

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação



Nem um passo atrás:

**o direito fundamental social à educação no âmbito da União Federal frente ao
Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016**

Laerte Radtke Karnopp

Pelotas, 2020

Laerte Radtke Karnopp

Nem um passo atrás:

o direito fundamental social à educação no âmbito da União Federal frente ao Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Maria das Graças Pinto de Britto

Pelotas, 2020

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

K18n Karnopp, Laerte Radtke

Nem um passo atrás : o direito fundamental social à educação no âmbito da união federal frente ao novo regime fiscal instituído pela emenda constitucional n. 95/2016 / Laerte Radtke Karnopp ; Maria das Graças Pinto de Britto, orientadora. — Pelotas, 2020.

177 f. : il.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020.

1. Direito fundamental social à educação. 2. Dignidade da pessoa humana. 3. Proibição de retrocesso. 4. Novo regime fiscal. I. Britto, Maria das Graças Pinto de, orient. II. Título.

CDDir : 341.27

Laerte Radtke Karnopp

Nem um passo atrás:

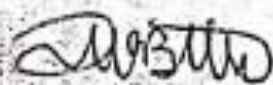
o direito fundamental social à educação no âmbito da União Federal frente ao Novo
Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade
Federal de Pelotas.

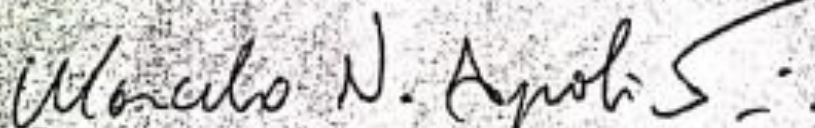
Data da defesa: 12 de maio de 2020

Banca examinadora:

Prof. Dra. Maria das Graças Pinto de Brito (PPGD/UFPel) – Orientadora/Presidente
Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas – Universidad de Jaén



Prof. Dra. Luciana Neves Loponte (ProfEPT/IFSul) – Membro externo
Doutora em Educação – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo



Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (PPGD/UFPel)
Doutor em Direitos Fundamentais – Universidad Autónoma de Madrid

A essas mulheres.

Àquela que me contou as melhores histórias, que me ensinou o amor ao conhecimento e ao mundo grande, que um dia se viu desafiada a ser professora e se (re)inventou como a melhor que soube ser. Ela hoje habita a casa da memória e do coração. Minha avó.

Àquela que foi minha primeira professora, que me ensinou as primeiras letras e os primeiros passos. Com ela aprendi que é possível sempre mais, é possível sempre se expandir, é possível sempre mobilizar as nossas potencialidades e, às vezes, com medo mesmo. Tudo isso através do exemplo. E acho que ela nem sabe disso. Minha mãe.

Àquela que é igualzinha a mim, que vai ganhar o mundo, que vai voar alto, que vai ser muito melhor do que eu. Minha sobrinha-filha.

Por elas e para elas.

Agradecimentos

O educador português Pedro Nóvoa, a partir do que ensinou São Tomás de Aquino, afirma haver três níveis de gratidão: um nível mais superficial, o do reconhecimento intelectual; um nível intermediário, o do agradecimento, o de dar graças a alguém por algo que tenha feito; e um nível mais profundo, o do vínculo, o de sentir-se comprometido com a(s) pessoa(s) que nos tenha(m) feito algo. E, então, a descoberta do professor. Em inglês e em alemão se agradece no nível mais superficial da gratidão, ao dizer *thank you* ou *zu danken*. Na maior parte das outras línguas europeias, se agradece no nível intermediário da gratidão, como no francês, no espanhol ou no italiano: *merci*, *gracias* ou *grazie*. Mas é só em português que se agradece no terceiro nível da gratidão, o do vínculo, o de estar comprometido com a pessoa: *obrigado*. Fico obrigado, vinculado, comprometido*.

Ao cumprir a última etapa deste mestrado, vejo-me obrigado, vinculado, comprometido com várias pessoas e instituições.

Estou muito obrigado a Deus, pela minha vida e pelas oportunidades que me concedeu, as quais fizeram com que, hoje, eu não mais dependa tanto do Estado quanto outros semelhantes para que alcancem o mínimo de dignidade.

Estou muito obrigado à minha família. Pela mesa posta, pelo quarto arrumado, pelo carinho nas oportunidades em que voltei para casa, pelas vezes em que perguntaram: “e a dissertação?”. Tudo isso é muito grande.

Estou muito obrigado à sociedade brasileira, que me deu a oportunidade – a qual muitos de seus integrantes não tiveram – de obter minha formação em escola pública, do ensino fundamental à pós-graduação.

Estou muito obrigado à Universidade Federal de Pelotas, minha velha casa, que me deu tudo o que tenho e grande parte do que sou. Ao PPGD, por essa nova e desafiadora etapa. À CAPES, por cumprir seu dever institucional.

* Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=bBRzA9zlgUQ>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Estou muito obrigado à professora Maria das Graças Britto, minha orientadora, por acreditar na minha pesquisa, por me incentivar a trilhar os caminhos da academia e, sobretudo, por me oferecer sua amizade e seu carinho; à professora Luciana Loponte, que é também minha colega no Instituto Federal Sul-rio-grandense, pelas inestimáveis contribuições e por aceitar o desafio de “outrar-se” e avaliar meu trabalho com cuidado e minúcia; ao professor Guilherme Massaú, pelo café que tomamos um dia e pelo tanto que me ensinou, mesmo nas ocasiões informais; ao professor Marcelo Apolinário, pela amizade, pela divergência, pelo respeito e por me oferecer o exemplo que quero seguir quando também tiver a oportunidade de ensinar.

Estou muito obrigado aos colegas do mestrado, por partilharem comigo os altos e baixos desse caminho. Estou muito obrigado à Taísa e ao Terry, por me oferecerem sua amizade, pelas aventuras e por tornarem tudo mais leve.

Estou muito obrigado ao Instituto Federal Sul-rio-grandense, na pessoa de seu Reitor, professor Flávio Nunes, por compreender a importância da minha qualificação como servidor (do) público e por me permitir a frequência às aulas e às demais atividades da pós-graduação. Estou muito obrigado aos colegas Sérgio e Viviane, por suprirem minhas ausências principalmente no período de obtenção dos créditos, e, em particular, ao Henrique, parceiro de trabalho e de vida, e à Glaucia, pela sensibilidade e por me conhecerem bem (a quem também estou muito obrigado pelas contribuições no tratamento dos dados deste trabalho).

Estou muito obrigado a muitas pessoas queridas: ao Miguel, por todos esses anos; ao Izaías, pela inspiração; à Jael, pelo exemplo na academia; ao Christian e ao Leonardo, minhas pessoas, pelo cuidado, perto ou longe, e por estarem sempre junto; ao Vinícius, pelo coração bonito; e ao Gustavo, por ser o que é, tão sensível, tão igual.

A todos, mais que *thank you*, mais que *zu danken*, mais que *merci*, mais que *gracias*, mais que *grazie*. A todos, **MUITO OBRIGADO**.

*Uma educação pela pedra: por lições;
para aprender da pedra, freqüentá-la;
captar sua voz inenfática, impessoal
(pela de dicção ela começa as aulas).
A lição de moral, sua resistência fria
ao que flui e a fluir, a ser maleada;
a de poética, sua carnadura concreta;
a de economia, seu adensar-se compacta:
lições da pedra (de fora para dentro,
cartilha muda), para quem soletrá-la.*

*

*Outra educação pela pedra: no Sertão
(de dentro para fora, e pré-didática).
No Sertão a pedra não sabe lecionar,
e se lecionasse, não ensinaria nada;
lá não se aprende a pedra: lá a pedra,
uma pedra de nascença, entranha a alma.*

(João Cabral de Melo Neto, A educação pela pedra, 1965)

Resumo

KARNOPP, Laerte Radtke. **Nem um passo atrás:** o direito fundamental social à educação no âmbito da União Federal frente ao Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016. Orientadora: Maria das Graças Pinto de Britto. 2020. 177 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

O direito fundamental social à educação assume, nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário e na legislação nacional, um caráter progressivo até o advento do Novo Regime Fiscal, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016, o qual determina o congelamento das despesas primárias do orçamento da União Federal por vinte exercícios financeiros. O problema que se coloca na presente pesquisa é se tal medida legislativa constitui um retrocesso na concretização desse direito em face dos níveis de efetividade já assegurados nos planos constitucional e infraconstitucional. O objetivo é de verificar, no que tange às instituições federais de ensino, se o Novo Regime Fiscal representa esse retrocesso, partindo-se da hipótese afirmativa em relação ao problema suscitado. Num primeiro momento, o trabalho discute a relevância do direito fundamental social à educação no contexto do Estado democrático e social de direito, sua estrutura normativa e sua contribuição para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana; após, realiza uma reconstrução teórica do princípio da proibição de retrocesso, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy ([1986] 2017), da reserva do possível e dos custos dos direitos e, por fim, analisa as regras do Novo Regime Fiscal para aferir se houve retrocesso normativo e de resultados (COURTIS, 2006) na concretização do direito fundamental social à educação pelas instituições federais de ensino situadas no Estado do Rio Grande do Sul. A pesquisa conclui que, apesar de o Novo Regime Fiscal ter promovido um retrocesso normativo em relação à legislação anterior, no que tange ao direito fundamental social à educação, ainda não é possível afirmar um retrocesso de resultados, com base nos dados orçamentários existentes, embora haja uma tendência a que isso ocorra. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo e se trata de pesquisa empírica. São empregados, como métodos auxiliares, o estatístico e o comparativo. As técnicas utilizadas são a bibliográfica e a documental, resultando numa pesquisa quantitativa e qualitativa (*quali-quantitativa*).

Palavras-chave: Direito fundamental social à educação. Dignidade da pessoa humana. Proibição de retrocesso. Novo Regime Fiscal.

Resumen

KARNOPP, Laerte Radtke. **Ni un paso atrás**: el derecho social fundamental a la educación dentro de la Unión Federal frente al Nuevo Régimen Fiscal instituido por la Enmienda Constitucional no. 95/2016. Asesor: Maria das Graças Pinto de Britto. 2020. 177 h. Disertación (Maestría en Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad Federal de Pelotas, Pelotas, 2020.

El derecho social fundamental a la educación supone, en los tratados internacionales de los que Brasil es signatario y en la legislación nacional, un carácter progresivo hasta la llegada del Nuevo Régimen Fiscal, instituido por la Enmienda Constitucional no. 95/2016, que determina la congelación de los gastos primarios en el presupuesto del Gobierno Federal durante veinte ejercicios fiscales. El problema que surge en esta investigación es si tal medida legislativa constituye un retroceso en la realización de este derecho en vista de los niveles de efectividad ya garantizados en los planes constitucional e infra constitucional. El objetivo es verificar, con respecto a las instituciones educativas federales, si el Nuevo Régimen Fiscal representa este revés, a partir de la hipótesis afirmativa en relación con el problema planteado. Inicialmente, el estudio discute la relevancia del derecho social fundamental a la educación en el contexto del Estado de derecho democrático y social, su estructura normativa y su contribución a la realización del principio de dignidad humana; luego, realiza una reconstrucción teórica del principio de la prohibición del retroceso, basada en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy ([1986] 2017), de la reserva de lo posible y los costos de los derechos, y finalmente, analiza las reglas del Nuevo Régimen Fiscal para evaluar si hubo un retroceso normativo y de resultados (COURTIS, 2006) en la concretización del derecho social fundamental a la educación por parte de las instituciones educativas federales ubicadas en el Estado de Rio Grande do Sul. La investigación concluye que, a pesar del Nuevo Régimen Fiscal haber promovido un retroceso normativo en relación con la legislación anterior, con respecto al derecho social fundamental a la educación, aún no es posible afirmar un retroceso de los resultados, en base a los datos presupuestarios existentes, aunque existe una tendencia a que esto ocurra. Este estudio empírico utiliza el enfoque hipotético-deductivo. Los métodos estadísticos y comparativos se utilizan como métodos auxiliares. Las técnicas utilizadas son bibliográficas y documentales, lo que resulta en una investigación cuantitativa y cualitativa (quali-quantitative).

Palabras clave: Derecho social fundamental a la educación. Dignidad de la persona humana. Prohibición de retroceso. Nuevo Régimen Fiscal.

Lista de gráficos

Gráfico 1	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Funcionamento das instituições federais de ensino</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	131
Gráfico 2	Valores reais <i>per capita</i> consolidados do agrupamento <i>Funcionamento das instituições federais de ensino</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	132
Gráfico 3	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Assistência estudantil</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	134
Gráfico 4	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão</i> , nas universidades federais, em R\$, de 2014 a 2019	136
Gráfico 5	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	137
Gráfico 6	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Total do(s) programa(s)</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	138
Gráfico 7	Valores reais <i>per capita</i> consolidados do agrupamento <i>Total do(s) programa(s)</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	139

Gráfico 8	Valores reais consolidados do agrupamento <i>Total do orçamento</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	140
Gráfico 9	Valores reais <i>per capita</i> consolidados do agrupamento <i>Total do orçamento</i> , nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019	141

Lista de tabelas

Tabela 1	Gasto público em educação pública em proporção ao PIB por Ente Federado – Brasil – 2015	62
----------	---	----

Lista de quadros

Quadro 1	Possibilidades de estrutura das normas de direitos fundamentais sociais, de acordo com Alexy ([1986] 2017)	73
Quadro 2	Agrupamento das despesas previstas nas matrizes orçamentárias anuais das instituições federais de ensino situadas no Rio Grande do Sul, de 2014 a 2019	128

Lista de abreviaturas e siglas

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CNM	Confederação Nacional de Municípios
FIES	Fundo de Financiamento Estudantil
FURG	Fundação Universidade Federal do Rio Grande
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IFFar	Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha
IFRS	Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul
IFSul	Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
LDBEN	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MPDG	Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PNE	Plano Nacional de Educação
PRONATEC	Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego
PROUNI	Programa <i>Universidade para Todos</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
UFCSPA	Fundação Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre
UFPeI	Fundação Universidade Federal de Pelotas
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria
UNIPAMPA	Fundação Universidade Federal do Pampa

Sumário

1 Introdução	17
1.1 Apresentação e (de)limitação do tema	17
1.2 Justificativa	19
1.3 Problema de pesquisa	21
1.4 Hipótese	21
1.5 Objetivos	22
1.5.1 Objetivo geral	22
1.5.2 Objetivos específicos	22
1.6 Pressupostos metodológicos	22
1.7 Estrutura do texto	27
2 Para dizer a própria palavra: a educação como materialização da dignidade da pessoa humana no Estado democrático e social de direito	29
2.1 A educação como pressuposto da emancipação humana	30
2.2 A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental social à educação	37
2.3 Direito social à educação: o que há de fundamental nesse direito?	44
2.4 O direito fundamental social à educação e seu financiamento: a progressividade no custeio das políticas públicas	57
3 Progressividade e proibição de retrocesso na concretização dos direitos fundamentais sociais: as duas faces da mesma moeda	64
3.1 A maximização da eficácia como o reverso do retrocesso: Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais	64
3.2 Os direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso	78

3.3 O custo dos direitos e a reserva do possível na conformação da proibição de retrocesso	99
4 O Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016: uma ponte para o futuro?	106
4.1 O Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016	106
4.1.1 O Novo Regime Fiscal e a conjuntura política e econômica	106
4.1.2 O conteúdo do Novo Regime Fiscal: breve análise das normas introduzidas no ADCT pela Emenda Constitucional n. 95/2016	113
4.2 O Novo Regime Fiscal em face das normas anteriores e o retrocesso normativo	116
4.3 O Novo Regime Fiscal e seus efeitos sobre o orçamento da educação: um olhar sobre os resultados	124
4.3.1 O caminho metodológico da pesquisa empírica e um necessário recorte do objeto	124
4.3.2 A evolução orçamentária das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2014 a 2019: um caso de retrocesso de resultados?	130
5 Considerações finais	144
Referências	151
Apêndices	161

1 Introdução

1.1 Apresentação e (de)limitação do tema

Nem um passo atrás¹: o título da presente dissertação expressa o compromisso com uma base teórica sedimentada no dever que os Estados assumem, por intermédio de instrumentos de direito internacional e de seus ordenamentos internos (muito em decorrência dos primeiros), de nunca retroceder, mas de sempre avançar na concretização dos direitos humanos, notadamente os econômicos, sociais e culturais.

O tema sobre o qual versa esta investigação se inscreve nessa seara e está centrado na efetividade do direito fundamental social à educação frente ao Novo Regime Fiscal, na perspectiva do princípio da proibição de retrocesso, tendo como escopo a prestação desse direito pela União Federal, por meio das instituições federais de ensino.

O direito fundamental social à educação ocupa posição de destaque no ordenamento constitucional brasileiro e, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988a), vêm sendo implementadas medidas legislativas voltadas à ampliação da destinação de recursos orçamentários para a execução de suas políticas, assegurando-lhe a progressividade. O texto original da Constituição Federal assegurou um mínimo de investimentos, que, para a União Federal, corresponde a 18% da receita arrecadada com impostos². Em 2009, a Emenda Constitucional n. 59 (BRASIL, 2009) incluiu o inciso VI no artigo 214 e passou a prever a destinação de

¹ O título desta dissertação de mestrado faz referência à obra compilada por Christian Courtis (2006), a qual reúne onze ensaios de diversos autores sobre a proibição de retrocesso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

² Conforme o artigo 212, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988a).

recursos orçamentários de modo proporcional ao Produto Interno Bruto (PIB) para atender as metas estabelecidas para o ensino público.

Já em 2014, a Lei n. 13.005 (BRASIL, 2014b) instituiu o Plano Nacional de Educação (PNE), com vigência entre 2014 e 2024, o qual dá concretude a esse direito fundamental social. A vigésima (e última) meta veiculada em seu texto estabeleceu o limite mínimo de investimentos em 7% do PIB no final do quinto ano de vigência da lei e, no término do decênio, em 10%.

Assim, temos que o PNE eleva o direito fundamental social à educação a um maior nível de concretude, ao fixar metas e estratégias para cumprir os objetivos previstos pelo artigo 214 da Constituição Federal, os quais demandam a ampliação dos recursos investidos e o aumento da eficiência em sua utilização.

Entretanto, sob o argumento da crise fiscal vigente no Brasil³, instituiu-se o Novo Regime Fiscal, com vigência de vinte exercícios financeiros a partir de 2017. O Novo Regime Fiscal foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016e), nos artigos 106 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) (BRASIL, 1988b). Na Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) (BRASIL, 2016c) que lhe deu origem, a autoridade afirmou a necessidade de adequação da meta de expansão da despesa primária de modo que houvesse “crescimento real zero”⁴.

Apesar de o novo texto do ADCT não mencionar, de forma explícita, redução nos investimentos em educação, o modo de fixação das despesas no orçamento, a serem reajustadas pelos índices da inflação, poderá reduzir o grau de efetividade já alcançado por esse direito no âmbito das instituições federais de ensino, uma vez que promove a estagnação do crescimento das despesas primárias de modo geral. Portanto, as limitações de gastos impostos à União Federal pela Emenda Constitucional n. 95/2016 poderão representar a estagnação das metas fixadas para a educação ou mesmo o retrocesso no grau de efetividade do direito.

É relevante informar que este estudo se restringe ao impacto do Novo Regime Fiscal no orçamento público federal destinado à educação e não considera a

³ A crise fiscal é o argumento central contido na Exposição de Motivos da Proposta de Emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional n. 95/2016.

⁴ A Exposição de Motivos da PEC que resultou na Emenda Constitucional n. 95/2016 utiliza a expressão “crescimento real zero” para se referir à meta de expansão da despesa primária total no orçamento federal. Significa dizer que, apesar do crescimento nominal dos valores consignados no orçamento anual, não haverá crescimento real na despesa primária, uma vez que acontecerá nos limites da inflação. Neste trabalho, optamos por adotar essa nomenclatura.

existência de recursos de outra natureza (orçamentários ou extraorçamentários) nas instituições federais de ensino, que podem ser provenientes de termos de execução descentralizada, emendas parlamentares, convênios e outros instrumentos, os quais influenciam no custeio do referido direito fundamental social e, por consequência, na sua efetivação. Esta é, portanto, uma limitação do presente trabalho, já que seriam necessárias outras fontes de informação, as quais alcançariam uma amplitude incompatível com uma dissertação de mestrado⁵.

Em síntese, esta pesquisa será dedicada a avaliar se o Novo Regime Fiscal contraria o princípio da proibição de retrocesso em matéria social, no tocante à prestação do direito fundamental social à educação no âmbito da União Federal, verificando se houve prejuízos a sua efetividade, mediante a análise do orçamento público federal da educação.

1.2 Justificativa

A Emenda Constitucional n. 95/2016 encerra medidas rigorosas, voltadas, segundo o Governo Federal, à solução da crise fiscal que assola o país. Em síntese, essas medidas se referem ao congelamento das despesas primárias do orçamento, e apresentam o risco de limitar uma série de direitos fundamentais sociais já adquiridos pela sociedade, dentre os quais o da educação.

No contexto de redefinição das metas fiscais e de maior rigor orçamentário na gestão da escassez de recursos, ganha importância a discussão sobre a proibição de retrocesso na prestação de direitos fundamentais sociais (SARLET, 2018; ABRAMOVICH; COURTIS, 2011). Neste ponto reside a relevância teórica da pesquisa, uma vez que possibilita a compreensão desse instituto à luz do caso exposto, pois, para avaliar se se trata de um caso de retrocesso, é útil e necessária uma aprofundada reflexão sobre referido princípio.

Além disso, o trabalho também será relevante pela oportunidade de inaugurar uma reflexão teórica mais detida sobre o Novo Regime Fiscal, tema que ainda não ganhou muitas páginas na doutrina.

⁵ A destinação de recursos orçamentários e extraorçamentários às instituições federais de ensino mediante convênios, emendas parlamentares e termos de execução descentralizada é prática que vem crescendo nos últimos anos, o que pode ser uma estratégia para reduzir os impactos de um eventual retrocesso no orçamento público da educação em âmbito federal. Trata-se de um campo de estudos que se abre e uma nova hipótese a ser investigada em pesquisas futuras.

Por outro lado, para além das questões teóricas, a pesquisa jurídica não pode descuidar da realidade que subjaz o mundo das normas. A investigação científica em Direito não teria sentido sem que fossem analisadas suas implicações no mundo dos fatos. Isto explica a disposição deste estudo em analisar as consequências práticas das novas regras do ADCT na efetividade do direito fundamental social à educação, especificamente no que diz respeito à destinação de recursos orçamentários às instituições federais de ensino. Estudar a evolução orçamentária dessas instituições, numa perspectiva comparativa e longitudinal, confere relevância prática à presente pesquisa.

Em consulta ao Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), constata-se que há inúmeros estudos que versam sobre o princípio da proibição de retrocesso no universo jurídico-acadêmico, havendo vários deles que conectam esse instituto ao Direito Ambiental, Tributário, do Trabalho, da Saúde e a outros ramos. Igualmente, foram localizados alguns estudos que relacionam a proibição de retrocesso aos direitos fundamentais sociais. No entanto, ao se tratar do direito fundamental social à educação, o tema carece de abordagem.

Do mesmo modo, a Emenda Constitucional n. 95/2016 é novidade no meio acadêmico. Ao utilizarmos as entradas “Emenda Constitucional 95” e “Novo Regime Fiscal” na ferramenta de busca do referido Catálogo, foram encontrados poucos trabalhos jurídicos que abordam o tema e os existentes, em sua maioria, tratam do direito à saúde. Há, ainda, escassos trabalhos em outras áreas do conhecimento, tais como Administração Pública e Economia, restando o tema ainda pouco aprofundado na academia. Não foi localizado qualquer trabalho que enfrentasse a relação entre o Novo Regime Fiscal e o direito fundamental social à educação.

