicasse pelo menos 2% do valor do Produto Interno Bruto.

A Assembleia Nacional Constituinte, já havia aprovado seu regimento, admitindo a apresentação de emendas populares, desde que assinada por um número mínimo de 30.000 (trinta mil) eleitores e, por isso, a proposta do Fórum já foi elaborada na forma de emenda constitucional. A emenda popular do Fórum foi apoiada por 279 mil eleitores (cada eleitor podia assinar apenas três emendas sob pena de invalidar a sua assinatura em todas elas) e este apoio foi recolhido em curto espaço de tempo, entre abril e junho de 1987.

Na semana em que se colocam em funcionamento as subcomissões, como primeira etapa da Assembleia Constituinte, se instala, em Brasília, o Fórum da Educação na Constituinte em Defesa do Ensino Público e Gratuito, expressando a força política das 14 entidades integrantes. O Fórum garantiu conquistas na subcomissão, mas sofreu perdas de posições quando o relatório da subcomissão temática foi apreciado pela Comissão Temática da Educação, Família, Cultura, Esportes, Ciência e Tecnologia e Comunicação que, ao final, não apresentou relatório formalmente aprovado e encaminhou para comissão de sistematização, que ficou livre para incorporar em sua atividade quaisquer anteprojetos que recebesse.

A Comissão de sistematização praticamente repôs o texto da Comissão temática até que ocorreu o famoso movimento de organização de um novo bloco, “o Centrão” que alterou o regimento da Assembleia Constituinte e propôs, sendo aprovada, a possibilidade de apresentar mudanças de partes inteiras do projeto constitucional. Assim o fizeram também no campo da educação. O resultado de todo este processo constituinte para o tema das vinculações é relatado por Luiz Antônio Cunha:

Na direção da vinculação dos recursos destinados à educação escolar com a arrecadação de impostos, estabelecida por emenda constitucional em 1983, todos os projetos estabeleciam algum tipo de vinculação, como, aliás, se pretendia para um sem número de finalidades. No entanto, prevaleceu a tese de que vinculações não deveriam constar do texto constitucional para evitar o “engessamento” do orçamento – com a única exceção do ensino. Assim, o art. 212 da Constituição de 1988 determina que a União deve aplicar pelo menos 18% e os estados, o Distrito Federal e os municípios pelo menos 25% da receita resultante de impostos “na manutenção e desenvolvimento do ensino”. Enquanto a emenda do Fórum pretendia que esses recursos fossem aplicados exclusivamente no ensino público, a emenda do “centrão” dizia exatamente o contrário, isto é, que esses recursos seriam aplicados nos sistemas de ensino

federal, estadual e municipal, assim como nas escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, nas condições de que tratamos acima.

(...)

À primeira vista, parece que o texto constitucional resultou mais generoso para com a educação do que pretendiam os signatários da Carta de Goiânia e as entidades reunidas no Fórum, pois, em vez dos 13% da receita de impostos da União chegou-se aos 18%. Ocorre que a nova Constituição promoveu uma forte desconcentração da receita tributária em proveito dos estados e, principalmente, dos municípios. A previsão era a de que o governo federal perdesse 28% da receita, enquanto os estados ganhassem 13% e os municípios 31%. Assim, em nível do Governo Federal, o aumento da parcela mínima da receita de impostos da União significa, na melhor das hipóteses, em manutenção do montante de recursos a serem destinados ao ensino.

Conforme reivindicação dos educadores progressistas, os recursos da receita vinculada não poderiam ser empregados nos programas suplementares de alimentação (merenda escolar) e assistência à saúde dos alunos, para os quais deveria haver recursos provenientes de contribuições específicas (do tipo do salário-educação e do FINSOCIAL) e outros recursos orçamentários. Esta exclusão era para evitar que o aumento de recursos vinculados deixasse de favorecer o *ensino* propriamente dito, devido ao volume de recursos absorvidos pelos programas de alimentação e saúde escolar.

Os educadores progressistas pretendiam também que os recursos resultantes do salário-educação fossem empregados exclusivamente no ensino público de primeiro grau. O texto constitucional incorporou esta destinação como financiamento adicional do ensino público fundamental. No entanto, permitiu que as empresas deduzissem da contribuição devida a aplicação realizada no ensino fundamental de seus empregados e dependentes, em escolas das próprias empresas ou em outras escolas privadas, mediante o expediente das bolsas de estudo (art. 212, § 5º).

Diante de rico processo constituinte, como bem assinala Maia¹⁹, “salta aos olhos a força simbólica de nossa Constituição cidadã, representativa de uma transição ímpar na história brasileira – com o fim da ditadura militar e o inaugurar de uma experiência de democracia de massas –, contribuindo decisivamente para ensejar um solo fértil à dinamização de nossa cultura política”. Percebe-se, portanto, como a decisão fundamental de garantir constitucionalmente recursos para a efetividade do direito social à educação é uma decisão soberana da Constituinte, como forma de reconhecimento à luta pela educação e, diante da constatação de que:

- a) a educação deveria ser uma opção política fundamental do Estado;
- b) a educação sem recursos, não se efetiva; e

¹⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. *Considerações acerca do papel civilizatório do direito*. (Mimeo, s/d). p. 12.

c) a educação requer um esforço público para assegurar a disponibilidade dos recursos e não poderia ficar à mercê das variações de ciclos econômicos e conjunturas típicas do jogo político, sob o risco do retrocesso social.

O que justificou política e eticamente a inserção das vinculações de recursos para a educação por meio da criação de normas constitucionais foram estes valores caros às políticas educacionais: a natureza de uma questão política fundamental e prioritária, a necessidade de efetividade do direito à educação de qualidade como direito de todos e a consciência de que era necessário assegurar um esforço público para assegurar alguma estabilidade às suas políticas ao se garantir recursos suficientes para um padrão mínimo de qualidade no país e contra os riscos do retrocesso social. Ao constitucionalizar o direito à educação e as vinculações de recursos, a Constituição da República de 1988 conclamou a educação como um fim público prioritário, como uma opção política fundamental e uma condição básica para que os cidadãos pudessem se autoconstituir em uma sociedade política.

Nestes termos, a educação foi considerada como o instrumento para o pleno desenvolvimento da pessoa, para a preparação para o exercício da cidadania e da qualificação para o trabalho. A Constituição reconheceu que o impacto da educação em uma sociedade transpassa o mérito de melhorar a situação econômica dos indivíduos, das famílias e do próprio desenvolvimento econômico e sustentável do país. A educação ainda envolve as promessas fundantes da forma de sociedade moderna em relação às condições de possibilidade para a autodeterminação quanto à identidade (autodeterminação ético/estética) e quanto à autonomia (autodeterminação política). Concretamente, não se verifica, em nenhum dos demais direitos sociais inseridos na Constituição, a enumeração de finalidades semelhantes àquelas que foram impostas ao papel da educação. A educação, para o “pleno desenvolvimento da pessoa”, nada mais é do que a promessa da autorrealização da pessoa. A educação, como preparo para o exercício da cidadania, trata da sua condição primeira para o usufruto da vida política em liberdade. A educação, como qualificação da pessoa para o trabalho, é a escolha de uma ferramenta para a redistribuição.

Com a positivação destes objetivos, o constitucionalismo brasileiro integrou-se à visão e à tarefa da promoção do reconhecimento e da redistribuição pela via prioritária da educação como direito de todos. Houve explícita compreensão de que o Estado não prescinde de ser o fiador dos direitos dos homens – campo de materialização pela esfera jurídica do reconhecimento e da redistribuição – direitos estes, a propósito, que em sua generalidade, possuem custos.

Segundo esta ordem de importância e diante do desafio de se garantir juridicamente este direito, a educação recebeu dois tratamentos que, conjugados, revelam seu destacado tratamento em relação aos demais direitos sociais: foi declarado um direito público subjetivo, e construiu-se uma solução original tupiniquim, característica da tradição constitucional brasileira: uma garantia de um mínimo de recursos tal como um remédio jurídico protetivo, não de caráter corretivo, tal qual remédios criados para os direitos civis e políticos, mas um remédio orçamentário, respeitadas as especificidades dos direitos prestacionais.

As vinculações constitucionais de recursos para a educação foram instituídas em um cenário de busca pela valorização social da educação e, por si, são instrumentos privilegiados para a ampliação do reconhecimento social. Ao fixar no art. 212 que a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, a Constituição erige uma norma constitucional que explicita todo um cenário de uma proteção jurídica prioritária para uma opção política fundamental que se localiza no espaço entre a Constituição Orçamentária e a Constituição Social.

Ricardo Lobo Torres apresenta-nos as lições fundamentais sobre Constituição e Orçamento²⁰, conforme explicitado abaixo.

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. *passim*.

a) A Constituição Orçamentária é um subsistema da Constituição Financeira, material e formalmente constitucional, pois que essencial ao Estado de Direito, que se constitui na via tributária e na dos gastos públicos;

b) A Constituição Orçamentária é meramente processual, ela oferece a síntese numérica entre as decisões fundamentais das políticas públicas e seus resultados. O orçamento não dirige a ação administrativa nem garante resultados econômicos efetivos ao ser executado pela Administração, mas todas as decisões fundamentais das políticas públicas passam necessariamente pelo orçamento, embora ele não seja o responsável pelos resultados que venham a ser alcançados na realidade social;²¹

c) O Estado Democrático de Direito procura, na via da despesa pública, reduzir as desigualdades sociais e garantir as condições necessárias à liberdade, máxima através da entrega de prestações públicas nas áreas de saúde e de educação, abandonando a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos, da viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e da possibilidade de garantir a felicidade do povo. Assim, do ponto de vista orçamentário, ele procura o equilíbrio entre a receita e a despesa pública e serve de fiador da redistribuição de rendas;²²

d) O Estado Orçamentário atual tem o seu perfil tributário perfeitamente delineado e a sua vocação direcionada para os gastos relacionados com as garantias dos direitos humanos. Ele não abandona a responsabilidade pelos direitos sociais, senão até serve de árbitro para a sua concessão, eis que tais direitos existem sob a “reserva do possível”, isto é, sob a reserva da lei orçamentária; citando Isensee, pois as “prestações sociais dependem da ‘soberania orçamentária do legislador’”;²³

e) A legitimidade do Estado Orçamentário repousa na harmonia entre os valores e os princípios éticos e jurídicos afirmados por consenso;

²¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.1-2.

²² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.18-19.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.18.

f) As decisões básicas sobre o orçamento, a alocação de verbas para os pobres, para defesa do meio ambiente, para as prestações de saúde e de educação, para o desenvolvimento regional, etc, tudo depende de uma opção moral; a própria questão do equilíbrio orçamentário depende de apreciação ética;

g) O Orçamento tem três funções precípuas: a política (constitui forma de controle da Administração e isto está ligado à questão da separação de poderes), a econômica (estabelece o equilíbrio entre as receitas e despesa) e a reguladora (o orçamento regula o social e o econômico por intermédio da Administração);

h) O aspecto do gasto público é que se torna dramático nas finanças públicas contemporâneas, posto que inexistente uma clara e minuciosa discriminação das despesas públicas. Observa que, no lado da receita, há previsão detalhada da competência da União, dos Estados e dos Municípios. Mas não há discriminação constitucional de despesas que possa levar à justa partilha das fontes de arrecadação e de responsabilidades administrativas e que possa permitir o equilíbrio fiscal e financeiro. Na inexistência desta, a Constituição Orçamentária assume o papel regulador dos gastos públicos na via dos princípios constitucionais;²⁴

i) A definição dos direitos sociais, a sua diluição, ou não, no quadro dos direitos fundamentais, e a interpretação sobre a sua eficácia positiva, bem como a disciplina da seguridade social, projetam influências sobre a Constituição Orçamentária;²⁵

j) No Estado Democrático e Social Fiscal, que nada mais é que o “Estado Social podado em seus excessos”, o Estado Orçamentário é um estado subsidiário a agir subsidiariamente nos espaços onde haja carência de meios e recursos sociais, sendo, sobretudo, um guardião da moeda, o regulador e garantidor da

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.7.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.9. Torres lembra que autores americanos vem falando de um *superorçamento (super budget)*. O orçamento se transforma no instrumento primário para com a solução dos conflitos sociais e para a procura de objetivos como os de desenvolvimento econômico, do pleno emprego, da seguridade social, da revitalização das áreas urbanas, da eliminação da pobreza

concorrência e do consumo e o prestador de serviços na área de educação, saúde e seguridade para a defesa dos direitos.²⁶

Diante deste quadro e segundo as lições anteriores, o que significam, juridicamente dizendo, as normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação? Como elas dialogam com a Constituição Orçamentária do Estado Democrático de Direito?

Podem-se definir suas características como:

- a. normas constitucionais definidoras de direitos, do direito à aplicação de um mínimo de recursos para as políticas educacionais e que canalizam os aportes que a própria sociedade fez, por meio da Constituição, para contar com uma ordem social estabelecida: o quanto e como a sociedade investirá em sua própria educação;
- b. normas constitucionais peculiares de garantia aos direitos sociais, uma norma especial de garantia para a efetividade do direito à educação, pois incorrem na vantagem para que os subordinados ao processo legislativo aceitem esta decisão da sociedade e as implemente com maior probabilidade de respeito, ou seja, de efetividade;
- c. normas constitucionais que explicitam o entendimento de que as políticas de educação exigem longo prazo e se constituem numa opção política fundamental;
- d. normas de expressão da soberania orçamentária do constituinte, desobrigando temporariamente a política deliberativa de uma constante procura e discussão de suas premissas²⁷, cujos destinatários são os constituintes estaduais, por força do poder constituinte derivado decorrente; o legislador ordinário na elaboração do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O Orçamento na Constituição*. Vol. V. 2 .ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.19.

²⁷ Sobre as relações entre política e direito ver GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

das leis orçamentárias anuais, e o Administrador responsável em encaminhar os projetos de leis orçamentárias aos parlamentos no exercício da iniciativa orçamentária legiferante originária;

- e. normas constitucionais de previsão de despesas públicas que contribuem, em matéria notadamente prioritária e essencial, para a diminuição da zona cinzenta da partilha constitucional de despesas;
- f. São normas cuja funcionalidade colabora para a definição sobre quais aportes o sistema tributário deve buscar para a satisfação das prioridades públicas que a sociedade estipulou para si, em busca do equilíbrio orçamentário possível em cada período histórico.

As vinculações constitucionais de recursos para a educação possuem a funcionalidade instrumental de um financiamento público protegido visando a servir de garantia para a efetividade do direito à educação. Esta funcionalidade tem alcançado objetivos práticos, resultando não somente em aumento do montante de recursos para a educação no Brasil como demonstrado alguns resultados qualitativamente positivos. Evidentemente, uma questão a ser considerada é que, ao se estabelecer uma vinculação orçamentária, precisa-se aperfeiçoar os sentidos técnico-jurídicos da aplicação dos recursos. Ou seja, a clara especificação da destinação das verbas é o fator que define a efetividade do instrumento de financiamento.²⁸

²⁸ Na área da educação, o caso mais emblemático foi o resultado obtido com o FUNDEF. Além de implementar novos critérios de distribuição dos recursos (por estudante e não por Município), de melhorar a organização das transferências orçamentárias (conta bancária específica para os recursos), o FUNDEF simplesmente delimitou exatamente quais as despesas deveriam ser realizadas (ensino público fundamental e salário de seus professores). Com isso a eficiência e a eficácia dos recursos vinculados aumentou significativamente. O FUNDEF escolheu priorizar as despesas com remuneração e capacitação do magistério. A princípio isso pareceu pouco para a manutenção e desenvolvimento do ensino, afinal a qualidade da educação depende de muitos outros fatores. No entanto, foi justamente essa especificação que impediu a dispersão da aplicação dos recursos. Com a escolha focalizada atingiu-se um problema crônico da educação brasileira – baixos salários e pouca capacitação que gera alto desestímulo para atuação na área – e obteve-se resultados muito além daquilo que fora focalizado. Essa lógica é a que deve permear o processo de aperfeiçoamento das definições legais sobre o que é manutenção e desenvolvimento do ensino. Isso significa que outro passo a ser dado é o do aperfeiçoamento das subvinculações. O FUNDEF é o melhor exemplo de que não bastam as vinculações e é relevante a escolha, dentre todos os possíveis gastos, daqueles de importância estratégica, conjuntamente dizendo, para a superação das principais deficiências na manutenção e desenvolvimento do ensino. Pois, são essas escolhas que determinarão a maior eficiência e eficácia da alocação dos recursos

Um pressuposto para a efetividade da Constituição é a de que ela esteja conectada a seu tempo e que aqueles que vivem sob sua força normativa considerem-na moralmente correta, uma ordem legítima e dissemine efeitos integradores.²⁹ Nesta dinâmica, ao garantir eficazmente e de modo perene recursos para políticas públicas e investimentos crescentes na área de educação, as vinculações constitucionais de recursos para a educação são instrumento tradicional e especial que a sociedade brasileira conquistou para um aumento do processo de integração social e, conseqüentemente, o fortalecimento democrático das relações em sociedade. A universalização da educação fundamental no Brasil, operada pelo FUNDEF como descrito no capítulo 1, por exemplo, constituiu-se em verdadeiro instrumento de integração social.

A não existência de um mecanismo estável que garanta recursos para o financiamento da educação e que dê possibilidades concretas de efetividade do direito à educação, implicaria um efetivo estado/modo de recusa do reconhecimento social dos indivíduos. O não reconhecimento pela esfera jurídica gera uma situação de exclusão dos cidadãos que, sem acesso à educação ou com acesso comprometido pela má qualidade, acabam sendo privados de vivenciarem uma situação de igualdade entre parceiros de interação social, caracterizando uma situação de desrespeito social.

A tendência de quem perde o reconhecimento social pela esfera jurídica é a de ver, também, a negação do reconhecimento pela comunidade de valores, na medida em que haverá uma depreciação valorativa sobre a capacidade do indivíduo, o seu “status” social será desprestigiado ou considerado de menor valor ou deficiente, estado este que ameaçará sua identidade e tirará do sujeito sua autoestima e a expectativa de ver-se reconhecido como parte importante do conjunto social. Um sujeito sem acesso à educação ou diante de uma educação precária torna-se incapaz de se considerar como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade, impedido de referir positivamente a si mesmo, impedido do autorrespeito, de autorreconhecimento

²⁹ HESSE, CONRADO. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen, HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 1-15. p. 9.

como uma pessoa moralmente imputável, autoestereotipado pela perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos, nos dizeres de Honneth. Parafraçando Honneth, viver sem direito à educação significa, para o membro individual da sociedade, não possuir chance alguma de autorrespeito. O caráter público do direito à educação, devidamente garantido, constitui instrumento concreto de formação de coesão e respeito social. A recusa de reconhecimento gera abalo moral nas relações intersubjetivas gerando estado de injustiça social.

As vinculações de recursos para a educação surgem com as novas orientações políticas e econômicas expressas no constitucionalismo social e democrático. No Brasil, surgem já na Constituição de 1934, de cunho parcialmente social. Nestes termos, pode-se dizer que o direito à educação, tal qual se expressa no Estado Democrático brasileiro, rege-se por uma noção de constitucionalismo social e democrático forte, não deixa de representar um campo remanescente do dirigismo constitucional. Para o direito à educação, o constitucionalismo brasileiro, tradicionalmente, encontrou um modo especial de efetividade. O constitucionalismo é a forma de organização do reconhecimento pela esfera jurídica. É justificável que as normas que ensejem efetividade aos direitos estejam insertas no texto constitucional.

Nota-se que a efetividade dos direitos de liberdades depende de garantias que estão descritas na Constituição. A efetividade dos direitos políticos também possui garantias explícitas na constituição. É legítimo que, mesmo dependendo de políticas públicas, havendo aos direitos sociais alguma formulação consagrada de efetividade, ou seja, de mecanismo de garantia para as políticas públicas para algum direito social específico, que este mecanismo de efetividade especial também figure no texto constitucional. Não há dúvida que a vinculação constitucional mínima para a educação tem alcance social, pois sua matéria relaciona-se com a Constituição Social e os direitos humanos. Assim como é importante que estejam estabelecidas as garantias corretivas contra as ameaças aos direitos civis e políticos, faz-se necessário desenvolvimento de garantias contra eventuais retrocessos das políticas educacionais do Estado. As vinculações criam empecilho aos retrocessos da política social do Estado e, com isso, também não

deixam de ser expressão do princípio de progressividade dos direitos sociais estatuído no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Não se pode duvidar que o principal meio de garantia e de efetividade do direito à educação é pela via das prestações positivas por parte do Estado e que, preponderantemente, cabe ao Executivo a formulação das prioridades políticas em cada tempo histórico. Mas isto não impede que o Estado Democrático de Direito possa afirma-se, também, pela constituição de garantias orçamentárias para concessão de estabilidade e efetividade para a prestação de serviços na área de educação. Em matéria educacional, não é aceitável que haja prejuízos por ausências de recursos, pois em nenhuma sociedade democrática é legítima a exclusão de pessoas ao direito de autonomia e identidade. Assegurar um mecanismo de disponibilidade de recursos para garantir a todos o pleno exercício de seu direito à educação é uma questão de princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

No caso brasileiro, com a existência de normas desta natureza, as prestações sociais não dependeriam exclusivamente da soberania orçamentária do legislador, mas também da soberania orçamentária do constituinte, na fixação de previsão constitucional de determinadas despesas públicas em educação. Elas acabam por cumprir duas funções orçamentárias: a primeira, uma função política, pois fixa os limites de atuação do legislador ordinário e da Administração; a segunda, uma função reguladora, pois acaba por fornecer, em matéria dos gastos públicos, uma partilha das responsabilidades pelas despesas públicas, anunciando a educação como opção política fundamental da Constituição Política do país e, conseqüentemente, para a configuração das repartições de competências federativas, principalmente por meio das subvinculações, cuja atenção volta-se para a descentralização fiscal. Enquanto as vinculações exercem a função de assegurar a disponibilidade dos recursos para a educação, as subvinculações promovem a alocação e a distribuição destes recursos disponíveis.