Portanto, a inovação constitucional abordada na presente pesquisa lhe confere relevância acadêmica em razão da possibilidade de contribuir para uma discussão hábil a acrescer novidades ao conhecimento jurídico e a apontar diretrizes para elucidar problemas decorrentes de sua aplicação no campo da concretização dos direitos fundamentais sociais, notadamente o da educação.

Esta investigação encontra lugar na área de concentração de direitos sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, uma vez que propõe uma análise das possibilidades de enfrentamento do problema pelo Estado constitucional, que deverá se preocupar com o desenvolvimento do direito à

educação, dado o lugar de destaque que ocupa no catálogo dos direitos fundamentais sociais. O tema proposto vincula-se à linha de pesquisa Estado e Constituição, permitindo uma análise a partir da estrutura normativa do direito em tela e de suas possibilidades de concretização. Entende-se que tal linha de pesquisa oferece espaço para uma discussão acerca da efetividade desse direito, considerando o arcabouço normativo que lhe dá suporte, bem como as implicações do ponto de vista jurídico que as novas disposições da Emenda Constitucional n. 95/2016 poderão trazer para dita prestação, considerando-se a realidade política, social e econômica vigente.

1.3 Problema de pesquisa

No que tange às instituições federais de ensino, o Novo Regime Fiscal representa um retrocesso à concretização do direito fundamental social à educação em relação aos níveis de efetividade anteriormente assegurados nos planos constitucional e infraconstitucional?

1.4 Hipótese

Não obstante a proibição de regressividade estar prevista em instrumentos de direito internacional dos quais o Brasil é signatário, o Novo Regime Fiscal, instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016, representa retrocesso no que tange à efetividade do direito fundamental social à educação assegurado nos planos constitucional e infraconstitucional e levado a efeito pelas instituições federais de ensino.

Trata-se de um movimento que vem na contramão das medidas constitucionais e infraconstitucionais voltadas à progressividade do direito fundamental social à educação, observáveis no ordenamento pátrio desde a promulgação da Constituição de 1988, o qual, mediante a estagnação do crescimento real do orçamento público, está a provocar a diminuição da efetividade na oferta desse direito pela União Federal.

1.5 Objetivos

1.5.1 Objetivo geral

Verificar, no que tange às instituições federais de ensino, se o Novo Regime Fiscal representa um retrocesso à concretização do direito fundamental social à educação em relação aos níveis de efetividade anteriormente assegurados nos planos constitucional e infraconstitucional.

1.5.2 Objetivos específicos

São objetivos específicos desta investigação⁶:

- a) discutir a relevância do direito fundamental social à educação no contexto de um Estado democrático e social de direito, sua estrutura normativa e sua contribuição para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) refletir sobre o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, relacionando-o com a reserva do possível e o custo dos direitos;
- c) aferir se houve retrocesso na concretização do direito fundamental social à educação a partir de sua efetivação pelas instituições federais de ensino em razão do Novo Regime Fiscal, considerando a destinação de recursos orçamentários.

1.6 Pressupostos metodológicos

Apesar de ser usual, nas pesquisas e na literatura sobre metodologia de investigação científica, iniciar a seção referente aos métodos investigativos pela indicação do método de abordagem, propomos uma inversão para esclarecer, de imediato, que se trata, no presente caso, de uma pesquisa empírica.

Esse esclarecimento inicial se faz necessário uma vez que este trabalho busca suprir uma lacuna nos estudos jurídicos acerca dos possíveis impactos do Novo Regime Fiscal sobre a efetivação do direito fundamental social à educação pelas instituições federais de ensino. Conforme já afirmamos, na literatura do Direito há um

⁶ Os objetivos específicos sofreram adequações ao longo do desenvolvimento da pesquisa, de modo que diferem daqueles inicialmente propostos no projeto de pesquisa aprovado em exame de qualificação.

espaço em branco que necessita ser preenchido por uma investigação de base empírica, já que os poucos artigos e trabalhos acadêmicos publicados se limitam a associar o problema à questão da proibição do retrocesso no plano teórico⁷. Registramos que essa limitação é compreensível, dada a existência de pouco (ou nenhum) material empírico à época da produção desses textos.

O método empírico, neste estudo, servirá como método auxiliar. Igreja (2017) aponta para a ausência de tradição desse tipo de pesquisa no universo jurídico-acadêmico, preservando-se uma vertente dogmática e formalista. Argumenta, no entanto, que

o Direito, longe de ser uma entidade abstrata, está imerso em um contexto social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona. Nas mais diferentes abordagens desses estudos, o Direito, assim, seria o reflexo de relações de poder, de hierarquias e de processos sociais e culturais vigentes em um determinado contexto (IGREJA, 2017, p. 11).

A inserção deste estudo no terreno da pesquisa empírica se justifica em razão do fato de que sua hipótese será comprovada ou refutada por meio da análise de dados a serem obtidos em campo. Para isto, conforme será melhor explicitado quando tratarmos das etapas da pesquisa, utilizaremos dados colhidos das leis orçamentárias anuais de 2014 a 2019, disponíveis no sítio eletrônico do recentemente extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG).

Esse movimento, ao contrário de distanciar a pesquisa do universo jurídico, buscará a aproximação do Direito com a realidade social, política e econômica, na medida em que verificará eventuais impactos causados pelas normas da Emenda Constitucional n. 95/2016 na realidade imediata.

Nem por isso se distanciará da teoria. Para Machado (2017, p. 8), “não há pesquisa empírica sem teoria”. Na apresentação de seu livro, *Pesquisar empiricamente o Direito*, a autora enfatiza como os usos e possibilidades do método empírico, em suas diferentes fontes,

podem beneficiar e ser beneficiados pelas questões colocadas pela reconstrução dogmática de institutos e decisões, pelo modo de explicitação e raciocínio da doutrina, pelas estratégias de fundamentação dos tribunais, pelos desafios da formulação e implementação de políticas públicas, pelas

⁷ Não estamos, com isso, reduzindo a relevância acadêmica e científica dessas produções. Ao contrário, elas servirão de base para os avanços propostos pelo nosso estudo no campo do conhecimento jurídico.

demandas de juridificação dos movimentos sociais ou, ainda, pelos diferentes usos políticos dos instrumentos jurídicos (MACHADO, 2017, p. 8).

Os dados empíricos a serem levantados nas leis orçamentárias anuais serão, portanto, analisados à luz das reflexões teóricas previamente desenvolvidas, as quais nortearão as conclusões do presente estudo.

Nossa escolha se justifica em razão do que expõe Courtis (2006) ao tratar de pesquisas que abordem a ideia de retrocesso (regressividade). O autor diferencia, nessa linha, a regressividade de resultados e a regressividade normativa:

Para empezar, es útil distinguir dos nociones posibles de regresividad, o bien – dicho de otro modo – dos campos de aplicación posible de la noción general de regresividad.

Por un lado, es posible aplicar la noción de regresividad a *los resultados de una política pública (regresividad de resultados)*. En este sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere, por ende, indicadores o referencias empíricas. [...]

Por otro lado, la noción de regresividad puede aplicarse a normas jurídicas: es decir, se refiere a *la extensión de los derechos concedidos por una norma (regresividad normativa)*. En este sentido – no empírico sino normativo –, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior. (COURTIS, 2006, p. 3-4, grifo do autor).

A hipótese formulada na presente investigação deriva de uma possível regressividade normativa, pelas razões já explicadas na introdução deste trabalho. Para comprovar a existência de dita regressividade, a pesquisa empírica seria dispensável, bastando descrever a situação anterior do direito fundamental social à educação no ordenamento brasileiro e compará-la com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 95/2016.

No entanto, o que pretendemos averiguar é se, efetivamente, houve uma piora nas condições de concretização desse direito fundamental, isto é, se houve o que Courtis (2006) denomina regressividade de resultados⁸. Para confirmar ou refutar a

⁸ Ainda que Courtis (2006) aponte a pesquisa empírica como meio de avaliar os resultados de uma política pública, o que se pretende verificar neste trabalho não é a existência de retrocesso nas políticas públicas de educação, o que – acreditamos – não seria factível para uma dissertação de mestrado, diante da amplitude do tema. Nosso objetivo é aferir se houve retrocesso em relação ao orçamento público, que é o instrumento capaz de dar efetividade às políticas públicas concretizadoras do direito fundamental social à educação, tendo em vista o aspecto prestacional desse direito. Assim, partimos do pressuposto de que é possível investigar, com fidedignidade, a regressividade de resultados a partir do orçamento público, ainda que com limitações.

hipótese de retrocesso sob a forma de regressividade de resultados, precisamos, portanto, recorrer a uma base de dados empírica, como sugere o autor, uma vez que a resposta a nossa pergunta derivará da comparação da atual situação com a anterior.

Para isso, foi necessário limitar o estudo à efetivação do direito fundamental social à educação ao âmbito da União Federal (mais especificamente às instituições situadas no Estado do Rio Grande do Sul) uma vez que o Novo Regime Fiscal atinge, de forma direta, somente o orçamento desse ente. No tempo, elegemos o período de 2017 a 2019, período em que vige referida Emenda, em comparação com o orçamento federal dos três exercícios financeiros anteriores (2014 a 2016), que escolhemos como o parâmetro de comparação a que se refere Courtis (2006). Todas essas delimitações serão melhor explicitadas no capítulo encarregado de relatar os resultados da pesquisa.

O método de abordagem eleito, por conseguinte, é o hipotético-dedutivo. Nesse método, o pesquisador formula hipóteses de trabalho viáveis, que serão verificadas no decorrer da investigação, passando a ser comprovadas ou refutadas mediante testes de falseabilidade. As teorias científicas são, de acordo com essa perspectiva, hipóteses (conjecturas), que funcionam como respostas provisórias ao problema suscitado. Para ser considerada consistente, a teoria deve ser submetida a um rigoroso processo de falseamento, que corresponde à verificação empírica da hipótese, para corroborá-la ou refutá-la. A teoria que tiver suas hipóteses comprovadas passará a ser, provisoriamente, uma teoria válida, até ser refutada ou superada por outra (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009).

A hipótese suscitada na presente pesquisa consiste na resposta afirmativa à pergunta que levanta a possibilidade de haver retrocesso promovido pelo Novo Regime Fiscal introduzido no ordenamento constitucional pela Emenda Constitucional n. 95/2016, no que tange à concretização do direito fundamental social à educação em relação aos níveis de efetividade anteriormente assegurados nos planos constitucional e infraconstitucional.

Para seguirmos com rigor o método de pesquisa eleito, precisaremos colocar nossa hipótese à prova, falseá-la, o que deveremos fazer a partir do componente empírico do estudo. Se restar comprovado, a partir da análise das matrizes orçamentárias referentes às instituições federais de ensino, que houve um decréscimo nos investimentos em educação a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 95/2016, em diversos aspectos, nossa hipótese é corroborada e teremos uma teoria

científica provisoriamente válida, que agregará conhecimento à ciência jurídica. Refutar a hipótese, por outro lado, também permitirá a ampliação do conhecimento científico, pois teremos como válida a hipótese contrária à inicial, refutando teorias até o momento vigentes, algumas delas formuladas sem fundamentação em base empírica – aquelas às quais Courtis (2006) se refere como sendo de regressividade normativa.

Como métodos auxiliares, além do empírico – já exaustivamente abordado –, faremos uso do método estatístico com a finalidade de sistematizar e organizar as informações empíricas. O método estatístico autoriza o pesquisador a fazer ilações sobre os dados colhidos e permite representar, de forma numérica, um fato social e apresentá-lo de forma sistemática (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2009).

O emprego do método comparativo também será relevante para o trabalho, tendo em vista o propósito de comparar a efetividade do direito discutido antes e após a vigência da Emenda Constitucional em tela. De acordo com Mezzaroba e Monteiro (2009), a comparação, em pesquisa, representa o confronto entre uma situação e outra, de modo que se possa averiguar a inferioridade, a igualdade ou a superioridade de atributos entre os elementos comparados.

As técnicas de pesquisa a serem utilizadas serão a bibliográfica e a documental. A pesquisa bibliográfica, para Lakatos e Marconi (2003), tem como finalidade colocar o pesquisador em contato com tudo o que já foi produzido sobre o tema estudado, sem constituir, no entanto, mera repetição do que já foi dito, mas permitir a abordagem do tema sob novo enfoque, viabilizando conclusões inovadoras. Essa base teórica, conforme afirmamos, servirá para fomentar nossas reflexões sobre os dados empíricos, solidificando as conclusões com base no conhecimento já existente.

A pesquisa documental constituirá um instrumento de destacada relevância no desenvolvimento do trabalho. A um, porque é com base nessa técnica que serão levantadas todas as informações acerca do orçamento público das instituições federais de ensino, no período que servirá de escopo. A dois, porque, a par da escassez de material bibliográfico sobre o Novo Regime Fiscal, o texto constitucional promulgado em dezembro de 2016 é que servirá para a construção dos contornos do novo instituto, sendo o nosso um dos primeiros trabalhos que se ocupará dessa tarefa.

Reginato (2017) ressalta a relevância da pesquisa documental para a investigação empírica em Direito:

Minha intenção é chamar a atenção para o fato de que, cada vez que desenvolvemos uma pesquisa que mobiliza algum tipo de instrumento jurídico, norma, jurisprudência, autos ou peças processuais isoladamente consideradas, estamos no campo da pesquisa empírica em direito, especialmente da pesquisa documental (que, evidentemente, pode e deve se somar a outras diferentes estratégias analíticas de pesquisa) (REGINATO, 2017, p. 193)

Esse procedimento permitirá a análise da legislação constitucional e infraconstitucional que constitui a estrutura normativa do direito fundamental social à educação e, principalmente, conforme afirmamos, na conceituação e descrição do Novo Regime Fiscal.

É, antes de tudo, a técnica que irá nos autorizar a classificar nosso estudo como empírico. Isto porque, apesar de não irmos a campo colher informações quantitativas e qualitativas, os dados se encontram consignados nos anexos das leis orçamentárias anuais pesquisadas.

Expostos os pressupostos metodológicos desta pesquisa, devemos classificá-la como qualitativa e quantitativa (pesquisa *quali-quant*). É qualitativa em razão da existência de um extenso arcabouço teórico e documental dedicado ao objeto estudado, e essa abordagem tem o potencial de identificar a natureza dos dados, de modo que a compreensão da informação possa ser “feita de forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos” (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009, p. 110). É quantitativa em razão dos dados mensuráveis que serão levantados e empregados na comprovação da hipótese e que serão importantes para o resultado final da investigação.

Por fim, devemos anunciar a estrutura do texto, a qual será exposta na seção que segue.

1.7 Estrutura do texto

Esta dissertação é composta pela presente introdução, três capítulos e considerações finais.

Quanto aos capítulos, o primeiro será destinado a uma discussão sobre a relevância do direito fundamental social à educação na concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, numa perspectiva emancipatória, no Estado democrático e social de direito. Essa reflexão será desenvolvida com base em

estudiosos como Freire ([1968] 2005; [1996] 2006), Mészáros (2008) e Santos (2010), além de Sarlet (2015a), especificamente no que se refere ao tema da dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo, por sua vez, terá como tema central o princípio da proibição de retrocesso. Promoverá uma reconstrução teórica do princípio, a partir da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy ([1986] 2017) e, com fundamento nas lições de Netto (2010), Conto (2008) e Sarlet (2018), entre outros, abordará sua relação com a reserva do possível e com o custo dos direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

O capítulo final, além de abordar o contexto de surgimento do Novo Regime Fiscal, irá realizar um esforço descritivo/conceitual de suas principais regras, notadamente as que afetam a concretização do direito fundamental social à educação. Consistirá num exercício empírico, voltado a discutir a (in)existência de retrocesso normativo e de resultados por parte da Emenda Constitucional n. 95/2016.

A esses capítulos passaremos adiante.

2 Para dizer a própria palavra⁹: a educação como materialização da dignidade da pessoa humana no Estado democrático e social de direito

Este capítulo tem como objetivo discutir a relevância do direito fundamental social à educação no contexto de um Estado democrático e social de direito, sua estrutura normativa e sua contribuição para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, será dividido em quatro seções. A primeira abordará a educação como instrumento para a emancipação dos sujeitos a partir de um percurso histórico das ideias relacionadas a sua relevância na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual as pessoas possam desenvolver-se como tais e viver com dignidade. A segunda seção aproximará a educação do princípio da dignidade da pessoa humana, na perspectiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sociais. Na terceira seção, identificaremos o conteúdo fundamental do direito à educação, tomando por base o plexo de normas de direito internacional recepcionado pela Constituição Federal, bem como a legislação doméstica sobre o tema. A seção final apresentará o financiamento da educação pública, em especial na seara federal, e sua progressividade até o advento da Emenda Constitucional n. 95/2016.

Este segmento do estudo será amparado em pesquisa bibliográfica, especialmente no que se refere às categorias da educação como fenômeno e como direito fundamental social, bem como da dignidade da pessoa humana. A pesquisa documental será empregada para a apresentação do panorama legislativo do direito estudado, consistindo no estudo dos tratados internacionais e da legislação brasileira sobre a matéria, além de relatórios e informações estatísticas produzidos por órgãos governamentais.

⁹ Trata-se de uma referência à obra *Pedagogia do Oprimido*, de Paulo Freire ([1968] 2005), em que o autor emprega a expressão *cultura do silêncio* para explicar as razões históricas pelas quais homens e mulheres vivem na condição de oprimidos, no sentido de serem impedidos, pela conjuntura política e social, de ter sua voz ouvida e, em consequência, serem excluídos da efetiva participação da sociedade – enfim, de lhes ser vedado *dizer a sua palavra*.

2.1 A educação como pressuposto da emancipação humana

Ao tratar do direito fundamental social à educação no contexto do Estado democrático e social de direito, como instrumento para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, é relevante fazê-lo numa abordagem que o relacione à emancipação do cidadão. É preciso levar em consideração que a emancipação dos sujeitos deve ser um dos grandes objetivos a serem perseguidos pelo Estado democrático em geral e pela educação em particular, como meio de alcançar a dignidade, conforme será exposto no decorrer deste trabalho.

A relação entre educação e emancipação permeia a presente pesquisa. Para expressar essa estreita ligação, nos servimos como marco teórico dos estudos do educador brasileiro Paulo Freire ([1968] 2005; [1996] 2006). Além dele, apresentamos algumas contribuições do sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2010) e do filósofo István Mészáros (2008), de modo a estabelecer pontos de conexão entre esses estudiosos.

Antes de apresentar as principais ideias de Freire, é oportuno traçar uma linha do tempo para reconstruir o sentido de uma educação emancipatória, o que faremos a partir dos escritos de Ambrosini (2012). Referido autor estabelece um fio condutor entre o pensamento de Immanuel Kant, Karl Marx e Theodor Adorno, até chegar à pedagogia de Freire. Por meio desse percurso histórico-filosófico, compila o seguinte conceito de emancipação humana:

[...] emancipação humana é uma categoria política que se refere ao uso da racionalidade nos interesses coletivos (Kant); que implica na superação do individualismo e das determinações impostas pelo Estado através da apropriação das forças políticas e sociais dos cidadãos (Marx); que seja resultado de uma educação para a resistência, que sendo crítica das estruturas sociais, possa formar um ser humano autônomo capaz de superar as formas de assujeitamento (Adorno); e, por fim, que representa uma tarefa propriamente educativa, de construir coletivamente a conscientização do inacabamento e a inconclusão do oprimido, criando possibilidades para *ser mais* e superar os condicionamentos históricos, alcançando assim a sua vocação própria: a humanização (Freire) (AMBROSINI, 2012, p. 390, grifo do autor).

Verificamos que é o pensamento de Kant que inaugura essa reflexão, para o que podemos tomar como ponto de partida sua explicação sobre o significado de Iluminismo¹⁰:

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem (KANT, 1784, online, grifo do autor).

A emancipação (ou esclarecimento), nesse entendimento, é o abandono de um estado de incapacidade, chamado por Kant de *menoridade*, para um novo estado, o do esclarecimento, que corresponde a um correto pensar. Essa transformação só pode ocorrer por meio do uso público da razão, que, segundo Klein (2009, p. 214), se caracteriza por ser um espaço de intersecção entre o plano subjetivo do esclarecimento individual e o plano objetivo do esclarecimento da comunidade, de onde se explica a necessidade da *orientação de outrem*, referida por Kant, para que o indivíduo deixe o estado de menoridade.

Não obstante ser a autonomia o elemento basilar que constitui o sujeito racional do Iluminismo¹¹, a emancipação humana depende da vontade de toda uma coletividade, igualmente livre em seu pensamento e educada para o esclarecimento. A educação, na esteira do esclarecimento, possui um papel fundamental no Iluminismo, qual seja o de formar a própria natureza humana, tendo como fundamento ético o sujeito dotado de racionalidade e de liberdade (AMBROSINI, 2012).

Apesar da relevante contribuição de Kant para a construção de um sujeito racional e autônomo, que possa determinar sua vontade com base em princípios racionais, foi Marx quem demonstrou como as estruturas sócio-políticas da sociedade burguesa podem inibir a concretização da emancipação humana.

¹⁰ Há outras versões do texto de Immanuel Kant em que *Aufklärung* é traduzido como *esclarecimento* (e não como *Iluminismo*). É o que se pode constatar no trabalho de Klein (2009), que apresenta a seguinte referência: KANT, I. Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? [WA]. In.: Akademie-Textausgabe, Bd. 08. Berlin: de Gruyter, 1968; Anmerkungen, Berlin/New York: de Gruyter, 1977. Tradução de Raimundo Vier e Floriano de Sousa Fernandes. In: *Textos seletos*. Petrópolis: Vozes, 1974.

¹¹ A autonomia da vontade, no pensamento kantiano, serve também como fundamento da dignidade da natureza humana, sendo que autonomia e dignidade possuem uma íntima relação, servindo esta como limite daquela. É no pensamento de Kant que a doutrina mais relevante fundamenta e conceitua a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015, p. 39-41).

Ambrosini (2012) esclarece que, para a teoria marxista, a emancipação política do Estado não traz como consequência a eliminação das particularidades sociais (religião, propriedade, profissão, educação, classe), mas as restringe à categoria de sociedade civil. Logo, o Estado é emancipado, mas o homem é determinado; a emancipação política deste é mediada por aquele.

A visão marxista sobre o problema da emancipação humana, antes de ser oposta à kantiana, é, em verdade, complementar:

O marxismo traz para o mundo concreto o ideal de emancipação humana do iluminismo. Pode-se dizer que seu humanismo é concreto, resultado de um materialismo histórico, diferente da filosofia transcendental kantiana. Marx pensa o humano, portanto, enquanto ser concreto com existência determinada, que na sua relação com a natureza, através do trabalho, cria sua própria natureza (cultura) e se humaniza. Pode-se dizer, que a proposta kantiana do *uso público da razão*, enquanto liberdade do cidadão de manifestar-se sobre os interesses da comunidade, só será efetivada, segundo a crítica marxista, quando a coletividade transformar concretamente suas *forças sociais em forças políticas* (AMBROSINI, 2012, p. 383).

Adorno, por seu turno, condensa uma orientação marxista com preceitos do pensamento kantiano, ainda que apresente críticas ao conceito de esclarecimento, como “tentativa de dominação racional da realidade” (AMBROSINI, 2012, p. 383). Para Adorno, a organização do mundo se dá pela heteronomia (e não pela autonomia), o que impulsiona o homem à barbárie, já que o indivíduo tende a se revoltar contra a civilização: “a organização social em que vivemos continua sendo heterônoma, isto é, nenhuma pessoa pode existir na sociedade atual realmente conforme suas próprias determinações” (ADORNO, s. d., p. 181).