É presente frisar que as normas constitucionais de vinculações e subvinculações de recursos para a educação tão-somente representam um mínimo universal de esforço público por um percentual dado da arrecadação dos impostos e sequer respondem satisfatoriamente aos desafios que o direito à educação impõe

e exige, pois não se ajustam a variáveis sobre o tamanho da economia, o tamanho da população e a diversidade das necessidades fragmentadas. Mas é certo que, ao se fixarem constitucionalmente, obedecem ao princípio da não associação dos investimentos em educação à lógica dos ciclos econômicos³⁰.

Se é certo que muitas leituras são possíveis acerca do objeto e dos elementos consubstanciais a toda Constituição, como já demonstrado por Canotilho³¹, também se pode afirmar que, sob uma perspectiva neoconstitucional, as vinculações de recursos para a educação são normas constitucionais que desvelam os elementos sócio-ideológicos³² da estrutura normativa da Constituição, normas que revelam o caráter de compromisso da Constituição Social e Democrática. Elas precisam ser manejadas segundo aquela perspectiva que Luigi Ferrajoli³³ tem denominado de superação de dificuldades atuais com vistas um modelo “ampliado” de Estado de Direito: para o trato da dimensão social da crise do Estado Social. Ferrajoli propõe a “refundação” do Estado Social em outras bases que não aquelas que o levaram, no passado, ao alargamento burocrático, discricionário e legislativo, resultando em ineficácia das prestações públicas e suas degenerações. Esta refundação, diz Ferrajoli, sob as bases dos princípios de sujeição à lei, igualdade dos cidadãos e imunidade destes frente à arbitrariedade, requer a distribuição de suas prestações segundo a “lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático”. As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação são típicas normas para uma plena normatividade e universalização do direito constitucional à educação. Ferrajoli insiste que, ciente do alto custo econômico, isso se trata do custo da efetiva satisfação dos correspondentes direitos que, por sua parte, seria compensado com a redução dos desperdícios ou descabidos produtos dos enormes aparatos burocráticos e parasitários da assistência social.

³⁰ UNESCO. *Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos*. 2. ed. Brasília: UNESCO, OREALC, 2008. 108p. p. 78-79.

³¹ CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 80 e ss.

³² SILVA, Jose Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 43-44.

³³ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 23-24.

A legitimidade democrática das vinculações de recursos para educação no texto constitucional reside no caráter especial da vontade cívica manifestada em um momento histórico de grande mobilização popular. Ao lecionar sobre o Poder Constituinte, lembra Barroso, citando Jon Elster, que o povo, ao elaborar a Constituição, impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro.

As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação são uma construção inovadora do constitucionalismo brasileiro, tratando-se de uma verdadeira garantia para a efetividade do direito social à educação, como uma nova categoria de garantia ao sistema de direitos fundamentais. E, a cada direito, devem-se construir as garantias adequadas: o direito social à educação requer garantias de ordem orçamentárias. Em uma ordem constitucional e social em mudança, as garantias forjadas para os direitos prestacionais devem ser garantias de natureza orçamentária ajustadas às peculiaridades de cada um dos direitos sociais.

Entender as normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação por este ângulo é uma leitura que se encontra no âmbito das narrativas emancipatórias da modernidade, que compreende o tempo presente como o de uma modernidade tardia, onde se espera ainda realizar as promessas não cumpridas do ideário político da modernidade: a autorrealização e autodeterminação; autonomia e identidade³⁴. A perspectiva das normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação como garantia peculiar para um destacado direito à educação aposta na capacidade e no potencial emancipatório do direito público contemporâneo e, principalmente, na noção de Constituição como uma força normativa capaz de assegurar o núcleo de

³⁴ Neste aspecto MAIA, Antonio Cavalcanti. O direito entre o moderno e o pós-moderno: é possível escapar da antinomia Habermas/Luhmann? Prefácio. In: DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da Legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006. p. 15-26. p. 22.

modernidade tardia não cumprida³⁵, e que crê, fundamentalmente, no progresso da sociedade pela expansão da educação.

Entender as vinculações de recursos para a educação sob esta nova ótica, como uma proteção jurídica diferenciada, uma fonte de irradiação da efetividade da Constituição e da especialidade do direito à educação como condição básica para o processo do reconhecimento e da redistribuição, tem o efeito de afetar o olhar pelo qual se analisa os seus efeitos na ordem jurídica. É a partir deste olhar que as normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação devem se relacionar com o restante do sistema jurídico, em especial com aqueles campos em que estabelecem interfaces diretas: o sistema federativo, a separação de poderes e os direitos fundamentais.

4.2

As vinculações de recursos e os direitos sociais como mínimo existencial

Um aspecto que deve ser analisado em relação às normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação envolve a jusfundamentalidade dos direitos sociais.

Realmente, um foco central dos debates contemporâneos sobre os direitos sociais é a questão de seu pertencimento ou não ao rol de direitos humanos e fundamentais, já que suas características os diferenciam dos direitos civis e políticos, consagrados ao longo do Estado Liberal. A consequência imediata desse dilema reflete consideravelmente no grau de efetividade dos direitos sociais, principalmente após a crise fiscal do Estado Social.

Ao se colocar em uma posição mediana entre uma perspectiva moral e universalizada e o campo da eticidade, a teoria do reconhecimento pode participar

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 116.

da construção de um caminho teórico para esse dilema³⁶. Por um lado, percebe a constante possibilidade de ampliação das pretensões universalizadas, por outro, aponta para o contexto ético das lutas sociais como o processo moral responsável pela tentativa de obtenção de reconhecimento jurídico. O reconhecimento jurídico cumpre, reitera um papel privilegiado no processo de reconhecimento moderno, frequentemente destacado pelo próprio Honneth: “[...] se tornou evidente que o reconhecimento jurídico contém em si um potencial moral capaz de ser desdobrado através de lutas sociais, na direção de um aumento tanto de universalidade quanto de sensibilidade para o contexto”³⁷. O possível avanço dessa visão é a de permitir, a partir de um ponto de vista normativo, compreender os processos de legitimação institucionais por meio da movimentação moral estabelecida pelas lutas sociais.

É assim que, diante desse novo contexto teórico, tentar-se-á estabelecer uma nova leitura acerca dos direitos sociais. Primeiramente, é necessário identificar os posicionamentos atuais acerca da temática. Posteriormente, cumpre verificar de que maneira a teoria do reconhecimento pode contribuir para o debate sobre a efetividade dos direitos sociais.

Em um esforço de sistematização das posições teóricas sobre os direitos sociais, é possível estabelecer uma divisão em dois grandes grupos. De um lado, reúnem-se todos os argumentos de que os direitos sociais não são direitos fundamentais. De outro, aqueles que advogam a fundamentalidade dos mesmos direitos sociais. Nesse último grupo há, ainda, uma subdivisão necessária entre os defensores da obrigatoriedade de garantia de, pelo menos, um mínimo de direitos sociais, que resguardem a dignidade da pessoa humana e, por fim, aqueles que defendem esses direitos em sua integralidade.

No primeiro grupo, destacam-se os autores alemães ligados à teoria liberal dos direitos fundamentais, em especial Carl Schmitt e Ernst Forsthoff. Esses autores afirmam que os direitos fundamentais são direitos de liberdade dos

³⁶ Nesse ponto, entende-se que a versão honnethiana da teoria do reconhecimento fornece os elementos necessários para uma nova compreensão sobre os direitos sociais, de modo que não será utilizada para esse debate a obra de Nancy Fraser. Assim, sempre que for feita a referência à teoria do reconhecimento, trata-se da versão de Axel Honneth.

³⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 277.

indivíduos frente ao Estado que, por sua vez, não possui nenhuma obrigação direta na realização desses direitos. O exercício das liberdades é garantido juridicamente a todos, que as colocarão em prática a partir de iniciativas individuais ou sociais³⁸. A natureza dos direitos fundamentais de proteção dos indivíduos contra o Estado é fruto da concepção de que esses direitos são anteriores e superiores ao Estado, e é por isso que se vinculam à esfera da liberdade e não dos bens jurídicos. A esse respeito, Schmitt defende que

para ter um conceito utilizável pela Ciência é preciso deixar afirmado que no Estado burguês de Direito são direitos fundamentais somente aqueles que podem valer como anteriores e superiores ao Estado, aqueles que o Estado, não outorga com o arranjo de suas leis, mas reconhece e protege como dados anteriores a ele, e aqueles que só cabe adentrar em uma quantia mensurável em princípio, e somente dentro de um procedimento regulado. Esses direitos fundamentais não são, pois, segundo sua substância, bens jurídicos, mas esferas da Liberdade, das que resultam direitos, e precisamente direitos de defesa³⁹.

A presença, nas cartas constitucionais, dos chamados direitos sociais não altera a visão desses autores quanto à natureza dos direitos fundamentais. Esses continuam sendo apenas os direitos das liberdades individuais assegurados formalmente nos textos constitucionais. Por isso, a diferenciação que Schmitt clama como necessária: “os direitos fundamentais precisam distinguir-se de outros direitos garantidos e protegidos na Lei constitucional”⁴⁰. Como ponto crucial dessa distinção, Schmitt destaca a condição de “absolutos” dos direitos fundamentais pelo grau de independência em relação às leis no tocante à sua existência. Assim, afirma que

³⁸ “Al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de la libertad del derecho fundamental. La realización efectiva de la libertad garantizada jurídicamente se deja a la iniciativa individual o social. Esto es una consecuencia lógica del carácter defensivo y delimitador de los derechos fundamentales: protegen un ámbito de libertad individual y social frente a un menoscabo y reglamentación-intervención estatales, y lo mantienen como un ámbito preestatal; la competencia de actualización reside en el individuo y la sociedad mismo”. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. p. 53.

³⁹ “Para tener un concepto utilizable por la Ciencia es preciso dejar afirmado que en el Estado burgués de Derecho son derechos fundamentales sólo aquellos que pueden valer como *anteriores* y *superiores* al Estado, aquellos que el Estado, no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él, y en los que sólo cabe penetrar en una cuantía mensurable en principio, y sólo dentro de un procedimiento regulado. Estos derechos fundamentales no son, pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la *Libertad*, de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001. p. 169.

⁴⁰ “Los derechos fundamentales han de distinguirse de otros derechos garantizados y protegidos en la Ley constitucional”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001. p. 169.

todos os direitos fundamentais autênticos são direitos fundamentais *absolutos*, isto é, não são garantidos com o ‘arranjo das leis’, seu conteúdo não resulta da Lei, senão que a ingerência legal aparece como exceção, e, por certo, como exceção limitada em princípio e mensurável, regulada em termos gerais⁴¹.

E, ao adentrar no debate dos direitos dos indivíduos a prestações do Estado, o autor os retira, definitivamente, da categoria de fundamentais. Afirma:

Não podem ser ilimitados, pois todo direito a prestações positivas alheias é limitado, mas o seria em qualquer caso um direito de todos a prestações do Estado. Tais direitos pressupõem uma organização estatal a que se incorpora o indivíduo titular do direito. [...] Quando uma lei constitucional proclama o “direito ao trabalho”, não pode pensar-se com isto em um direito ilimitado em princípio. [...] Segundo sua estrutura lógica e jurídica, tal direito se encontra em contraposição com os autênticos direitos fundamentais e de liberdade, sendo por isso equivocado falar indistintamente em “direitos fundamentais”. São exemplos dessa espécie de direitos: o direito ao trabalho, direito a assistência e subsídio; direito ao ensino e instrução gratuita [...]⁴².

Portanto, a contemplação dos direitos sociais nas constituições é uma “[...] distorção inadmissível desde um ponto de vista jurídico”⁴³, já que esses são direitos que, ao tratarem da realização de programas sócio-econômicos, vinculam-se a um plano de efetivação por meio da legislação infraconstitucional e do poder administrativo do Estado, nada tendo em comum com as garantias das liberdades

⁴¹ “Todos los derechos fundamentales auténticos son derechos fundamentales *absolutos*, esto es, no se garantizan ‘con arreglo a las leyes’; su contenido no resulta de la Ley, sino que la injerencia legal aparece como excepción, y, por cierto, como excepción limitada en principio y mensurable, regulada en términos generales”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001. p. 171.

⁴² “No pueden ser ilimitados, pues todo derecho a prestaciones ajenas es limitado, pero lo sería en cualquier caso un derecho de todos a prestaciones del Estado. Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. [...] Cuándo una ley constitucional proclama el ‘derecho al trabajo’, no puede pensarse con ello en un derecho ilimitado en principio. [...] Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente en ‘derechos fundamentales’. Son ejemplos de esa especie de derechos: el derecho al trabajo; derecho a la asistencia y subsidio; derecho a la enseñanza e instrucción gratuita [...]”. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2001. p. 174.

⁴³ “[...] distorsión inadmisibile desde el punto de vista jurídico”. Pérez Auño destaca que, na visão de Forsthoff, Estado de Direito e Estado Social não são a mesma coisa, sendo impossível conceber um Estado Social de Direito; “[...] ya que ello implicaría conciliar dos ideas antitéticas: la una (Estado de Derecho) tendente a garantizar, a través de cauces formais, la libertad de los ciudadanos ante la ingerencia del Estado mediante la separación de poderes, el principio de la legalidad y la independencia judicial, y todo ello a fin de salvaguardar el *statu quo* económico-social; la otra (Estado social) se presenta como un programa de *Wechsel der Ambiance*, de una transformación económico-social encaminada a la protección de las clases menos favorecidas a través de una política tendente a una redistribución equitativa de la riqueza”. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 225.

individuais formalmente postas nos textos constitucionais. Da visão desses autores decorre a conclusão de que os direitos sociais são meras normas programáticas sem qualquer aplicação imediata⁴⁴. Pérez Luño explica esta posição:

Em todo caso, o Estado social de Direito poderia no máximo representar, para Schmitt e Forsthoff, um canal jurídico para regulamentar o intervencionismo estatal exigido pelas novas necessidades econômicas e tecnológicas. Para ambos os autores o princípio social contido na definição do *sozialer Rechtsstaat* funciona como um mero *Staatszielbestimmung*, como um programa de atuação para o legislador e os órgãos do Estado. Daí que, por seu caráter programático e sua própria indeterminação, o princípio social não pode ser objeto de aplicação imediata, mas somente através das normas que o concretizem⁴⁵.

Na visão de Andreas Krell, a dificuldade de muitos autores alemães compreenderem os direitos sociais como fundamentais está vinculada à péssima experiência vivida no país com a Constituição de Weimar, sucedida pela experiência do nacional-socialismo, que acabou refletindo em uma concentração de garantias das liberdades individuais em detrimento das garantias sociais na Lei Fundamental de 1949. De acordo com o autor,

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimer. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os

⁴⁴ O debate da aplicabilidade das normas constitucionais no Brasil recebeu sua primeira versão mais completa com a obra de José Afonso da Silva que, ao adotar o critério da diferença de grau de eficácia das normas constitucionais, estabelece três categorias básicas de classificação: as normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, as normas de eficácia contida e aplicabilidade imediata e as normas de eficácia limitada, dentre as quais se encontram as normas programáticas. Apesar da nomenclatura, José Afonso da Silva afirma que todas as normas constitucionais produzem efeitos. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Uma classificação mais contemporânea das normas constitucionais é a de Luís Roberto Barroso, que adota como critério de classificação a função para a qual está destinada a norma da Constituição. São três categorias: as normas de organização, as normas definidoras de direitos e as normas programáticas. O autor afirma que todas as normas da Constituição produzem efeitos imediatos, inclusive as programáticas. Esses efeitos seriam objetivos, como, por exemplo, a revogação de todas as normas anteriores e, também, efeitos subjetivos, como a possibilidade de ingresso no judiciário para garantir os direitos previstos constitucionalmente, mas não realizados. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁴⁵ “En todo caso, el Estado social de Derecho podría a lo sumo representar, para Schmitt y Forsthoff, un cauce jurídico para reglamentar o intervencionismo estatal exigido por las nuevas necesidades económicas y tecnológicas. Para ambos autores el principio social contenido en la definición del *sozialer Rechtsstaat* funciona como un mero *Staatszielbestimmung*, como un programa de actuación para el legislador y los órganos del Estado. De ahí que, por su carácter programático y su propia indeterminación, el principio social no puede ser objeto de aplicación inmediata, sino sólo a través de las normas que lo concreten. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 225.

direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. Os seus modernos artigos sobre direitos sociais foram “ridicularizados” por parte dos integrantes da extrema direita e esquerda política, como “promessas vazias do Estado burguês” e “contos de lenda”. [...] A maioria dos autores alemães se dirige contra Direitos Fundamentais Sociais na Constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado, provocando a impressão do cidadão de que todo o texto constitucional seria nada mais do que uma “construção de frases” ou um “catecismo popular, cheio de utopias” que resultariam na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores⁴⁶.

Ainda nesse primeiro grupo, não há como não destacar a obra de Fernando Átria, que tem se dedicado à sustentação da não existência dos direitos sociais. Em um artigo intitulado “Existem direitos sociais?”, o autor defende como premissa básica a impossibilidade de uma resposta positiva a esse questionamento. Para Átria, a ideia de direito está calcada no fato de que esses são necessariamente direitos subjetivos, noção essa impossível de ser projetada nos direitos sociais sem que isso represente uma profunda contradição. Assim sendo, defende Átria que a única forma de não cair nessa contradição seria a partir de uma nova forma de compreensão o conceito político sobre os direitos⁴⁷.

Tal contradição resulta da origem histórica de cada tipo de direito. Os direitos civis e políticos são próprios da uma tradição liberal, em que foram consagrados com o objetivo de proteger os indivíduos da comunidade política criada de forma artificial. Seriam direitos naturais, ou seja, já existiam antes do processo de formação do Estado e também totalmente determinados. Nesse sistema, o que se pretende defender é o indivíduo, para que cada um possa exercer seu próprio modo de vida com a garantia da não intervenção estatal. Por isso a afirmação do autor de que

⁴⁶ KRELL, Andrés J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre, 2000. p. 25-60. p. 37-8.

⁴⁷ A afirmação de Átria nesse sentido é a seguinte: “Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos”. ÁTRIA, Fernando. Existen derechos sociales? In: *Discusiones*, nº. 04, ano 2004, p. 15-59. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>). p. 15.

os direitos que hoje chamamos de “primeira” geração têm uma peculiaridade: a especificação completa do conteúdo do aspecto ativo desses direitos é ao mesmo tempo uma especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo: ao determinar quem tem direito fica também determinado, tratando-se desses direitos, quem tem que dever. Isso tem uma consequência de extraordinária importância. Os direitos de primeira geração podem ser concebidos como naturais, porque para especificar seu conteúdo tanto ativo como passivo é suficiente atender a posição do indivíduo isolado⁴⁸.

Já os direitos sociais seriam próprios de uma tradição socialista na qual a base da sociedade não está focada na liberdade de cada um poder exercitar seus modos de vida, mas na ideia de solidariedade que só faz sentido se compreendida no âmbito de uma comunidade e não apenas de um indivíduo. Nesses termos, os direitos sociais jamais poderiam ser considerados como direitos, já que

na correlação direito-dever a prioridade justificatória se inverte quando se trata da ideia de solidariedade: a solidariedade não pode ser expressa primariamente em termos de direitos (subjetivos), porque ela implica a ideia de “estender a mão” à outra pessoa, um elemento de supressão do eu e sacrifício em face do outro, e o direito, por sua natureza, como um meio de adjudicar pretensões em conflito e o princípio de “ganhar ou perder” viola o momento de autonegação que subjaz ao encontro da solidariedade⁴⁹.

Assim sendo, a conclusão de Átria é que, diante das características originárias dos direitos sociais, esses seriam a representação da imposição de um modo de vida específico, completamente incompatível com o conceito de liberdade explicitada nos direitos civis e políticos, originária da ideia de garantir que cada modo específico de vida seja aceito socialmente. A importância da visão de Átria é que ele renova e areja muitos dos argumentos utilizados para combater

⁴⁸ “Los derechos que hoy llamamos de ‘primera’ generación tienen una peculiaridad: la especificación completa del contenido del aspecto activo de esos derechos es al mismo tiempo una especificación completa del contenido de su aspecto pasivo: al determinar quien tiene derecho a qué queda también determinado, tratándose de estos derechos, quién tiene qué deber. Esto tiene una consecuencia de extraordinaria importancia. Los derechos de primera generación pueden ser concebidos como naturales, porque para especificar su contenido tanto activo como pasivo es suficiente a la posición del individuo aislado”. ÁTRIA, Fernando. Existen derechos sociales? In: *Discusiones*, n.º. 04, ano 2004, p. 15-59. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>. p. 19.

⁴⁹ “En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos) porque ella implica la idea de ‘tenderle a mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar pretensiones en conflicto y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad”. ÁTRIA, Fernando. Existen derechos sociales? In: *Discusiones*, n.º. 04, ano 2004, p. 15-59. Disponível em: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>. p. 17.

a concepção de direitos sociais, demonstrando que essa é uma perspectiva ainda muito forte na forma de conceber os direitos fundamentais.

No campo daqueles que defendem os direitos sociais como direitos fundamentais⁵⁰, existem duas posturas bem definidas. Primeiramente, os que concebem a legitimidade dos direitos sociais a partir da defesa do chamado “mínimo existencial” e, depois, aqueles que defendem a integralidade dos direitos sociais como direitos fundamentais da mesma ordem que os direitos das liberdades individuais.

A categoria do mínimo existencial é apregoada por Robert Alexy, que considera os direitos fundamentais como direitos *prima facie*, nos quais o devido *prima facie* é mais que o definitivamente devido. Uma resposta geral sobre a fundamentalidade dos direitos sociais foi elaborada por Alexy:

Habrà de considerar que una posición jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fática y (2) el principio de la división de poderes y de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar

⁵⁰ Literatura e posição relevante é a de Robert Alexy. São duas as teses, para Alexy, a favor dos direitos fundamentais sociais. A primeira vai dizer que a liberdade só é real (liberdade fática) quando se possuem as condições da mesma, os bens materiais e espirituais como pressupostos da autodeterminação (Lorenz von Stein), ou, nas palavras do Tribunal Constitucional Federal Alemão: “o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele”. A segunda vai dizer que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentados não encontra seu substrato material no âmbito vital dominado por eles, dependem essencialmente das atividades estatais. Para Alexy estas duas teses são apenas um ponto de partida. Para completá-las resta saber por que a liberdade fática tem que ser assegurada como direito fundamental, ou seja, saber se os direitos fundamentais devem assegurar também a liberdade fática. Para isso, o jurista alemão descreve dois argumentos. O primeiro aponta para a importância da liberdade fática para o indivíduo. Para ele é importante não ter que viver abaixo do nível de uma existência mínima, não estar condenado a um permanente fazer nada e não ficar excluído da vida cultural da época. Justamente “a idéia dos direitos fundamentais é que as coisas que para o indivíduo são especialmente importantes e que podem ser asseguradas juridicamente o sejam”. O segundo argumento se vincula ao primeiro dizendo que o catálogo dos direitos fundamentais expressa, entre outras coisas, princípios (o catálogo de direitos fundamentais é um sistema de valores que encontram o ponto central na idéia de dignidade humana) que “exigem que o indivíduo possa desenvolver-se livre e dignamente na comunidade social, o que pressupõe certa medida de liberdade fática” ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 486-489

mínimo de assistência médica.⁵¹

De acordo com este modelo de Alexy, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação do direito fundamental social quando o princípio da liberdade fática (a liberdade só é real quando possuem as condições, bens materiais e espirituais como pressupostos da autodeterminação) tiver um peso maior a quaisquer outros princípios formais e materiais opostos tomados em conjunto. Este é o caso dos direitos mínimos, isto é, o direito ao mínimo existencial.

No Brasil, a teoria do mínimo existencial foi difundida e trabalhada pioneiramente por Ricardo Lobo Torres⁵². Para o autor, a fundamentalidade dos direitos sociais está justamente na ideia de exigência de um mínimo existencial, o que diferencia essa categoria de direitos dos chamados direitos originários, já que esses teriam eficácia em sua dimensão máxima:

Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais* ou pela *jusfundamentalidade*. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima⁵³.

Torres justifica a ideia de mínimo existencial a partir de três princípios fundamentais: a dignidade humana, a cidadania e a democracia. Quanto à dignidade da pessoa humana, o autor discorre sobre o fato de esta já ter sido considerada como um princípio absoluto nos tempos áureos do Estado de Bem-Estar Social. Ocorre que houve uma mudança em relação a essa concepção,

⁵¹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 495.

⁵² Para maiores detalhes sobre este assunto ver TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, pp.29-49, jul./set. 1989. Sem um mínimo existencial cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições de liberdade. Este direito ao mínimo existencial está proclamado na cláusula do respeito à dignidade humana, na cláusula Estado Democrático de Direito e em inúmeras outras disposições constitucionais. “O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e de *status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa”. O autor vai fazer uma distinção entre o *status positivus libertatis*, que visa garantir as condições de liberdade e o *status positivus socialis*, que constitui as prestações entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais.

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 02.

trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, no sentido de que não há nenhum valor absoluto nos textos constitucionais, uma vez que todos eles estão sujeitos ao “jogo da ponderação”. Nesse sentido, não haveria dúvidas no fato de que a dignidade da pessoa humana é a base valorativa de sustentação de todos os direitos fundamentais, incluindo os sociais. Contudo, diante das condições de ponderação, os direitos sociais devem ser garantidos na dimensão do mínimo necessário para uma sobrevivência com dignidade. Por isso a afirmação de que

essas duas características da dignidade – a abertura para a ponderação e a irradiação para os direitos da liberdade e da justiça – contribuem para adensar a dificuldade de se estremarem os direitos sociais do mínimo existencial e para dar nitidez ao contorno jurídico dos direitos fundamentais sociais *stricto sensu*⁵⁴.

A cidadania traz como fundamento do mínimo existencial sua multidimensionalidade expressa pelas dimensões temporal, espacial, bilateral e processual. A temporal diz respeito ao status negativo e positivo da condição humana que, ao longo do tempo, permite a construção de sujeitos aptos ao exercício da cidadania. Ricardo Lobo Torres divide essa dimensão nos seguintes termos:

[...] a) *status negativus*, que impede a constrição do Estado, máxime na via dos impostos sobre os direitos fundamentais sociais *stricto sensu*; b) o *status positivus libertatis*, que postula a entrega de prestações de assistência sociais aos pobres de auxílios financeiros a entidades filantrópicas e de bens públicos (roupas, remédios, alimentos, etc.) à população carente. Integram também a cidadania os direitos sociais singelos (não dotados de jusfundamentalidade), que postulam, “sob a reserva do possível”, a entrega de prestações positivas; erigem o *status positivus socialis*, carente de otimização pelas políticas públicas e que deve ser maximizado inclusive pela dimensão reivindicatória e política da cidadania⁵⁵.

Assim sendo, na opinião do autor, a jusfundamentalidade dos direitos sociais vincula-se apenas à ideia de mínimo existencial, o que levaria o Estado a uma obrigação tanto negativa, “[...] contra a incidência de tributos sobre os

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 14.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 15.

direitos sociais mínimos de todas as pessoas [...]”⁵⁶, quanto positiva, “[...] consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres”⁵⁷. Toda e qualquer possibilidade de exigência dos direitos sociais em sua dimensão máxima ficaria fora dessa concepção jusfundamental, cabendo tais exigências no campo das reivindicações democráticas: “Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”⁵⁸.

Na dimensão espacial, tem-se que tanto o mínimo existencial quanto os direitos sociais devem ser assegurados nos três planos: local, nacional e mundial. Contudo, somente a ideia de mínimo existencial é que teria condições de ser universalizada exatamente “[...] por absorver as condições da liberdade e gozar de jusfundamentalidade [...]”⁵⁹.

A dimensão bilateral da cidadania expressa a relação entre direitos e deveres do cidadão. Segundo Lobo Torres, a assimetria que existe nessa relação pode levar a muitas confusões entre a ideia de mínimo existencial e de direitos sociais e econômicos. Existem dois sistemas baseados na ideia de solidariedade que garantem esses direitos. O primeiro é o dos impostos, destinados à garantia do mínimo existencial, já que recaem sobre toda a população com o intuito de garantir minimamente um sistema de seguridade social. O segundo é o chamado securitário com o qual aqueles que são titulares dos direitos contribuem para sua manutenção. Esses estariam vinculados à ideia de garantia de direitos sociais e econômicos. Contudo, para o autor, houve uma grande confusão entre esses dois modelos, e a saúde seria o maior exemplo desse equívoco:

Mas no Brasil houve o emburilhamento dos dois modelos, máxime na questão da saúde, estendendo-se a gratuidade e a universalidade do sistema financiado pelos impostos, destinado ao mínimo existencial (medicina preventiva, atendimento de urgência, campanhas de vacinação), a todas as prestações de saúde, com a criação do anômalo sistema único de saúde (SUS), que não tem paralelo de monta no direito comparado e que se financia pelas exóticas contribuições sociais sobre o faturamento e o lucro (art. 196, I, CF) e pela esdrúxula contribuição sobre movimentação financeira (CPMF), que

⁵⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41.

⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41.

⁵⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41.

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 16.

repercutem sobre terceiros não titulares dos correlativos direitos às prestações estatais, o que inegavelmente as transforma em impostos com destinação especial⁶⁰.

Por fim, a dimensão processual da cidadania é construída a partir da existência de mecanismos processuais que possam assegurar a efetivação dos direitos. Nesse ponto, Lobo Torres faz uma diferenciação entre direitos sociais e mínimo existencial, sob o ponto de vista da viabilidade de utilização desses mecanismos procedimentais. Para o autor, os direitos sociais estão sujeitos ao processo legislativo, diferentemente dos direitos das liberdades e do mínimo existencial, que possuem uma natureza pré-legislativa e constitucional, não dependendo, portanto, da regulamentação infraconstitucional. Daí a afirmação de que “[...] os direitos sociais e econômicos, porque estão sujeitos à ‘reserva do orçamento’, não encontram no Judiciário a sua garantia institucional mais efetiva [...]”⁶¹. Nesses termos, o processo judicial estaria apto a assegurar a integralidade dos direitos da liberdade e do mínimo existencial tão-somente. Quanto ao processo administrativo, o autor o destaca como sendo relevante tanto para a garantia do mínimo existencial quanto para a garantia dos direitos sociais, ressalvada a diferença de que esses últimos só se realizam a partir da existência de uma lei formal, mesmo que seja simplesmente a lei orçamentária que permitirá à administração pública a execução de suas políticas. Com efeito, o autor afirma que

não obstante a crescente importância dos direitos econômicos e sociais, com a conseqüente proliferação dos órgãos administrativos e a diversificação das políticas públicas, vincula-se a sua proteção à existência de lei específica. Ensino superior, medicina curativa, casas populares, transportes, etc., subordinam-se à concessão legislativa⁶².

O último princípio destacado por Lobo Torres é o da democracia. A defesa da integralidade ou não da garantia dos direitos sociais depende da concepção de democracia adotada. O autor aponta duas formas diferenciadas quanto à “participação nos bens sociais”. A primeira seria a social democracia,

⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 16.

⁶¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 17.

⁶² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 285.

que defende “[...] que o processo político deve levar à plena afirmação dos direitos sociais, que passam a ser prioritários no contexto dos direitos”⁶³. A segunda, a democracia social, seria coincidente com a ideia de liberalismo social e “[...] se propõe a abrir o caminho político para a afirmação dos direitos sociais, que se harmonizam com o mínimo existencial”⁶⁴. Considerando o aspecto funcional da democracia, existiriam outros dois modelos: o da democracia participativa, que se opõe à democracia liberal e representativa e, por isso, busca a efetivação dos direitos sociais. E, ainda, a democracia deliberativa, com base em uma estrutura dialógica, que busca consensos quanto à distribuição dos bens. De acordo com Lobo Torres, “caminha para a justiça procedimental e para a formação dos direitos na via do processo legislativo e orçamentário, ou, nos casos de conflito, na via judicial”⁶⁵.

A extensão do mínimo existencial em nações pobres como o Brasil, que não contam com a proteção eficiente dos direitos sociais na via do sistema de segurança social, contributivo ou não, é muito maior que a dos países ricos; mas também nestes há a tendência para ampliar a interpretação do mínimo existencial. O problema da quantificação do mínimo existencial e a possibilidade técnica de mensuração da qualidade de vida abrem o caminho para algumas questões candentes: a) o mínimo existencial vai deixando de exibir apenas a problemática ligada a aspectos qualitativos da definição de interesses fundamentais ou de jusfundamentalidade para se deixar envolver também pelos aspectos quantitativos de uma qualidade de vida mensurável; b) o Judiciário passa a examinar e controlar a face quantitativa do mínimo existencial, como ocorre com o limite inferior da tabela do IR, imune ao tributo, que começa a escapar a discricionariedade do Legislativo. Por tudo isso é que se torna tão problemática a tensão entre qualidade e quantidade em tema de mínimo existencial⁶⁶.

O autor, contudo, chama a atenção para a problemática mais complexa que ronda a questão do mínimo existencial: a sua quantificação. Essa dificuldade advém da tentativa de definição do que seria esse núcleo essencial. Essa noção,

⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 18.

⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 20.

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 20.

⁶⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 01-46. p. 31-2.

todavia, é variável. Em países com grandes diferenças sociais, como o Brasil, por exemplo, há uma demanda enorme por inclusão social que, ao menos, alcance minimamente os patamares básicos de dignidade. A questão é que a tentativa de quantificação do mínimo existencial encaminha esse debate a um problema praticamente de difícil solução: a judicialização da política. Isso ocorre, principalmente, porque o Judiciário, nos últimos tempos, com o advento da crise do Estado social, passou a assumir um papel de concretização dos direitos independente da existência de ação por parte da administração ou dos legisladores. Na visão de Lobo Torres, essa questão pode ser resolvida com a diferenciação entre o mínimo existencial e os direitos sociais, no sentido já referido aqui de que somente os primeiros estariam aptos a serem judicializados em busca de sua concretização. Nesses termos, o autor reafirma sua posição, incluindo a excepcionalidade das vinculações constitucionais. Afirma:

[...] a nosso ver, há que se manter a distinção, que se tem feito ao longo deste artigo, entre direitos fundamentais e sociais: aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas; os direitos sociais, sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização. É claro que há uma zona de penumbra na qual a política pública pode conter programas de apoio simultâneo ao mínimo existencial e aos direitos sociais e, neste caso, se abre à jurisdição, como acontece nas vinculações orçamentárias constitucionalizadas nos últimos anos (EC 14/00, EC 29/00, EC 32/01, etc.)⁶⁷.

Outro autor que defende a posição do mínimo existencial é Ingo Wolfgang Sarlet. Inicialmente, Sarlet identifica os direitos sociais como direitos fundamentais prestacionais, ou seja, o autor afirma de forma inequívoca a condição de fundamentalidade desses direitos. Reconhece, no entanto, os problemas vinculados à baixa densidade normativa dessas normas, mas que, nem por isso, deixam de gerar um mínimo de efeitos jurídicos. Pondera, por fim, que “o quanto de eficácia cada direito fundamental a prestação poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto”⁶⁸. Esse seria, por exemplo, o caso da positivação constitucional da educação que, como será visto mais adiante,

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 313-342. p. 328.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: 2008. p. 294.

prevê vinculações de verbas orçamentárias para sua execução em um grau muito mais elevado do que simplesmente o núcleo mínimo desse direito.

De toda forma, é a partir dessas considerações iniciais que Sarlet passa ao debate do que seria esse mínimo de eficácia: o mínimo existencial. As questões essenciais na definição da importância de se sustentar a ideia de mínimo existencial, destacadas pelo autor, vinculam-se à incapacidade estrutural do Estado diante da crise econômica e das dificuldades de arrecadação de recursos, de forma que, colocar em prática um nível absoluto de vedação do retrocesso, em matéria de direitos sociais, torna-se temerário. Por isso a conclusão do autor de que diante da

[...] instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado ou sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera da arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente damos conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes – resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto⁶⁹.

Assim sendo, na mesma linha de Lobo Torres, Sarlet defende que a vinculatividade do poder público está ligada a um núcleo essencial dos direitos fundamentais. Esse núcleo essencial tem como propósito a garantia de uma vida digna, que não se resume apenas à garantia da sobrevivência física, mas, sim, a uma vida saudável garantida a partir de padrões mínimos de qualidade. Em suas palavras,

[...] a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as Constituições, Porto Alegre: IHJ, 2004, p. 121-63. p. 154.

garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais⁷⁰.

Por fim, cumpre destacar, também no rol daqueles que defendem o mínimo existencial, a obra de Ana Paula de Barcellos. A diferença básica da autora para os demais teóricos já trabalhados aqui é que ela tenta definir de forma clara e direta o que constitui o núcleo básico do mínimo existencial. Afirma:

O mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário⁷¹.

No caso da autora, há concordância integral com Lobo Torres e Sarlet sobre o que está ao alcance de ser buscado no judiciário, ou seja, apenas o núcleo mínimo dos direitos sociais. Também estão de acordo no que diz respeito à vinculatividade desse mínimo à questão da garantia da dignidade da pessoa humana, restando sua diferenciação na questão da definição concreta do que seria esse núcleo. Assim, nas palavras da própria autora, “[...] compete ao Judiciário, portanto, determinar o fornecimento do mínimo existencial independentemente de qualquer outra coisa, como decorrência das normas constitucionais sobre a dignidade humana [...]”⁷².

Há um último conjunto de autores que precisam ser trabalhados para encerrar o debate sobre as posições básicas em relação aos direitos sociais: os defensores da integralidade dos direitos sociais como direitos fundamentais. Dentre esses autores serão destacados Vicente de Paulo Barretto, Flávia Piovesan e Antonio Perez Luño. O ponto em comum entre eles é que, a partir da argumentação da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, há

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as Constituições, Porto Alegre: IHJ, 2004, p. 121-63. p. 156.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 313-342. p. 258.

⁷² BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. p. 809.

que se reconhecerem os direitos sociais como uma nova etapa histórica de aprofundamento dos direitos humanos.

Vicente Barretto argumenta que os direitos sociais pertencem à mesma categoria hierárquica dos direitos civis, constituindo um novo paradigma próprio do Estado Democrático de Direito. Isso é fruto de um processo histórico desencadeado pela percepção acerca da insuficiência das garantias meramente formais do Estado Liberal, estabelecendo um novo marco democrático para a busca de liberdade e igualdade concretas. Nesses termos, Barretto coloca que

processa-se, assim, uma revolução copernicana no paradigma jurídico contemporâneo no que se refere ao conteúdo dos próprios direitos fundamentais clássicos. Esses direitos, consagrados e garantidos no estado liberal, ao perderem o seu caráter meramente formal, que visava à regulação de conflitos entre proprietários, ganham no contexto do estado democrático de direito, novos conteúdos e materializam-se sob a forma de liberdades e igualdade reais. Esse novo paradigma necessita ser justificado racionalmente para que possa ser aplicado “eticamente”, como previa Weber⁷³.

A fundamentação ética buscada por Barretto tem como base duas questões principais. A primeira refere-se ao estabelecimento de uma concepção de igualdade chamada pelo autor de “igualdade na liberdade”. Afirmando a importância das limitações ao poder do Estado consagradas pela ideia da não intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos, Barretto analisa a necessidade de democratização dessas liberdades negativas diante do contexto de desigualdades materiais trazido pela consolidação das sociedades industriais e, sob esse novo olhar para as demandas da sociedade, é possível concluir que “os direitos sociais vieram a servir como o instrumento político e jurídico que serviu à democratização do sistema econômico e social da sociedade liberal”⁷⁴, no sentido do fortalecimento de uma concepção de cidadania que não está mais em oposição ao Estado, mas ao seu lado na garantia e efetividade das liberdades concretas. Ou seja, a correlação defendida por Barretto entre direitos civis e políticos e direitos sociais está justamente na complementação das ideias de igualdade e liberdade, na

⁷³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 111.

⁷⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 128.

medida em que não há como prescindir de nenhuma das duas categorias para que o sujeito alcance uma situação de plena realização. Nesse sentido, o autor afirma que

[...] o surgimento dos direitos sociais não suprimiu nem apagou as conquistas referentes aos direitos civis e políticos. Ao contrário, o que se observa é que no século XX, os direitos civis, políticos e sociais sofreram um processo de convergência, em virtude da maior democratização no exercício do poder, e passaram a constituir o núcleo da cidadania no Estado Democrático de Direito⁷⁵.

Qualquer tratamento diferenciado entre essas duas categorias de direitos traria, portanto, um desequilíbrio nas conquistas de democratização que resultaram da positivação dos direitos sociais. Nesse ponto, Barretto também invoca a importância da dignidade humana, já que não há autorrealização sem o estabelecimento de condições dignas, daí a definição de cidadania como

[...] uma relação de mão dupla: dirige-se da comunidade para o cidadão, e também do cidadão para a comunidade. Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna⁷⁶.

A segunda questão trata da fundamentação filosófica dos direitos sociais como direitos humanos e fundamentais. Vicente Barreto, a partir de uma leitura de Otfried Höffe sobre a ética kantiana, que amplia a interpretação da lei da moralidade para além dos indivíduos, afirma que a ética kantiana aponta para a natureza social do ser humano. Nesses termos e seguindo a linha de Höffe, defende outro tipo de imperativo: o imperativo jurídico categórico. Dessa interpretação, o autor conclui o que segue:

Encontramos, assim, implícito em Kant – que nunca empregou diretamente a expressão “imperativo jurídico categórico” – uma abertura metodológica que nos permitirá desenvolver a idéia de que os direitos sociais têm caráter de universalidade obrigatória, isso por serem direitos que se encontram nas origens

⁷⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 129.

⁷⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 131.

da sociedade humana, representando a dimensão da pessoa como *bios politikòn*⁷⁷.