Por essa razão, defende uma educação para a emancipação, permeada por uma racionalidade ética e comunitária, em face do que nomeia como *indústria cultural*. Esta é identificada, pelo autor, como responsável pela perda da dimensão emancipatória, retomando os ensinamentos de Marx, que denuncia como os trabalhadores se submetem à condição de classe proletária e aceitam, por intermédio da educação, a dominação que lhes é imposta (ADORNO, s. d., p. 20).

Essa percepção de Adorno, que conjuga o pensamento de Kant e de Marx, expressa uma

nova forma de entender a relação do sujeito com a realidade, enquanto sujeito crítico que não se submete a cultura dominante, servirá de fermento para uma nova concepção de educação popular e libertadora, que irá reconhecer no indivíduo oprimido pela organização social heterônoma, o

agente transformador dessa mesma sociedade, a partir da compreensão crítica da opressão que está submetido, recriando sua maneira de pensar (ler) o mundo (AMBROSINI, 2012, p. 386).

A percepção do sujeito como ser crítico, imerso no interior de uma cultura dominante, a humanização, a intervenção na realidade imediata como proposta de emancipação, por meio de uma educação popular e libertadora são, de fato, motes da pedagogia de Freire.

Importa definir, no contexto da obra de Freire, quem é opressor e quem é oprimido, identificando este como o sujeito vulnerável para os fins deste trabalho. Nesse intuito, é pertinente recorrer a sua *Pedagogia do Oprimido* (FREIRE, [1968] 2005), onde apresenta o modelo de educação *bancária*: aquele em que o sujeito que sabe (professor) *deposita* conhecimentos, no mais das vezes vazios de sentido, naquele que não sabe (aluno).

O sujeito vulnerável na relação estabelecida nesse modelo de educação é o educando, visto como ser de adaptação e de ajustamento. O que se pretende, numa educação *bancária*, é adaptar a mentalidade dos oprimidos e não subverter a situação de opressão, de modo que se possa manter a dominação. Esse processo passa pelo convencimento da classe oprimida de sua marginalização e da tentativa de integração dessas pessoas à sociedade, como se dela, de fato, não participassem.

Freire ([1968] 2005), não obstante, esclarece o verdadeiro lugar desses que são oprimidos e marginalizados, nos quais se incute a ideia de que a educação é instrumento que os leve a deixar de serem *seres fora de* e passar a serem *seres dentro de*:

os chamados marginalizados, que são os oprimidos, jamais estiveram *fora de*. Sempre estiveram *dentro de*. Dentro da estrutura que os transforma em “seres para outro”. Sua solução, pois, não está em “integrar-se”, em “incorporar-se” a essa estrutura que os oprime, mas em transformá-la para que possam fazer-se “seres para si” (FREIRE, 2005, p. 70, grifo do autor).

A educação *bancária*, por conseguinte, reproduz o modelo de exclusão de significativa parcela da população, notadamente os grupos mais vulneráveis da sociedade. Acaba por fortalecer sua condição de subserviência às classes dominantes (opressoras), reforçando a crença de que emancipar-se, tendo como instrumento a educação, significa desprender-se da massa de oprimidos para integrar-se ao que vem a ser o seleto grupo de opressores.

Podemos concluir, com Freire ([1968] 2005), que se impõe uma confusão do que seja a sociedade, de acordo com a ideia do opressor: para esse grupo, a sociedade é uma pequena aglomeração de pessoas favorecidas por determinadas condições, que usufruem direitos, ao passo que a sua margem (e, portanto, fora dela), há outro grande grupo que não a integra, o qual é iludido pela educação *bancária* como instrumento para passar a integrá-la.

Em verdade, o que se busca desconstruir é a ideia de que a educação deva funcionar como meio para alçar o sujeito vulnerável à condição de dominador; o que se quer é orientar práticas voltadas a uma real transformação social, onde os oprimidos possam assumir sua condição de *seres para si* e ocupar o espaço que de fato a eles deve pertencer¹².

O ciclo de pensadores da relação entre educação e sociedade (Kant-Marx-Adorno-Freire) apresentado por Ambrosini (2012) tem continuidade nos estudos de István Mészáros (2008)¹³ e de Boaventura de Sousa Santos (2010).

Ao identificar a íntima correlação entre os processos educacionais e os processos sociais mais abrangentes de reprodução, Mészáros entende que

uma reformulação significativa da educação é inconcebível sem a correspondente transformação do quadro social no qual as práticas educacionais da sociedade devem cumprir as suas vitais e historicamente importantes funções de mudança (MÉSZÁROS, 2008, p. 25).

Mészáros (2008) dialoga com o pensamento freireano e marxista quando defende a necessária ruptura nas relações sociais controladas pelo capital para que haja um câmbio profundo no sistema educacional. Para o filósofo, mantidas as relações sociais orientadas pelo capitalismo, a educação seria um mero mecanismo de internalização e de reprodução desse sistema, de modo que qualquer mudança instituída no bojo dessas limitações serviria apenas para corrigir algum detalhe da ordem estabelecida e manter as estruturas fundamentais desse modelo de sociedade.

¹² Em outra obra – *Pedagogia da Autonomia* –, o autor enfatiza: “Não me venha com justificativas genéticas, sociológicas ou históricas ou filosóficas para explicar a superioridade da branquitude sobre a negritude, dos homens sobre as mulheres, dos patrões sobre os empregados. Qualquer discriminação é imoral e lutar contra ela é um dever por mais que se reconheça a força dos condicionamentos a enfrentar. A boniteza de ser gente se acha, entre outras coisas, nessa possibilidade e nesse dever de brigar. Saber que devo respeito à autonomia e à identidade do educando exige de mim uma prática em tudo coerente com este saber” (FREIRE, [1996] 2006, p. 60-61).

¹³ Nossos agradecimentos à Professora Doutora Luciana Neves Loponte por nos apresentar a obra de István Mészáros (2008).

Tendo em vista a utilização da educação institucionalizada como instrumento para a conservação de um quadro que legitima os interesses dominantes, seja por induzir a aceitação, por parte dos indivíduos de tal ordem, seja pela dominação estrutural e subordinação hierárquica impostas, “as soluções não podem ser apenas formais: elas devem ser essenciais” (MÉSZÁROS, 2008, p. 35).

Ocorre que, sob o domínio do capital, se impõe aos indivíduos a reprodução do sistema, utilizando-se a educação como meio de internalização dos mecanismos que legitimam sua posição na vigente hierarquia social (MÉSZÁROS, 2008). O autor entende que as instituições educacionais acabam por desempenhar relevante papel na internalização dos valores do capital, contribuindo, desse modo, para a reprodução da ordem vigente:

As instituições formais de educação certamente são uma parte importante do sistema global de internalização. Mas apenas uma parte. Quer os indivíduos participem ou não – por mais ou menos tempo, mas sempre em um número de anos bastante limitado – das instituições formais de educação, eles devem ser induzidos a uma aceitação ativa (ou mais ou menos resignada) dos princípios reprodutivos orientadores dominantes na própria sociedade, adequados a sua posição na ordem social, e de acordo com as tarefas reprodutivas que lhes foram atribuídas. [...] Todavia, ao internalizar as onipresentes pressões externas, eles devem adotar as perspectivas globais da sociedade mercantilizada como inquestionáveis limites individuais e suas aspirações pessoais. Apenas *a mais consciente das ações coletivas* poderá livrá-los dessa grave e paralisante situação (MÉSZÁROS, 2008, p. 44-45, grifo do autor).

Inverter esse modelo de reprodução social significa, para Boaventura de Sousa Santos (2010), pensar a educação *do outro lado da linha*¹⁴:

O outro lado da linha abissal é um universo que se estende para além da legalidade e ilegalidade, para além da verdade e da falsidade. Juntas, estas formas de negação radical produzem uma ausência radical, a ausência de humanidade, a sub-humanidade moderna. Assim, a exclusão torna-se simultaneamente radical e inexistente, uma vez que seres sub-humanos não são considerados sequer candidatos à inclusão social. A humanidade moderna não se concebe sem uma sub-humanidade moderna (SANTOS, 2010, p. 38-39).

¹⁴ Para Santos (2010), o pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal à medida que se funda num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que estas fundamentam aquelas. As distinções invisíveis dividem a realidade social em dois universos, o *deste lado da linha* e o *do outro lado da linha*. O que está do outro lado da linha é tido como inexistente e é excluído do universo; é impossível a copresença dos dois lados da linha. O autor dá o exemplo da distinção visível entre regulação e emancipação social; subjacente a essa, há outra dicotomia, invisível, a da distinção entre sociedades metropolitanas e territórios coloniais.

Santos (2010) transfere para as sociedades metropolitanas a oposição entre *este lado da linha* e *o outro lado da linha*, o que passou a ocorrer a partir das décadas de 1970 e 1980. Identifica esse movimento como o segundo *abalo tectônico* que ocorreu entre as linhas abissais de regulação/emancipação e apropriação/violência¹⁵. De acordo com esse pensamento, *o outro lado da linha* (apropriação/violência) está a expandir-se sobre *este lado da linha* (regulação/emancipação), que, por sua vez, mostra encolher-se e, ainda, a contaminar-se internamente pela lógica da outra linha.

Para Santos (2010), esse movimento é composto por um movimento principal, denominado regresso do colonial e do colonizador, e por um contramovimento, denominado cosmopolitismo subalterno. O colonial é “uma metáfora daqueles que entendem as suas experiências de vida como ocorrendo do outro lado da linha e se rebelam contra isso” (SANTOS, 2010, p. 42); o regresso do colonial “é a resposta abissal ao que é percebido como uma introdução ameaçadora do colonial nas sociedades metropolitanas” (SANTOS, 2010, p. 42).

No contexto da produção de uma sub-humanidade (que subjaz a uma humanidade), a exclusão social deriva das relações de poder desiguais, contra as quais é preciso opor movimentos favoráveis a uma redistribuição de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos, baseando-se no princípio da igualdade e no princípio do reconhecimento da diferença (SANTOS, 2010). Conforme se percebe, há uma evidente convergência com as proposições de Freire ([1968] 2005), tendo em vista que ambos os autores reconhecem uma estrutura social excludente, a qual é preciso subverter, de modo que todos possam ser atuantes numa sociedade materialmente democrática.

Portanto, é na perspectiva da emancipação que os invisíveis de Santos (2010) – para Freire ([1968] 2005), os oprimidos – precisam se mobilizar para a transformação do mundo através da práxis, uma vez que os homens são seres do *quefazer*, isto é, seres que emergem do mundo e nele atuam por meio de reflexão e ação (FREIRE, [1968] 2005), uma vez que “a educação é uma forma de intervenção no mundo” (FREIRE, [1996] 2006, p. 98).

¹⁵ O primeiro *abalo tectônico* se refere às lutas anticoloniais e aos processos de independência das antigas colônias, que se movimentaram contra o paradigma de exclusão radical da apropriação/violência para serem alçadas ao da regulação/emancipação, nas duas linhas globais (epistemológica e jurídica) (SANTOS, 2010).

Na esteira de Freire ([1968] 2005), é necessário, portanto, que os homens, como seres do *quefazer*, se reconheçam como pessoas pertencentes a uma sociedade que, não raro, os põe à margem, para manter a estrutura de opressão. Opor-se a esses mecanismos, dos quais um exemplo é a educação *bancária*, é uma expressão da busca de concretização da dignidade da pessoa humana, como valor que deve orientar o Estado democrático e social de direito, de modo a combater a cultura do silêncio, para que todos possam *dizer a sua palavra*.

2.2 A concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental social à educação

O valor da dignidade da pessoa humana foi acolhido pela Constituição Federal brasileira como fundamento do Estado democrático de direito (artigo 1º, III). Configura-se como vetor axiológico do ordenamento jurídico e, como tal, orienta a interpretação de todo o sistema e serve como parâmetro de valoração dos atos estatais e das relações que se estabelecem na sociedade.

A dignidade da pessoa humana, na doutrina, é conceituada como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2015a, p. 70-71).

Desse conceito, extraímos que a dignidade confere à pessoa humana um plexo de direitos e deveres. Quanto aos direitos, estes se resumem no respeito que o Estado e a comunidade devem tributar a cada pessoa em razão de sua condição humana, não só no sentido de preservá-la de um tratamento indigno, mas, para além disso, de incentivar seu desenvolvimento integral, mediante a garantia de um mínimo para sua existência e a participação no corpo social. De outro lado, está o dever de cada pessoa de respeitar às demais, também como forma de assegurar a dignidade destas.

Há uma íntima correlação do princípio da dignidade da pessoa com a ideia de emancipação humana, especialmente sob a ótica de Freire ([1968] 2005). Esse

educador apresenta uma visão não apenas filosófica, social ou crítica, mas propositiva, de modo que a emancipação passe a ser uma tarefa da educação, a ser levada a cabo por intermédio da práxis (AMBROSINI, 2012). Desse modo, a emancipação em Freire não abandona, de todo, a proposta kantiana do desenvolvimento da autonomia do ser humano, mas o considera num ambiente de interação social, de maneira que esse processo ocorra de forma cooperativa, no sentido de que pessoas e grupos oprimidos possam se aperceber de sua condição e transformá-la¹⁶.

Luísa Cristina Pinto e Netto¹⁷ assente com essa ideia, ao afirmar que “No universo de concepções e invocações que se fazem da dignidade, é possível encontrar uma matriz kantiana centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa” (2010, p. 36). Na mesma linha, Sarlet (2015a) menciona o reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual pode ser diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, a relação entre dignidade e emancipação se torna clara no interior de sua proposta conceitual, na medida em que evidencia, como traço da dignidade da pessoa humana, exatamente a emancipação da pessoa como indivíduo – o qual ostenta direitos em face do Estado, dos particulares e da comunidade como um todo – e como ser em comunhão com as demais pessoas.

Ademais, ao mesmo tempo que destaca a imposição de limites à atuação estatal pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o autor afirma, por outro lado, que “o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos” (SARLET, 2015a, p. 89), o que caracteriza a face positiva do dever estatal.

No direito comparado, embora nem todas as constituições registrem a dignidade da pessoa humana em seus textos, há uma tendência a que o façam¹⁸.

¹⁶ Ambrosini reforça que “A pedagogia de Freire é uma teoria *humana*, pois trata das relações entre as pessoas em seus aspectos de opressão e dominação. É também *social*, pois reconhece que essa opressão está enraizada e reforçada dentro das estruturas da sociedade, em suas leis e instituições. Possui, além disso, a preocupação de ser *luta*, mas luta através da conscientização, ou seja, da aplicação do conhecimento para libertação das pessoas. E por fim, a pedagogia do oprimido, não poderia deixar de ser uma *crítica* da educação tradicional e, ao mesmo tempo, uma *proposta* de construção de outra forma de entender e praticar o conhecimento, a aprendizagem e a escola” (2012, p. 387, grifos do autor).

¹⁷ Nossos agradecimentos ao Professor Doutor Guilherme Camargo Massaú por nos apresentar a obra de Luísa Cristina Pinto e Netto (2010).

¹⁸ Sarlet (2015a) menciona algumas Constituições que reconhecem, expressa ou implicitamente, a dignidade da pessoa humana em seus textos. Temos, nessa circunstância, as Constituições da

Posicionar seu conteúdo como princípio normativo fundamental numa ordem jurídico-constitucional significa assumir que é o Estado que existe em razão da pessoa e não o contrário, “já que o ser humano constitui a finalidade precípua [do Estado], e não o meio da atividade estatal” (SARLET, 2015a, p. 78).

De acordo com Sarlet (2015a), o constituinte, ao apresentar a dignidade da pessoa humana não como direito fundamental mas como princípio (valor) fundamental no texto constitucional, confere a ela (à dignidade), para além de um princípio, o *status* de norma definidora não só de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais atribuídos ao Estado, à medida que outorga direitos subjetivos negativos, consistentes na não violação, mediante a não ingerência na esfera individual do ser humano de modo contrário à sua dignidade, e condutas positivas para sua promoção, inclusive protegendo os indivíduos de agressões oriundas de terceiros.

Essas condutas positivas que o Estado deve adotar para a efetivação e a promoção da dignidade da pessoa humana, ensina Sarlet (2015a), detêm feições programáticas ou impositivas, mas nem por isso são destituídas de plena eficácia. Desse modo, segundo o autor, “a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio” (SARLET, 2015a, p. 90).

O princípio da dignidade da pessoa humana se materializa nos direitos fundamentais. Dito de outro modo, os direitos fundamentais são explicitações da dignidade da pessoa humana, uma vez que cada um deles veicula ao menos um conteúdo ou projeção da dignidade. Esse princípio atua, portanto, como *lex generalis* em relação aos direitos fundamentais; de acordo com tal entendimento, não se torna necessário recorrer autonomamente a esse princípio, pois os direitos e garantias fundamentais constituem um mero desdobramento e funcionam como suas garantias específicas. Isso não significa dizer que a dignidade terá aplicação apenas subsidiária,

Alemanha (artigo 1º, I), Espanha (Preâmbulo e artigo 10.1), Grécia (artigo 2º, I), Irlanda (Preâmbulo), Portugal (artigo 1º), Itália (artigo 3º), Bélgica (artigo 23), Paraguai (Preâmbulo), Cuba (artigo 8º), Venezuela (Preâmbulo), Peru (artigo 4º), Chile (artigo 1º), Guatemala (artigo 4º) e Rússia (artigo 12-1). Piovesan e Vieira (2006) informam que, ao eleger a dignidade da pessoa humana como valor orientador da ordem constitucional, o Brasil seguiu a tradição das Constituições Alemã de 1949 e Portuguesa de 1976.

mas, antes, representa o fundamento desses direitos em que se desdobra (SARLET, 2015a)¹⁹.

Logo, uma ofensa a um direito fundamental pode representar, também, uma violação à dignidade da pessoa humana. Por outro lado, esta poderia fundamentar a proteção contra novas ofensas e ameaças que não são expressamente alcançadas pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados na Constituição.

Nessa linha de raciocínio, impõe-se reconhecer o caráter social desse modelo de Estado em face do mencionado artigo 1º, III, da Constituição Federal, que apresenta a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, ao lado dos objetivos da República, a saber o da busca por uma sociedade livre, justa e solidária e o da redução das desigualdades sociais, inscritos nos incisos I e III, respectivamente, do artigo 3º da Carta Cidadã.

De acordo com Soares (2010), a força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana impõe não só a observância dos direitos individuais dos cidadãos, a serem concretizados por meio da abstenção do Estado, mas também obriga este a efetivar os direitos sociais, na maior medida possível, por meio de prestações positivas do poder público.

Esses direitos tiveram, inicialmente, baixa densidade normativa, sendo-lhes questionada sua eficácia, em razão de exigirem condutas positivas do ente estatal para se concretizarem. Isto se explica pela necessidade de destinação de recursos para sua execução, os quais nem sempre se encontram disponíveis ou nem sempre são suficientes para atender as demandas dos cidadãos. Por essa razão, já foram considerados subalternos em relação aos direitos individuais (SOARES, 2010).

Entretanto, em face da doutrina neoconstitucionalista atualmente vigente, a qual tem como centro o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode retirar os direitos sociais do catálogo de direitos fundamentais, de modo a diminuir sua plena aplicabilidade. Na lição de Soares (2010, p. 155),

A dignidade da pessoa humana não somente expressa a autonomia da pessoa humana que caracteriza os direitos individuais, vinculada à ideia de autodeterminação na tomada das decisões fundamentais à existência, como também requer prestações positivas do Estado, especialmente quando

¹⁹ Apesar desse entendimento, qual seja o da inexistência de um direito fundamental à dignidade, Sarlet (2015a) expõe que é possível deduzir, do princípio da dignidade da pessoa humana, posições jurídico-fundamentais autônomas, sem conexão com algum direito fundamental específico. Não é o que faz a maior parte da doutrina e das decisões judiciais, que não empregam a dignidade da pessoa humana como fundamento isolado, mas conexo com alguma norma de direito fundamental.

fragilizada ou ausente a capacidade de determinação dos indivíduos no cenário coletivo.

Os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se, assim, voltados para a substancialização da liberdade e da igualdade dos cidadãos, objetivando, em última análise, a tutela da pessoa humana em face das necessidades de ordem material, com vistas à garantia de uma existência digna.

Desse modo, os direitos fundamentais sociais catalisam um projeto de emancipação e de afirmação da dignidade do ser humano, oportunizando a transição da cidadania do plano jurídico-formal para o campo real das relações socioeconômicas, sem a qual não se realiza o direito justo.

Conferir fundamentalidade à categoria dos direitos sociais é reflexo da adoção desse modelo de Estado social, o qual, muito além do respeito às liberdades individuais, exige dos poderes públicos a realização dos direitos sociais (em especial, os de cunho prestacional), como é o caso do direito à educação. A existência digna a que se refere Sarlet (2015a) só é alcançada mediante a atuação do ente estatal no sentido de proteger e proporcionar aos cidadãos o acesso aos bens e direitos que compõem o mínimo existencial.

Acerca da relevância dos direitos sociais no catálogo de direitos fundamentais, Duarte (2007, p. 694) entende que

O papel de destaque conferido aos direitos fundamentais como um todo em nosso sistema desautoriza qualquer tentativa de negar ou esvaziar a natureza jurídica dos direitos sociais, como se estes não fossem verdadeiros direitos, mas meros conselhos ou exortações ao legislador. Tal esvaziamento, ademais, obstará, ainda, a concretização dos objetivos de justiça social, explicitamente enunciados no artigo 3º (especialmente incisos I e III).

Esvaziar a natureza jurídica dos direitos fundamentais sociais implicaria, por conseguinte, em enfraquecer a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, da Constituição Federal) e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III, da Constituição Federal), objetivos que se relacionam exatamente com os pressupostos de emancipação dos oprimidos, na pedagogia freiriana (FREIRE, [1968] 2005).

Assim, diante da adoção, pela Constituição Federal, de princípios, fundamentos e objetivos que dão conta de um Estado social, essa não se limitou a delinear os contornos das liberdades individuais e dos direitos de participação política. O caráter prestacional desse Estado passou a exigir uma intervenção por meio de políticas públicas para promover os objetivos sociais e realizar o princípio democrático (DUARTE, 2007).

A história constitucional registra que a Constituição brasileira é “o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria [dos direitos e garantias fundamentais] da história constitucional do país” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 130), pois, além de prever novos direitos e garantias, reconheceu a titularidade coletiva de alguns direitos, bem como estabeleceu um núcleo material intangível, alçando alguns à condição de cláusulas pétreas, no artigo 60, parágrafo 4º.

Duarte (2007) destaca a forte influência do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) na Constituição brasileira, especialmente nos artigos 5º, 6º e 7º deste último, os quais anunciam a maior parte dos direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

Logo, temos que a Constituição acolhe a universalidade dos direitos humanos, sejam eles de defesa ou prestacionais e, na medida em que o faz, acaba, como dissemos, por consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana como valor central. O princípio da prevalência dos direitos humanos, inclusive, rege as relações estabelecidas pelo Brasil no plano internacional, como vemos no artigo 4º, II, da Carta Magna. É a primeira Constituição brasileira a incluir, no catálogo dos direitos fundamentais, aqueles assegurados em tratados internacionais (PIOVESAN; VIEIRA, 2006).

Para Sarlet (2015a), os direitos sociais, econômicos e culturais, em suas dimensões positiva e negativa, também constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. Os direitos sociais prestacionais servem à igualdade e à liberdade material, bem como à garantia de uma existência digna, de modo a proteger as pessoas contra as necessidades de ordem material, o que justificaria um direito fundamental (não expresso) ao mínimo existencial capaz de assegurar a fruição de uma vida com dignidade.