Flávia Piovesan, a partir de um enfoque mais internacionalista e menos filosófico, trata a temática dos direitos sociais de um modo muito semelhante à posição de Vicente Barretto. A autora faz uma defesa incondicional da universalização e da indivisibilidade dos direitos humanos, compreendidos dentro dessa categoria, os direitos sociais. E é exatamente em nome dessa indivisibilidade que deve ser afastado o equívoco de não se considerar os direitos sociais dentro da categoria de direitos humanos ou fundamentais, (nesse caso, quando positivados). Na visão da autora, não há fundamentação científica para essa posição, que só serve para enfraquecer o acesso à proteção desses direitos. Nesses termos, afirma Piovesan que

Em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão⁷⁸.

Além da aproximação quanto à condição de universalidade e indivisibilidade, Piovesan também defende a integração entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, de modo que a fragilização da categoria de direitos sociais também enfraquece a defesa dos direitos civis e políticos:

[...] em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos,

⁷⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 133.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 240.

eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos⁷⁹.

Por fim, nessa mesma linha de argumentação, há que se destacar a obra de Antonio Pérez Luño, que direciona seu foco de análise para as características que, inevitavelmente, surgem com o Estado Social de Direito. Para o autor espanhol, “o Estado social de Direito supõe também o reconhecimento da abolição fática da separação entre Estado e sociedade”⁸⁰. Com efeito, toda a base de fundamentação e consolidação dos direitos civis e políticos possui uma carga de proteção dos indivíduos contra o Estado. Na medida em que essa dicotomia enfraquece, abre-se espaço para o surgimento não só de novos modos de conceber as demandas sociais por direitos, mas também da relação entre sociedade e Estado. Por isso, a afirmação do autor de que

o Estado social de Direito implica também a superação do caráter negativo dos direitos fundamentais que deixam, deste modo, de ser considerados como uma autolimitação do poder soberano do Estado para tornarem-se limites que o princípio democrático da soberania popular impõe aos órgãos que dela dependem. Portanto, o papel dos direitos fundamentais deixa de ser o de mero limite da atuação estatal para transformar-se em instrumentos jurídicos de controle de sua atividade positiva, que deve estar orientada a possibilitar a participação dos indivíduos e dos grupos no exercício do poder.⁸¹

Na opinião de Luño, essas alterações geram a necessidade de reconhecer a legitimidade de acionar judicialmente a categoria dos direitos sociais para que sejam efetivados. Assim sendo, o Estado Social de Direito pressupõe a inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, ao lado dos direitos civis e políticos, o que implica afirmar a “[...] necessidade de incluir no sistema dos direitos fundamentais não só as liberdades clássicas, mas também os direitos

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134. p. 260.

⁸⁰ “El Estado social de Derecho supone también el reconocimiento de ‘la abolición fática de la separación entre el Estado y la sociedad’”. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 227.

⁸¹ El Estado social de Derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser los meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 227.

econômicos, sociais e culturais como categorias acionáveis e não como meros postulados programáticos”⁸². O avanço dessa nova configuração estatal seria o acréscimo da orientação democrática ao Estado de Direito, uma vez que “a simbiose entre os princípios social e democrático e o Estado de Direito se leva a cabo de acordo com o prescrito na Constituição, motivo pelo qual a estatalidade social e democrática segue mantendo o princípio da primazia do direito”⁸³.

Essas seriam, assim, as três possibilidades teóricas de se agrupar os debates sobre a inclusão dos direitos sociais no rol de direitos humanos e fundamentais. A contribuição que se pretende acrescentar a esse debate tem como base os elementos que integram a teoria do reconhecimento. Se, de fato, é possível estabelecer uma relação de complementaridade entre os campos da moral e da eticidade não há como negar que as transformações históricas da sociedade importam sobremaneira para a reafirmação dessa relação. Ou seja, a complementaridade estabelecida entre esses campos só se viabiliza diante da compreensão de que a busca por reconhecimento na seara da eticidade pode ser generalizada a ponto de ganhar legitimidade social e institucional para, a partir da esfera jurídica, ganhar reconhecimento universal.

Ora, nesse sentido, as lutas da sociedade pela elevação das garantias sociais como direitos humanos e fundamentais foram essenciais para o estabelecimento não só de uma nova configuração da sociedade, mas também do Estado. Mais do que refletirem as condições de desigualdade material entre os membros da sociedade, as lutas que se originaram a partir do esgotamento de um modelo de garantias apenas formais de direitos buscaram as condições de igual participação nos processos de formação da vontade política do Estado. Não por menos, o Estado Democrático de Direito é considerado como uma versão aperfeiçoada do Estado Social. Ou seja, as lutas pelo reconhecimento dos direitos sociais em uma esfera de universalidade não têm como objetivo imediato apenas

⁸² “[...] necesidad de incluir en el sistema de los derechos fundamentales no sólo a las libertades clásicas, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales como categorías accionables y no como meros postulados programáticos”. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 228.

⁸³ “La simbiosis entre los principios social y democrático y el Estado de Derecho se lleva a cabo de acuerdo con lo prescrito en la Constitución, por lo que la estatalidad social y democrática sigue manteniendo el principio de la primacía del derecho. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 228.

as garantias de sobrevivência biológica, mas também política. Ao analisar a obra de Marshall sobre a tripartição das categorias de direitos, Axel Honneth afirma que

[...] em sua sugestiva periodização, mais refinada na seqüência, é importante para os nossos fins somente a demonstração de que a imposição de cada nova classe de direitos fundamentais foi sempre forçada historicamente com argumentos referidos de maneira implícita à exigência de ser membro com igual valor da coletividade política. [...] nas primeiras décadas do século XX, dá-se o momento em que se impôs definitivamente a convicção de que a todo membro de uma coletividade política deve caber o direito igual à participação no processo democrático de formação da vontade.⁸⁴

Ao fazer referência às lutas pelo reconhecimento da condição de universalização dos direitos sociais, Honneth exemplifica a legitimidade histórica dessas reivindicações que tentam unir direitos sociais à condição de igual participação política com o exemplo das lutas por uma educação universal, ainda no século XIX, destacando a importância excepcional desse direito para as conquistas dos valores democráticos em nosso tempo. Afirma ele:

Como os direitos políticos de participação, os direitos sociais de bem-estar também surgem na seqüência de uma ampliação, forçada “a partir de baixo”, do significado que se associa à idéia de “igualdade de valor”, própria da condição de membro de uma coletividade política. Faz parte da pré-história dessa categoria de direitos fundamentais a luta conduzida em alguns países no século XIX pela introdução do ensino obrigatório universal; seu objetivo era dotar não a criança, mas o adulto futuro, com a medida de formação cultural que é o pressuposto necessário para o exercício igual de direitos políticos.⁸⁵

Diante do argumento filosófico da integração entre moralidade e eticidade há todo sentido em afirmar a condição de universalidade dos direitos sociais como parte integrante do sistema de direitos fundamentais. Afastam-se, assim, os argumentos utilizados pelo primeiro grupo de autores, tanto Carl Schmitt e Ernst Forsthoff, que alegam a condição pré-política dos direitos fundamentais, como se a história da sociedade só pudesse ser construída antes da existência do Estado de Direito, sem qualquer preocupação com o debate da fundamentação das relações políticas estabelecidas entre Estado e sociedade para a sustentação da esfera jurídica institucional, quanto por Fernando Átria, que,

⁸⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 191.

⁸⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 192

simplesmente, analisa a não existência dos direitos sociais a partir da ótica do Estado Socialista, sem adentrar nas possibilidades postas pelo próprio Estado de Direito burguês em suas transformações históricas⁸⁶.

Há, portanto, uma sustentação filosófica para a inclusão dos direitos sociais na esfera dos direitos fundamentais no horizonte teórico estabelecido pela teoria do reconhecimento, existindo razão nas argumentações próprias do segundo grupo. Dentre esses, o que ocorre como diferenciação é uma preocupação em relação à efetividade dos direitos sociais, sendo estabelecida como estratégia de garantia desses direitos a obrigatoriedade do mínimo existencial por parte dos primeiros. No fundo, os autores do segundo subgrupo não adentram propriamente nesse debate, o que acaba tornando a discussão lacunosa, já que não há como negar os limites e as insuficiências financeiras surgidas a partir da crise do Estado Social, e a simples afirmação da possibilidade de acionar judicialmente a busca da garantia dos direitos sociais não resolve a questão, ao contrário, gera o problema da judicialização da política que não pode ser ignorado, já que esse argumento, em certa medida, também reforça algumas das críticas destacadas pelo primeiro grupo de autores.

A esse respeito cumpre observar que a corrente defensora do mínimo existencial avança no sentido de afirmar a necessidade de se proteger, ao menos, o essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana. O risco que existe é o de tentar estabelecer de modo universal aquilo que ainda não pode se afirmar de modo generalizado no campo da eticidade. Ou seja, o mínimo que se coloca como necessário à sobrevivência é variável de acordo com a realidade de cada sociedade

⁸⁶ Para uma crítica mais detalhada à tese de Fernando Átria, é importante observar o artigo de Carlos Bernal Pulido que destaca como um dos equívocos de Átria, exatamente a redução de uma concepção de direitos sociais a uma visão socialista. Nesses termos, o autor afirma que: “Para Átria, da impossibilidade de fundamentar os direitos sociais como direitos subjetivos no ideal socialista de construir uma ‘forma de vida propriamente humana’ se deriva a impossibilidade absoluta de fundamentar os direitos sociais como direitos subjetivos. Este raciocínio seria plausível se a concepção socialista fosse a única fonte da qual pudesse emanar uma fundamentação para os direitos sociais, ou a única fonte verdadeira. Sem embargo, esta premissa não se sustenta. A reconstrução de Átria sobre o surgimento dos direitos sociais como estratégias do socialismo para fazer valer suas reivindicações no contexto da sociedade liberal não é a única maneira de entender a razão desses direitos”. PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Átria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 137-75. p. 144.

e, mais, de cada grupo dentro da mesma sociedade. A tentativa de definição dos termos desse mínimo em sociedades, como a brasileira, que sofre de um alto índice de desigualdades sociais, pode ser perigosa para a própria sustentação dessa posição. Assim, talvez o melhor caminho não seja o da definição dessas categorias de direitos, como acaba fazendo Ana Paula Barcelos.

Ricardo Lobo Torres, por exemplo, opta de forma mais coerente pelo não fechamento dessa definição, estabelecendo como forma de superação da tendência de judicialização o campo das lutas políticas. No mesmo sentido, é preciso destacar também a posição de Enzo Bello, que identifica essa tendência à judicialização como uma forma de esvaziamento do espaço de participação política, tão caro à garantia de todos os direitos, como foi visto aqui pela análise da teoria do reconhecimento. Nesses termos, afirma o autor que

o Judiciário vem garantindo a efetivação de direitos sociais a inúmeros litigantes, frustrados com a inércia do poder público, portanto sendo o reconhecimento da sua eficácia direta uma importante conquista. No entanto, enquanto esse viés envolve geralmente “casos extremos”, o problema social é estrutural. A atuação do Judiciário será sempre contingente, pois por mais que determine a concessão de prestações sociais pelo Executivo, estas serão limitadas (por questões como orçamento, abrangência...), jamais abarcarão a grande massa da população e não suprirão suas principais mazelas (desemprego, pobreza, desigualdade, desnutrição, desabrigo etc.) [...] Em decorrência do fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, verifica-se um aparente avanço e um forte retrocesso em relação à questão social, com a progressiva tendência de supervisão das políticas públicas e sociais pelos tribunais – quando o correto seria a conjugação desse viés jurisdicional com um político-econômico de elaboração e efetivação de políticas sociais robustas. Isso implica numa temerária descrença em relação à participação política e ao exercício da cidadania nos espaços não institucionais.

Ainda que Enzo Bello faça críticas à posição do mínimo existencial por compreendê-la como uma forma de reducionismo do direito aos ditames e à lógica econômica do capitalismo, é possível sustentar uma conciliação dessas posições, desde que se coloque o Judiciário como a esfera de legitimação do mínimo existencial, não por um motivo meramente econômico da insuficiência de atuação estatal, que se consolidou no horizonte dos debates sobre o neoliberalismo, mas porque a principal forma de atingir a universalização e consagração dos direitos é pela via das lutas sociais. Ou seja, ao invés do Judiciário se portar como o responsável por uma suposta identificação daquilo que pode ser generalizável em termos de direitos, é preciso recuperar o sentido do exercício da cidadania por

meio das lutas sociais, considerando que essas ocorrem em um campo apto a dar a legitimidade necessária, a partir dos contextos de eticidade, a todos os direitos que já generalizados poderão alçar a uma esfera de universalização.

E é nesse ponto específico que se coloca a tese ora apresentada. O direito à educação, tal qual está posto no texto constitucional brasileiro, alçou a essa categoria de universalização exatamente por um processo de generalização que o tornou um consenso no sentido de sua importância para o desenvolvimento de uma sociedade democrática. O fato de o próprio texto constitucional ter indicado o caminho da vinculação orçamentária como a forma privilegiada de garantir sua efetivação, demonstra que essa universalização é consequência de um processo construído a partir de um contexto ético específico que gerou a necessidade de reconhecer a importância desse direito como um mecanismo privilegiado de desenvolvimento e integração de uma sociedade que se quer democrática.

Essa situação não é fruto apenas da importância que a educação teve na constituição da modernidade e de outros países já desenvolvidos, como foi possível comprovar a partir das discussões sobre a teoria do reconhecimento, mas também pelo contexto específico vivido no Brasil quando da elaboração da Constituição de 1988. Depois de mais de vinte anos de uma ditadura militar que se esforçou para o desmantelamento das estratégias de universalizar o acesso à educação brasileira⁸⁷, o fortalecimento desse direito na carta constitucional cidadã, portadora da esperança de construir-se como um marco democrático para o país, foi uma consequência positiva de todo um processo de lutas sociais instaurado nesse período.

⁸⁷ No amplo programa das Reformas de Base, o governo João Goulart elaborou o Plano Nacional de Alfabetização. Uma ousada, diversificada e abrangente mobilização da sociedade civil, com agente voluntário e contratados pelo Estado para promover em 3 anos, a erradicação do analfabetismo no Brasil, segundo os métodos de Paulo Freire. Quando os primeiros concursos nacionais começaram, bem como as primeiras experiências-piloto se implementaram no Estado do Rio de Janeiro, eclodiu o Golpe Militar. Uma das primeiras medidas do Golpe foi extinguir o Plano Nacional de Alfabetização e empreender perseguições políticas aos seus principais agentes.

Portanto, ainda que isso se refira a um futuro não concretizado⁸⁸, a vinculação de receitas orçamentárias para a garantia do direito à educação encontra sua legitimidade no próprio processo histórico de construção das condições de possibilidade para a instauração de uma cidadania plena a todos os brasileiros. As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação são a expressão de um mínimo de esforço público em favor da expansão do direito à educação, consciente da escassez de recursos para realizá-lo em sua totalidade. Esse mínimo de esforço público dirige-se a atender, prioritariamente, ao mínimo existencial, mas projeta também o anseio da universalização do direito à educação construída legitimamente no campo da política pelas lutas sociais cuja expressão desembocou na constituinte de 1988.

As subvinculações ainda mais se coadunam com os propósitos éticos do atendimento ao mínimo existencial, pois são elas que, ao promover a alocação e distribuição dos recursos para a educação, direcionam esses recursos ao ensino fundamental, no caso do FUNDEF, e à educação básica, no caso do FUNDEB. Ao se estabelecer uma vinculação orçamentária, é preciso aperfeiçoar os sentidos técnico-jurídicos da aplicação dos recursos. Ou seja, a clara especificação da destinação das verbas é o fator que define a efetividade do instrumento de financiamento. O FUNDEB, além de implementar novos critérios de distribuição dos recursos (por estudante matriculado e não por Município), de melhorar a organização das transferências orçamentárias (conta bancária específica para os recursos), delimita exatamente quais as despesas deveriam ser realizadas (ensino público básico e salário de seus professores) e, conseqüentemente, aumenta, significativamente, as possibilidades de atendimento do mínimo existencial.

É evidente que não bastam as vinculações e é relevante saber eger, dentre todos os possíveis gastos, aqueles de importância estratégica, conjuntamente dizendo para a superação das principais deficiências na manutenção e desenvolvimento do ensino. São escolhas que sempre permanecerão

⁸⁸ Toma-se aqui como base a afirmação de Konrad Hesse de que as constituições são a expressão de um dever-ser e não de como as coisas são, sendo, portanto, um pacto estabelecido para o futuro. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 24.

no campo da liberdade das Administrações Públicas a partir no processo democrático.

Cumpridas as subvinculações ao ensino básico, toda a disponibilidade restante de recursos, embora previamente protegidos na vinculação à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, serão alocados conforme o processo deliberativo regular da lei de diretrizes orçamentárias, na lei orçamentária anual e no plano plurianual. Esse é o caso da destinação de verbas de MDE do governo federal para as instituições federais de ensino superior. Qualquer nova vinculação que for promovida pelas Constituições estaduais, para acima do mínimo constitucional à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, será fruto da expressão política emergente dos processos constituintes derivados. É aí que esta questão remete ao plano da relação das vinculações com a separação de poderes, tópico a ser analisado a seguir.

4.3

As vinculações de recursos frente à separação de poderes e à judicialização da política

Como lembra Oscar Vilhena Vieira, a separação de poderes é garantia fundamental do cidadão contra as iniciativas individuais e públicas de interferência em sua esfera de dignidade, sendo um elemento essencial para a realização do constitucionalismo democrático, pois é por seu intermédio que se reconhece a exigência de lei genérica, universal e abstrata aprovada pela representação popular, que coloca limitações à ação do Executivo e que se invoca a independência do Poder Judiciário responsável pela resolução dos conflitos a partir do ordenamento jurídico e, por tudo isso, está no campo da reserva da justiça da Constituição.⁸⁹

⁸⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 243-244. Modernamente, discute-se acerca da autoria da mencionada teoria. Uma das versões aponta como autor John Locke, que defende a existência de quatro poderes, que são o legislativo, o executivo, o federativo e o de prerrogativa, sendo o primeiro de atribuição do Parlamento e os três outros do rei. Para o autor, o poder legislativo é superior aos demais poderes (“é o poder supremo”), cabendo-lhe a produção

A separação de poderes sempre foi uma preocupação marcante do movimento constitucionalista. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, declarou, em seu artigo XVI, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Devido a esta relevância, como compreender as vinculações de recursos de modo que não impliquem violação ao princípio da separação dos poderes? Afinal, ao se estabelecerem as vinculações de recursos para a educação, reduz-se o campo de discricionariedade da Administração Pública na formulação das políticas públicas que lhe cabem.

O enfrentamento da matéria está em importantes precedentes jurisprudenciais da Corte Suprema. Naquela instância, a inquietação central fica assentada na seguinte indagação: há violação ao princípio da separação dos poderes quando a Constituição estadual (poder constituinte derivado) resolve ampliar o percentual de vinculação e definir destinação específica à receita

das leis, que são, ao final, o limite do poder arbitrário (ou do uso arbitrário do poder) do Estado. Cf. JACKISCH, Carlota (comp.) *División de Poderes*. Buenos Aires: Ciedla/ Konrad Adenauer Stiftung, 1994. p. 09-11. Para maiores informações sobre a teoria da separação exposta por Locke. Ver: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 63-79; DALLARI. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 183. Outra versão, mais divulgada, é a que aponta Montesquieu, que elaborou uma teoria tripartite dos poderes, mais próxima da concepção atual da separação, haja vista que Locke não autonomizou o Poder Judiciário em relação aos outros dois poderes. Importante ter em mente a ressalva prudentemente apresentada por Piçarra, que diz que “como doutrina cujas origens históricas se encontram na Inglaterra do século XVII, a separação dos poderes conheceu várias versões ao longo da sua existência, apresentando continuidades e descontinuidades, pelo que seria errôneo tomar uma destas versões – mesmo a de Montesquieu, que é a mais divulgada – como absoluta e definitiva.” PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 64. A teoria separação dos poderes sistematizada por Montesquieu, foi exposta em sua célebre obra *Do Espírito das Leis* (ver em especial o capítulo VI do Livro XI, dedicado à Constituição Inglesa), onde desenvolve a doutrina visando proteger a liberdade individual, pois “quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Livro XI, Cap. VI, p. 149. Montesquieu era um liberal que admirava a Monarquia Inglesa, limitada em poder. Embalado pela ideia de que só o poder pode frear o poder, na medida em que os homens tenderiam a concentrar o poder em excesso, o barão francês elaborou a doutrina de separação de poderes, que não é bem exatamente a que conhecemos hoje na existência dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Sua teoria, concebida para garantir a liberdade individual, por meio de um sistema tripartite de poderes que conjugava os poderes legislativo, executivo e judiciário, harmônicos e independentes entre si, tornar-se-ia, posteriormente, o princípio básico da maioria das Constituições modernas.

orçamentária reservada à educação? A previsão constitucional (no âmbito estadual) que amplia percentual de vinculação orçamentária destinada à educação e define a destinação específica de tal receita fere o princípio da separação dos poderes?

A polêmica encontra resposta jurídica no enfrentamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propostas pelos Governos dos Estados do Rio de Janeiro (Adin 780⁹⁰, que posteriormente deu origem à Adin 4102⁹¹), e do Rio Grande do Sul (Adin 820⁹²) perante o STF.