Tendo em vista que os direitos fundamentais atuam como instrumentos para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, é relevante refletir sobre a dimensão da dignidade da qual se encarrega o direito fundamental social à educação.

Sousa (2010) relaciona o direito à educação à dignidade da pessoa humana, destacando que o artigo 1º da Constituição Federal a inscreve entre os fundamentos da República. Ao ocupar posição de destaque no âmbito constitucional, isto é, ao compor o catálogo de direitos fundamentais, o direito à educação é capaz de forte

impacto sobre referido princípio (da dignidade da pessoa humana), pois tem o condão de preservar elementos culturais e da identidade da sociedade (SOUSA, 2010).

Por possibilitar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da cidadania, características que remetem à emancipação do sujeito, a educação contribui na construção da identidade social e, conseqüentemente, de uma sociedade livre, justa e solidária, atendendo a um dos objetivos da República, consignado no artigo 3º, I, da Constituição Federal. Na opinião de Sousa, este é “o retorno que o indivíduo ‘educado’ formalmente dá para a sociedade, pois passa a ter consciência de sua individualidade, atrelado a forte sentimento de solidariedade social” (2010, p. 34).

Essa consciência da própria individualidade ligada ao sentimento de solidariedade remete à pedagogia de Freire ([1968] 2005). Nessa perspectiva, com vistas ao alcance da dignidade, a educação representa libertação, que começa pelo indivíduo e se move até a sociedade: “Os oprimidos, nos vários momentos de sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de *ser mais*” (FREIRE, [1968] 2005, p. 59, grifo do autor), desenvolvendo-se neles a consciência de sua condição subalterna. Essa real consciência, para Freire ([1968] 2005), não é doação da liderança revolucionária, mas verdadeira ação cultural junto aos oprimidos, para que possam, em conjunto, alcançar sua libertação, uma vez que “se não é autolibertação – ninguém se liberta sozinho –, também não é libertação de uns feita por outros” ([1968] 2005, p. 60).

A educação é, portanto, uma forma de intervenção no mundo, que pode servir tanto à reprodução de uma ideologia dominante quanto ao seu desmascaramento (FREIRE, [1996] 2006). No mesmo sentido, Taveira (2014) sustenta que a educação favorece o ser humano no desenvolvimento do senso crítico em relação ao contexto social, o habilita para a participação política e auxilia na formação de valores que contribuam para a evolução individual e, também, da sociedade. Por isso, pode ser considerada como pressuposto para a fruição dos demais direitos fundamentais, o que reforça o dever do Estado, expresso na Constituição Federal, de desenvolver políticas públicas eficientes para concretizar esse direito.

Gomes (2009) aponta a educação como instrumento para o alcance de uma vida com dignidade, à medida que serve ao desenvolvimento de uma consciência nos seres humanos acerca de seus direitos, o que conduz à busca da liberdade, da igualdade, da justiça e da paz social. Segundo a autora,

A efetividade do direito humano à educação de qualidade e para todos é o caminho para promover o valor da dignidade da pessoa humana e garantir maior igualdade, liberdade, justiça e paz social. [...] Deve ser assumida como prioridade universal, [...] de modo a habilitar o cidadão a exercer seus direitos humanos universais e usufruir melhores condições de vida digna (GOMES, 2009, p. 51).

Uma vez que se trata de um direito fundamental que se destina a efetivar uma parcela da dignidade da pessoa humana, as normas constitucionais que se referem ao direito à educação não podem ser consideradas como normas simplesmente programáticas, no sentido de orientar o poder público na formulação de políticas. Essas normas são dotadas, em verdade, de eficácia jurídica, tendo em vista que o poder judiciário já vem exigindo seu cumprimento por parte dos entes estatais.

Na seção seguinte, abordaremos como o direito fundamental social à educação figura no ordenamento jurídico brasileiro. Iniciaremos pela sua previsão em instrumentos de direito internacional subscritos pelo Brasil e incorporados no rol dos direitos fundamentais em razão da abertura material desse catálogo (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal), para, finalmente, apresentarmos sua configuração na legislação doméstica.

2.3 Direito social à educação: o que há de fundamental nesse direito?

A pergunta apresentada no título desta seção induz, preliminarmente, a uma primeira conclusão: nem todo conteúdo sobre o direito à educação veiculado pela Constituição Federal é fundamental. Trata-se, então, de um convite para refletir sobre a extensão do que é abrangido pela fundamentalidade no direito à educação.

Inicialmente, apresentaremos a estrutura normativa do direito fundamental social à educação no Estado brasileiro. A abordagem terá como ponto de partida o direito internacional, mais especificamente os instrumentos normativos dos quais o Brasil é signatário. A seguir, faremos uma análise da legislação doméstica, da Constituição Federal às principais normas infraconstitucionais.

A descrição será realizada com enfoque na obrigação de progressividade constante dos instrumentos de direito internacional, acerca de direitos econômicos, sociais e culturais, que levaram o Estado brasileiro a ampliar, gradativamente, a efetividade do direito à educação, ao menos no que diz com seu financiamento público, até o advento da Emenda Constitucional n. 95/2016.

Ao tratar da abertura da Constituição aos direitos e garantias assegurados em tratados internacionais, é necessário fazer remissão aos ensinamentos de Sarlet (2018) sobre o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Apesar de este estudo tratar do direito fundamental social à educação, que conta com extensa previsão na Constituição Federal, é importante discutir a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, uma vez que o direito estudado é, também, largamente abordado pelos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, o que, naturalmente, influencia (e mesmo determina) sua amplitude no ordenamento brasileiro, conforme já afirmamos.

Nessa linha, o autor propõe o seguinte conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2018, p. 80).

De acordo com esse conceito, os direitos fundamentais detêm posição privilegiada no ordenamento jurídico, com assento constitucional, tendo em vista a relevância de seu conteúdo, razão pela qual são intangíveis, isto é, nem mesmo a mais alta esfera legislativa pátria (o poder constituinte derivado) pode afetar sua substância, a não ser para ampliar seu âmbito de proteção. O catálogo de direitos fundamentais do direito positivo, no entanto, não se restringe a esses direitos consignados no texto constitucional: por esse motivo, considera-se materialmente aberto, já que podem se equiparar outros direitos, em razão de seu conteúdo e significado, mesmo que não estejam expressamente consignados na Constituição.

Trata-se dos direitos fundamentais em sentido material, que “são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e importância, podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais” (SARLET, 2018, p. 81). O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal²⁰ é o dispositivo que permite acolher como fundamentais outros direitos não expressamente previstos

²⁰ De acordo com esse dispositivo, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988a).

como tais no texto constitucional. Ele aponta para duas espécies desses direitos: os que são formal e materialmente fundamentais e os que são apenas materialmente fundamentais.

Alexy (2003), ao apresentar a concepção material dos direitos fundamentais²¹, remete à lição de Carl Schmitt, para quem somente os direitos humanos liberais do indivíduo são direitos fundamentais em sentido próprio, de modo que somente o indivíduo pode ser considerado seu titular e somente o Estado, seu destinatário. A crítica do autor (ALEXY, 2003) se refere ao fato de ser um conceito demasiadamente restritivo, uma vez que não abarca, no círculo dos direitos fundamentais, as ações positivas do Estado, correspondentes aos direitos de proteção e aos direitos sociais, tampouco os direitos políticos, como o voto e a igualdade.

Não obstante, para Alexy (2003), o conceito material de direitos fundamentais de Schmitt apresenta dois entendimentos corretos: o primeiro diz respeito à circunstância de esses direitos pertencerem, essencialmente, ao indivíduo, e, ainda que se reconheçam direitos a sujeitos coletivos, isto favorece ao indivíduo; e o segundo se refere à reconstrução da relação entre direitos fundamentais e direitos humanos, de modo que, quando um catálogo de direitos fundamentais não abrange todos os direitos humanos, é necessariamente deficiente.

Entretanto, a definição dos direitos humanos como direitos constitucionalmente positivados também possui fragilidades, dentre as quais a mais significativa deriva da indeterminação do conceito de direitos humanos, onde se inclui a discussão sobre os direitos sociais, tendo em vista que não há um consenso absoluto sobre a extensão dos primeiros. Alexy (2003) alerta que,

Como consecuencia, es aconsejable no afirmar en definitiva que los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, sino que se trata de derechos que han sido llevados al derecho positivo con el propósito o la intención de darles una dimensión positiva a los derechos humanos. Por consiguiente, los derechos fundamentales *deben representar* derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo. Según esta definición, los catálogos de derechos fundamentales de las diversas constituciones representan intentos de atribuir una dimensión positiva a los derechos humanos (ALEXY, 2003, p. 28, grifo do autor).

²¹ Além da concepção material, Alexy (2003) identifica as concepções formal e procedimental dos direitos fundamentais. Segundo a concepção formal, direitos fundamentais são todos aqueles elencados nas constituições, aparecendo, em geral, reunidos num único catálogo. A concepção procedimental, por seu turno, se situa na relação entre direitos fundamentais e democracia, seja pela garantia do funcionamento do processo democrático por parte daqueles, seja por limitar esse mesmo processo ao restringir a atuação parlamentar.

O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, permite a identificação e a construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, bem como de direitos fundamentais constantes de outras partes da Constituição e em tratados internacionais. Esse mecanismo pode ser classificado como uma tentativa do direito constitucional brasileiro de atribuir uma dimensão positiva aos direitos humanos, transformando-os em fundamentais, conforme propõe Alexy (2003).

Para Sarlet (2018), em se tratando da abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, são abrangidos os direitos individuais, destinados à proteção do indivíduo contra intervenções do Estado, isto é, aqueles de cunho negativo, que exigem uma abstenção dos poderes públicos para sua concretização²².

Quanto aos direitos sociais, o autor argumenta que são igualmente abrangidos pela norma do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, por algumas razões. A primeira se refere ao fato de o dispositivo mencionar os direitos e garantias expressos no texto constitucional, sem impor qualquer limitação decorrente de sua topografia. A segunda diz respeito à inserção expressa dos direitos sociais no título dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que a doutrina internacional reconhece a fundamentalidade de ambas categorias de direitos. A terceira razão se justifica pelo caráter meramente exemplificativo dos artigos 6º e 7º, que veiculam direitos sociais básicos e estão abertos a recepcionarem outros direitos similares, constituindo-se em verdadeiras cláusulas especiais de abertura. A quarta razão é a configuração da República como um Estado social e democrático de direito, como se verifica no preâmbulo e nos princípios fundamentais da Constituição, sendo que a existência de direitos fundamentais sociais é inerente à natureza e à substância desse modelo de Estado. Por fim, a redação do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, traz uma verdadeira norma geral inclusiva, que autoriza a permanente aquisição de novos direitos fundamentais, capaz de tutelar os novos riscos que surgirem à pessoa humana (SARLET, 2018).

²² Diferentemente de Abramovich e Courtis (2011), Sarlet (2018) se filia à concepção tradicional que classifica os direitos fundamentais em direitos positivos (que impõem uma prestação ao Estado) e em direitos negativos (que, ao contrário, exigem a abstenção estatal).

A coexistência de direitos individuais e sociais sob o manto da fundamentalidade remete à indivisibilidade dos direitos humanos. Segundo Piovesan e Vieira (2006), a Constituição de 1988 inovou a ordem jurídica brasileira ao inserir os direitos sociais e econômicos no catálogo dos direitos fundamentais, uma vez que nas constituições anteriores estes possuíam referências somente no capítulo e remetia à ordem econômica e social, desde a Constituição de 1934. O texto constitucional vigente, ao tratar esses direitos como fundamentais, conferiu a eles aplicabilidade imediata, aplicando-se o parágrafo 1º do artigo 5º²³. Sobre o tema, os autores esclarecem que

a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 131).

Além de promover a recepção de novos direitos individuais e sociais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, o parágrafo 2º do artigo 5º se constitui como porta de entrada para outros direitos que ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como direitos materialmente fundamentais, por meio de tratados internacionais.

Piovesan e Vieira (2006) afirmam que a Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, pois, a partir dessa data, aconteceu a incorporação, pelo direito brasileiro, dos mais importantes tratados internacionais de proteção de direitos humanos²⁴. Além da

²³ De acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988a).

²⁴ Além de reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998, após a promulgação da Constituição de 1988 o Brasil ratificou os seguintes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: “a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a tortura, em 20 de julho de 1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1990; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) o Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; e l) os dois

abertura material para direitos humanos positivados pelo direito internacional, foi a partir de 1988 que se deu a mais vasta produção de normas de direitos humanos no âmbito doméstico de que se tem notícias na história legislativa nacional.

Ao abrir o direito constitucional brasileiro aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, permitiu a ampliação do bloco de constitucionalidade para atribuir a tais direitos a hierarquia de norma constitucional, com aplicabilidade imediata. Esses tratados são de incorporação automática, logo que ratificados, passando a irradiar efeitos concomitantemente na ordem jurídica nacional e internacional (PIOVESAN, 2018).

Piovesan (2018) apresenta quatro correntes doutrinárias que divergem acerca da forma de recepção de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, as quais sustentam (1) a hierarquia supraconstitucional, (2) a hierarquia constitucional, (3) a hierarquia infraconstitucional mas supralegal e (4) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Para encerrar a polêmica, sobreveio a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal, para determinar a inserção formal das normas de tratados internacionais de direitos humanos no bloco de constitucionalidade. Assim, pelo parágrafo 2º daquele artigo, todos os tratados de proteção de direitos humanos seriam materialmente constitucionais e integrariam o bloco de constitucionalidade, independentemente do *quorum* de sua aprovação. O *quorum* e o regime qualificados, idênticos aos das emendas constitucionais, instituídos pelo novo dispositivo, apenas reforçariam a natureza constitucional desses tratados, proporcionando, além da constitucionalização material, a constitucionalização formal desses instrumentos no âmbito jurídico interno (PIOVESAN, 2018).

Nessa linha, os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, segundo Piovesan (2018) são normas material e formalmente constitucionais pelas seguintes razões:

- a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos

Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24 de janeiro de 2004” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 133-134).

da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro (PIOVESAN, 2018, p. 76).

Com relação aos novos tratados de proteção de direitos humanos a serem ratificados (a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004), estes se tornam normas materialmente constitucionais por força do parágrafo 2º do artigo 5º, mas para assumirem o caráter formalmente constitucional deverão seguir o procedimento estabelecido no parágrafo 3º. Portanto, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) (1969) (BRASIL, 1992b) e seu Protocolo Adicional (1988) (BRASIL, 1999) são instrumentos de direito internacional subscritos pelo Brasil e que, em razão da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, são recebidos como materialmente fundamentais.

É importante verificar que se trata de normas de direito internacional que integram tanto o sistema internacional quanto o sistema regional (americano) de proteção dos direitos humanos. A coexistência desses instrumentos atuando sobre os mesmos direitos tem o propósito de reforçar a proteção, devendo ser aplicada a norma que, no caso concreto, dê maior guarida ao sujeito de direito – trata-se do caráter de complementaridade das normas de direitos humanos (PIOVESAN, 2018)²⁵. Todos esses instrumentos trazem obrigações aos países signatários em matéria de educação, como passaremos a descrever.

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de seu Conselho de Segurança, aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, num contexto em que os Estados encontravam-se sensíveis aos recentes impactos e atrocidades vivenciadas na Segunda Guerra Mundial.

De acordo com Comparato (2017), a aprovação da Declaração de 1948 é fruto de uma previsão da Carta das Nações Unidas, segundo a qual deveria ser produzida

²⁵ Dimoulis e Martins apontam para o fenômeno da duplicação, segundo o qual “praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotados de maiores garantias” (2018, p. 42). É de se questionar, portanto, se, diante do estágio de evolução da legislação doméstica brasileira em matéria de direitos humanos, o princípio da complementaridade apresentado pela doutrina (PIOVESAN, 2018) ainda possui força no direito pátrio.

uma declaração de direitos humanos. Um segundo passo seria a elaboração de documentos com maior densidade vinculante do que uma declaração, o que se concretizou mediante os dois Pactos de 1966, como veremos adiante. A terceira etapa, ainda não concretizada, corresponderia à criação de mecanismos para garantir o respeito aos direitos humanos e combater suas violações.

Desse modo, ainda que sem força vinculante²⁶, a Declaração

representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. *A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos* (COMPARATO, 2017, p. 238, grifo do autor).

A Declaração reúne os discursos liberal e social; nos artigos 1º a 21º, veicula direitos de liberdade, com um viés liberal; a partir do artigo 22º, apresenta direitos de igualdade, consubstanciados em direitos econômicos, sociais e culturais (BASILIO, 2009).

Na última parte do documento, mais especificamente no artigo 26º, situa-se o direito humano à educação, a qual deve ser gratuita, no mínimo no que corresponde ao ensino elementar fundamental, que também é obrigatório. O dispositivo prevê, ainda, a generalização do ensino técnico e profissional, bem como o acesso aos estudos superiores em condições de igualdade a todos, de acordo com seu mérito. Além disso, deve incentivar a expansão da personalidade humana, os direitos do homem, as liberdades fundamentais, entre outros valores (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A segunda etapa de institucionalização, em âmbito global, dos direitos humanos, se deu em 1966, com a aprovação de dois instrumentos que desenvolveram a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. São eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁷ (COMPARATO, 2017). Segundo Comparato (2017), a divisão dos direitos humanos em dois Pactos é, em verdade, artificial, sendo que sua unidade

²⁶ Comparato (2017) entende que deixar de reconhecer força vinculante à Declaração é um equívoco por excesso de formalismo, pois a vigência dos direitos humanos deve ser reconhecida independentemente de sua positivação em constituições, leis ou tratados, em respeito à dignidade humana.

²⁷ O Brasil ratificou esses Pactos pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e os promulgou pelo Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992.

resta mantida, o que se comprova pelo fato de o preâmbulo de ambos os textos ostentar o mesmo teor.

A criação de dois instrumentos de direitos humanos foi justificada, à época, em razão da distinção entre a natureza das duas categorias de direitos, uma vez que os direitos civis e políticos teriam aplicabilidade imediata ao passo que os econômicos, sociais e culturais deveriam ser implementados progressivamente. Outra razão apontada diz respeito aos mecanismos de supervisão da implementação dos dois pactos, sendo possível a denúncia do Estado em caso de violação a direitos civis e políticos, solução considerada inviável em se tratando de direitos econômicos e sociais²⁸ (CUNHA; SCARPI, 2007).

Apesar desses argumentos, Cunha e Scarpi (2007) interpretam tal separação como um reflexo do cenário político mundial da época, dividido em bloco capitalista e bloco socialista: o primeiro, defensor das liberdades individuais; o segundo, dos direitos econômicos e sociais. No entanto, por ser a dignidade um valor único e indivisível, os direitos humanos também o são.

O direito à educação, como direito social, encontra previsão no PIDESC, nos artigos 13 e 14 (BRASIL, 1992a). Sobre as disposições acerca do direito humano à educação neste Pacto,

Deve-se ressaltar a exigência, estabelecida na alínea 2 do artigo 13, de se organizar a educação primária obrigatória e gratuita, bem como a educação secundária e superior de forma progressivamente gratuita. [...] Seja como for, a regra de gratuidade progressiva da educação secundária e superior, estabelecida na alínea 2, letras *b* e *c*, do artigo 13 comporta duas exigências. De um lado, as etapas desse avanço progressivo, em direção à escola inteiramente gratuita para todos, devem ser claramente fixadas pelo Estado-Parte no Pacto e indicadas nos relatórios de que tratam os artigos 16 e seguintes. De outro lado, é absolutamente vedado, a todos os Estados-Partes do Pacto, fazer marcha à ré nesse campo, de forma a substituir a gratuidade já existente pelo ensino pago, ainda que parcialmente (COMPARATO, 2017, p. 372-373).

²⁸ Um mecanismo que, historicamente, reforçou a distinção entre as duas categorias de direitos foi a existência de um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que prevê a possibilidade de denúncia ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas por parte das próprias vítimas que tiverem um direito civil ou político violado (COMPARATO, 2017). O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais teve seu Protocolo Facultativo aprovado pela Assembleia Geral somente em 10 de dezembro de 2008, tendo entrado em vigor em 5 de maio de 2013. É, portanto, recente a possibilidade de denúncia individual de violação desses direitos perante o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, através da Observação Geral²⁹ n. 13, ponto 57, estabeleceu, como obrigação mínima dos Estados em matéria de educação,

velar pelo direito de acesso às instituições e programas de ensino público sem discriminação alguma, proporcionar ensino primário a todos, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 13, adotar e aplicar uma estratégia nacional de educação que abarque o ensino secundário, superior e fundamental e velar pela livre eleição da educação sem a intervenção do Estado nem de terceiros, em conformidade com as normas mínimas de ensino, dos parágrafos 3 e 4 do artigo 13 (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 113).

Em síntese, para os fins desta investigação, é relevante sublinhar a ênfase conferida pelo Pacto (BRASIL, 1992a) à progressiva ampliação da implementação da educação de nível superior gratuita e à generalização da educação técnico-profissional em nível secundário, igualmente acessível a todos, mediante a adoção de uma estratégia nacional, a qual, sabidamente, além de políticas públicas para a concretização do direito, passa por adequações legislativas.

Na mesma linha, sobreveio o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) (BRASIL, 1999)³⁰, concluído em 1988 e incorporado ao direito brasileiro em 1999. Em razão de estabelecer obrigações estatais similares no que se refere ao direito humano à educação, são dispensados maiores comentários, em que pese toda a relevância desse instrumento do sistema regional de direitos humanos integrado pelo Brasil.

²⁹ Observações Gerais são diretrizes emanadas pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que constituem sua jurisprudência sobre o conteúdo do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tendo em vista que é o único órgão aplicador dessas normas. Em relação aos Estados, as Observações Gerais têm caráter prescritivo e, através dos relatórios, o Comitê avalia seu comportamento em relação à concretização dos direitos do Pacto, tendo como parâmetro essa fonte de interpretação, do que pode decorrer o entendimento de que houve violações no tocante a determinados direitos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

³⁰ Apesar de a Convenção Americana de Direitos Humanos ter sido aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 1969, seu Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado apenas em 1988, na Conferência Interamericana de São Salvador. O Pacto de São José da Costa Rica, como também é conhecida aquela Convenção de 1969, é muito similar ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tendo-se optado, à época, por deixar para um protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais, para obter a adesão dos Estados Unidos (COMPARATO, 2017). Essa afirmação corrobora a hipótese de Cunha e Scarpi (2007), aqui exposta, que defende que a separação em dois Pactos, em 1966, se deveu à tensão entre os blocos capitalista e socialista.

A influência de todo esse instrumental normativo internacional foi decisiva para a configuração do direito fundamental social à educação em âmbito doméstico. A partir desses instrumentos de direito internacional, que abordam a educação como direito humano, é que se formam as bases normativas do direito fundamental social à educação no ordenamento doméstico, desde a Constituição Federal à legislação infraconstitucional.

Na Constituição Federal, o direito fundamental social à educação aparece, num primeiro momento, no artigo 6º, que enuncia os direitos sociais. Esse artigo inaugura o Capítulo II (Dos direitos sociais) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), o que, num primeiro momento, segundo o critério topográfico, por si só assegura sua fundamentalidade.

É o primeiro direito social constante do rol do artigo 6º (BRASIL, 1988a) e encontra-se posicionado nesse lugar desde a gênese do texto constitucional, em 1988. Entretanto, não recebe maiores aprofundamentos nesse dispositivo. O detalhamento se encontra nos artigos 205 a 214, os quais formam a Seção I (Da educação) do Capítulo III (Da educação, da cultura e do desporto) do Título VIII (Da ordem social) da Constituição Federal.

A Constituição Federal, em síntese, reafirma os pressupostos veiculados pela legislação internacional. Destes, podemos citar a obrigatoriedade de o Estado oferecer a educação básica³¹ obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, inclusive aos que não puderam acessá-lo na idade apropriada³²; a progressiva universalização do ensino médio gratuito; oferta de educação infantil a crianças de até 5 anos de idade; acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo as capacidades de cada um. O rol de obrigações estatais constitucionalmente asseguradas vai além da oferta dos distintos níveis de ensino aqui mencionados, abrigando, a título exemplificativo, a educação especial, a educação de jovens e adultos e o ensino regular noturno.

Não obstante, nem todo o conteúdo sobre educação que se encontra na Constituição brasileira de 1988 tem natureza de direito fundamental. De acordo com

³¹ De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, artigo 4º, I, a educação básica abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio (BRASIL, 1996).

³² A oferta obrigatória e gratuita da educação básica foi instituída como obrigação estatal pela Emenda Constitucional n. 59, de 2009 (BRASIL, 2009), que alterou a redação do artigo 208, I, da Constituição Federal. Pela redação anterior desse dispositivo, a obrigatoriedade e gratuidade contemplavam apenas o ensino fundamental.

Sarlet (2018), nem todas as normas que versam sobre o direito à educação no capítulo da ordem social são fundamentais pelo simples fato de possuírem relação direta com o direito fundamental social à educação previsto no artigo 6º.

Para o autor, não restam dúvidas sobre a fundamentalidade das normas compreendidas entre os artigos 205 a 208 da Constituição Federal. As demais detêm cunho organizacional e procedimental, com o mesmo *status* das demais normas constitucionais (SARLET, 2018).

Não é tarefa fácil, por conseguinte, identificar o que há de fundamental nas normas constitucionais, em face da abertura material do catálogo de direitos fundamentais. Sarlet (2015a) associa a abertura para direitos não expressamente previstos no texto constitucional com um constitucionalismo cumulativo de direitos e garantias, a que se refere Ayres Britto, como “um constitucionalismo crescentemente superavitário, como se dá com a ciência e a cultura, a ponto de autorizar a ilação de que, graças a ele, o Estado de Direito termina por desembocar num *Estado de direitos*” (2012, p. 23, grifo do autor).

A solução (parcial)³³ apontada por Sarlet

é que o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para a identificação de direitos implícitos (tanto de cunho defensivo como prestacional) e, de modo especial, sediados em outras partes da Constituição (2015a, p. 115).

Esse critério explica, com razoável convicção, a afirmação do autor de que os artigos 205 a 208 da Constituição Federal compreendem a parte fundamental do direito social à educação. A norma do artigo 205 reconhece um direito público subjetivo e assume feições de cunho programático, uma vez que impõe tarefas e objetivos ao Estado e, em especial, ao legislador. O artigo 207, por sua vez, se revela como uma garantia institucional, ao assegurar a autonomia universitária, atuando como direito fundamental de natureza defensiva (SARLET, 2018).

Também o artigo 206 guarda fundamentalidade, por abordar os princípios orientadores do ensino, vinculados ao direito geral de liberdade e de igualdade, além de valorização dos profissionais do magistério e questões pertinentes à gestão do ensino.

³³ Dissemos que essa solução é parcial, pois Sarlet (2015a) indica o princípio da dignidade humana como critério não exclusivo para identificar direitos fundamentais implícitos, pois, ao lado dele se colocam outros, como o direito à vida e à saúde, por exemplo.

Em relação ao artigo 208, a Constituição mantém um forte diálogo com os instrumentos de direito internacional sobre educação, em especial o PIDESC (BRASIL, 1992a). Nesse dispositivo, foram instituídos mecanismos e diretrizes para que o Estado satisfaça seu dever com a educação (SARLET, 2018). Especial atenção foi dispensada à educação básica obrigatória e gratuita³⁴, dos 4 aos 7 anos de idade, mesmo a quem não tenha tido acesso na idade própria, o que é apresentado como direito público subjetivo (parágrafo 1º).

O mesmo não se pode afirmar em relação ao ensino médio e ao ensino superior:

Ainda no contexto mais amplo de um direito à educação como direito a prestações, situa-se a problemática do acesso ao ensino médio e superior. Diversamente dos casos do ensino fundamental e do direito à educação infantil, a CF, no artigo 208, II, previu a garantia da “progressiva universalização do ensino médio gratuito”, além de assegurar o “acesso aos níveis mais elevados do ensino e da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, V). Assim, pelo menos não expressamente, a CF não consagra um direito subjetivo a uma vaga no ensino médio gratuito (em estabelecimento oficial de ensino), muito menos o direito a uma vaga em Instituição de Ensino Superior mantida pelo poder público (SARLET, 2018, p. 353).

No próprio texto constitucional, após a extensão da obrigatoriedade e gratuidade a toda a educação básica, que, segundo a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (BRASIL, 1996), intitulada Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio, verifica-se uma confusão sobre a fundamentalidade deste último. Ao mesmo tempo em que sobre ele se estende a obrigatoriedade e a gratuidade (e, portanto, o caráter subjetivo e a fundamentalidade) em razão de integrar a educação básica, nos termos do inciso I do artigo 208, o inciso imediatamente posterior não proporciona toda essa garantia ao ensino médio. *Ad argumentandum*, poderíamos afirmar a fundamentalidade do ensino médio, em razão da nova redação do inciso I, mas a doutrina, ao menos Sarlet (2018), não enfrenta a questão.

³⁴ Embora Sarlet (2018, p. 350 e seguintes) se refira ao ensino fundamental como sendo obrigatório e gratuito, ousamos discordar, respeitosamente, desse doutrinador, apontando o seu equívoco que deriva, provavelmente, de uma falha na atualização de sua obra. De fato, na redação original da Constituição Federal, o artigo 208, I, previa a obrigatoriedade e a gratuidade desse nível de ensino (fundamental), o que se manteve com as alterações introduzidas no dispositivo pela Emenda Constitucional n. 14/1996. Entretanto, a Emenda Constitucional n. 59/2009 (BRASIL, 2009) ampliou o dever do Estado para oferta obrigatória e gratuita de toda a educação básica, a qual abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio (BRASIL, 1996).

O que se pode dizer, entretanto, é que os direitos abrigados pelos artigos 205 a 208 da Constituição Federal seguramente são abrangidos pelo manto da fundamentalidade, em razão de deitarem raízes no direito internacional dos direitos humanos.

2.4 O direito fundamental social à educação e seu financiamento: a progressividade no custeio das políticas públicas

O tema da efetivação do direito fundamental social à educação pelo Estado permite muitos desdobramentos. Não obstante, o presente gesto de pesquisa tem como enfoque a efetividade do direito fundamental social à educação na perspectiva da e(in)volução orçamentária, no âmbito da União Federal. Para essa abordagem, julgamos relevante tecer algumas considerações sobre duas questões: a primeira toca no custo dos direitos, especialmente os direitos sociais de cunho prestacional, como é o caso presente; a segunda trata do princípio federativo e das competências dos entes federados no que é pertinente ao direito à educação, para a qual consideramos suficiente uma breve menção, apenas para delimitar nossa abordagem.

Quanto ao primeiro aspecto, Sarlet (2018) alerta que todos os direitos fundamentais, inclusive os de defesa, são, em certa medida, direitos positivos, pois exigem medidas positivas por parte do poder público para sua proteção e implementação, inclusive recursos materiais e humanos. Logo, todos os direitos têm um custo.

A efetivação, pela via jurisdicional, de direitos de defesa nunca foi impedida por esse fator; trata-se da neutralidade econômico-financeira dos direitos negativos. No entanto, quanto aos direitos sociais, o custo é relevante para sua eficácia e efetivação, pois a realização dessas prestações não é possível sem o dispêndio de algum recurso. Para a efetivação desses direitos, se reconhece um limite fático, isto é, a limitação de recursos e a possibilidade jurídica de disposição; coloca-se, assim, os direitos fundamentais sociais sob uma reserva do possível, que “abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma” (SARLET, 2018, p. 295).

O direito à educação, como direito fundamental social, é condicionado à existência de recursos financeiros para que seja implementado, em maior ou menor

grau de efetivação, conforme o *possível*³⁵. Ciente dessa questão, o Constituinte de 1988 determinou percentuais mínimos de aplicação dos orçamentos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, tema ao qual regressaremos imediatamente na sequência.

A estipulação de limites orçamentários mínimos a cada uma das esferas da federação e a designação de competências distintas aos entes federados remete ao princípio federativo, que é o segundo aspecto que deve ser tangenciado. Sousa (2010) afirma que o princípio federativo informa a distribuição e a organização dos sistemas de ensino no Brasil, de modo que todos os entes federativos possam estabelecer relações de cooperação mútua, para cumprir os objetivos da República, que orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse compasso, as competências para legislar sobre matéria de ensino são assim distribuídas na Constituição Federal:

de acordo com o art. 22, inciso XXIV, “[...] compete privativamente à União legislar sobre: [...] diretrizes e bases da educação nacional”; sendo “[...] competência (material) comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência [...]”, conforme o art. 23, inciso V; e, por fim, “[...] compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] educação, cultura, ensino e desporto [...]”, nos moldes do art. 24, inciso IX. (SOUSA, 2010, p. 45, com supressões da autora).

Assim, são distribuídas, entre os entes da federação, atribuições privativas e comuns, o que faz com que a União não detenha encargos exclusivos, próprios de uma atuação supletiva e redistributiva em âmbito nacional, mas exerça, de fato, um papel de coordenação, ao contrário de estados e municípios, que têm encargos específicos. A coordenação das ações, exercida pela União, evidencia um federalismo cooperativo, voltado a atingir os objetivos e metas comuns, estabelecidos no Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014b), o qual é de competência material da União (SOUSA, 2010).

Não obstante, podem estados e municípios editar normas locais para dispor sobre matéria educacional em seu âmbito de atuação, para atender a interesses regionais e locais. Trata-se do princípio da subsidiariedade, o qual, no entendimento de Sousa (2010), amplia a competência dos entes locais sem, contudo, superar a

³⁵ Aqui, utilizamos o vocábulo *possível* em referência ao conceito de *reserva do possível*, remetendo à possibilidade financeira de o Estado executar determinada política pública.

esfera nacional. Para a autora, “a competência legislativa concorrente é uma das formas de fortalecer o federalismo, sendo um fator de equilíbrio entre as esferas autônomas de poder e diminuindo esta, ainda presente, concentração [de competências na União]” (SOUSA, 2010, p. 47).

No que se refere ao direito fundamental social à educação, a presença do princípio da subsidiariedade é evidente na distribuição da competência entre os diversos entes federados. A própria Constituição Federal se encarrega da matéria, mas a LDBEN (BRASIL, 1996) reprisa tais disposições, no entanto, com maior detalhamento.

Desse modo, o artigo 211 da Constituição Federal atribui à União a organização do sistema federal de ensino, o financiamento das instituições federais, e, ainda, a função redistributiva e supletiva mediante assistência técnica e financeira a estados, Distrito Federal e municípios. Aos municípios, cabe a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil e aos estados e ao Distrito Federal, no ensino fundamental e médio. À União, compete prioritariamente a responsabilidade pelo ensino superior e pela educação profissional (PACTO..., 2014).

A LDBEN (BRASIL, 1996) apresenta em pormenores a divisão de responsabilidades entre os entes federativos em matéria educacional, em seu Título IV (Da Organização da Educação Nacional), reforçando a competência legislativa concorrente, mediante a delimitação do campo de atuação de cada ente. Além disso, dispõe sobre o planejamento e a execução das políticas públicas voltadas à concretização do direito fundamental social à educação, desde à educação infantil ao ensino superior, neste incluídos os cursos de pós-graduação, passando, inclusive, pela educação profissional.

Para fazer frente ao custeio das despesas geradas pela efetivação das políticas responsáveis por assegurar esse direito fundamental social, a Constituição Federal, no artigo 212, e a LDBEN (BRASIL, 1996), no artigo 69, determinam à União que destine, no mínimo, dezoito por cento, e aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, no mínimo, vinte e cinco por cento da receita arrecadada com impostos, considerando as transferências, em manutenção e desenvolvimento do ensino.

Além da regra de destinação, pela União Federal, de, ao menos, dezoito por cento dos recursos provenientes de impostos e que consta do texto original da Constituição Federal, em 2009 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 59 (BRASIL, 2009), que alterou o artigo 214 do texto constitucional para criar o Plano

Nacional de Educação (BRASIL, 2014b), com duração de dez anos, o qual foi aprovado pela Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014, para vigor entre 2014 e 2024.

Referido Plano foi destinado a regular o sistema nacional de educação, mediante a cooperação entre os entes federados, os quais promoverão ações integradas dos poderes públicos das distintas esferas, de modo a reforçar o federalismo cooperativo a que alude Sousa (2010). Desse modo,

O Plano Nacional de Educação (PNE) (2014-2024), aprovado pela Lei nº 13.005, de 24 de junho de 2014, estabelece diversas metas relacionadas à educação básica (EB) que objetivam expandir o quantitativo de matriculados, melhorar o fluxo dos alunos e a aprendizagem, alfabetizar em um determinado tempo, aumentar a taxa de alfabetização, diminuir o analfabetismo funcional, expandir a educação em tempo integral, elevar a qualificação e os salários dos professores, incluir jovens com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, elevar a escolaridade média da população (no campo, entre os mais pobres e negros), aumentar a titulação dos professores em nível de mestrado ou doutorado, assegurar planos de carreira aos profissionais da educação e efetivar a gestão democrática (AMARAL, 2014, p. 293-294).

Para além da educação básica, as metas do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014b) contemplaram a educação profissional, para buscar triplicar o número de matrículas nessa modalidade, associada ao ensino médio, e o ensino superior, elevando também a taxa de matrícula e sua qualidade de oferta e expansão. O Plano zela, ainda, pela expansão da oferta de programas de pós-graduação e pelo aumento da titulação dos professores do ensino superior.

Para alcançar os objetivos do futuro Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014b), que ainda não estava instituído, a Emenda Constitucional n. 59/2009 (BRASIL, 2009) introduziu, no artigo 214 da Constituição Federal, o inciso VI, que fixa uma meta de aplicação de recursos públicos proporcional ao PIB. Esses limites mínimos foram estabelecidos no próprio Plano Nacional de Educação que sobreveio, como dissemos, em 2014.

O artigo 2º, VIII, da Lei n. 13.005/2014 (BRASIL, 2014b), reitera tal diretriz, de modo a atender às necessidades de expansão do ensino, como padrão de qualidade e equidade. Uma leitura das metas permite verificar que, para alcançar essa expansão, é necessário incrementar o aporte de recursos financeiros e, por esse motivo, a Meta 20³⁶ estabelece que o investimento em educação pública deverá atingir

³⁶ Meta 20: ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência

sete por cento do PIB no quinto ano de vigência da lei, evoluindo para dez por cento no final do decênio³⁷. Referida meta se desdobra em doze estratégias, que se referem a fontes de financiamento do direito fundamental social à educação, bem como a identificação de demandas e a previsão de medidas legislativas que contribuam para o alcance da meta final de destinação de dez por cento do PIB ao custeio das políticas públicas de educação em todo país.

A Lei n. 13.005/2014 (BRASIL, 2014b) estabelece que o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) monitore a evolução do cumprimento das metas do Plano Nacional de Educação e publique os resultados. No ano de 2018, foi publicado o Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2018b), o qual trouxe dados sobre a relação entre o investimento público³⁸ em educação e a proporção do PIB.

O Relatório (BRASIL, 2018b) trabalha a partir de dois indicadores produzidos para o monitoramento do gasto público em educação: o primeiro se refere ao investimento público em educação pública, do qual trata a Meta 20 do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014b); e o segundo, da acepção introduzida pelo parágrafo 4º do artigo 5º da Lei 13.005, que estabelece quais são as despesas a serem consideradas gasto público em educação³⁹.

desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio (BRASIL, 2014b).

³⁷ A literatura apresenta dados que revelam ser a ampliação do financiamento da educação um desafio para os governos: “Considerando-se que em 2011 o investimento público total em educação, que inclui os recursos públicos aplicados no segmento privado, totalizou 6,1% do PIB (INEP, 2014b) e que o PIB desse ano foi de R\$ 4.143.013.338.000,00, conclui-se que foram aplicados na educação brasileira, em todas as esferas administrativas e todos os níveis educacionais, um total de R\$ 253 bilhões. Para atingir um total equivalente a 10% do PIB, seriam necessários, portanto, R\$ 414 bilhões, ou seja, haveria a necessidade de um acréscimo de R\$ 162 bilhões aos recursos públicos totais aplicados em educação” (AMARAL, 2014, p. 308). É relevante destacar que esses dados antecedem as aferições realizadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), que consideram a proporção em relação ao PIB, com dados de 2015, conforme será exposto.

³⁸ O Relatório esclarece que o termo *investimento público* é empregado no senso comum, significando um gasto benéfico que resulta em retorno social, e não na acepção contábil, de despesa que implica aumento do capital do Estado (BRASIL, 2018b, p. 325). Nesta dissertação, empregaremos, eventualmente, o termo *investimento público*, no mesmo sentido utilizado pelo Relatório, e não no sentido contábil.

³⁹ De acordo com a Lei 13.005/2014, artigo 5º, parágrafo 4º, “O investimento público em educação a que se referem o inciso VI do art. 214 da Constituição Federal e a meta 20 do Anexo desta Lei engloba os recursos aplicados na forma do art. 212 da Constituição Federal e do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como os recursos aplicados nos programas de expansão da educação profissional e superior, inclusive na forma de incentivo e isenção fiscal, as bolsas de estudos concedidas no Brasil e no exterior, os subsídios concedidos em programas de financiamento estudantil e o financiamento de creches, pré-escolas e de educação especial na formado art. 213 da Constituição Federal” (BRASIL, 2014b).

O segundo indicador se refere aos investimentos públicos em *educação*, e não em *educação pública*, como no texto da Meta 20. Uma vez que a esta investigação é pertinente analisar o gasto com a educação pública, especificamente a federal, apresentaremos os dados pesquisados em relação apenas ao primeiro indicador, denominado 20A.

O gasto público a que se refere o Indicador 20A corresponde às despesas pagas e restos a pagar pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para fazer frente a atividades educacionais de instituições públicas de ensino e pesquisa em relação ao PIB (BRASIL, 2018b). De acordo com o Relatório,

O Indicador 20A é referenciado apenas em gastos diretos do Governo Federal, dos governos estaduais e do DF e dos governos municipais, provenientes de suas receitas líquidas de impostos e transferências. Portanto, esse indicador retrata despesas que configuram o esforço fiscal dos entes federados. O critério para a classificação de despesas como gastos públicos em educação pública foi a sua aplicação em manutenção e desenvolvimento do ensino, ou seja, em itens elencados no Art. 70 da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira, LDB), além dos gastos em programas suplementares de alimentação e saúde em instituições de ensino de categoria administrativa pública, segundo a definição do Art. 19 da LDB (BRASIL, 2018b, p. 328).

O sítio eletrônico do INEP apresenta um Painel de Indicadores destinados ao monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação, do qual podemos extrair a seguinte tabela, com dados correspondentes ao ano de 2015:

Tabela 1 – Gasto público em educação pública em proporção ao PIB por Ente Federado – Brasil – 2015

Responsável pela despesa	Gasto Público em Educação Pública	% do PIB
Gastos do Governo Federal	R\$77.685.925.866,73	1,3%
Gastos dos Governos Estaduais e do DF	R\$103.722.884.687,03	1,7%
Gastos dos Governos Municipais	R\$119.904.115.776,74	2,0%
Total	R\$301.312.926.330,50	5,0%

Fonte: BRASIL, 2018b.

Da tabela, verificamos que a proporção do gasto público em educação pública no ano de 2015 (5%) ainda se encontra significativamente distante da meta para o ano de 2019 (7%). Além disso, são os governos municipais os que mais investem em educação pública (representando 39,79% dos investimentos públicos totais em educação pública), chegando quase à metade das despesas totais, tocando para a

União a menor despesa (25,78% do total de investimentos públicos em educação pública).

Tendo em vista que, neste estudo, nos limitaremos à oferta educacional pela União Federal e ao seu financiamento, importa nos debruçarmos sobre a manutenção e o desenvolvimento do ensino nas instituições federais, no que se refere às questões pertinentes ao seu financiamento, conforme será explicitado em momento oportuno. Portanto, é preciso considerar que houve, desde a edição da Constituição de 1988, progressividade no que diz respeito ao custeio desse direito, ao menos em termos legislativos.

Ao dever de progressividade imposto aos Estados signatários do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992a), bem traduzido por Abramovich e Courtis (2011), quanto à oferta dos diferentes níveis e modalidades de educação, corresponde uma necessária gradualidade na disponibilização de recursos públicos para a ampliação das políticas garantidoras dos serviços educacionais.

Desse modo, ainda que a doutrina não considere o aspecto do financiamento do direito social à educação um componente de sua fundamentalidade, a progressividade demonstra a preocupação do Estado brasileiro em prover os meios para sua efetividade. A progressividade, revelada pela ampliação gradual de recursos destinados às políticas públicas, na Constituição Federal e no Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014b), portanto, não deixa de manter íntima correlação com a parte fundamental do direito à educação, uma vez que se trata de direito essencialmente prestacional, dependente do dispêndio de recursos públicos pelo Estado para sua concretização.

3 Progressividade e proibição de retrocesso na concretização dos direitos fundamentais sociais: as duas faces da mesma moeda

Uma vez apresentados os contornos do direito fundamental social à educação, à luz da legislação doméstica e dos instrumentos internacionais recepcionados como direitos materialmente fundamentais pela Constituição Federal em razão do mecanismo instituído pelo artigo 5º, parágrafo 2º – tarefa que coube ao primeiro capítulo –, o presente capítulo tem como objetivo uma reflexão teórica sobre o princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, com enfoque especial no papel do Estado-legislador na concretização desses direitos.

Para tanto, será apresentado, na primeira seção, o pensamento de Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais ([1986] 2017), particularmente no que toca à maximização da eficácia dos direitos fundamentais, notadamente os sociais. As ideias do autor servirão de norte para a reconstrução, na segunda seção, do princípio de proibição de retrocesso, a partir da perspectiva da maximização dos efeitos dos direitos fundamentais sociais pelo legislador. A seção final trará breves considerações sobre a reserva do possível como objeção ao princípio da proibição de retrocesso, tendo em vista o fato de que a implementação dos direitos fundamentais, em especial os sociais, impõe custos ao Estado.

3.1 A maximização da eficácia como o reverso do retrocesso: Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais

Um dos pontos altos da teoria dos direitos fundamentais de Alexy ([1986] 2017) é a diferença entre as duas espécies de norma identificadas pelo autor: regras e princípios. Essa distinção serve de base para uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, a partir da qual é possível discutir os limites da racionalidade dessa categoria de direitos.

Ao reunir regras e princípios sob o conceito de norma, ambos caracterizados como dever-ser, a teoria de Alexy ([1986] 2017) parte do pressuposto de que os direitos fundamentais são, frequentemente, caracterizados como princípios ou, ao menos, como detentores de caráter principiológico. As normas de direitos fundamentais também podem ser vislumbradas como regras, “quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais” (ALEXY, [1986] 2017, p. 86). Trata-se, em verdade, de um modelo combinado de regras e princípios que irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, à medida que se configuram como mandamentos de otimização que se coadunam com a plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana (NETTO, 2010).