Para bem demonstrar os avanços nos debates da Suprema Corte sobre o tema, optamos pelo critério cronológico na abordagem das Adins, iniciando, portanto, com a análise das Adins 780 e 4102/RJ. Antes, contudo, imprescindível verter breve esclarecimento sobre o trâmite processual das mesmas. Em 2008, a Adin 780 foi extinta sem julgamento de mérito por perda de objeto, mas, conforme esclarecimento oferecido pelo Ministro Gilmar Mendes, tal fato se deu em virtude de equívoco na análise de emenda à Constituição do Estado do Rio de Janeiro (EC n 4), da qual se extraiu a interpretação de que teriam sido revogados os comandos legais atacados pela referida ação, ao passo que, verdadeiramente, ocorreria, tão-só, a renumeração de tais artigos continuando, portanto, em plena vigência.

Acontece que, com a extinção da ação, pôs-se fim, também, à suspensão liminar dos efeitos dos dispositivos da Constituição Estadual que vigorava há 15 anos. Diante de tal situação, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, interpôs nova Adin (n. 4102) pleiteando, vez outra, a suspensão cautelar daquelas normas (agora dispostas em artigos sob nova numeração). O pleito liminar foi novamente acatado e, com alicerce nos mesmos fundamentos que levaram aquela Corte,

⁹⁰ O STF julgou prejudicada a ação e declarou extinto o processo por perda superveniente do objeto. Rel. Min. Celso de Mello. DJ . 01/02/2008.

⁹¹ Medida cautelar julgada em 17/07/2008. Min. Gilmar Mendes. Rel. Min. Carmen Lúcia. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(4102\)%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(4102)%20E%20S.PRES.&base=basePresidencia), publicada no DJe – 144 de 05/08/2008.

⁹² Em 15/03/2007 foi, por maioria, julgada procedente a ação. Rel. Ministro Eros Grau. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=820&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=Mr>, publicada no DJe –036 de 29/02/08.

outrora, a deferir a medida cautelar na ADIN-MC780/RJ, restando suspensos os efeitos de todos os artigos da Constituição estadual colocados *sub judice*.

Pois bem, na Adin 4102/RJ (outrora Adin 780), o pronunciamento jurisdicional limita-se à decisão concessiva de medida liminar e a arguição de inconstitucionalidade recai sobre vários artigos da Constituição do estado que, para melhor didática, seguem destacados⁹³:

a) Art. 309, §1 – estabelece destinação anual de dotação orçamentária mínima de 6% da receita tributária líquida à Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ);

b) Art. 314, caput – estabelece piso mínimo de 35% da receita de impostos à manutenção e desenvolvimento do ensino público (compreendidos aqui os 6% destinados à UERJ e os 2% direcionados à FAPERJ);

c) Art. 314, § 2, última parte – estabelece destinação exclusiva, de 10% da receita reservada ao sistema educacional, ao desenvolvimento do ensino especial;

d) Art.314, § 5 – estabelece parâmetros para a distribuição dos recursos federais entre Estado e Municípios, em proporção ao número de matrículas;

e) Art. 309, § 1 – destinação de 2% da receita tributária à FAPERJ.

Como já mencionado, vê-se que a retomada do tema incide sobre os argumentos antes enfrentados na Adin 820: ofensa ao princípio da separação dos poderes diante da suposta interferência pelo Poder Legislativo na competência do Poder Executivo quanto à atividade orçamentária, e da limitação da atuação administrativa do Executivo através da imposição de verbas a fins e entidades pré-determinadas pelo Legislativo.

Na decisão que deferiu a medida cautelar, os Ministros do STF, à unanimidade, reconheceram excesso legiferante do Poder Legislativo ao ampliar de 25% para 35% a vinculação orçamentária voltada à manutenção e

⁹³<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4102&processo=4102>

desenvolvimento da educação, sob o argumento da iniciativa privativa do Executivo na elaboração da Lei orçamentária. Com relação às especificações orçamentárias destinadas à UERJ e à educação especial, bem como à distribuição dos recursos orçamentários entre Estado e Municípios, tais julgadores sustentam a ilegitimidade do poder assumido pelo Legislador constituinte estadual de estabelecer dotação permanente a uma ou outra atividade à revelia dos julgamentos de prioridade, conveniência e oportunidade, constitucionalmente outorgados ao Poder Executivo em matéria orçamentária. Ficaria, assim, suprimida a participação do Executivo em matéria de sua iniciativa competência privativa. Por fim, apenas no que atine à vinculação de receita dirigida à FAPERJ, restou indeferida a liminar, a partir do entendimento de que tal dotação encontra aparo constitucional no art. 218, § 5, da Constituição brasileira de 1988.

Mas o caso paradigmático em que, inclusive, já houve decisão de mérito, ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul. A rica divergência de posicionamento entre os julgadores, no enfrentamento do tema, merece especial destaque. O debate repousa sobre o art. 202, § 2º da Constituição do Estado e os artigos da Lei n. 9.723/92. Quanto à norma da Constituição estadual, verifica-se que o comando impugnado prevê que 10% dos valores vinculados à educação sejam, exclusivamente, direcionados à conservação de prédios e instalações das escolas da rede pública estadual de ensino.

O governo do Estado alegou, em síntese, que tal dispositivo acarreta restrição à iniciativa legiferante originária do Poder Executivo em matéria orçamentária, argumentando que, diante do dever de observar não só a Constituição brasileira, como também a Constituição Estadual, fica o governo estadual obrigado a incluir na proposta de Lei orçamentária destinação específica de 10% da receita vinculada ao ensino, que deveria ser de sua livre destinação, à conservação de prédios públicos.

A sustentar a inconstitucionalidade de tais normas, o Governo do Rio Grande do Sul invocou o art. 167, IV da Constituição brasileira (o princípio da não afetação de receitas), de onde extrai a impossibilidade de vinculação de imposto a uma “despesa específica” (no caso, a conservação de prédios públicos). Na mesma linha, a exordial remete-nos aos arts. 84, II e 25 da CF/88 para

sustentar a existência de violação ao princípio da harmonia entre os Poderes. Igualmente ancorada em normas de hierarquia constitucional, a Assembleia Legislativa do estado sustentou sua capacidade e legitimidade para legislar sobre o assunto (arts. 52, XIV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e art. 24, IX, da Constituição Federal). Mas, em sede liminar, por decisão unânime, foram suspensos os efeitos dos artigos impugnados.

Na apreciação do mérito, o relator designado ao processo, Ministro Eros Grau, analisando, em conjunto, as normas atacadas, posicionou-se no sentido de que a matéria, da forma em que foi disposta, implica transferência, por meio de atividade do Legislativo, de atribuições do Poder Executivo a entidades não públicas (conselhos de escolas), sustentando, portanto, que tais normas não poderiam versar sobre a matéria orçamentária. Em menção à Adin 780 (da qual, importante salientar que o mérito ainda não restou apreciado) sustenta o julgador que a destinação de recursos, prevista no § 2, do art. 202 da Constituição Estadual, para a conservação de instalações das escolas públicas estaduais, limita a ação do Poder Executivo, violando o princípio da harmonia e separação dos Poderes. Acrescenta, por fim, que, como a Lei n. 9.723/92 foi elaborada para disciplinar esse preceito da Constituição estadual, forçoso reconhecer que também ela foi alcançada pelos vícios em causa.

Não obstante ter refletido a interpretação da maioria dos julgadores daquela Corte, tal posicionamento encontrou resistência entre os Ministros Carlos Ayres Brito e Sepúlveda Pertence. Estancando a análise das matérias, Ayres Britto e Sepúlveda adotaram postura que não só representa importante avanço no debate sobre o tema, como também se congrua com os objetivos e o papel interventor assumidos pela Lei Maior pátria, na luta histórica pela afirmação e efetividade dos direitos sociais, como direitos fundamentais.

Primeiramente, em recorte de viés garantista, defende a possibilidade de a Constituição Estadual dispor sobre matéria orçamentária, impondo ao Estado cláusula de reserva de dotação. Segundo o Ministro, a Constituição estadual já havia ampliado de 25% para 35% o percentual de receitas públicas vinculadas sem que houvesse impugnação a tal acréscimo. Deste modo, diante da vinculação originária já existente, sustenta, no voto, que o ocorrido, simplesmente, foi uma

distribuição dotacional em percentual razoável (10%). Mais adiante, Ayres Brito acrescenta, ainda, que assegurar uma política pública de manutenção e conservação de escolas estatais é uma das mais elementares condições materiais objetivas para a eficácia de qualquer sistema oficial de ensino. Na mesma linha, Sepúlveda agrega que não há discricionariedade no direcionamento legislativo da verba, uma vez que o manejo e a definição da destinação se dariam através da Lei orçamentária (de iniciativa do Executivo). Assinalam, por fim, que o dispositivo constitucional estadual contempla, também, a especial proteção que o sistema jurídico brasileiro confere ao patrimônio público.

No segundo ponto, atinente à Lei n. 9.723/92, o entendimento dos ministros Ayres Britto e Sepúlveda Pertence se alinha aos demais sob argumento de que, por se tratar de atos de caráter essencialmente administrativo, tal atividade legislativa representa indevida ingerência nas atribuições do Poder Executivo e ofende diretamente o princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República.

Para os fins do presente trabalho, importante mencionar que na Adin 820, além do salto qualitativo no debate (adentrando ao mérito da questão) com a interpretação (ainda que, por enquanto, minoritária) do papel das Constituições na promoção do direito à educação, outro avanço de grande relevância pode ser observado. Enquanto que na decisão anterior, ainda que em sede de medida cautelar na Adin 4102 (780), os Ministros, modo unânime, apresentaram forte resistência à possibilidade de se fixar em sede constitucional derivada, patamar de vinculação de receitas ao ensino público superior ao mínimo constitucional de 25%, já neste último episódio (julgamento do mérito da Adin 820), não obstante a matéria sequer ter sido veiculada na petição inicial, houve especial interesse e lúcida consonância naquela Corte em manifestar, expressamente, o reconhecimento da legitimidade de as Constituições estaduais fixarem vinculação para a educação em patamar superior ao mínimo constitucional de 25% (como o fez a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul ao prever a afetação de receitas em percentual de 35%, e inúmeras outras já mencionadas neste trabalho).

Não há, na Constituição Nacional, qualquer óbice à ampliação da vinculação orçamentária voltada à manutenção e ao desenvolvimento do ensino de

que trata o art. 212. Há, sim, incontestável indicação de que o percentual ali estabelecido seja apenas ponto de partida (garantia mínima) para futuros avanços (o que vem ocorrendo em alguns Estados) na garantia do acesso e da qualidade do ensino público. A expressão “no mínimo” do art. 212 sinaliza, explicitamente, a possibilidade de fixação em patamares superiores, seja pela escolha política expressa na atividade da Administração, quão mais, seja pelo exercício do poder constituinte derivado decorrente.

Pois bem, em outra esfera de vinculações de recursos, em matéria das vinculações para as agências de fomento à pesquisa, também positivadas em Constituições estaduais (RJ, RS, MT, SE, ES) com fixação de percentual pelo Legislativo, foi, a exemplo das demais, levada ao STF sob o fundamento de invasão de atribuições do Executivo, através das Adins 336-4/SE⁹⁴, 550-2/MT⁹⁵, 422/ES⁹⁶, 780 ou 4102/RJ e 820/RS, dentre outras. Contudo, nestes casos, recebeu tratamento diverso das demais matérias educacionais apresentadas àquela Corte. Ao enfrentar a previsão nas Constituições Estaduais, de parâmetro percentual (2%) do orçamento a fundações de amparo ao ensino e pesquisa científica, decidiu-se pela constitucionalidade de tal artigo sob o argumento de que, no específico, a subvinculação de receita encontra amparo na Constituição Federal. Certo é que, no ponto atinente à destinação de receita orçamentária ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica há importante autorização constitucional de vinculação de receitas prevista no art. 218, § 5º, da Constituição de 1988, mas não há, contudo, definição expressa sobre a dimensão em que se poderá exercer tal faculdade. Esta dimensão é uma faculdade do constituinte derivado de corrente admitida pela Suprema Corte.

O ministro Sepúlveda Pertence ao pronunciar-se sobre a autonomia dos Estados e do Poder Constituinte estadual, preocupa-se com o controle excessivo desta autonomia nos termos em que se manifestou ao votar a Adin 820:

Ainda insisto em acreditar que essa cláusula da autonomia dos Estados e da Constituinte estadual tenha algum sentido. Mas acho que vou acabar por aderir a

⁹⁴ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Célio Borja (www.stf.jus.br DJ – 184, 23/09/05)

⁹⁵ Adin disponível em www.stf.jus.br DJ – 202, 18/10/2002.

⁹⁶ Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Célio Borja, publicada em 10/05/91)

um jovem jurista fluminense que tem uma tese – salvo engano na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – propondo a eliminação das constituições estaduais, por inutilidade, dado o caráter centralizador da Constituição Federal e de nossa Jurisprudência. A não ser talvez para tratar do que o Ministro Gilmar Mendes sempre recorda o que observava Caio Tácito: para que a Bahia possa estabelecer que, ao invés do cafezinho, seja servido chocolate nas repartições públicas do Estado, a fim de estimular a cultura do cacau...

Cumpre dizer que, em outro ponto, ainda tratando sobre direito fundamental à educação, o STF, ao analisar pedidos de suspensão de liminar (n. 263)⁹⁷ e de suspensão de tutela antecipada (n. 318)⁹⁸, em relevante posicionamento, assinalando para o entendimento de que o direito fundamental à educação exige atuação além dos comandos programáticos da Constituição, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (...), expressando também um postulado de proteção (...). Nesta dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (...) que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação⁹⁹.

E, logo adiante, acrescenta: As peculiaridades históricas e sociais brasileiras determinam que, ao se completarem 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, os poderes do Estado, vinculados aos comandos constitucionais, não meçam esforços para garantir a concretização do direito fundamental à educação. A educação é o principal instrumento que as sociedades democráticas possuem para promover a mobilidade social. É o acesso ao ensino que garante as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa, para o exercício da cidadania e dos direitos individuais e para a aquisição da consciência

⁹⁷ Trata-se de impugnação interposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, requerendo a redução do valor de multa imposta na decisão liminar proferida pelo TJ/RJ, a qual determina ao Estado o restabelecimento de prestação do serviço essencial de educação no município de São João do Meriti, suprindo o quadro de professores faltantes necessários para tal fim, sob pena de pagamento de multa diária por violação ao direito fundamental de crianças e adolescentes à educação. O pedido foi deferido. Verificar em: www.stf.jus.br DJe - 199, publicada em 21/10/2008, pp. 25-28.

⁹⁸ Na mesma linha da decisão anterior, no específico, o governo do Estado do Rio Grande do Sul, busca suspensão de liminar concedida em ação civil pública que determina o fornecimento de transporte gratuito a estudantes do ensino médio de escolas públicas do município de Lajeado, sob pena de bloqueio dos valores destinados a tal fim nos cofres públicos. Deram parcial provimento ao pedido apenas no que se referiu ao bloqueio de verbas públicas. Verificar em: www.stf.jus.br DJe - 076, publicada em 24/04/2009, pp. 21-24

⁹⁹ Verificar em: www.stf.jus.br DJe – 199, publicada em 21/10/2008, p. 26.

social indispensável para que a sociedade brasileira realize seus objetivos fundamentais (art. 3º da CF)¹⁰⁰.

Além do mais, na decisão do pedido de suspensão de liminar n. 263, fica assentado que o debate sobre eventual lesão à separação de Poderes sucumbe diante da relevância da garantia do direito à educação. A matéria é instigante e continua a provocar o debate perante a Corte Constitucional, através da Adin 4102, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, da qual, como já mencionado, não houve ainda enfrentamento do mérito.

É muito relevante perceber que, por outro lado, relativamente à possibilidade dos Estados e Distrito Federal de vincularem parcela da receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, o STF entendeu pacificamente que não há lesão à separação de poderes. O posicionamento do STF, ao declarar a inconstitucionalidade de subvinculações na Adin 780 (4102), contradiz-se ao autorizar vinculação orçamentária via Constituição estadual para fundações de amparo à pesquisa e, também, ao admitirem a fixação de mínimo constitucional estaduais superiores ao mínimo constitucional nacional na Adin 820, cujo mérito fora apreciado.

Assim, parece que o STF ora apega-se a uma leitura de que as vinculações e as subvinculações de recursos para a educação invadem a seara da separação de poderes e, em outros momentos, apega-se à ideia de que elas são plausíveis à luz da Constituição nacional. Caso vigore o entendimento de que a dotação orçamentária, via Constituição estadual, dirigida às entidades de fomento ao ensino e à pesquisa, encontra amparo na Constituição Federal, forçoso seria também, aos julgadores, admitir a existência de respaldo Constitucional tanto à vinculação referente à UERJ, como à que ampara a educação especial ou à que prevê destinação específica à conservação de instalações das instituições públicas de ensino. E o raciocínio é simples: se da leitura do art. 218, § 5º, sem nenhuma menção expressa, se extrai a possibilidade do amparo à pesquisa ocorrer por iniciativa legislativa do poder constituinte derivado, principalmente deveria

¹⁰⁰ Verificar em www.stf.jus.br DJe – 199, publicada em 21/10/2008, p. 27.

interpretar da mesma forma as vinculações para a educação acima do mínimo da Constituição nacional.

Uma leitura a partir do conceito defendido nesta tese, de que as normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação são normas de garantia constitucional ao direito social à educação – como mecanismo de explicitação de uma política pública fundamental, de garantia de disponibilidade de recursos contra variações conjunturais, mecanismos para a efetividade do direito à educação, como condição para a possibilidade de reconhecimento – influi na reordenação da relação entre os poderes do Estado. A partir disso deve-se admitir peremptoriamente a possibilidade de fixação, por parte dos Estados, de mínimos constitucionais superiores àqueles estipulados na Constituição da República, na medida em que, nesta, está expresso que se trata de valores mínimos. Quando o ente federado, por meio do poder constituinte derivado e seguindo a orientação geral estabelecida na Constituição brasileira, legisla sobre garantia de direitos fundamentais, fortalecendo o aparato de proteção a tais direitos, isto significa tão-só a expressão de uma vontade constitucional de plena normatividade e efetividade ao direito fundamental à educação.

O Poder Constituinte (seja originário ou decorrente) representa a mais ampla e legítima expressão do poder democrático e da capacidade de autogestão popular. O exercício da autonomia dos Estados federados também está assegurado constitucionalmente, do contrário, seriam uma inutilidade as Constituições Estaduais, como prenuncia Sepúlveda Pertence ao votar a Adin 820. Se for certo que não há recursos ilimitados, também é certo que as escolhas sobre onde os recursos públicos deverão ser investidos recebem direta influência das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Como assinala Ana Paula de Barcellos¹⁰¹, “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema igualmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais”.

¹⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel & GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Em matéria educacional, fim público fundamental, a fixação de um mecanismo de garantia para a sua efetividade não pode ser visto como uma usurpação de funções administrativas pelo legislativo, ou como uma espécie de usurpação das escolhas políticas do processo democrático. As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação sempre permanecerão no âmbito da política. Apenas significam que se quer conceder um tratamento de normas de diferente peso na ordem jurídica. Apenas que há uma diferença de tratamento que, por exigência de uma decisão por estabilidade, são colocadas exigências maiores para modificar estas normas por meio da política. Isso é o que significa estar na Constituição. A política poderá modificá-la, mas, para a política modificá-la, serão colocadas exigências maiores, exigir-se-á um consenso mais amplo no processo decisório. As condições para as políticas públicas de educação serem modificadas incorrerão em processo mais moroso e, com isso, seu horizonte temporal ganha amplitude e produz-se “estabilidade na mudança”¹⁰².

As normas constitucionais de vinculações de recursos significam uma dimensão de juridicização das escolhas e matérias de políticas públicas. A juridicização da política é inerente ao constitucionalismo. No caso das vinculações constitucionais de recursos para a educação, a propósito, o que juridicizou a política não foi a edição de normas constitucionais vinculadoras de recursos, mas a própria constitucionalização do direito à educação. No âmbito da criação do Direito, a relação de tensão entre direito e política é insuprimível. Se for certo que a Constituição não pode realizar uma total juridicização da política, esta preocupação deve estar presente em matérias em que for tarefa da política adaptar a ordem social a exigências de variações conjunturais. A educação exige políticas públicas de longo prazo, distanciadas das variações econômicas, por exemplo. “A Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura”, ensina Dieter Grimm, ou seja, as Constituições podem fixar condições para as decisões políticas e canalizá-las a partir de um determinado estágio, uma espécie de delimitação da maneira da tarefa política atuar, mesmo sabendo que a política, como produtora do direito positivo, a transcende. As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação são apenas molduras

¹⁰² Ver GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

para que, a partir delas, o legislador infraconstitucional e o Administrador possam promover o exercício de suas competências discricionárias orçamentárias.¹⁰³

Na composição entre Constituição e democracia, do mesmo modo que a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição, também há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos do povo em cada momento histórico.¹⁰⁴ As vinculações devem ser vistas como pertencentes ao espectro dos conteúdos instrumentais da Constituição, servindo, inclusive, como elemento para controle de constitucionalidade de leis que afrontem os mínimos constitucionais exigidos para investimento em educação. O mecanismo constitucional que dá garantia para a efetividade do “direito à educação para o pleno desenvolvimento da pessoa”, como preceitua a Constituição, não pertenceria ao conjunto das decisões que podem ser subtraídas pelos órgãos eleitos pelo povo em cada formação de maioria eventual.

As normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação muito menos suprimem a deliberação legislativa majoritária de iniciativa da Administração para a elaboração da lei orçamentária, pois, de fato, as vinculações constitucionais de recursos estão no campo dos consensos construídos pela expressão do poder constituinte. A liberdade de ação do poder executivo, em sua iniciativa legislativa para a elaboração da peça orçamentária e, conseqüentemente, para as escolhas livres sobre as prioridades governamentais e majoritárias, está assegurada em vasto espectro decisório acerca de onde, quando e como aplicarão aqueles recursos constitucionalmente protegidos. Até porque o rol de despesas admissíveis como de manutenção e desenvolvimento do ensino é extenso nos quais as variações políticas poderão enfatizar mais ou menos uma ou outra atividade: as atividades-meio; a remuneração e aperfeiçoamento de pessoal; a aquisição de equipamentos, a manutenção, construção ou conservação de instalações, a compra de equipamentos, o investimento em bolsas de estudos, a ênfase em pesquisas, a aquisição de material didático, os investimentos em programas de apoio, como o transporte escolar e assim por diante. Há quem

¹⁰³ Ver GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10-11.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 88-89.

sustente que a inconstitucionalidade, em verdade, estaria nas desvinculações, na DRU, como o faz Fernando Facury Scaff¹⁰⁵, pelo fato de ela implicar a violação dos direitos humanos por parte do afastamento de valores do orçamento vinculado (afetado), restringindo direitos sociais a uma destinação de outras finalidades diferentes daquelas previstas na Constituição, tal qual o pagamento de juros, encargos e amortização da dívida. Tratar-se-ia de flagrante violação do princípio da supremacia da Constituição, subjugado, *in casu*, a um juízo e razões de pragmatismo governamental¹⁰⁶.

Para que fique claro, com esta visão sobre as vinculações constitucionais de recursos para a educação não se quer criar uma blindagem cega para toda e qualquer vinculação ou subvinculação de recursos, como se nenhuma delas pudesse ferir a separação de poderes e como se as faculdades do legislador constituinte derivado fossem ilimitadas e não pudessem receber controle material de constitucionalidade. Trata-se de uma defesa das vinculações e subvinculações constitucionais que envolvem o plano das razões justificadoras pela legítima explicitação constitucional de uma política pública fundamental, de uma garantia de recursos para a efetividade desta política e da estabilidade de investimentos para esta política. Aplicando-se esta leitura com os casos paradigmáticos em discussão na Suprema Corte, fica evidente que as vinculações genéricas para a manutenção e para o desenvolvimento do ensino (como na elevação do mínimo constitucional nos Estados federados), bem como as subvinculações genéricas para níveis específicos de ensino (para educação especial, para ensino básico, para ensino superior) estão em plena conformidade com os princípios e valores da Constituição. As vinculações genéricas para os níveis educacionais estão a serviço

¹⁰⁵ SCAFF, Fernando Facury. A desvinculação de receitas da União (DRU) e a supremacia da Constituição. *In: SCAFF, Fernando & MAUÉS, Antônio G. Moreira. Justiça constitucional e tributação.* São Paulo: Saraiva, Dialética, 2005. p. 111-113. Ver tb.: SCAFF, Fernando Facury. Direitos Humanos e a desvinculação das receitas da União – DRU. *In: Fischer, Octavio Campos (coord.). Tributos e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Dialética, 2004. Lembra Scaff que o fato de a DRU ser uma Emenda Constitucional não afastaria a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, conforme entendimento já firmado na ADI n. 939-DF, que declarou parcialmente inconstitucional a EC n. 3, que criou o IPMF – Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira, para incidir no mesmo dia de sua criação, violando o princípio da anterioridade.

¹⁰⁶ Um olhar ainda mais atento sobre a DRU, demonstra que ela provoca um efeito centralizador, desconfigurando o projeto descentralizador da Constituição de 1988 e retirando dos Estados e Municípios parcelas de seu direito à participação na arrecadação federal, em clara lesão ao princípio federativo.

da universalização do direito à educação e do amplo processo de reconhecimento social.

O caso subvinculação constitucional a um tipo de despesa específica de um tipo de nível de ensino, inserida no rol daquelas descritas como de manutenção e de desenvolvimento do ensino, tal qual o Estado do Rio Grande do Sul afetou especificamente para a construção e reforma das escolas, não se justifica nem por explicitar uma política pública fundamental (sob pena de se considerar que qualquer escolha constitucional incorre em instituição de uma política pública fundamental), nem para a garantia de recursos para a plena efetividade do direito à educação, nem para a estabilidade de recursos para uma área educacional.

Esta possibilidade de dignidade constitucional das vinculações de recursos remete a outra questão pertinente, qual seja, as vinculações constitucionais, ao transformarem em regras superiores as escolhas que caberiam à Administração, resultam em instrumento de judicialização da política?

É verdade que, como visto, as normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação juridicizam a política no sentido de se fixar juridicamente nas Constituições nacionais e estaduais algumas escolhas em matérias de políticas públicas. O protagonismo das vinculações para a judicialização das políticas educacionais requer outro plano de análise.

Deve-se admitir que consagrar constitucionalmente um dispositivo limitador da ação do legislador e do Administrador faz com que exista um controle jurisdicional sobre a matéria da política pública declarada fundamental. Os ingressos das Adins, expostas anteriormente, são o melhor exemplo de como as questões orçamentárias realmente passaram a ser judicializadas.

Mas é prudente ponderar que a judicialização da matéria educacional deve-se, majoritariamente não à constitucionalização das vinculações, mas a três outros fatores. O primeiro, à própria incorporação da opção política fundamental de definir o acesso à educação fundamental como direito público subjetivo; segundo, ao surgimento da doutrina da proteção integrada à criança e ao adolescente no art. 277 da Constituição regulamentada pelo Estatuto da Criança e

do Adolescente e, terceiro, ao alargamento da noção de jurisdição constitucional, típica do neoconstitucionalismo.

A Constituição reconheceu, expressamente, o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, como direito público subjetivo. Para complementar, o art. 208 § 2º aduz que o não oferecimento do ensino obrigatório, ou sua oferta irregular, importa em responsabilidade de autoridade competente. É certo que o reconhecimento expresso do direito de acesso à educação como direito público subjetivo autoriza a possibilidade de acionar o Poder Judiciário em caso de ocorrência de uma lesão por força do art. 5º, XXXV, no qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O surgimento da educação como direito público subjetivo, ao que tudo indica, remonta a Pontes de Miranda que, ainda em 1933, indicou a importância do direito à educação tornar-se direito público subjetivo. Diz ele:

À simetrização humana operada pela abolição da escravatura deve suceder a simetrização pela escola de todos e ao alcance de todos. Tal princípio jurídico; ao direito público subjetivo que daí nasce chama-se direito a educação.¹⁰⁷

Nos Comentários a Constituição de 1946 assinalou enfaticamente:

Não confundamos o direito a educação com as bolsas sob os Antoninos, em Roma, ou sob Carlos Magno, ou nos séculos do poder católico. Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbítrio do Estado ou da Igreja, mas de direito perante o Estado, direito público subjetivo, ou, no Estado puramente socialista e igualitário, situação necessariamente criada no plano objetivo, pela estrutura mesma do Estado. A própria estatização do ensino constitui, nos ciclos evolutivos, grau avançado de progresso

(...)

A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra “A educação é direito de todos” lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos “os espanhóis seriam”, desde aquele momento, ‘buenos’. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas, portanto, se há direito público objetivo à educação e o Estado pode e tem de entregar a prestação educacional. Fora daí, é iludir com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda excelentes; é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos.¹⁰⁸

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Alba, 1933. p. 10.

¹⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à constituição de 1946*. 3 .ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963. Tomo IV. Art.s 157-218. p. 187 e 210.

E mesmo diante desta proteção diferenciada para o ensino fundamental, que não existe para os demais níveis de ensino, o Supremo Tribunal Federal tem realizado interpretação extensiva ao artigo 208, § 2º, ampliando a condição de direito público subjetivo não somente ao ensino fundamental, mas também às creches e à pré-escola (educação infantil). Isso não por decorrência das vinculações ou por decorrência imediata do próprio direito público subjetivo ao ensino fundamental, mas, sim, pela força normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 208, IV, que estabelece que o dever do Estado com a educação é efetivado mediante a garantia da educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade. O Agravo de Instrumento n. 677.274/SP é uma decisão importante a ser destacada, neste sentido, pois, ao prolatar o acórdão, o Supremo Tribunal Federal levou em conta o caráter fundamental dos direitos em questão (direitos da criança e do adolescente, art. 208, IV, da CF, já que a lide era referente a matrículas de menores em rede municipal de educação infantil), e considerou que o acesso a creches públicas e ensino pré-primário deve ser considerado um direito público subjetivo, e assim o fez em razão do conceito do mínimo existencial. O ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, também reconheceu a educação infantil como um direito:

Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.¹⁰⁹

Se a Constituição assevera o direito à educação fundamental e o STF amplia ao direito à educação infantil um caráter subjetivo, o que se está a dizer é que “é feito valer através do direito de ação, pelo qual aquele que tem interesse (substancial) provoca o órgão jurisdicional do Estado (poder Judiciário) para obter

¹⁰⁹ Decisão Monocrática do Recurso Extraordinário – RE 411518/SP, DJ 26/3/204 P-00081. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> . :No mesmo sentido ver recursos extraordinários providos pelo STF, interpostos pelo Ministério Público contra decisões do Tribunal de Justiça do Estado de SP que negam ou ao menos facultam ao Município deliberar sobre o direito a vaga em creche ou pré-escola: 472707/SP, 467255/SP, 410715/SP, 436996/SP. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

uma sentença e se necessário sua execução forçada, contra a outra parte que lhe deve (uma prestação, uma ação ou omissão)”¹¹⁰.

Ao expressar o acesso à educação fundamental como um direito público subjetivo, a Constituição de 1988 sinalizou claramente a utilização de um instituto de inspiração liberal como instrumento de fruição do direito social à educação. O fato concreto, e que corrobora a tese deste trabalho, de que, na educação, há uma especialidade justificadora de normas de financiamento protegido, é que, como sustenta Clarice Seixas Duarte¹¹¹, os direitos educacionais receberam proteção jurídica prioritária em nosso ordenamento jurídico. O dever público de oferta regular do ensino obrigatório, explicitamente garantido na Constituição brasileira e que prevê a responsabilidade da autoridade competente pela sua não efetivação, implica o estabelecimento de uma garantia específica munida de uma sanção em caso de descumprimento. A autora entende que, se o Estado Social está todo voltado para a concretização dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas, negar a possibilidade de constrangimento judicial do Estado a executar o que deve fere todo o espírito da Constituição e compromete a sua efetividade, não havendo “nada pior em um Estado Social que a omissão dos poderes públicos no tocante à realização das políticas públicas constitucionalmente delineadas”:

A vantagem em trazer para o controle judicial as hipóteses de omissão ou desvio administrativo na concretização dos direitos sociais é forçar a utilização de parâmetros jurídicos – constitucionais, infraconstitucionais e mesmo internacionais – para avaliar a atuação do Executivo no que diz respeito ao seu

¹¹⁰ LOPES, Jose Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARI, Jose Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 128.

¹¹¹ DUARTE, Clarice Seixas. O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988. Tese de Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito. USP. São Paulo, 2003. Lourival Vilanova expressava: “Também, somente pela via de ‘qualificação do fático’ é que se reconhece ao indivíduo o direito subjetivo privado ou o direito subjetivo público à educação, e, em contrapartida, o dever correlato de prestar educação, seja por entidades particulares, ou entes públicos. O reconhecimento de subjetividade jurídica – a capacidade de ser sujeito ativo e sujeito passivo de relações jurídicas – aos entes coletivos provém do direito ainda mais que pressupostos sociológicos, pedagógicos, econômicos não faltem como dados objetivos para conferimento dessa personificação: a subjetividade (o ser sujeito de direito) é uma construção normativa com apoio em dados de fato que o direito não produziu. Ao é o direito que põe os conteúdos – a matéria das relações sociais: procedem das necessidades, dos interesses e das valorações efetivamente existentes na comunidade humana concreta”. VILANOVA, Lourival. O direito educacional como possível ramo da ciência jurídica. In: Seminário de Direito Educacional, n. 1, 1977, Campinas. *Anais do I Seminário de Direito Educacional*. Campinas: Unicamp, Centau, 1977. p. 59-75. p. 62-63.

dever de implementação de políticas públicas. Na se trata de substituir o legislador ou o administrador em suas tarefas, mas, apenas, de submetê-las ao crivo do Estado Social.¹¹²

Existe toda uma discussão sobre a menor ou maior abrangência deste direito público subjetivo educacional. Alguns chegam a sustentar que não é possível aceitar que a garantia constitucional seja restrita apenas ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, mas a todo o sistema educacional e a todos os deveres que estão arrolados no artigo 208 da Constituição¹¹³. De toda forma, o que fica estabelecido é que as vinculações constitucionais de recursos para educação e definição dos direitos educacionais como direitos subjetivos reforçam o entendimento de que há uma coerência do texto constitucional em estabelecer um verdadeiro regime de proteção jurídica prioritária para o direito a educação.

Contudo, o que vale acrescentar é que este caráter subjetivo e consequente justiciabilidade conferida como forma de um regime de proteção jurídica prioritária ao direito educacional, por um lado, comporta efetiva judicialização do tema; por outro, não tem tido muita expressividade para além da questão do acesso aos níveis de ensino infantil e fundamental.

Uma das poucas pesquisas realizadas sobre as demandas judiciais por educação, na cidade de São Paulo, entre 1996 a 2005, feitas por meio de ações civis do Ministério Público Estadual, constatou um montante de 115 ações com 50 delas transitadas em julgado¹¹⁴. A pesquisa classificou estas ações em 3 temas: acesso à educação (37 ações representando 74% delas), qualidade da educação (10 ações representando 20% do total) e financiamento (3 ações representando 6% do total). De todas as ações relativas ao tema acesso, somente uma foi relativa à demanda por vaga no ensino médio. A presença das vinculações constitucionais de recursos na Lei Orgânica do Município gerou a existência de três ações

¹¹² DUARTE, Clarice Seixas. Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil. In: HADDAD, Sérgio & GRACIANO, MARIÂNGELA (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. p. 127-153. p. 137.

¹¹³ Cf debate em LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 207-271. p. 210 e ss.

¹¹⁴ FERNANDES, Fernanda; MARINHO, Carolina & GRACIANO, Mariângela. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In: HADDAD, Sérgio & GRACIANO, MARIÂNGELA (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. p. 127-153.

relativas ao financiamento que tinham por objeto a fiscalização e a exigência de transparência da aplicação do mínimo constitucional para educação no município de São Paulo.

Outro fator muito significativo para a judicialização da matéria educacional foi a idealização de um sistema de garantias para a proteção prioritária e integral da criança e do adolescente anunciada no art. 227, *caput* da Carta Magna, e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir destes documentos legais, a atuação em favor da criança e do adolescente assumiu o patamar de uma política pública com órgãos e entidades atuando em forma articulada: os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, com tarefa de definição e controle da execução de políticas na área; os conselhos tutelares, ampliando suas funções; a Justiça da Infância e da Juventude, com nova jurisdição voltada às questões de cunho coletivo para intervir judicialmente em favor da população infanto-juvenil; e o Ministério Público, recebendo a missão institucional de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes, promovendo medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis. Tudo isso, como não poderia deixar de ser, com ênfase especial na educação¹¹⁵.

O mais relevante para o estado de judicialização das políticas educacionais e outras políticas públicas é o fato de que, em tempos de neoconstitucionalismo e de valorização da dimensão normativa da Constituição, uma característica forte, como ensina Antônio Cavalcanti Maia¹¹⁶, é mesmo a rearticulação da divisão de poderes¹¹⁷ diante de um crescente protagonismo

¹¹⁵ Sobre o enfoque jurídico da doutrina da proteção integral da criança, ver KANTHACK, Elizabeth Dias. *O direito à educação: o real, o possível e o necessário – a doutrina da proteção integral*. Tese de Doutorado em Direito. PUC-SP. 2007. 91p. e DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito à educação: uma questão de justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 273-375.

¹¹⁶ MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. 2007. pp.1-25. p. 10. Para Maia este é mesmo o primeiro sentido da concepção neoconstitucional do sistema jurídico atual.

¹¹⁷ As origens históricas da teoria da separação dos poderes remontam à Idade Antiga e ao Medievo. Aristóteles, por exemplo, preocupado com a concentração do poder nas mãos de um só indivíduo, dizia ter o Estado três partes constitutivas, quais sejam, o corpo deliberativo (ou assembleia geral), os magistrados e os juízes. Marsílio de Pádua, na obra “*Defensor Pacis*”, estabelece a distinção entre o executivo e o legislativo, onde o povo seria o primeiro legislador e ao príncipe caberia a função executiva. Em Maquiavel, encontramos informações sobre a

judiciário, em especial das Cortes Constitucionais. Assim, como há uma relação entre as trajetórias do Estado, do Direito e do tipo de constitucionalismo que produzem, como visto no capítulo 2, a transformação destes dois elementos implica, por conseguinte, uma rearticulação do papel do Poder Judiciário.¹¹⁸

As características do sistema de tribunais do medievo são a desorganização e a insegurança, com uma complicada organização, inerente à pluralidade jurisdicional do Antigo Regime, que dava origem a intermináveis conflitos de competência¹¹⁹, pois, já na Idade Média, os soberanos haviam percebido que a justiça não era só uma fonte de rendimentos (pois os juízes do medievo foram utilizados, muitas vezes, como cobradores de rendas), mas também uma forma de afirmar a autoridade e de aumentar o poder do rei. Por essa razão, diz Antonio Hespanha, as instituições judiciais permanentes desenvolveram-se quase tão cedo quanto as instituições financeiras. Com a derrocada do absolutismo, era necessário garantir que o povo pudesse escolher seus governantes, porém, com a garantia de que estes não acabariam abusando do poder, desprezando, ao final, a vontade daqueles que os elegeram. Por outro lado,

existência, na França do século XVI, da divisão dos poderes em legislativo (Parlamento), em executivo (Rei) e em um judiciário independente. Com Bodin, Sulift e Bolingbroke, tem-se a percepção da ideia de poderes contrabalançados no interior do ordenamento estatal. Veja em BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1983; PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989, parte I, capítulos 1 a 4; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983. p. 54-72; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 16 .ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 181-188.

¹¹⁸ Sobre o papel do poder judiciário no Estado Democrático ver PIRES JUNIOR, Paulo Abrão. *O poder judiciário em busca do Estado Democrático de Direito: crise (diagnóstico e versões) e transição paradigmática*. Dissertação de Mestrado. Unisinos, 2000. *passim*.

¹¹⁹ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2 .ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 165. Com o aparecimento do Estado Moderno como símbolo de uma unidade política, estável e contínua, nada mais natural, com diz STRAYER que se “fizessem esforços no sentido de criar instituições judiciais, para consolidar a segurança interna, e instituições financeiras capazes de fornecer os rendimentos necessários para a defesa contra inimigos externos”. STRAYER, Joseph. *As origens medievais do Estado Moderno*. Trad. Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Gradiva, 1969. p. 23; 34-36. Percebe-se que, num sentido absolutista, a transformação simbolizada no movimento de concentração do poder nas mãos do monarca em detrimento da Igreja, da nobreza e dos barões feudais envolveu, principalmente, o progressivo controle da aplicação da justiça, tirando-o das mãos da Igreja e dos feudos, a ampliação da taxaço e a monopolização do recrutamento militar. Foram três processos interligados, pois o controle do aparato judicial era importante para a arrecadação de impostos, e estes eram indispensáveis à manutenção das burocracias civil e militar, que, por sua vez, reforçavam o poder de controle de taxaço Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Elites Políticas e construção do Estado*. In: _____. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Campus, s/d. pp. 23-40., p. 25; BENDIX, Reinhard. *Construção Nacional e cidadania: estudos de nossa ordem social em mudança*. Trad. Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: EDUSP, 1996. p. 83 e ss.

não poderia ser o poder dos governantes de tal forma enfraquecido, sendo necessário também assegurar a eficiência do governo.

A solução que conjugasse ambas as aspirações, liberdade individual e eficiência do governo, foi encontrada por Montesquieu, quando da sistematização de sua teoria da separação dos poderes, na qual, distribuindo as funções governamentais entre os três órgãos do governo, manteve o equilíbrio entre os mesmos, dificultando o abuso do poder por parte de qualquer destes órgãos que ficavam cerceados por eles mesmos, assegurando, por outro lado, a tranquilidade dos cidadãos contra a ação tirânica do Estado. “O príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo (o poder executivo), faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro (o judiciário), pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos”.¹²⁰ O poder de julgar, para Montesquieu, não cabe a um senado em caráter permanente, mas a pessoas emanadas do povo, “num certo período do ano, de modo prescrito por lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Desta maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, (...) torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”, e, desvinculado de qualquer assunto ou profissão, torna-se impessoal¹²¹. Montesquieu dizia que os juízes de uma nação não são mais que “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.¹²²

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, “a teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção mono-hierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito”. Em seguida, ressalta que “o

¹²⁰ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Livro XI, Caps. IV-VI. p. 149.