Para distinguir regras de princípios, Alexy ([1986] 2017) usa diferentes critérios: a generalidade; a determinabilidade dos casos de aplicação; a forma de surgimento da norma; o caráter do seu conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou de uma lei jurídica suprema; e a importância para a ordem jurídica. Com base nesses critérios, três teses relativas à distinção entre regras e princípios foram criadas: a primeira sustenta que qualquer tentativa de distinção seria fadada ao fracasso, tendo em vista a diversidade existente no âmbito das normas; a segunda afirma que entre os dois tipos de normas há apenas uma distinção de grau; e a terceira, defendida por Alexy ([1986] 2017), sustenta que a diferença entre as duas categorias é qualitativa e não apenas de grau.

Para o autor,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados [...]. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, [1986] 2017, p. 90-91, grifo do autor).

Os princípios, portanto, são normas que podem ser cumpridas em diferentes graus, conforme as possibilidades reais e jurídicas, razão pela qual Alexy ([1986] 2017) os compreende como mandamentos de otimização. O mesmo não sucede às

regras, de caráter mais hermético, uma vez que consistem em determinações de que se faça algo exatamente como a norma prescreve, sem admitir distintos graus de adimplemento⁴⁰.

Ao asseverar que, não raro, as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios, os quais, na realidade, constituem mandamentos de otimização, verificamos que,

Diante do novo caráter assumido pelos Direitos Fundamentais, em virtude da positivação nas constituições modernas como direitos de vigência imediata, Alexy se preocupou em dar a devida interpretação a esses Direitos. A necessidade de métodos específicos para interpretação e aplicação dos direitos fundamentais se dava justamente pela vagueza das formulações dos catálogos desses direitos. E além do mais, as teorias clássicas e o método subsuntivo eram insuficientes para resolver os delicados problemas (*hard cases*) que envolviam esses direitos (AMORIM, 2005, p. 124).

Um modelo puro de regras, apesar de proporcionar maior segurança, tornar-se-ia redutor. Por outro lado, um modelo puro de princípios geraria insegurança e indeterminabilidade dos direitos fundamentais. Essa é a razão pela qual Alexy ([1986] 2017) propôs um modelo combinado de princípios e regras, admitindo que alguns dos direitos fundamentais fossem positivados como princípios e outros como regras.

Como mandamentos de otimização, e com a possibilidade de realização em graus distintos, os princípios possuem um caráter *prima facie* diverso das regras. Ao passo que estas determinam a realização exata daquilo que ordenam, os princípios exigem a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fácticas. Logo, não veiculam um mandamento definitivo, senão apenas *prima facie* (ALEXY, [1986] 2017), uma vez que “a solução exigida pelo princípio não necessariamente será a solução adequada para o caso” (TREVISAN, 2015, p. 221).

Um relevante estudo sobre o tema encontra-se em Virgílio Afonso da Silva (2017)⁴¹, que leva em consideração a diferença entre princípios e regras na

⁴⁰ A diferença entre princípios e regras, na lição de Alexy (2017), é mais evidente no caso de colisão entre princípios e conflitos entre regras. Ao passo que os conflitos entre regras são dirimidos com base nos critérios clássicos de hierarquia, temporalidade e especialidade, as colisões entre princípios são resolvidas por meio da ponderação. O presente trabalho não se aprofundará no problema referente à ponderação de princípios, tendo em vista que seu enfoque é o direito fundamental social à educação individualmente considerado, na perspectiva da maximização de sua eficácia, e não num campo onde seja posto em confronto com outro(s) direito(s) fundamental(is).

⁴¹ Trata-se da publicação de tese desenvolvida no âmbito do concurso para Professor Titular de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi de extrema relevância, para a compreensão da obra, a leitura do artigo extraído dessa tese, intitulado *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais* (SILVA, 2006), embora todas as referências na presente dissertação correspondam à referida tese.

concepção de Alexy ([1986] 2017). Esse trabalho aborda a distinção entre direitos definitivos e direitos *prima facie* e discute a conceituação dos princípios como mandamentos de otimização.

Para Silva (2017), direitos definitivos são garantidos por normas com estrutura de regra, devendo ser realizados totalmente se essa regra se aplicar ao caso concreto. Quanto aos princípios, não há realização sempre total do que a norma exige, havendo diferença entre o que é garantido *prima facie* e o que é assegurado definitivamente.

Na compreensão de Silva (2017), que segue o entendimento de Alexy ([1986] 2017), os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser realizados em diversos graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. A aplicação dos princípios depende, portanto, de condições jurídicas, o que não acontece no caso das regras. Dessa diferença de estrutura decorrem as distintas formas de aplicação das normas: a subsunção para as regras e o sopesamento para os princípios.

Ao serem tomados como princípios, os direitos fundamentais devem ser satisfeitos na maior medida possível do ponto de vista fático e jurídico. Eles serão limitados somente em confronto com dados concretos e outras normas do sistema, por meio do método da ponderação, o que significa que o âmbito de proteção *prima facie* permanecerá amplo até sua redução para o âmbito de garantia definitivo.

Silva (2017) aborda a restrição aos direitos fundamentais sob o enfoque de duas teorias: a teoria interna e a teoria externa. Ambas buscam reconstruir a relação entre os direitos e seus limites ou restrições.

Para a primeira teoria, a definição dos limites de cada direito é interna a esse mesmo direito (direito e limites são um único objeto): trata-se dos limites imanescentes. Sendo um processo interno, a fixação desses limites não é influenciada por aspectos externos, principalmente por colisões com outros direitos. Logo, os direitos definidos a partir da teoria interna têm estrutura de regras, com conteúdo definido de antemão, de validade estrita, que se aplica e produz efeitos diante de uma situação que se enquadre na hipótese descrita, no raciocínio *tudo ou nada*. Direitos fundamentais definidos a partir dessa teoria só podem ter garantia definitiva e não *prima facie*. Como as teorias baseadas em suporte fático restrito, a teoria interna tem o ônus de fundamentar a limitação dos direitos a partir de dentro, pelos limites imanescentes.

A teoria externa, ao contrário, divide o objeto em dois: o direito em si de um lado e, de outro, as suas restrições. Dessa distinção chega-se ao sopesamento e à regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido

estrito). As restrições não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas limitar seu exercício no caso concreto; o princípio restringido não tem afetada sua validade nem sua extensão *prima facie*.

De acordo com Silva (2017), a teoria dos princípios se coaduna com a teoria externa, tendo em vista que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consagra um direito *prima facie*, de suporte fático o mais amplo possível. Um princípio é um mandamento de otimização inicialmente ilimitado que pode, no entanto, ser restringido por outro princípio ou regra colidente, resultando no direito definitivo⁴².

Relativamente a essa teoria, Netto (2010) afirma que existe um direito com âmbito de proteção amplo, *prima facie*, que é pleno, não limitado e não restringido, sobre o qual ocorrem limitações permitidas, resultando num âmbito de garantia definitivo. Portanto, direito e restrição não se confundem, isto é, não há limitações imanescentes ao direito.

A autora elucida como a teoria externa se aplica na delimitação de um direito fundamental a partir de seu conteúdo *prima facie*, de modo a torná-lo definitivo:

No âmbito de proteção inicial do direito recaem todas as condutas ordenadas ao Estado, ou seja, *prima facie*, o sujeito ativo do direito goza de proteção de todas as condutas passíveis de serem enquadradas no âmbito de proteção daquele direito e ao Estado estão proibidas ou ordenadas todas as condutas que recaem naquele âmbito. *Prima facie* pode ser adscrita à disposição de direito fundamental uma pluralidade incomensurável de normas e posições jurídicas, o âmbito de proteção é amplo. O confronto com as possibilidades fáticas e jurídicas opostas, ditadas pelas demais normas do ordenamento, vai determinar as normas jurídicas que restam adscritas em definitivo à disposição do direito fundamental, ou seja, as condutas definitivamente permitidas ao titular do direito, as ações ou abstenções definitivamente ordenadas ou proibidas do Estado (NETTO, 2010, p. 67).

O direito fundamental, em sua essência, permanece intocado, da forma como se encontra positivado no ordenamento jurídico. O que ocorre é sua limitação para um direito definitivo de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, as quais poderão ser eventualmente ampliadas para aproximar-se do seu conteúdo *prima facie*.

⁴² Silva (2017) aponta como uma das principais críticas à teoria externa a acusação de ser uma “ilusão desonesta”. Segundo o autor, “ao se pressupor a existência de um direito em si, em geral de contornos amplos, mas garantido apenas *prima facie*, tal teoria criaria, na verdade, uma ilusão desonesta: quase nunca o que é garantido *prima facie* é também garantido definitivamente” (SILVA, 2017, p. 145). Não obstante, refuta a crítica, afirmando que “um direito *prima facie* não fundamenta uma pretensão a determinado direito definitivo, mas apenas uma pretensão a um sopesamento entre princípios” (SILVA, 2017, p. 146).

Acerca das limitações impostas aos direitos fundamentais, Silva (2017) conclui que é relevante distinguir o direito fundamental de suas restrições, ao contrário do que defende a teoria interna, a qual apresenta o conceito uno de direito com seus limites imanentes. Além disso, contrariando teorias favoráveis a um suporte fático restrito, não devem ser excluídas da proteção dos direitos fundamentais aquelas posições jurídicas que possam conter qualquer elemento que justificaria tal proteção.

Compreender os direitos fundamentais como princípios converge com a noção de sua aplicabilidade imediata, estabelecida no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal. Na esteira de Alexy ([1986] 2017), Sarlet adota o entendimento de que referida norma possui cunho principiológico e funciona como mandamento de otimização ou maximização, “estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais” (2018, p. 278).

Alexy ([1986] 2017) não distingue gerações de direitos fundamentais⁴³. Sarlet (2018), ao contrário, ressalta que, não obstante todos os direitos fundamentais possuam aplicabilidade imediata, entre os direitos sociais há alguns (as liberdades sociais) que se enquadram nos direitos de defesa, por sua estrutura normativa e por sua função, motivo por que são autoaplicáveis. Outros, pela sua função prestacional e forma de positivação, dependem de concretização legislativa (têm baixa densidade normativa). Mesmo que esses direitos sejam autoaplicáveis, não o são de forma idêntica aos de defesa. Portanto, a “norma contida no art. 5º, §1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais” (SARLET, 2018, p. 276).

Diante do dever do Estado de otimizar a eficácia dos direitos fundamentais, nasce, para o cidadão, o direito a ações estatais positivas, as quais podem ter como objeto uma ação fática ou uma ação normativa. Independentemente de sua

⁴³ Neste trabalho, preferimos fazer uso do termo *geração* para nos referirmos às diferentes categorias de direitos fundamentais, em detrimento do vocábulo *dimensão*. A opção se justifica por entendermos que a palavra *dimensão* não traz consigo a carga histórica da evolução/ampliação do catálogo de direitos fundamentais ao longo da história das constituições e dos direitos humanos, o que poderia privar os mais desavisados da compreensão de que os direitos fundamentais, como expressão dos direitos humanos, são frutos de lutas de grupos marginalizados e de “dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito” (HERRERA FLORES, 2009, p. 35). Em sentido contrário, ver, por todos, Dimoulis e Martins (2018), que elegeram o termo *dimensão* para se referir aos diferentes grupos de direitos fundamentais, “já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores ‘gerações’, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as ‘gerações’” (DIMOULIS; MARTINS, 2018, p. 35).

classificação, ambas abrangem direitos a prestações. No entanto, as ações positivas fáticas correspondem às prestações fáticas e devem ser designadas como direitos a prestações em sentido estrito; já as ações positivas normativas, que compreendem o direito a atos estatais criadores de normas, constituem direitos a prestações em sentido amplo (ALEXY, ([1986] 2017).

Um direito a algo, na teoria dos direitos fundamentais de Alexy ([1986] 2017), consiste em uma relação triádica, que tem como elementos o portador ou o titular do direito, o seu destinatário e o objeto, que constitui sempre uma ação do destinatário. Quando o destinatário desses direitos é o Estado, o objeto pode ser uma ação negativa, caracterizando os comumente chamados direitos de defesa, e que consistem em uma abstenção estatal; ou uma ação positiva, quando coincidem parcialmente com o que se chama “direitos a prestações”.

Os direitos a ações negativas podem ser divididos em três grupos, a saber: (1) aquele composto por direitos ao não-embaraço de ações por parte do Estado, isto é, que este não impeça ou dificulte ações do titular do direito; (2) aquele que veda ao Estado afetar determinadas características ou situações do titular do direito; e (3) aquele que proíbe o Estado de eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito.

Por outro lado, há os direitos a ações positivas, com a mesma estrutura triádica descrita por Alexy ([1986] 2017), os quais se subdividem em (1) aqueles cujo objeto é uma ação fática e (2) aqueles cujo objeto é uma ação normativa. O autor estabelece a distinção entre esses dois grupos de direitos a prestações:

Quando se fala em “direitos a prestações” faz-se referência, em geral, a ações positivas fáticas. Tais direitos, que dizem respeito a prestações fáticas que, em sua essência, poderiam ser também realizadas por particulares, devem ser designados como *direitos a prestações em sentido estrito*. Mas, além de direitos a prestações fáticas, pode-se também falar de prestações normativas. Nesse caso, também os direitos a ações positivas normativas adquirem o caráter de direitos a prestações. Eles devem ser designados como *direitos a prestações em sentido amplo* (ALEXY, [1986] 2017, p. 202-203, grifo do autor).

Logo, os direitos a prestações em sentido amplo decorrem da obrigação do Estado, destinatário da norma de direito fundamental, de desincumbir-se de um dever normativo que possui em face do titular do mesmo direito. As prestações em sentido estrito, por outro lado, representam os próprios direitos fundamentais sociais, conforme detalharemos mais adiante.

Alexy ([1986] 2017) discute a possibilidade de atribuir a dispositivos de direitos fundamentais o caráter de direitos subjetivos a prestações, a partir do disposto na Constituição alemã. À parte de toda a polêmica sobre referida possibilidade e em que medida isto deve se dar, o autor considera que “Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação” (ALEXY, [1986] 2017, p. 442).

Silva e Masson (2015) mencionam referida discussão e recordam o entendimento segundo o qual o direito a prestações em sentido amplo representa um direito subjetivo a ações estatais positivas. Os autores assim resumem a polêmica suscitada por Alexy:

Nesse contexto, portanto, [Alexy] reconhece que os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações com amplo âmbito de aplicação, o que é refletido por sua efetiva ocorrência em boa parte das dezesseis constituições dos estados-membros da república federal alemã, bem como em constituições de diversos estados europeus soberanos, nas quais os clássicos direitos individuais de defesa ladeiam os direitos sociais. Como contraponto, registra que a Lei Fundamental Federal alemã não os prevê, apenas se limita a reconhecer formal e literalmente a proteção à gestante e à maternidade, tão somente. Alexy (2008, 434), entretanto, ressalta que o próprio texto fundamental oferece subsídios aptos a construir uma ponte para o reconhecimento objetivo, por meio do exercício interpretativo, dos direitos a prestações a partir da cláusula do Estado social e também de decisões emblemáticas do Tribunal Constitucional alemão (SILVA; MASSON, 2015, p. 194-195).

No âmbito desse conceito de direito a prestações, mais amplo que o usual, as ações positivas executadas pelo Estado compreendem desde a proteção do cidadão por meio de normas penais, o estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e prestações em dinheiro e outros bens (ALEXY, [1986] 2017), isto é, ultrapassam as prestações fáticas. Há dois motivos para isso, segundo Alexy ([1986] 2017). O primeiro remete ao fato de grande parte dos direitos fundamentais sociais por excelência abrangerem um feixe de prestações fáticas e de prestações normativas⁴⁴; o segundo consiste na imposição, ao Estado, da busca de alguns

⁴⁴ O autor exemplifica com o direito ao meio ambiente, frequentemente classificado como direito fundamental social. Afirma que “aquele que propõe a introdução de um direito fundamental ao meio ambiente, ou que pretende atribuí-lo por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental existente, pode incorporar a esse feixe, dentre outros, um direito a que o Estado se abstenha de determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções de terceiros que sejam lesivas ao meio ambiente (direito a proteção), um direito a que o Estado inclua o titular do direito fundamental nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos) e um direito a que o próprio Estado tome medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática) (ALEXY, [1986] 2017, p. 443).

objetivos, o que não sucede aos direitos de cunho negativo, que lhe impõem, tão somente, limites na atuação.

Alexy ([1986] 2017) divide os direitos a prestações em sentido amplo em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito.

Todos esses, para serem considerados direitos a prestações, devem ser subjetivos (caracterizados por uma relação entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva, nos moldes da relação triádica anteriormente descrita) e de nível constitucional. Uma relação constitucional desse tipo irá conferir ao titular do direito fundamental, o qual pode ser prestacional ou de defesa, a competência de sua exigibilidade judicial:

Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, é inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios. O direito de fazer ou deixar de fazer o que quiser não é um direito com menor grau de validade ou exigibilidade apenas em razão da possibilidade de que, ao final, ou seja, definitivamente, o indivíduo, em grande medida, não possa fazer ou deixar de fazer o que deseja. Esse direito, enquanto direito *prima facie*, é simplesmente um direito necessariamente restringível.

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização – que ocorre geralmente por meio de sopesamentos –, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações (ALEXY, [1986] 2017, p. 445-446).

Maliska (2015, p. 274) sintetiza o primeiro grupo de direitos a prestações em sentido amplo (direitos a proteção) como aqueles “que objetivam uma proteção em face da agressão de um terceiro”, de objeto bastante variável, que compreendem não só a vida e a saúde, como também a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Alexy ([1986] 2017) identifica os direitos a proteção como aqueles oponíveis em face do Estado, para que este demarque as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia.

Já os direitos à organização e ao procedimento (ou ao processo) se referem a normas de direitos fundamentais dependentes de outras normas para estruturar os procedimentos que permitam o exercício do próprio direito fundamental (ALEXY, [1986] 2017). Segundo Maliska (2015), os direitos ao procedimento é que determinam

os direitos materialmente fundamentais, de modo que cada um destes também contém um direito ao processo.

Quanto ao terceiro grupo, o dos direitos a prestações em sentido estrito, estes correspondem aos direitos fundamentais sociais:

Direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito (ALEXY, [1986] 2017, p. 499).

As normas de direitos fundamentais sociais, para Alexy ([1986] 2017), não constituem um bloco uniforme, senão um conjunto de normas que comportam vários graus de proteção. São três os critérios que determinam a intensidade dessa proteção: os direitos sociais podem estar expressos em normas que assegurem direitos subjetivos ou apenas objetivos, mediante obrigações carreadas ao Estado; podem ser vinculantes ou não-vinculantes (programáticas); e podem fundamentar direitos definitivos (regras) ou *prima facie* (princípios).

Alexy ([1986] 2017) apresenta o seguinte quadro que sintetiza as possibilidades de estrutura das normas de direitos fundamentais sociais:

Quadro 1 – Possibilidades de estrutura das normas de direitos fundamentais sociais, de acordo com Alexy ([1986] 2017)

vinculante				não-vinculante			
subjetivo		objetivo		subjetivo		objetivo	
def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.	def.	p.f.
1	2	3	4	5	6	7	8

Fonte: ALEXY, ([1986] 2017), p. 501.

Assim, conforme Alexy ([1986] 2017), a maior proteção aos direitos fundamentais sociais é garantida pelas normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos a prestações estatais (1) e a menor, pelas normas não-vinculantes de deveres estatais objetivos *prima facie* (8).

Para além das diferenças de estrutura, existem diferenças substanciais. Desta feita, os direitos fundamentais sociais podem consistir em um programa minimalista, voltado a assegurar, para o indivíduo, um espaço vital mínimo, ou aquilo que se chama *direitos mínimos* ou *pequenos direitos sociais*; ou, ainda, apresentar um conteúdo

maximalista, de modo a prever a realização completa de um direito fundamental social⁴⁵ (ALEXY, [1986] 2017).

Diante da discussão sobre a existência de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã, o autor se posiciona afirmativamente. Para tanto, argumenta que uma liberdade jurídica, isto é, uma autorização para fazer ou deixar de fazer algo, não possui valor se não acompanhada de uma liberdade fática, consistente na liberdade real de atuação do particular. As prestações em sentido estrito – os direitos fundamentais sociais – são as ditas liberdades fáticas, destinadas a assegurar a liberdade jurídica dos indivíduos (ALEXY, [1986] 2017). Entretanto, Alexy ([1986] 2017) observa que na moderna sociedade industrial a liberdade fática depende da atuação estatal, uma vez que ela não é alcançada para grande parcela dos titulares de direitos fundamentais e “não encontra substrato material em um ‘espaço vital por eles controlado’” (ALEXY, [1986] 2017, p. 504).

Embasado em dois argumentos, Alexy ([1986] 2017) sustenta que os direitos fundamentais devem garantir também a liberdade fática e não apenas a jurídica. O primeiro argumento tem como base a importância da liberdade fática para o indivíduo, especialmente em razão da possibilidade oferecida pelos direitos fundamentais de eliminar uma situação de necessidade; as liberdades jurídicas, diante das carências impostas pela situação de necessidade, seriam mera “fórmula vazia” (ALEXY, [1986] 2017, p. 506). O segundo argumento funda-se na ideia de que o objetivo dos direitos fundamentais é assegurar o livre desenvolvimento da dignidade do indivíduo na comunidade social, o que se refere ao exercício das liberdades fáticas e jurídicas.

A liberdade fática é o principal argumento em favor dos direitos fundamentais sociais, o que não se coaduna perfeitamente com a ideia-chave substantiva da dignidade humana. Segundo o autor, “Para que se tenha certeza do que aqui se afirma, a dignidade humana requer a liberdade de fato, e o princípio da liberdade de fato requer direitos sociais como, por exemplo, o direito ao suporte financeiro” (ALEXY, 2015, p. 174).

Apesar de Alexy ([1986] 2017) apresentar pontos favoráveis aos direitos fundamentais sociais, há, também, as objeções, que se agrupam, basicamente sob

⁴⁵ Ao tratar do conteúdo maximalista dos direitos fundamentais sociais, Alexy ([1986] 2017) apresenta um exemplo de realização completa de um direito fundamental social, extraído da obra de Lutz R. Reuter, o qual é pertinente para a presente dissertação: “quando se caracteriza o direito à educação como ‘pretensão a uma emancipação intelectual e cultural voltada à individualidade, à autonomia e à plena capacidade político-social’” (ALEXY, [1986] 2017, p. 502).

dois argumentos. O primeiro diz respeito à indeterminação do conteúdo da maioria desses direitos e, em decorrência disso, seu déficit de justiciabilidade. Aliado a esse argumento, estariam os efeitos financeiros da implantação desses direitos, visto o grande custo daí decorrente:

Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentária. Visto que o Tribunal Constitucional Federal teria que controlar o respeito a essa determinação, a política orçamentária ficaria em grande medida nas mãos do tribunal constitucional, o que é incompatível com a Constituição (ALEXY, [1986] 2017, p. 508).

A segunda objeção se refere às colisões entre direitos fundamentais sociais e direitos de liberdade, quando novamente Alexy ([1986] 2017) menciona o problema dos custos do primeiro grupo de direitos, pois a capacidade de realização do Estado depende daquilo que ele pode tomar das pessoas sem violar seus direitos fundamentais.

Alexy ([1986] 2017) acolhe essas objeções, além dos argumentos favoráveis, para formular um modelo de direitos fundamentais sociais baseado no sopesamento entre o princípio da liberdade fática de um lado e, de outro, os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e da separação de poderes e outros princípios materiais, como o da liberdade jurídica de outros titulares.

Apesar de esse modelo não enumerar os direitos fundamentais sociais do indivíduo, o jurista oferece uma resposta geral sobre a garantia de uma posição jurídico-fundamental:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração (ALEXY, [1986] 2017, p. 512).

Esse modelo, entretanto, apresenta algumas objeções. Uma delas se refere à justiciabilidade deficiente que é atribuída aos direitos fundamentais sociais, a qual, no entendimento de Alexy ([1986] 2017), deve ser rejeitada, uma vez que esses

problemas não se distinguem daqueles que apresentam os direitos fundamentais tradicionais quando reivindicados na seara judicial⁴⁶. Logo, a existência do direito não pode depender de sua justiciabilidade; ao contrário, se o direito existe, ele é justiciável.

Outra objeção – pertinente à presente pesquisa – se refere aos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais⁴⁷. O princípio da competência orçamentária do legislador não tem caráter absoluto e, portanto, não é ilimitado, de modo que os direitos fundamentais sociais podem prevalecer sobre razões político-financeiras e a competência orçamentária do legislador deve se sujeitar a isso:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível (ALEXY, [1986] 2017, p. 513).

É inegável, portanto, que questões relativas ao financiamento e ao custo dos direitos interferem no delineamento dos direitos definitivos a partir do seu espectro *prima facie*, especialmente quando se trata de direitos a prestações em sentido estrito.

Isso explica o dever estatal de otimizar as prestações fáticas para o conjunto de cidadãos. Apesar disso, existe o reverso desse dever. O modelo de direitos fundamentais sociais que Alexy ([1986] 2017) propõe baseia-se na ponderação. Além disso, aplica-se a esse grupo de direitos, em geral, o caráter *prima facie*, conforme preconiza Silva (2017), o qual pode modificar com sua concretização. Trevisan sintetiza com propriedade a questão:

o âmbito daquilo que é devido *prima facie* é maior do que o daquilo que é devido definitivamente. Os direitos fundamentais sociais são, na maioria dos casos, direitos *prima facie*. Isso não significa que eles não sejam vinculantes; significa apenas que, para chegar-se a um direito definitivo, deve-se passar pela ponderação. Alexy usa, aqui, o exemplo da sentença *numerus clausus*

⁴⁶ A esse propósito, ver, por todos, Abramovich e Courtis (2011).

⁴⁷ O tema dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais será retomado ainda no presente capítulo, na seção 3.3, onde os custos dos direitos e a reserva do possível serão objeto de nossa análise.

(*numerus clausus-Urteil*), na qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu que o direito do cidadão a uma vaga no curso universitário que pretendia realizar estava sob a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), no sentido daquilo que o indivíduo poderia razoavelmente pretender da sociedade. Esse caso torna clara a ideia dos direitos fundamentais sociais como direitos *prima facie*; eles só se tornam direitos definitivos quando não há razões de maior peso em sentido contrário (2015, p. 231).

Logo, a ponderação pode provocar restrições a determinado direito fundamental social *prima facie* (que – é importante lembrar – é prestação em sentido estrito) em face da reserva do financeiramente possível, por exemplo, como pode, por outro lado, impulsionar o Estado a ampliar essa prestação, em razão da característica de mandamento de otimização que esses direitos possuem. A técnica da ponderação está na base de uma teoria da argumentação jurídica, destinada à solução de eventuais conflitos que possam surgir entre direitos (princípios) fundamentais.

Por fim, é necessário registrar, de forma inequívoca, que todas as considerações acerca da maximização da eficácia dos direitos fundamentais se aplicam, também, aos direitos sociais. Aliás, a interpretação que conduz à maximização da eficácia desse conjunto de direitos é um dos aspectos estruturantes apontados por Netto (2010) para a compreensão sistêmica dos direitos fundamentais, a qual, por sua vez, se opõe à visão dicotômica entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Para a autora, a dignidade da pessoa humana implica a indivisibilidade dos direitos fundamentais e, por consequência, leva à ideia de sistema, “já que não se satisfaz somente com proteção estatal, reclamando igualmente promoção” (NETTO, 2010, p. 79). Assim, impõe-se a maximização da eficácia não só dos direitos de liberdade, mas também dos sociais, observadas as suas peculiaridades.

Em síntese, da teoria de Alexy ([1986] 2017), é pertinente destacar que os direitos fundamentais, vistos como princípios, possuem um caráter *prima facie*, que corresponde a todo seu âmbito de proteção, e que esses passam a ser restringidos, resultando em direitos definitivos, sob o formato de regras. Apesar do dever do Estado de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, inclusive na sua face prestacional, uma das circunstâncias que limita os direitos *prima facie* é a disponibilidade financeira dos cofres públicos, necessária à realização dos direitos sociais, o que terá o condão de interferir diretamente na extensão da parte definitiva de cada direito.

3.2 Os direitos fundamentais sociais e a proibição de retrocesso

A presente seção será destinada a abordar o princípio da proibição de retrocesso⁴⁸. Para além de um viés conceitual, intentaremos demonstrar como referido princípio se apresenta no panorama legislativo internacional, notadamente no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992a), e, por consequência no direito brasileiro, diante do fenômeno da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, preceituado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Serão discutidos seus fundamentos e os parâmetros de ponderação em caso de afastamento, tendo em vista sua inserção no contexto de um Estado democrático e social de direito.

Para a compreensão do princípio da proibição de retrocesso no âmbito do Estado democrático de direito, revisitaremos o percurso histórico que levou o Estado constitucional a esse estágio de evolução, a partir do processo de positivação e proteção dos direitos fundamentais, que nele ocupam posição central⁴⁹.

Com esse intuito, Mário de Conto (2008) narra, à luz dos pressupostos da hermenêutica filosófica⁵⁰, o percurso histórico que conduziu ao Estado democrático de direito a partir do rompimento com o paradigma liberal-individualista. De acordo com o autor, o surgimento do Estado liberal forneceu as condições para possibilitar o

⁴⁸ Ao longo do trabalho, preferiremos a denominação *proibição de retrocesso*, que é a terminologia adotada por Sarlet (2018). Entretanto, ao mencionarmos as lições de outros autores, conservaremos a designação por eles escolhida, tal como ocorrerá com as referências aos textos de Courtis (2006) e Abramovich e Courtis (2011), que utilizam os termos *obrigação de não regressividade* e *proibição de regressividade* como contraponto ao aspecto da progressividade por eles suscitado. O mesmo ocorrerá com as referências a Netto (2010), que emprega o termo *proibição de retrocesso social* no mesmo sentido e a Acca (2013), que fala no *princípio do não retrocesso social*.

⁴⁹ De acordo com Netto (2010), o Estado constitucional pode ser designado Estado de direitos fundamentais, tendo em vista a centralidade desses direitos, ligada à dignidade da pessoa humana, para a estruturação, organização e atuação do Estado em relação à sociedade e aos indivíduos. Toda a estrutura estatal disposta na Constituição, portanto, deve atender aos reclamos da efetividade dos direitos fundamentais.

⁵⁰ Conto (2008) apresenta a hermenêutica filosófica como uma perspectiva que se opõe à metafísica. O pensar metafísico, segundo o autor, serviu à burguesia para afastar a insegurança do pensamento medieval, no intuito de impulsionar a incipiente economia. Ao contemplar o pensamento indutivo e o sentido do ente, deixou de lado questões relativas ao *ser*, o que caracteriza sua postura objetificadora, de conceitos universalizantes e atemporais, a qual permeou a dogmática jurídica na modernidade. A adoção, pela modernidade, de uma postura metafísica fundamentada na racionalidade e na transposição de uma metodologia própria das ciências exatas para o campo das ciências sociais – o que, evidentemente, teve desdobramentos no campo da dogmática jurídica – refletiu a preocupação em combater a hierarquização e os mitos a que estava preso o homem medieval. Para a hermenêutica filosófica, por outro lado, a interpretação é um processo ontológico, que considera o intérprete inserido no mundo dos fatos, no qual a linguagem e a intersubjetividade exercem papel fundamental para a sua compreensão. Este é o ponto nodal dessa linha interpretativa em relação à metafísica, uma vez que esta última desconhece a diferença ontológica entre ser e ente, ensejando uma postura objetificadora.

desenvolvimento da economia pela incipiente burguesia, o que era anteriormente impedido pelas turbulências e incertezas da Idade Média. Permeado pelo pensamento metafísico, o Estado liberal explicitou a primeira geração dos direitos fundamentais, os individuais, com o propósito de “libertar o indivíduo de uma concepção que não o considerava particularmente, mas somente enquanto parte de determinado estamento” (CONTO, 2008, p. 44).

O papel do Estado liberal foi, por conseguinte, o de garantir a segurança às relações. A dogmática jurídica serviu a esse propósito, à medida que a lei (geral e abstrata) seria capaz de abranger todas as situações da vida concreta, fazendo com que o trabalho do intérprete fosse, tão-somente, subsumir a situação fática à vontade da lei. Assim, apesar da previsão de direitos fundamentais individuais, no contexto do paradigma liberal, o Estado não assumiu o compromisso de efetivá-los, pois, para a dogmática jurídica e seu pensamento tecnicista, não era pertinente o questionamento sobre quais direitos deveriam ser realmente protegidos.

As deficiências desse modelo, na lição de Conto (2008), permitiram o surgimento do Estado social, comprometido com a materialização dos direitos fundamentais, mediante a intervenção estatal na economia, ao desfazer a dicotomia existente entre Estado e sociedade, a qual era própria do paradigma liberal. Desse modo, a concepção meramente formal cedeu espaço à preocupação em promover os direitos fundamentais.

O Estado democrático de direito, por fim, surgiu como síntese dos modelos liberal e social, uma vez que foi no interior desse paradigma que, ao invés da técnica, os direitos fundamentais assumiram valor de integração da ordem jurídica⁵¹ e passaram a atuar como fundamento material de todo o ordenamento. O Estado, nessa perspectiva, tomou (ou deve tomar) para si o papel da manutenção da segurança, a qual assume feições de promotora da dignidade da pessoa humana, por assegurar a estabilidade e permitir ao cidadão a confiança nas instituições (CONTO, 2008).

⁵¹ Netto (2010) faz referência a uma compreensão sistêmica dos direitos fundamentais como superação de uma visão dicotômica consubstanciada na oposição entre direitos individuais, consistentes na abstenção do Estado, e direitos sociais, que carecem de sua intervenção. Essa visão sistêmica tem como fundamentos: (1) a dignidade da pessoa humana como valor que justifica os direitos fundamentais, tanto ao impor abstenções quanto ao determinar ações estatais; (2) o conceito de direitos *fundamentais como um todo* (ALEXY, [1986] 2017), que considera a existência de normas e posições jurídicas que exigem atuações diversas do Estado, seja por abstenção ou por ação; (3) a compreensão dos direitos fundamentais a partir da teoria dos princípios (ALEXY, [1986] 2017); (4) desconstrução da dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais; e (5) a interpretação de todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, que os leve à maximização de sua eficácia.

A proibição do retrocesso dos direitos fundamentais, portanto, é uma forma de tutelar a segurança e a estabilidade do sistema. Não obstante, Conto (2008) critica a forma como os operadores do direito o fazem, mantendo-se atrelados ao paradigma liberal-individualista para sustentar tal princípio. Desse modo, é possível identificar uma crise de dupla face: de um lado, há a crise da filosofia da consciência, vinculada à ideia de um intérprete imparcial, que se serve de procedimentos lógico-formais e se posiciona num local externo aos fenômenos; de outro, encontra-se a crise do paradigma liberal-individualista, que se refere à ausência de intenção do Estado liberal em modificar o *status quo*, senão apenas manter as condições favoráveis ao desenvolvimento da economia, em oposição à índole intervencionista do Estado democrático de direito.

A partir dessas considerações, Conto (2008) propõe elementos para a construção de uma teoria da Constituição adequada ao paradigma do Estado democrático de direito, especificamente no que se refere ao modelo brasileiro:

Em resumo, na elaboração de uma Teoria da Constituição adequada à realidade brasileira, devem ser considerados tópicos pontuais pelo intérprete que deve: 1) ter-se em conta as vicissitudes do modelo constitucional brasileiro, marcado por séculos de dominação, inicialmente exercida pelos senhores em face dos escravos; posteriormente de uma pequena elite em face de grandes massas; 2) através desses pressupostos, buscar uma compreensão autêntica, através da consciência histórico-efetual, denunciando os pré-juízos calcados em uma tradição liberal que permeia [o] modo-de-ser dos intérpretes; 3) perceber o abismo estabelecido [entre] a realidade social e o texto constitucional, as promessas da modernidade não cumpridas; 4) compreender que para a consecução dos objetivos intrínsecos do Estado Democrático de Direito tal realidade necessita ser transformada; 5) por fim, dar-se conta de que a Constituição, entendida como um instrumento compromissário e dirigente passa a ser condição de possibilidade para cobrar-se do Estado uma atuação efetiva em favor da transformação social (CONTO, 2008, p. 73).

A história constitucional brasileira é demarcada por uma trajetória de avanços e retrocessos em matéria de direitos sociais⁵², de modo que “A Constituição não pode

⁵² Conto (2008) narra o percurso histórico, de avanços e retrocessos, dos direitos fundamentais sociais nas constituições brasileiras, iniciando pela abolição da escravidão, em 1888, que, para o autor, foi um simulacro da cidadania e dos direitos fundamentais. Essa situação, de inexistência material de direitos individuais e que impediu a realização de direitos sociais pelo Estado, perdurou ao menos até a Revolução de 1930, sendo que, após, o Estado se preocupou em instituir direitos sociais voltados ao trabalho e à aposentadoria. O Estado Novo restringiu direitos individuais e interveio nas relações laborais e em sindicatos e, após a ditadura de Getúlio Vargas, a Constituição de 1946 manteve os direitos sociais apenas como ideários, sem o comprometimento estatal com a sua materialização e com o aprofundamento das desigualdades, diante da resistência das elites. Após 1964, com o novo período ditatorial, os governos militares ampliaram os direitos sociais e restringiram os políticos. Por fim, em 1985, “a (re)democratização do país [...] descerrou as cortinas da hipocrisia relacionada à efetivação

ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias” (BERCOVICI, 2004, citado por CONTO, 2008, p. 64). A Constituição de 1988 representa, portanto, a aspiração da sociedade à realização dos direitos fundamentais sociais e a consequente alteração do *status quo* social a que o Estado democrático de direito se propõe.

Nesse compasso, de acordo com Conto (2008), o conteúdo do artigo 3º da Constituição Federal⁵³ encerra, por um lado, as desigualdades e injustiças às quais se submete a sociedade brasileira e, por outro, o compromisso estatal com sua transformação. Para Bercovici (2004, citado por CONTO, 2008), esse dispositivo é a cláusula transformadora, que evidencia o contraste entre a realidade social presente e a necessidade de transformá-la, mediante prestações estatais progressivas para sua superação.

No Estado democrático de direito, a Constituição é, portanto, um instrumento com força normativa, que tem por finalidade a transformação da realidade, mediante a concretização progressiva dos direitos fundamentais. No caso brasileiro, segundo Conto (2008), o Estado democrático de direito adquire o sentido a que dá ensejo o histórico de ineficiência na promoção dos direitos fundamentais, razão pela qual as disposições constitucionais deverão indicar um compromisso estatal. Nesse sentido, revela-se uma teoria da Constituição compromissária, dirigente e vinculante dos poderes estatais.

A concretização progressiva dos direitos fundamentais a que se refere Conto (2008) tem como corolário o princípio da proibição de retrocesso. Para o autor, no contexto do Estado democrático de direito, a progressividade na concretização dos direitos fundamentais e a proibição de retrocesso impõem a necessidade de revisar as funções estatais e de ressignificar o princípio da separação de poderes, de modo que sejam evitadas interpretações anacrônicas que venham a resultar no que chama de hermenêutica de bloqueio, isto é, que permita a violação dos direitos fundamentais sob a aparência de legalidade. Portanto, deve-se buscar, para o princípio, um sentido

dos Direitos Sociais” (CONTO, 2008, p. 66), de modo a restituir esses direitos que, no entanto, continuaram a beneficiar apenas uma parcela privilegiada da população. É neste contexto que surge a Constituição de 1988.

⁵³ De acordo com o artigo 3º da Constituição Federal, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988a).

que permita a cooperação harmoniosa entre os poderes, para promover a materialização dos direitos fundamentais sociais.

Segundo o autor,

A aplicação do Princípio [da proibição do retrocesso social] no âmbito do Poder Legislativo leva à constatação irrefutável de uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais; quanto ao Poder Executivo, a aplicação do Princípio nas suas atividades peculiares denota a importância da elaboração de políticas públicas condizentes com os preceitos constitucionais e da impossibilidade de retroceder nos Direitos Fundamentais realizados, sem algum tipo de compensação; e, finalmente, ao Poder Judiciário, cabe através do que Streck denomina de “intervencionismo substancialista” realizar o controle dos atos dos poderes, buscando adequá-los aos preceitos constitucionais dirigentes (CONTO, 2008, p. 97).

Assim, as funções legislativa, executiva e judiciária encontram-se obrigadas com a manutenção do grau de efetividade já alcançado pelos direitos fundamentais sociais. No tocante à função executiva, Conto (2008) sublinha que a noção clássica de administração pública pautada no princípio da legalidade, calcado em pressupostos da modernidade, é incompatível com o que requer o Estado democrático de direito. Neste paradigma, a legalidade deve servir à consecução dos fins do Estado, balizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a administração, para além da legalidade estrita do paradigma liberal, deve preocupar-se em implementar políticas públicas que realizem os direitos fundamentais que demandem uma atuação positiva sua.

Quanto à função legislativa, uma teoria da constituição adequada ao modelo brasileiro exige que as normas jurídicas se mantenham subordinadas aos princípios decorrentes do Estado democrático de direito, entre os quais está o princípio da proibição do retrocesso social. Isto implica no reconhecimento da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, com a qual deve ser ponderada a liberdade de conformação legislativa, que, apesar de constituir expressão de um sistema político pluralista que admite diversas concretizações para os direitos fundamentais sociais conforme as escolhas periódicas do eleitorado, não é irrestrita, mantendo o legislador subordinado aos valores e princípios constitucionais (CONTO, 2008).

Sobre a função judiciária, Conto (2008), ao defender que o princípio da separação de poderes não pode representar um entrave à realização dos objetivos do Estado democrático de direito, sustenta que esse poder deve atuar como um instrumento de controle entre os demais poderes, para efetivar os direitos

fundamentais sociais e a programaticidade da Constituição. Desse modo, no paradigma do Estado democrático de direito, ao poder judiciário é dado o controle efetivo sobre a administração pública e sua vinculação ao texto constitucional, o que autoriza os juízes a controlarem a adequação das políticas públicas aos preceitos constitucionais.

Para a presente pesquisa, é relevante aprofundar a análise acerca do princípio da proibição de retrocesso na perspectiva de uma vedação ao legislador em relação aos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional – aqueles que, na terminologia de Alexy ([1986] 2017), compreendem o oferecimento de prestações fáticas ao indivíduo –, apesar de tratar-se, como foi demonstrado por Conto (2008), de princípio de evidente amplitude, o qual pode abranger a atuação estatal também no âmbito administrativo e judicial.

Netto (2010) aborda o princípio em questão na perspectiva dos direitos sociais, razão pela qual o denomina *princípio da proibição de retrocesso social*. Defende a autora que esse princípio é manifestação de um princípio maior, que veda o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, fundamentando-se na “ideia de um progresso constante no caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo ‘marcha atrás’ na consagração e efetivação dos direitos fundamentais” (NETTO, 2010, p. 111).

No exame que faz acerca da existência do princípio da proibição de retrocesso social nas constituições brasileira e portuguesa, conclui que, apesar de não haver menção expressa, é possível fundamentar sua existência implícita. No âmbito dessas duas constituições, propõe o seguinte conceito para o princípio de proibição de retrocesso social:

o princípio de proibição de retrocesso social é norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia (NETTO, 2010, p. 113).

Há, por outro lado, opiniões doutrinárias que sustentam ser a proibição de retrocesso um princípio positivado no ordenamento brasileiro, e não apenas implícito, haja vista que o PIDESC foi recepcionado como norma materialmente constitucional. Assim,

A obrigação de não regressividade [...], como corolário do dever de realizar os direitos humanos progressivamente, permite a ilação de que o Princípio da proibição do retrocesso social está previsto no PIDESC, podendo ser apreendido da leitura de um dispositivo específico, qual seja o artigo 2.1 acima citado. Por conseguinte, tendo o Brasil ratificado o Pacto, a proibição do retrocesso social está 'positivada' em nosso ordenamento jurídico, podendo ser reconduzida a uma disposição normativa específica, sem desprezar o apoio do conjunto de argumentos antes lançados (MIOZZO, 2010, p. 99-100).

Para qualquer dos entendimentos adotados, o princípio da proibição de retrocesso social não é norma que confere um direito fundamental mas que protege a eficácia de direitos fundamentais sociais. Alexy ([1986] 2017) afirma que, apesar de todo direito fundamental exigir uma norma válida que o preveja, nem toda norma válida de direito fundamental confere um direito fundamental. Logo, a norma em tela, apesar de não atribuir um direito fundamental, é norma jusfundamental adscrita a outras normas de direitos fundamentais estatuídos na Constituição, de modo que deve ser fundamentada de maneira robusta, em face da existência de fortes argumentos contrários a ela (NETTO, 2010).

Para Acca (2013, p. 100), “O princípio do não retrocesso social preconiza, basicamente, que ganhos sociais garantidos pelo Estado aos seus cidadãos não podem posteriormente ser suprimidos”. No entendimento do autor, a aceitação desse princípio pela doutrina é indiscutível, no que se opõe a Netto (2010). Como se observa, não há consenso sobre seus limites, podendo-se identificar três posicionamentos distintos. A primeira corrente defende que não deve ser aceita qualquer alteração nas políticas públicas e rechaça qualquer relativização, supressão ou aniquilação de direitos sociais já garantidos pela via legislativa. O princípio, neste caso, alça a legislação infraconstitucional que versa sobre políticas sociais a um *status* semelhante ao de cláusulas pétreas. O segundo posicionamento admite a possibilidade de alteração das políticas públicas pelo legislador, mas rejeita a possibilidade de sua supressão, isto é, poderia haver alteração, mas não revogação. A dúvida que resta em relação a esse posicionamento reside no limite de tal alteração, uma vez que modificações profundas poderiam praticamente representar uma supressão de determinada política. O terceiro intenta aclarar essa fronteira nebulosa entre a alteração e a supressão de políticas garantidoras de direitos sociais, estabelecendo como limite o núcleo essencial do direito em questão, ainda que seja este, também, um conceito vago (ACCA, 2013).

Sobre a aceitação do princípio da proibição de retrocesso, a divergência é sustentada por Netto (2010), para quem a doutrina e a jurisprudência são claudicantes nesse sentido. No entanto, é possível defender sua existência nas ordens constitucionais brasileira e portuguesa, como princípio implícito, num nível objetivo, isto é, considerando a legislação sobre direitos sociais, o que a autora faz a partir de quatro fundamentos: (1) a supremacia da Constituição; (2) a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais; (3) os princípios estruturantes do Estado constitucional; e (4) a internacionalização dos direitos fundamentais⁵⁴.