¹²¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Livro XI, Caps. IV-VI. p. 149.

¹²² MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Livro XI, Caps. IV-VI. p. 152.

princípio não era de separação de poderes, mas de inibição de um pelo outro de forma recíproca; no exercício desta função, dos três, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política”¹²³. É com este sentido que a teoria da separação dos poderes foi consagrada em quase todas as Constituições do mundo, dando origem ao “sistema de freios e contrapesos” (doutrina dos *checks and balances*), no qual Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes entre si, desenvolvem funções específicas através de órgãos especializados e buscam, conjuntamente, a realização dos objetivos do governo. Assim, o Judiciário era, no Estado Absolutista, um mero funcionário de Estado, passando, no Estado burguês de Direito, a ser uma expressão originária do poder estatal, pois tem o poder de julgar contenciosamente os litígios. Porém, uma das peças fundamentais do Estado Liberal de Direito sempre foi a da neutralidade do Judiciário, simbolizando a atividade jurisdicional, guiada superiormente pela lei (abstrata e geral), como um processo de subsunção do fato à norma, que foi acompanhada de uma desvinculação progressiva que iria sofrer o direito de suas bases sociais. Só assim ficava assegurado o valor da segurança jurídica¹²⁴. O Poder Judiciário foi concebido sob a perspectiva de um direito pretensamente completo, coerente e hierárquico. Aos juízes caberia um simples raciocínio silogístico¹²⁵, cuja premissa maior, universal, está constituída pelo enunciado da lei; a premissa menor, particular, pelo enunciado dos fatos, do qual se infere como conclusão um enunciado que aplica ao descrito na premissa menor a qualificação jurídica contida na maior. Dessa forma, com a força lógica do silogismo se afiançava a ideia de que a atividade jurisdicional não constituía obstáculo para a realização dos ideais de certeza e segurança jurídica¹²⁶.

¹²³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, mar., abr., maio. 1994. p. 14.

¹²⁴ FERRAZ JUNIOR. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP*, n. 21, p. 12-21, mar., abr., maio. 1994. p. 15 e ss. Importante notar que, no Estado Social, a função do Judiciário se transforma mais ainda, tendendo a uma desneutralização deste poder.

¹²⁵ Sobre a relação do direito com a lógica formal matemática escreve Chaïm PERELMAN: “...se assim fosse, se houvesse, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que pareceria tão evidente a todo ser dotada de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, não seria de modo algum necessário designar juízes para dizer o direito”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 515-516

¹²⁶ Cf. RAMÓN CAPELLA, Juan. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho e del estado*. Madrid: Trotta, 1997. p. 145.

No Estado Liberal, as tensões sociais deslocam-se para o Poder Legislativo¹²⁷, responsável em enunciar positivamente os direitos e as liberdades civis. Para concretizarem seus propósitos de não intervenção do Estado na sociedade, lança-se mão de recursos legislativos para contê-lo, conforme as ideias de Locke, que considerava que, em um Estado constituído, somente poderia existir um poder supremo – o poder legislativo – ao qual tudo mais deveria ficar subordinado. O papel do Poder Judiciário é o de conservar o *status quo* existente por meio da aplicação crua das deliberações de um poder mais relevante, que é o poder legislativo, de onde emana a “vontade popular”. Sua tarefa, na modernidade, é a de controlar os conflitos, decidindo os litígios. No Estado Liberal burguês, a justiça formal e racional vale como garantia de liberdade, e essa liberdade, garantida pelo direito formal e racional, é a liberdade econômica, como lembra Norberto Bobbio¹²⁸.

¹²⁷ Esta leitura de que no Estado Liberal as tensões se deslocam para o legislativo faz diferença com o esquema consagrado de T.H. MARSHALL que estabelece a seguinte tipologia tripartite de direitos (ou três conceitos de cidadania): em primeiro lugar os direitos civis (liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade, a concluir contratos válidos e o direito à justiça) que surgiram no século XVIII; os direitos políticos, em seguida, na segunda metade do século XIX e, enfim, os direitos sociais no século XX. Para Marshall, a cada um destes direitos corresponde uma instituição pública: os tribunais para salvaguardar os direitos civis, o parlamento para os direitos políticos e os sistema educacional e serviços sociais para os direitos sociais (correspondendo ao executivo). A diferença ocorre porque aqui parte-se da evolução do Estado e do Direito à luz de suas condicionantes históricas e no que cabe ao período compreendido nos séculos XVIII e XIX sintetizamos no tipo de Estado Liberal, correspondendo-o aos direitos civis e políticos. Quanto à instituição prevalente aponta-se o legislativo e não o judiciário, haja vista que a teoria clássica e liberal da separação de poderes aponta o Judiciário como um poder nulo ou menos importante (ver citações anteriores de Locke e Montesquieu). Isso não tira a correção de Marshall, haja vista que o mesmo descreve a evolução dos direitos na Inglaterra, partindo do ponto de vista do sistema da *common law*, no qual cabe aos tribunais a salvaguarda dos direitos de liberdade, enquanto que no direito continental as manifestações mais relevantes de garantia destes direitos foram as declarações de direitos. Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63-64.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. Teoria do Estado e do Poder. In: *Ensaio escolhidos*. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Editora C.H. Chardim, 1980. p. 157-184. p. 181. No Estado Liberal, a atividade judicial é concebida, como bem detecta José Eduardo Faria “como simples administração da lei por uma instituição tida como ‘neutra’, ‘imparcial’ e ‘objetiva’, ficando o intérprete/aplicador convertido num mero técnico do direito positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão e a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo técnico, isto é, sem preferências valorativas e imune às paixões políticas, o juiz não se limita a atuar tendo em vista apenas a consecução das garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo/paradigma liberal burguês do Estado de Direito; ele também desempenha o papel profissional ‘competente’ na integração dos atores considerados ‘disfuncionais’ da vida social. Sua neutralidade e sua imparcialidade, conjugadas com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma concepção passiva de instituição judicial”. FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos*,

Toda esta visão do papel do Poder Judiciário na organização social do Estado Liberal leva a crer que, na verdade, o Judiciário não era propriamente um poder, mas, um aparato do Estado, um serviço público, composto por um corpo de funcionários especiais sem qualquer soberania. Isso pode ser sustentado porque, na França, como lembra José Reinaldo de Lima Lopes¹²⁹, o poder soberano era considerado aquele proveniente do povo pelas eleições. Assim é que o Judiciário não é poder soberano, é corpo especial de funcionários, com suas garantias funcionais, não sendo um poder soberano, porque não era submetido ao voto dos cidadãos. O Poder Judiciário foi preparado, formalmente, para resolver aqueles típicos conflitos emergentes na sociedade capitalista e liberal, conflitos de natureza interindividual, em outros termos, limitados à microlitigiosidade individual, um poder à margem dos grandes debates e das grandes lutas políticas sobre o modelo ou padrão de justiça distributiva, um poder neutro que passa a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantir que a produção legislativa destes chegasse aos cidadãos “sem distorções”¹³⁰.

No Estado Social, que se caracteriza como um Estado em que prevalecem os direitos econômicos e sociais, direitos que se referem a uma prestação positiva do Estado, as tensões sociais se dirigem essencialmente para o Poder Executivo, que recepciona a responsabilidade em implementar as políticas públicas sociais. A presença do Estado no domínio econômico confere à ordem jurídica um caráter indisfarçavelmente político. Os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade, já que o modelo jurídico do Estado Social é promocional¹³¹. Só que, para regular uma sociedade

desafios e alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. p. 29-30. Para Ovídio Baptista: O juiz é o oráculo da soberania, e, através dele profere o julgamento, é uma carreira burocrática, com função estreita, mecânica e sem criatividade, reduzindo-se à mera aplicação do texto legal. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-germânica*. São Paulo: RT, 1997p. 104-105.

¹²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. A função política do Poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 123-144. p. 135. Lembra o autor que nos EUA, a Suprema Corte é nitidamente um poder do Estado: mas isto provém mais da prática política daquele tribunal, firmada a partir da presidência do juiz Marshall. A corte está inserida com muita clareza no contexto político.

¹³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 30, a. 11, p. 29-62, fev. 1996. p. 33.

¹³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 30-51. p. 47.

cada vez mais complexa e plural, a estratégia da legislação detalhada vai ceder à edição de leis genéricas, com conceitos abertos e abstratos (não-técnicos). Expressões como bem comum, função social da propriedade, justa causa, interesse nacional vão se tornar comuns para que a previsão legal alcance todos os casos possíveis. Ou seja, para atender às demandas desta nova sociedade, no Estado Social de Direito, as normas ficam mais genéricas para poder ter alcance a todos os fatos. Com isso, fortalece-se, ainda mais, o papel da Constituição. Já no Estado Social, os conflitos perante o Poder Judiciário se revelarão politizados, pois estes conceitos genéricos serão ideologizados quando interpretados (em verdade, tanto pelo Poder Judiciário quanto pela burocracia estatal), superando a visão de que a aplicação do direito seja possível por raciocínios silogísticos. A consequência é que os juízes cumprirão um papel cada vez mais relevante. É por isso que, no Estado Social, aflora-se o papel político do Poder Judiciário. Este papel será reforçado com a elevação de conflitos que ensejam controle de constitucionalidade sobre os demais poderes. E, sendo assim, passa a ser o intérprete último da Constituição.

Neste sentido, posiciona-se Ferraz Júnior sobre o fato de que a função do Poder Judiciário é alterada no Estado Social na medida em que os direitos sociais têm um sentido não só normativo como promocional e prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Afirma:

Isto altera a função do poder Judiciário, ao qual, perante eles (os direitos sociais) ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).

(...)

A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social.¹³²

Todas estas questões sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Social estarão presentes no Estado Democrático de Direito, com um elemento

¹³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. *Revista USP*, n. 21, pp. 12-21, mar., abr., maio. 1994..., pp.18 e 19. Lembra o autor que este reconhecimento público do judiciário é acompanhado de uma exposição à crítica pública também.

teleológico a mais, como vimos anteriormente: a busca da igualdade e de um papel transformador para o direito. No Estado Democrático de Direito ou Estado Social e Democrático de Direito as tensões sociais voltam-se ainda mais para o Poder Judiciário, em primeiro lugar, porque nele a participação popular é condição *sine qua non*, e, com a democratização, o Judiciário passa a compor a arena pública onde o cidadão reivindica o reconhecimento de seus direitos fundamentais. Uma objeção comum à participação do judiciário na proteção aos direitos sociais é de natureza formal: a ideia de que o objeto da maioria dos direitos sociais são muito imprecisos e de que o Judiciário não tem meios jurídicos para determinar o conteúdo e a estrutura destes direitos. Não havendo como chegar com meios especificamente jurídicos a uma determinação específica e exata do conteúdo, então a decisão acerca do conteúdo dos direitos sociais é assunto de política, isto significa que esta decisão, a partir do princípio da separação de poderes é do legislador legitimado pelo povo.

A resposta a este argumento formal é fornecida por Alexy¹³³, dizendo, enfaticamente, que a imprecisão não ocorre apenas com os direitos fundamentais sociais, mas também com os direitos fundamentais de liberdade: “las dificultades en la determinación del contenido exacto de derechos, al igual que la precisión de un concepto muy impreciso, no son algo insólito en la jurisprudencia y en la ciencia del derecho”.

É Fábio Konder Comparato¹³⁴ que nos trará exemplos para enriquecer o debate. Um deles, sobre a indeterminação do objeto de um direito fundamental de liberdade, é o do direito à intimidade (art. 5º, X). Qual alcance deste direito? Ele compreende, por exemplo, o segredo das contas bancárias?

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 490 e 495.

¹³⁴ COMPARATO. A nova cidadania. *Lua Nova*, n. 28/29, p. 85-106. 1993. p. 94. O autor, a exemplo do mandado de injunção (art. 5º, LXXI) que visa corrigir situações de carência normativa, falta de lei ou decreto e que o autor julga insuficiente para pretensões relativas aos direitos sociais, pois a concretização destes pressupõe a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental e não apenas a regulação normativa, chega a defender a instituição do **mandado de garantia social** proposto por Paulo Lopo Saraiva, que “destinado a fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventiva ou repressivamente, os direitos sociais previstos explícita ou implicitamente na Constituição Federal, contra atitudes ativas ou omissivas do Poder Público ou de particulares, para as quais não exista remédio próprio”.

No que tange à alegada invasão no campo da competência dos outros poderes, Comparato argumenta que a competência, para a aprovação de políticas públicas, é e continua sendo, conjuntamente, do governo e do parlamento, afirma, ainda, que

a eventual intervenção do Judiciário, no sentido de tornar efetivo um direito social não significa que teria havido uma transferência inconstitucional de competência, mas sim que o Judiciário está sancionando uma omissão inconstitucional por parte dos demais poderes. Já se consagrou, de resto, em alguns sistemas constitucionais contemporâneos, entre os quais o nosso, a sanção judiciária para a inconstitucionalidade por omissão.

No que tange à invasão da competência financeira do parlamento, indaga o jurista brasileiro:

a existência de direitos subjetivos públicos, com a conseqüente pretensão a prestações de natureza patrimonial por parte do Estado, não depende, minimamente, da prévia solução do problema financeiro. Por acaso os juízes podem se recusar a garantir aos desapropriados a indenização a quem fazem jus, sob o pretexto de que a lei orçamentária não contempla previsão de verbas para tanto?

Porém, a partir destes argumentos, não se pretende, simplesmente, transparecer a ideia de que o Poder Judiciário deva ser um poder onipotente. Não é este o caso.

Como lembra José Reinaldo de Lima Lopes, a implementação de direitos sociais, via serviços públicos, exige receita para custeio, pessoal, material para execução, processos de licitação (se for o caso), policiamento, fiscalização, desapropriação, regulações administrativas, enfim, questões que vão além da capacidade interventora do Judiciário. Os limites do Judiciário estão presentes nos limites da coisa julgada (o valor de determinadas decisões não pode ultrapassar determinadas pessoas ou determinadas regiões), no contraditório bilateral (na medida em que o Judiciário foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e bilaterais, onde há um jogo de soma-zero), na inércia institucional (só age quando acionado), no precedente, na tradição e na cultura (a introdução de novas categorias são lentas, a necessidade de se apelar a uma regra cronológica anterior transforma o Judiciário em reduto da tradição e conservação do estado das coisas) e no aparelhamento insuficiente (incapacidade de obter informações

técnicas que vão além dos limites materialmente impostos nas organizações dos tribunais)¹³⁵.

Mas, como bem lembra Lopes, esta visão tem duas vantagens: a primeira é o fato de o Judiciário converter-se numa arena de discussão em que as partes podem racionalizar seus interesses e sua concepção ético-jurídica; a segunda, o fato de que os bloqueios institucionais, eventualmente criados por demandas judiciais, têm a capacidade de explicar conflitos sociais básicos e, por isso, o Judiciário dá visibilidade aos problemas¹³⁶.

Esta questão é importante para o Poder Judiciário, porque este vivencia uma situação dilemática: assegura-se e dá guarda jurisdicional aos direitos sociais, ou seja, aceita sua cota-parte de responsabilidade política na atuação promocional do Estado, corre o risco de entrar em competição com os outros poderes e receber pressões de controle externo, nomeação de juízes para os tribunais superiores, controle dos órgãos do Poder Judiciário e gestão orçamentária. Se o Judiciário se mantém dentro do padrão clássico liberal, isto é, passivo, corre o risco de tornar-se irrelevante para a população e dependente dos demais poderes¹³⁷.

Por mais desafiador ou complicado que pareça, este novo papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito pode ser resumido numa assertiva muito simples: sendo o Judiciário um **poder** do Estado Democrático de Direito, tem o mesmo a responsabilidade com os objetivos fundamentais da República, no caso brasileiro, descritos no art. 3º: I – garantir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e IV – promover o

¹³⁵ LOPES, José Reinaldo de. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, mar., abr., maio. 1994. p. 32 e 33. Como defende o autor, o que está em jogo é a questão da justiça distributiva, que diz respeito à alocação ou apropriação individual de recursos comuns. Os temas que têm chegado ao Poder Judiciário são predominantemente de natureza distributiva: direito à participação dos pobres no fundo econômico comum (socialmente produzido, mesmo que por meio da propriedade privada), direitos à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (direito à não-discriminação racial, religiosa, política, sexual), direitos à defesa do patrimônio comum da humanidade, como história, ecologia, cultura.

¹³⁶ LOPES, José Reinaldo de. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, mar., abr., maio. 1994. p. 33.

¹³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 30, a. 11, p. 29-62, fev. 1996p. 35.

bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Estado Democrático de Direito, além das suas funções usuais, o Poder Judiciário passa a integrar o circuito de negociação política: “garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva”, como defende Campilongo¹³⁸. Se um órgão jurisdicional pode, em última, instância, interpretar a Constituição, sua tarefa é constitutiva do direito, e sua tarefa também é soberana¹³⁹.

O mesmo pensa Streck, defendendo que, diante da inércia do Executivo e da falta de atuação do Legislativo, as políticas públicas passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição, que estabeleceu o Estado Democrático de Direito, lembrando que

é evidente que não se pode pretender que o Judiciário passe a ditar políticas públicas lato sensu ou que passe a exercer funções executivas e nem a Constituição – com todo o aparato jurídico colocado à disposição do Ministério Público e do Judiciário – permitiria tal situação. Basicamente, a mudança de postura dos operadores jurídicos, agindo em várias áreas de políticas públicas deixadas ao largo pelo Poder Executivo, já por si só provoca(ria) discussões que leva(ria)m os Poderes Legislativo e Executivo à reformulação de suas linhas de atuação, mormente no que concerne às prioridades orçamentárias. Ou seja, o Direito, nessa linha, passa(ria) a ser utilizado não como instrumento de redução de complexidades ou reprodução de uma dada realidade, e sim, como mecanismo de transformação da sociedade”.¹⁴⁰

É no Estado Democrático de Direito que o Tribunal Constitucional assume, como lembra Guerra Filho¹⁴¹, “funções judicantes e também,

¹³⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 30-51. p. 49.

¹³⁹ LOPES. Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, n. 21, p. 22-33, mar., abr., maio. 1994. p.26

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 40 e 41.

¹⁴¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 80.

explicitamente, políticas, para servir de árbitro das grandes questões sociais, a serem resolvidas num sentido que realize o comando superior da Constituição”. Na sujeição do juiz à Constituição, diz Ferrajoli, no seu papel de garantia dos direitos fundamentais, encontra-se o fundamento principal da legitimidade do Poder Judiciário frente ao Legislativo e Executivo, “é uma legitimação democrática, que os juízes recebem de sua função de garantias dos direitos fundamentais, sobre os quais se baseia aquilo a que podemos chamar democracia substancial”¹⁴².

Além das funções políticas que o Judiciário já havia adquirido com o Estado Social, juntaram-se as funções de corresponsabilidade na construção do regime democrático¹⁴³, ao lado dos outros dois poderes, porém, com a característica de se implementar uma transformação na realidade social.

Um exemplo concreto deste alargamento da função judicial está realmente na judicialização dos direitos sociais. E, no Brasil, o que potencializou esta judicialização, sede constitucional, foi a própria jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, que, a partir da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.45, anunciou a “função política da jurisdição constitucional” e habilitou o uso de ADPF como ação idônea a viabilizar para a concretização das políticas públicas previstas no texto da Constituição que sejam descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias de comando constitucional.

Todo este deslocamento de atenções para o poder judiciário acaba por inaugurar necessárias e devidas reflexões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e, claro, dos fundamentos do controle de constitucionalidade, da proeminência do ativismo judicial e da importância da hermenêutica constitucional¹⁴⁴. Embora não exista nenhuma contradição

¹⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 98.

¹⁴³ A tese do deslocamento das tensões para o Judiciário parece ser o posicionamento de APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Safe, 1998. p. 172. .

¹⁴⁴ Para o debate sobre a legitimidade democrática de a jurisdição constitucional ver: BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50 e ss. Também: BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, 2009. (prelo). E sobre a ampliação dos poderes

fundamental e nenhuma conexão necessária entre o exercício da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade com a democracia, há mais argumentos a favor do que argumentos contra a jurisdição constitucional¹⁴⁵.

A previsão de normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação está ao meio de todo este novo contexto constitucional. É possível até mesmo cogitar que, não existindo tais previsões com dignidade constitucional e somente em legislação infraconstitucional, avocasse-se algum princípio constitucional para que, na alçada da jurisdição constitucional o tema pudesse ser constitucionalizado. Em tempos de jurisdição constitucional progressiva, quase nada está fora do alcance dos Tribunais Constitucionais.

O que ocorre, portanto, é que a positivação das normas constitucionais de vinculações de recursos para a educação insere-se em uma reconfiguração da função judicial e da ampliação da jurisdição constitucional no Estado Democrático, o que, por si, tem configurado em um cenário de judicialização da política.

Por último, resta avaliar como as vinculações estabelecem interfaces com o sistema federativo.

4.4

As vinculações de recursos para a educação e a federação

Em uma nação de vasto território e com forte tradição de centralização do poder na esfera do governo federal, o princípio federativo tem especial importância para a democracia e para a limitação do poder central, favorecendo os espaços de autonomia dos indivíduos e coletividades locais, o que gera um efeito saudável de aproximação entre os cidadãos e seus representantes locais na participação nos negócios públicos¹⁴⁶.

do Supremo Tribunal Federal no Brasil ver VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*, *Revista de Direito do Estado*, a. 3, n. 12, p. 55-75, out./dez. 2008.

¹⁴⁵ Para este debate ver GRIMM, Dieter. *Jurisdição constitucional e democracia*. *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 4, p. 3-22, out./dez. 2006. p. 6.

¹⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 241.

É preciso dizer, contudo, que uma estrutura estatal descentralizada, por si só, não garante uma dinâmica democrática. O Estado brasileiro, em muitos períodos – como, por exemplo, ao longo da República Velha – vivenciou a realidade de uma estrutura estatal descentralizada, sem que isso tenha significado a instauração de processos de democratização das relações em sociedade. No entanto, não há como negar o fato de que, em estruturas descentralizadas, há uma propensão ao desenvolvimento de práticas mais democráticas.

Nesse sentido, importa destacar a afirmação de Dalmo de Abreu Dallari, ao comentar a relação entre democracia, federação e alianças oligárquicas, de que a organização federativa pode ser a garantia de um sistema democrático na medida em que cria a necessidade de uma pluralidade de centros de poder político. Porém, a aliança de oligarquias, como no caso brasileiro, pode representar um risco, uma vez que gera a ilusão de democracia e se apoia, rigorosamente, nos princípios e na mecânica do federalismo. Há uma grande quantidade de grupos e famílias que exercem a dominação política, econômica e social no interior dos Estados-membros e que cumprem as formalidades democráticas, como eleições com sufrágio universal e voto secreto. Entretanto, todos estes protocolos ocorrem sob a vigilância e o controle de pequenos grupos que dominam a política local¹⁴⁷.

Contudo, essa situação não implica afirmar que o federalismo seja inconveniente para a democracia, ou que sirva apenas para acobertar oligarquias. Na realidade, a forma federativa pode ser um instrumento importante na construção e manutenção de um sistema democrático e, apenas pelo fato de ser incompatível com regimes ditatoriais, já faz do federalismo um sistema recomendável¹⁴⁸.

A tendência descentralizadora consolida-se, no Brasil, com a Constituição de 1988. Fruto, em boa parte, de uma reação à centralização que dominou o período ditatorial anterior. Assim o movimento de redemocratização incorpora às suas reivindicações o aumento de poder e autonomia aos entes subnacionais, ao lado do fortalecimento de outros poderes (Legislativo e Judiciário). É possível afirmar, diante desse cenário, que o problema da centralização do poder no Brasil, ora na esfera da União, ora na esfera dos

¹⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 75.

¹⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. p. 75.

Estados-membros, foi em parte resolvido pela Constituição Federal de 1988, que redefiniu o papel da União, Estados e Municípios, redistribuindo, por conseguinte, as receitas destinadas a cada uma dessas instâncias, na tentativa de melhorar a capacidade financeira dos dois últimos e de evitar a centralização do poder na União.

No entanto, a consolidação de um sistema descentralizado tem sido um caminho tormentoso, por vezes, confuso e conflituoso, no qual, percebe-se a ocorrência de medidas de re-centralização (vide o crescimento recente da arrecadação federal, via contribuições que não se repartem com os demais entes federados, e a lei de responsabilidade fiscal que retira autonomia das esferas subnacionais); e outras de aperfeiçoamento da descentralização, que reconfiguram as relações intergovernamentais (caso do FUNDEB).

Especificamente quanto a essa questão das subvinculações, há uma crítica de que a política dos “fundos”, tal qual o FUNDEF e o FUNDEB, implicaria uma espécie de desequilíbrio federativo, na medida em que a União deslocaria para as outras esferas federativas a sua corresponsabilidade na efetividade do direito à educação. Nesta linha de pensamento, o FUNDEF e o FUNDEB não teriam passado de uma competente estratégia de governo para transferir aos Municípios responsabilidades até então da União e dos Estados, pois, afinal, o FUNDEF teria sido apenas uma redistribuição de recursos que já pertenceriam aos próprios entes federados, agora, obrigados a aplicá-los segundo uma orientação federal. Ocorre que essa é uma questão de organização federativa da política de financiamento e a reestruturação do sistema tributário brasileiro ancorado, de um lado, pela divisão das competências tributárias e, de outro lado, pela repartição das receitas tributárias que tem uma relevância ímpar para o financiamento da educação¹⁴⁹.

O que é preciso perceber é que o debate das subvinculações, no modelo dos “fundos educacionais”, não pertence a uma lógica federativa tradicional, mas a uma concepção contemporânea de organização estatal identificada com um modelo de federalismo cooperativo. Esse modelo federativo tem sua origem na crise do Estado Liberal e na tentativa de estabelecimento de uma nova concepção de pacto federativo que propiciasse a consolidação de um Estado mais

¹⁴⁹ Ver sobre isto em MONLEVADE, João. *Educação pública no Brasil: contos & descontos*. 2. ed. Ceilândia: Idéa Editora, 2001. p. 75.

intervencionista. Assim, nos EUA, por exemplo, que se configura como a primeira grande nação federativa da modernidade, implementou um modelo cooperativo após a crise de 1929 a partir do advento das políticas do *New Deal*. Como bem observou Bernard Schwartz,

a doutrina do **laissez-faire**, na qual se baseou o funcionamento da autoridade governamental nos Estados Unidos desde a fundação da República, mostrou-se inadequada para atender aos problemas apresentados pela grande depressão econômica iniciada em 1929 [...] O **New Deal** da Administração Roosevelt significou a própria negação do **laissez-faire**. O **New Deal** envolveu um grau de controle governamental da parte de Washington muito maior do que qualquer outro tentado antes no sistema americano¹⁵⁰.

Nesses termos, uma estrutura estatal exclusivamente dicotômica como a do federalismo clássico inviabiliza a administração da crise e as iniciativas de intervenção estatal, ao contrário do modelo cooperativo que busca uma integração entre os entes federativos para a resolução dos problemas comuns. De acordo com Roberta Camineiro Baggio, a denominação desse modelo federativo justifica-se pelo fato de que tem “[...] como sua maior característica, a cooperação entre as esferas de poder, principalmente na ajuda financeira dada pelo governo federal aos Estados-membros para o desenvolvimento de programas de combate à pobreza”¹⁵¹. Com efeito, Baracho confirma essa perspectiva ao reconhecer que no contexto do federalismo cooperativo “o executivo federal passa a efetuar vastos programas, aprovados pelo Congresso, com o intuito de intervir em diversos setores: discriminação racial, educação, luta contra a pobreza, renovação urbana, desemprego, assistência social e médica”¹⁵².

Na experiência federativa brasileira, o modelo cooperativo só se consolida com a Constituição Federal de 1988, quando de forma inovadora os municípios são alçados à categoria de entes federativos e a repartição das competências deixa de ser apenas dividida entre competências exclusivas e residuais, próprias da tradição federativa clássica, para adotar um sistema compartilhado. Para Raul Machado Horta, a CF/88 superou o dualismo do

¹⁵⁰ SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 31.

¹⁵¹ BAGGIO, Roberta Camineiro. *O federalismo na nova ordem global: perspectivas de reformulação da federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 44.

¹⁵² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 164.

federalismo clássico, fundado na não intervenção estatal e nas relações de justaposição entre os ordenamentos da União e dos Estados, para desenvolver, na repartição das competências, a competência comum, de caráter cooperativo, típico desse federalismo mais contemporâneo; e a competência concorrente, de natureza legislativa. A primeira, entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, a segunda, apenas entre União, Estados e Distrito Federal¹⁵³.

José Ribas Vieira sustenta que, em virtude das dificuldades existentes na atualidade para a conceituação do federalismo e em razão do processo vivenciado atualmente, o paradigma federação foi obrigado a assumir múltiplos aspectos políticos. Em consequência, o federalismo não se constrói e nem mais se diferencia por uma perspectiva de manter a unidade estatal na diferenciação. Pelo contrário, (...) a presença do poder local e a crise econômica no nível estatal resultaram em abalos importantes para a compreensão do sentido do modelo federativo¹⁵⁴.

Marta Arretche, que através de várias publicações tem defendido a Federação enquanto meio de preservação da democracia, é pontual ao afirmar que os “Estados federativos favorecem a existência de contrapesos não só entre os três poderes, mas principalmente ao exercício do poder pelo governo federal”¹⁵⁵. No mesmo sentido Márcia Miranda Soares discute “o sistema federal como resposta

¹⁵³ HORTA, Raul Machado. As novas tendências do Federalismo e seus reflexos na Constituição Brasileira. *In: Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 25, p. 14-25, jan/mar, 1999. p. 17.

¹⁵⁴ VIEIRA, José Ribas. Os pontos conflitivos no conceito de Federação. *In: Revista Ciências Sociais da Universidade Gama Filho*, Rio de Janeiro, vol. 03, n. I, p. 53-61, jun., 1997. p. 53. Dalmo de Abreu Dallari dedicou-se, em sua obra intitulada “O Estado Federal”, ao estudo do histórico básico das origens do federalismo, suas principais características e uma crítica em relação à influência exercida pelas oligarquias na Federação Brasileira DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986. Este assunto também é muito bem abordado por Renato Monseff Perissinoto, que traça a trajetória das oligarquias dominantes, demonstrando toda a influência exercida por elas na República Velha. PERISSINOTO, Renato Monseff. *Classes Dominantes e Hegemonia na República Velha*. São Paulo: UNICAMP, 1994.

¹⁵⁵ ARRETICHE, Marta T. S. Federação Brasileira: crise ou construção?. *In: Teoria e Debate*, São Paulo, n. 41, p. 21-26, jan/fev/mar, 1999. p. 26. Uma discussão plenamente plausível, por exemplo, é a de sustentar que a DRU na medida em que se permite desvincular recursos da União, mas não se criou a desvinculação de recursos para os Estados e Municípios firmam a ideia de federalismo fiscal, em possível confrontação entre União e demais entes federados.

democrática e a mais estável ao problema de constituição e manutenção de um Estado nacional marcado por heterogeneidades de base territorial”¹⁵⁶.

A questão de qual a melhor estrutura administrativa para o Brasil sempre foi alvo de muita controvérsia. Em um país com essas dimensões territoriais, uma das principais polêmicas é a centralização versus descentralização. No decorrer de sua história, apesar das reivindicações descentralizadoras terem tido êxito em alguns momentos, a tradição fez com que o pêndulo que oscila entre as duas formas federativas acabasse pendendo mais para a centralização. Com o fim do Império – marcadamente centralizador – a República consagra o movimento descentralizador imposto frente às perspectivas separatistas. Todavia, pode-se observar a relação entre maior centralização e períodos autoritários, e períodos de fortalecimento democrático com tendências descentralizadoras.

A descentralização, como prática administrativa, tem a sua eficiência e equidade determinadas pelas modalidades de descentralização da aplicação dos recursos. Estas podem ser: 1. Equalização de Despesas, mecanismo de repasse dos recursos aos governos subnacionais de acordo com os padrões básicos ou mínimos de qualidade dos serviços públicos; 2. Equalização de Recursos, mecanismo de repasse dos recursos de acordo com a capacidade fiscal local; 3. Síntese de Equalização de Despesas e Recursos, mecanismo que equilibra a subvenção, as necessidades e a capacidade fiscal. O FUNDEB é um exemplo de equalização de despesas e recursos.

Apesar das dificuldades, a descentralização fiscal tornou-se uma tendência crescente em todo mundo ao longo das duas últimas décadas. Essa tendência pode ser incluída no contexto das transformações do Estado a partir da crise do Estado Social e do impulsionamento do processo de globalização, que gerou a necessidade de adoção, por parte dos Estados, de estruturas mais céleres e eficientes. Nesses termos, encontra-se a afirmação de Roberta Camineiro Baggio de que

nas últimas décadas, a adoção do federalismo ou de algumas de suas principais características, como a descentralização e a autonomia de

¹⁵⁶ SOARES, Márcia Miranda. Federalismo, Democracia e Instituições Políticas. In: *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 137-63, 1998.

instâncias subnacionais, têm aumentado significativamente na maior parte dos países. Esta situação pode ser atribuída ao fato de que a nova ordem mundial globalizada imprimiu um ritmo de governo aos Estados-nação que não permite mais a prevalência das antigas formas rígidas e centralizadas dos Estados unitários. Mesmo em países que já possuíam um sistema federativo, como o Brasil e os EUA, é possível perceber uma nítida modificação desses sistemas, principalmente no tocante às relações intergovernamentais, visando adaptar os Estados ao processo de globalização.¹⁵⁷

Assim sendo, no contexto desse movimento, buscou-se a harmonia do gerenciamento da política fiscal e macroeconômica com a melhoria da prestação dos serviços públicos. A descentralização fiscal tornou-se uma característica recente do federalismo brasileiro, mas que já tem demonstrado resultados importantes na melhora da alocação de recursos públicos. Alguns trabalhos têm sido realizados, especialmente pelo corpo técnico do BNDES e do IPEA sobre a questão do federalismo fiscal¹⁵⁸.

O federalismo fiscal entendido como as “relações de distribuição de receitas e atribuições no regime federativo” ou, em outras palavras, a “distribuição das receitas públicas entre as unidades e esferas federativas visando a proporcionar condições de atender às demandas que lhe são exigidas”¹⁵⁹. Trata-se de um “desenho institucional que privilegia a descentralização – de atribuições e de receitas – às entidades subnacionais”¹⁶⁰.

Esta indispensável distribuição de receitas¹⁶¹ é feita por:

- a) repartição das competências tributárias próprias; e
- b) transferências intergovernamentais (constitucionais ou voluntárias).

¹⁵⁷ BAGGIO, Roberta Camineiro. *O federalismo na nova ordem global: perspectivas de reformulação da federação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 19.

¹⁵⁸ AFONSO, José Roberto (org.). *A federação em perspectiva*. São Paulo: FUNDAF, 1995. Do mesmo autor: Brasil: um caso à parte. Disponível em <http://www.federativo.bndes.gov.br>. Ver também REZENDE, Fernando. *Federalismo Fiscal: novo papel para estados e municípios*. Julho de 1997. (mimeo); CAMILO, Ronaldo & PIANCASTELLI, Marcelo. *Redistribuição do gasto público em democracias federativas: análise do caso brasileiro*. Brasília: IPEA, 2003; MENDES, Marcos José. *A eficácia de recursos no federalismo brasileiro: o caso do FUNDEF*. Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Luiz Guilherme. *Federalismo e guerra fiscal*. São Paulo: Pulsar, 2000. p. 28.

¹⁶⁰ GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Maurício (org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri: Manole. 2004. p. 17.

¹⁶¹ Atualmente o fluxo de recursos intergovernamentais gira em torno de 7,8% PIB (IBGE, 2002).

E a legitimação/justificação do federalismo fiscal passa por dois argumentos principais¹⁶²:

a) valor “participação” da comunidade local na política e na Administração Pública, uma vez que os administradores locais é que atuam como agentes das políticas públicas que afetam mais proximamente os cidadãos (descentralização);

b) eficiência alocativa, na medida em que determina um bem-estar social maior comparativamente à centralização fiscal. Trata-se do reconhecido teorema de Wallace Oates, que diz, no já referido trabalho denominado *Fiscal Federalism*, em 1972, sustenta que as atribuições – serviços públicos – devem ser conferidas à menor jurisdição que seja capaz de abranger as externalidades positivas e negativas geradas por aqueles serviços¹⁶³ (otimização de externalidades).

O federalismo fiscal cooperativo pressupõe que as responsabilidades de governos são compartilhadas e, às vezes, sobrepostas entre vários níveis de gestão, sendo, dessa maneira, tratados todos os entes federativos como sócios ou membros iguais dentro da federação¹⁶⁴.

O grande dilema é que, em nível local, enquanto a prestação de determinados bens (em tese) é mais bem atendida, a capacidade de gerar receitas é mais complexa e difícil. Surge o problema das externalidades (quando um ente federativo se desestimula a investir em áreas que não necessariamente trarão retorno no seu próprio território) e da regressividade tributária (em nível local, a pressão por menor carga tributária é maior por parte daqueles que possuem capacidade contributiva maior, diminuindo os recursos para investimentos e redistribuição de renda para a parcela da população com menor capacidade contributiva).

¹⁶² Para esta questão ver. GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Federalismo Fiscal*. Barueri: Manole, 2004. p. 18.

¹⁶³ OATES, Wallace. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace, 1972.

¹⁶⁴ ASENSIO, Miguel Ángel. *Federalismo Fiscal: fundamentos, análisis comparado y el caso argentino*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 28

Para combater estas situações difíceis e para dar uma maior eficiência alocativa da distribuição de receitas, temos a repartição das competências tributárias próprias de cada ente federado conjugado com o sistema de transferências¹⁶⁵ intergovernamentais vinculadas ou voluntárias.

A Constituição de 1988 privilegiou o processo de descentralização fiscal vinculado, baseado em transferências automáticas de recursos, associadas a critérios legalmente estabelecidos, ao invés da descentralização fiscal negociada, baseada na transferência de recursos, alicerçada em laços políticos, técnicos ou institucionais, evitando que os recursos dos fundos e políticas sociais passassem a ser utilizados como moeda de troca de clientelismo e da corrupção¹⁶⁶.

Além desta vantagem ética, as transferências constitucionais vinculadas configuram um forte alicerce do financiamento das políticas sociais (em especial, da educação) dos Estados e Municípios mais pobres com uma baixa capacidade de alavancar recursos próprios, que veem nas transferências uma possibilidade de elevação de seus indicadores sociais. Por isso que a vinculação das receitas tributária à educação é uma das formas de consecução deste federalismo cooperativo e pode ser considerada como um dos marcos do constitucionalismo social do Brasil¹⁶⁷, inaugurado a partir da Constituição de 1934.

O FUNDEF, enquanto subvinculação, propiciou as duas vantagens perseguidas pelo federalismo fiscal, tais como:

a) valor “participação” da comunidade local na política e na Administração Pública, uma vez que os administradores locais é que atuam como agentes das políticas públicas que afetam mais proximamente os cidadãos (descentralização). Vale registrar que, para Marcos José Mendes¹⁶⁸, o estabelecimento desse fundo facilitou a municipalização do ensino fundamental –

¹⁶⁵ As transferências constitucionais, que tenham como base os impostos, constituem-se em repasses de parte determinada da receita de tributos, de um ente da Federação para outro, ou a fundos específicos, garantindo o pacto federativo entre as três esferas governamentais.

¹⁶⁶ MEDICI, André César e MACIEL, Marco Cícero. *A Dinâmica do Gasto Social em Três Esferas de Governo: 1980-92*. Disponível em: <http://publicacoes.fundap.sp.gov.br/Federalismo/fed4.htm#1>.

¹⁶⁷ SENA, Paulo. *O financiamento da educação básica no plano nacional de educação (lei 10172/2001)*. Câmara dos Deputados. 2003. p. 4.

¹⁶⁸ MENDES, Marcos José. Descentralização do ensino fundamental: avaliação de resultados do FUNDEF. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, n. 24, dez. 2001, p. 27-51.

serviço público cujas características recomendam uma administração da forma mais descentralizada possível. Não é trivial administrar, de maneira centralizada, um grande número de escolas dispersas por todo o país. Pode haver ganhos significativos de qualidade, quando a gerência descentralizada permite o envolvimento dos pais na administração das escolas.

b) eficiência alocativa, na medida em que determina um bem-estar social maior comparativamente à centralização fiscal, já que as atribuições – serviços públicos – devem ser conferidas à menor jurisdição que seja capaz de abranger as externalidades positivas e negativas geradas por aqueles serviços¹⁶⁹ (otimização de externalidades).

Para Marcos José Mendes¹⁷⁰ com o estabelecimento do FUNDEF, por exemplo, cada Município e cada Estado precisavam financiar as despesas com educação a partir das próprias disponibilidades de recursos. Municípios e Estados com boa arrecadação podiam gastar mais com o ensino fundamental, ao passo que aqueles com menor arrecadação não dispunham de verba suficiente para financiar um ensino de qualidade. Com o fundo, a disponibilidade de recursos ficou associada ao número de alunos e não mais à capacidade financeira local, o que tanto permitiu elevar a qualidade da educação nos locais de menor disponibilidade de recursos, como também estimulou os Municípios a levar, para a escola, crianças que antes não a frequentavam.

Deste modo, enquanto as vinculações cumprem o papel crucial e balizador de assegurarem a disponibilidade de recursos para a educação, compondo-se complementarmente de recursos dos fundos de participação dos estados e municípios (o que já significará um viés redistributivo), as subvinculações operam no plano da alocação e distribuição dos recursos na perspectiva da descentralização administrativa em regime de cooperação, ou seja, na construção de um efetivo sistema federativo cooperativo para o Brasil.

¹⁶⁹ OATES, Wallace. *Fiscal Federalism*. New York: Harcourt Brace, 1972.

¹⁷⁰ MENDES, Marcos José. Descentralização do ensino fundamental: avaliação de resultados do FUNDEF. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, n. 24, dez. 2001, p. 27-51. MENDES, Marcos José. *A eficácia de recursos no federalismo brasileiro: o caso do FUNDEF*. Brasília: ESAF, 2002. Disponível em: <http://www.federativo.bndes.gov.br>. p. 20.