A supremacia da Constituição se revela no fato de esta representar ser o instrumento normativo superior da ordem jurídica, à qual todo o Estado se subordina, de modo que a simples conformidade a seus preceitos não é suficiente para seu cumprimento: são necessários determinados comportamentos estatais para sua concretização. Dada a evidente relação entre essa supremacia e os direitos fundamentais, no caso específico dos direitos sociais impõe-se ao Estado o dever mínimo de legislar para assegurar a concretização, na maior medida possível, dessa categoria de direitos fundamentais, de modo que não se tornem meros conselhos ou programas. De acordo com a autora,

Uma norma consagradora de direito social que carece de densificação legislativa para tornar-se exequível insere-se nesta ideia de imposição constitucional de concretização, ou seja, o Legislador tem um dever concreto de legislar para conferir eficácia àquela norma, garantindo a supremacia e a força normativa da Constituição. Como corolário do dever de legislar para dar eficácia aos direitos sociais, há o dever de não alterar ou revogar as normas infraconstitucionais concretizadoras das normas constitucionais de direitos fundamentais (NETTO, 2010, p. 120).

Correlato à supremacia da Constituição está o postulado da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, o qual se liga à compreensão destes últimos à luz da teoria dos princípios (ALEXY, [1986] 2017). Entende a autora que os direitos fundamentais possuem precedência em relação às demais normas constitucionais, a

⁵⁴ Courtis (2006) identifica dois fundamentos para o retrocesso em matéria social: por um lado, a segurança jurídica e a proteção da confiança e, por outro, o conteúdo material do princípio do Estado social. Sarlet (2018) elenca, em síntese, os seguintes fundamentos para sustentar a existência de um princípio de proibição de retrocesso no ordenamento brasileiro: (1) o princípio do Estado democrático e social de direito; (2) o princípio da dignidade da pessoa humana; (3) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal); (4) manifestações expressas na Constituição contra medidas retroativas; (5) o princípio da proteção da confiança; (6) a vinculação dos órgãos estatais aos seus atos anteriores; (7) a vinculação dos órgãos estatais à vontade do constituinte; e (8) as orientações do sistema de proteção internacional dos direitos fundamentais, nestes incluídos os sociais (SARLET, 2018, p. 465-467).

qual é determinada segundo sua proximidade com a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, os direitos fundamentais ocupam uma posição privilegiada no interior da constituição, para além da posição já privilegiada que esta ocupa no ordenamento como um todo. Ao tratar-se de direitos sociais, sua máxima eficácia implica a atuação legislativa para definir a atuação do Estado nas suas prestações; logo, sobre o Estado se impõe um mandamento de otimização da eficácia desses direitos (NETTO, 2010).

O terceiro fundamento, o dos princípios estruturantes do Estado constitucional, que se associam ao princípio da dignidade da pessoa humana, defende Netto (2010) que esse Estado é vertebrado pelos princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade. O princípio da juridicidade estabelece que a conduta estatal deve se orientar por critérios jurídicos pré-estabelecidos, de modo a proporcionar estabilidade à ordem jurídica; o princípio democrático exige a efetivação dos direitos sociais, para além dos de liberdade, uma vez que a liberdade, essencial para a democracia, necessita ser acompanhada de condições materiais; e o princípio da socialidade reclama a criação de condições materiais para assegurar a existência digna das pessoas.

Quanto à internacionalização dos direitos fundamentais (quarto fundamento), “a previsão, tutela e sanção das violações de direitos fundamentais estão cada vez mais fora da esfera de decisão dos Estados nacionais, presenciando-se um crescente e [...] irreversível processo de internacionalização” (NETTO, 2010, p. 129). A autora aponta que as constituições brasileira e portuguesa possuem mecanismos de recepção de normas de direito internacional, inclusive no tocante a direitos fundamentais (NETTO, 2010).

Um desses instrumentos de direito internacional que veicula conteúdos fundamentais é o PIDESC (BRASIL, 1992a), outrora apresentado. O dever de progressividade nos níveis de garantia desses direitos, como expressão da maximização da eficácia dos direitos fundamentais preconizada por Alexy ([1986] 2017), é uma das obrigações genéricas assumidas pelos Estados signatários desse Pacto, ao lado (1) da obrigação de adotar medidas imediatas, expressa na adequação do marco legal e da promoção da vigilância efetiva sobre esses direitos e a formulação de plano para seu atendimento; e (2) da obrigação de assegurar níveis essenciais desses direitos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

O PIDESC (BRASIL, 1992a), em seu artigo 2.1, estabelece o compromisso dos Estados signatários de promover medidas progressivas, até o limite dos recursos disponíveis, para garantir o pleno exercício dos direitos nele previstos, inclusive mediante a adoção de medidas legislativas⁵⁵. Dessa ideia de progressividade decorrem dois sentidos complementares: a gradualidade e o progresso (COURTIS, 2006; ABRAMOVICH; COURTIS, 2011)⁵⁶.

Segundo o sentido da gradualidade, reconhece-se o fato de que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos no PIDESC não pode ser alcançada em um curto período de tempo. Em razão das dificuldades naturais para todos os Estados membros na promoção desses direitos, cuida-se de um mecanismo necessariamente flexível.

Por outro lado, há, para os Estados, a obrigação de mover-se tão rápida e efetivamente na melhoria das condições de gozo e exercício desses direitos, o que caracteriza o sentido do progresso. O artigo 11.1 do PIDESC⁵⁷, ao exigir uma melhora contínua das condições de existência do cidadão, determina a ampliação da proteção dos direitos fundamentais sociais e se associa à progressividade no sentido do progresso.

O reverso da obrigação de implantação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, assegurada no PIDESC (BRASIL, 1992a), é o dever de não regressividade.

Courtis (2006) distingue duas noções (ou campos de aplicação) possíveis de regressividade, a partir do conceito de progressividade adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), na Resolução n. 2074, aprovada no Trigésimo Quinto Período Ordinário de Sessões desse organismo internacional, em Fort Lauderdale, nos Estados Unidos, em 7 de junho de 2005.

⁵⁵ Também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 26) (BRASIL, 1992b) e no Protocolo de São Salvador (artigo 1) (BRASIL, 1999) o dever de adotar medidas progressivas em relação a direitos econômicos, sociais e culturais estão presentes.

⁵⁶ Sepúlveda (2006), em estudo realizado a partir das Observações Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão supervisor do Pacto, identifica duas obrigações derivadas do termo *progressivamente*, constante do artigo 2.1 do PIDESC (BRASIL, 1992a). O primeiro se refere à obrigação de melhorar continuamente o gozo dos direitos por parte dos indivíduos; o segundo, à obrigação de o Estado abster-se de tomar medidas deliberadamente regressivas.

⁵⁷ De acordo com o artigo 11.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento" (BRASIL, 1992a).

Referido regulamento veicula, em seu anexo, as *Normas para a confecção dos informes periódicos previstos no artigo 19 do Protocolo de San Salvador* e apresenta, no artigo 5.1, o conceito de progressividade como “el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de um derecho económico, social o cultural”⁵⁸ (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005).

O artigo 5.2 do anexo exige, para possibilitar aferir os avanços ou retrocessos na concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, o emprego de indicadores de progresso:

Un sistema de indicadores de progreso permite establecer, con un grado razonable de objetividad, las distancias entre la situación en la realidad y el estándar o meta deseada. El progreso en derechos económicos, sociales y culturales se puede medir a partir de considerar que el Protocolo de San Salvador expresa un parámetro frente al cual se puede comparar, de una parte, la recepción constitucional, el desarrollo legal y institucional y las prácticas de gobierno de los Estados; y de otra parte, el nivel de satisfacción de las aspiraciones de los diversos sectores de la sociedad expresadas, entre otras, a través de los partidos políticos y de las organizaciones de la sociedad civil (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005, p. 48).

O conteúdo desse dispositivo permite identificar as duas noções possíveis apresentadas por Courtis (2006), quais sejam a regressividade normativa e a regressividade de resultados.

A regressividade normativa se aplica a normas jurídicas, considerando-se a extensão dos direitos por ela previstos. Sem demandar uma verificação empírica, para determinar que uma norma é regressiva é necessário ao intérprete comparar seu conteúdo com o da norma que é por ela modificada ou substituída. Se a nova norma suprime, limita ou restringe direitos ou benefícios outorgados pela norma anterior, terá sido regressiva (COURTIS, 2006).

Nesse sentido, o artigo 5.2 acima transcrito reconhece uma dimensão normativa à regressividade, a partir da recepção constitucional dos direitos previstos no Protocolo de San Salvador, bem como o desenvolvimento que lhe é assegurado em nível infraconstitucional, institucional e de governo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2005).

⁵⁸ Da dicção desse artigo, se depreende que a OEA entende como desejável a avaliação da progressividade de cada um dos direitos econômicos, sociais e culturais, individualmente, e não em seu conjunto. Trata-se de avaliar, nos informes oferecidos pelos Estados-membros, os avanços ou retrocessos de modo a permitir que se verifique a evolução da concretização de cada direito.

Ao lado da regressividade normativa, há a regressividade de resultados, que se situa no nível das políticas públicas destinadas à implementação dos direitos. Uma política terá sido regressiva quando seus resultados tenham ocasionado uma piora em relação a um momento anterior escolhido como parâmetro. A ideia de regressividade poderá ser aplicada a cada um dos indicadores⁵⁹ ou, ainda, à avaliação conjunta de vários indicadores que permitam uma análise geral dos resultados de uma política pública. Para levar a cabo a avaliação de uma possível regressividade na perspectiva dos resultados, são necessárias referências empíricas (COURTIS, 2006)⁶⁰.

O dever de não regressividade resulta como obrigação concreta dos Estados, passível de revisão judicial em caso de descumprimento:

A obrigação mínima assumida pelo Estado a respeito é a obrigação de *não regressividade*, ou seja, a proibição de adotar políticas, medidas e, por consequência, sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais dos que usufruíam a população no momento da adoção do respectivo tratado internacional ou também em cada melhora “progressiva”. Dado que o Estado se obriga a melhorar a situação destes direitos, simultaneamente assume a proibição de reduzir os níveis de proteção dos direitos vigentes ou, por outro lado, de derogar os direitos já existentes. A obrigação assumida pelo Estado é ampliativa, de modo que a derrogação ou redução dos direitos vigentes contradiz frontalmente o compromisso internacional assumido (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 117-118).

⁵⁹ Conforme será mais bem exposto em momento oportuno, esse é o pensamento que norteia a metodologia do presente trabalho, uma vez que se limita a avaliar se houve regressividade (ou retrocesso) na concretização do direito fundamental social à educação, a partir de sua oferta pelas universidades e institutos federais após o advento da Emenda Constitucional n. 95/2016. Significa dizer que, do universo de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais que sofreram (ou que sofrerão) os efeitos da Emenda, elegeu-se apenas uma parcela para avaliar se, nesse âmbito restrito, houve retrocesso. Portanto, a presente pesquisa não terá o alcance e o aprofundamento necessários para uma avaliação global dos efeitos da Emenda na realização dos direitos fundamentais sociais na sua totalidade.

⁶⁰ Embora a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais não seja objeto da presente pesquisa, é interessante consignar as projeções que cada uma dessas noções de regressividade assume na justiciabilidade desses direitos, na perspectiva de Courtis (2006). Desse modo, o autor considera que, na cultura jurídica da América Latina, a regressividade normativa é mais adequada à estrutura da argumentação judicial, de modo que a comparação de uma norma anterior com uma posterior irá demonstrar se o nível de proteção diante de uma mesma situação de fato terá piorado. De outro lado, a regressividade de resultados é pouco aplicável na seara judicial por três razões: (1) pouca tradição de litígio com base em provas que requerem a sistematização de dados empíricos; (2) dificuldades em demonstrar uma relação de causalidade entre o resultado regressivo e a política pública adotada pelo governo; e (3) a determinação do instrumento judicial adequado.

Desse modo, a obrigação dos Estados é sempre ampliativa e, por consequência, a derrogação ou diminuição dos direitos vigentes afronta o compromisso internacional assumido.

No entendimento de Courtis (2006), também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992b), no seu artigo 2, veicula a obrigação de não regressividade como obrigação genérica dos Estados signatários. Segundo o autor,

De acuerdo com el artículo 2, los Estados que [?] hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención, tienen el deber de hacerlo. Pero esto implica, a su vez, la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en ese instrumento. Esto significa la consagración de la prohibición de regresividad normativa, al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la Convención (COURTIS, 2006, p. 15).

É importante notar que se trata, basicamente, de uma proibição de retrocesso em termos normativos, referente à edição de legislação doméstica destinada a assegurar o usufruto dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito interno das nações pactuantes. Abramovich e Courtis (2011), quando mencionam políticas, medidas e normas que pioram a situação desses direitos em comparação ao momento anterior, estão, do mesmo modo, se referindo não só a políticas públicas instituídas para concretizar tais direitos, mas, também, a medidas legislativas que os assegurem.

Os autores ressaltam que os Princípios de Maastrich, que são diretrizes interpretativas do Pacto (BRASIL, 1992a), a serem adotadas pelos Estados signatários, orientam que estes não devem derrogar ou suspender a legislação necessária ao gozo de um direito já assegurado, nem adotar legislação incompatível com aquela já existente, exceto com o propósito de melhorar a realização desses direitos para os mais vulneráveis, nem adotar qualquer outra medida regressiva que reduza a garantia do direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

Sarlet (2018) identifica o dever do legislador de concretizar os direitos fundamentais numa via progressiva, o que decorre do postulado constitucional de sua aplicabilidade imediata, o qual, por sua vez, constitui um mandamento de otimização da eficácia desses direitos. Nas palavras do constitucionalista,

em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos

poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental (SARLET, 2018, p. 384).

Se a norma que estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é um mandamento de otimização da eficácia desses direitos, deve haver progressividade na sua efetivação por parte do poder público e nunca regressividade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011).

Cunha e Scarpi muito bem esclarecem o princípio da progressividade e sua relação com a proibição de retrocesso:

A melhor forma de se interpretar a progressividade é por meio do princípio do não-retrocesso, isto é, a realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais significa que todos os direitos assegurados no ordenamento jurídico vão se incorporando a um núcleo mínimo assegurador da dignidade humana e por isso não podem ser violados ou suprimidos. [...] Da mesma forma, o princípio do não-retrocesso implica, também, que as políticas públicas que tornem efetivos os direitos humanos econômicos, sociais e culturais não podem sofrer solução de continuidade, apenas aperfeiçoamentos, sob pena de ferir a princípio maior da razoabilidade, gerando, com a interrupção, mais prejuízos do que benefícios aos seus destinatários (CUNHA; SCARPI, 2007, p. 81-82).

Significa dizer que, à medida que os governos agregam aprimoramentos às políticas públicas ou medidas legislativas ampliadoras de cada direito fundamental social, estes passam a integrar o núcleo mínimo da dignidade humana, que não pode mais ser reduzido ou retirado.

A violação desse núcleo essencial da dignidade humana leva a norma que incidir em retrocesso a ser sancionada com o vício da inconstitucionalidade, por aniquilar a chamada justiça social. De acordo com Canotilho,

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 2003, p. 339-340).

Quanto ao legislador, este se encontra vinculado, na regulamentação e concretização dos direitos fundamentais, ao mandamento de otimização do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Se, por um lado, é possível estabelecer restrições a direitos fundamentais, por outro, referida norma consiste numa verdadeira proibição de normas que os contrariem. Significa dizer que é das normas constitucionais que deverá ser extraído o conteúdo desses direitos, os quais não podem ser fixados de forma totalmente autônoma pelo legislador infraconstitucional, à revelia da Constituição (SARLET, 2018).

Como mandamentos de otimização, os princípios (ALEXY, [1986] 2017) referentes aos direitos fundamentais sociais necessitam da atuação do legislador, que a eles está vinculado, para assegurar sua plena eficácia. Por outro lado, apesar de tal vinculação, o princípio democrático outorga liberdade de atuação ao poder legislativo, a qual encontra-se severamente limitada pelos direitos fundamentais, o que caracteriza a tensão existente entre estes direitos e aquele princípio. Nesse ponto, o “reconhecimento da liberdade de conformação legislativa advindo do princípio democrático não leva à negação do caráter vinculante das normas de direitos sociais” (NETTO, 2010, p. 171). Logo, a prestação devida pelo legislador não é qualquer prestação: sua atuação deve se pautar pelo reforço da eficácia prestacional dos direitos fundamentais sociais.

Canotilho (citado por SARLET, 2018) apresenta a dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Num sentido proibitivo ou negativo, a ele é vedado atuar em sentido contrário às normas de direitos fundamentais (logo, são normas de competência negativa); num sentido positivo, essa vinculação implica num dever de conformação aos parâmetros oferecidos por essas normas, e, ainda, um dever de realizá-las. O legislador possui um dever ativo de proteção das normas de direitos fundamentais, no sentido de aperfeiçoar a legislação para conformar-se a elas.

Conforme afirmamos, os direitos fundamentais sociais englobam uma série de posições *prima facie* a prestações fáticas, as quais nem todas se tornam definitivas. A atuação do legislador deverá ser orientada no sentido de garantir que essas posições *prima facie* se tornem definitivas em alguma medida, pois, se as prestações fáticas não puderem ser requeridas pela ausência de normas infraconstitucionais, o núcleo essencial desses direitos estará esvaziado, diminuindo sua força normativa. Logo, legislar para concretizar ao menos o núcleo essencial dos direitos sociais é um

dever definitivo do Estado, decorrente da vinculação do legislador a esses direitos (NETTO, 2010).

Para Netto (2010), a adoção da ideia de núcleo essencial dos direitos sociais enfrenta severas críticas centradas na dificuldade de sua determinação, bem como nas consequências negativas para a fundamentalidade e a eficácia desses direitos.

Não obstante, defender um núcleo essencial dos direitos fundamentais implica em considerá-los sistematicamente na ordem constitucional (isto é, em seu conjunto), para determinar quais posições se tornam definitivas em cada caso. Para isto, é necessário esclarecer o conteúdo *prima facie* de cada direito fundamental específico e identificar seu núcleo essencial⁶¹. Sobre o tema, a autora reforça:

Observe-se que, quanto aos direitos sociais, no Direito Internacional têm sido avançados importantes parâmetros que permitem uma aproximação ao núcleo essencial. O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais [*sic*] afirma que os Estados se obrigam, pelo Pacto Internacional de DESC, a cumprir o conteúdo mínimo dos direitos, que se refere aos elementos essenciais ou básicos sem os quais o direito fica desnaturado ou se torna irreconhecível; considera que o conteúdo mínimo de cada direito contemplado no Pacto é inderrogável, não podendo ser descumprido.

A ideia principal que se quer assentar é a de que há um núcleo referente a cada direito fundamental social e que este não pode ser afastado com caráter geral, não pode ser genericamente privado de eficácia. Além disso, defender a ideia de núcleo essencial não redundaria em defender sua irrestringibilidade; implica, outrossim, em reconhecer que as intervenções aí incidentes requerem maior peso das razões contrárias, pois encontram-se mais frontalmente com a força restritiva dos direitos fundamentais (NETTO, 2010, p. 180-181).

O conteúdo do núcleo essencial, segundo a autora, pode ser identificado a partir do conjunto de normas e disposições *jusfundamentais prima facie* de cada direito, mas não é possível fazê-lo com absoluta objetividade, senão de forma vinculada ao contexto temporal, espacial e cultural. Mesmo esse conteúdo essencial está sujeito a intervenções, mas o esvaziamento genérico do significado normativo desse conteúdo, retirando o mínimo de eficácia do direito, caracteriza violação da norma constitucional (NETTO, 2010).

⁶¹ Carlos Bernal Pulido (citado por NETTO, 2010) opina no sentido de que não é possível definir o conteúdo essencial de cada direito fundamental, pelo fato de que devem ser consideradas circunstâncias políticas e econômicas, que impedem o alcance de uma fórmula segura. Ainda que tal conteúdo mínimo pudesse ser determinado, haveria situações que autorizariam a sua não realização, uma vez que o legislador não está vinculado a cada direito fundamental, mas à Constituição como um conjunto.

As normas de direitos fundamentais sociais impõem ao Estado, como primeiro efeito, o dever definitivo de legislar, sob pena de inconstitucionalidade por omissão⁶²; trata-se, portanto, de normas constitucionalmente devidas, as quais, se não estabelecidas pelo legislador, caracterizam a omissão inconstitucional, como esclarece Jorge Pereira da Silva (citado por NETTO, 2010). Esse dever definitivo impõe a criação do marco normativo necessário para tornar exequível o núcleo essencial de cada direito, sem o que restaria inobservada a supremacia da Constituição e a vinculatividade dos direitos sociais.

O dever legislativo de concretizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais não implica na definitividade de todas as normas e posições que integram esse núcleo, mas sim, que essas normas e posições estejam suportadas por um marco normativo para a promoção de sua eficácia. Tal dever – o de definir o núcleo essencial –, portanto, não admite ponderação e nem mesmo a reserva do possível é razão suficiente para afastá-lo. Essa ponderação pode incidir sobre todo o âmbito de proteção do direito, inclusive sobre o núcleo essencial, mas nunca pode autorizar uma privação genérica da eficácia prestacional em razão da inexistência de norma infraconstitucional para a concretização do seu conteúdo essencial (NETTO, 2010).

Ao passo que a vertente positiva da vinculação do legislador aos direitos sociais lhe impõe o dever definitivo de legislar para o estabelecimento do marco normativo para assegurar a eficácia ao menos do núcleo essencial, a vertente negativa dessa vinculação estabelece a proibição definitiva de destruir ou debilitar esse marco, isto é, voltar atrás na sua concretização. Desse modo,

A regra de proibição de retrocesso social, como condicionante heterônoma da atuação legislativa na seara dos direitos sociais, traduz a vertente negativa da vinculação do Legislador aos direitos sociais, revelando uma faceta da eficácia destes direitos vinculante para o Legislador: eficácia vedativa da produção de normas revogadoras ou debilitadoras do marco normativo densificador do núcleo essencial dos direitos sociais (NETTO, 2010, p. 188).

Netto (2010) recorre a Alexy ([1986] 2017) para fundamentar a existência de uma regra de proibição de retrocesso social, a qual se estabelece no conflito do princípio de proibição de retrocesso social e do princípio democrático e outros que lhe são conexos. Nesses termos, o princípio de proibição de retrocesso social, como

⁶² Para Carlos Bernal Pulido (citado por NETTO, 2010), trata-se de um dever *prima facie*, podendo a omissão legislativa ser fundamentada e interpretada como o exercício do poder do legislador de decidir sobre a oportunidade de legislar.

mandamento de otimização que, *prima facie*, proíbe medidas retrocessivas que prejudiquem a concretização de direitos fundamentais sociais, tem precedência condicionada em relação ao princípio democrático em razão da supremacia da Constituição, do postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais, dos princípios estruturantes do Estado constitucional, da internacionalização dos direitos fundamentais e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana. Desse conflito de princípios, a proibição de retrocesso social sagra-se como regra.

A autora alerta, entretanto, que o objeto da proibição de retrocesso não é a alteração ou a supressão de qualquer norma infraconstitucional, sob pena de considerarem-se recepcionadas como normas constitucionais as normas de grau inferior densificadoras de direitos sociais, mas sim, que referido princípio “proíbe revogação pura e simples e alteração que comprometa a eficácia do núcleo essencial do direito social, privando-o de eficácia prestacional essencial” (NETTO, 2010, p. 191).

O núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais corresponde àquelas posições jurídicas sem as quais o direito perde sua identidade, razão pela qual Sarlet se refere à proibição de retrocesso como um limite aos limites dos direitos fundamentais⁶³, ao lado do princípio da proporcionalidade/razoabilidade. Na lição do constitucionalista,

A garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela de conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis às intervenções dos poderes estatais [...]. Mesmo quando o legislador está autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos (SARLET, 2018, p. 421).

Diante do que foi exposto, verificamos, então, que o dever de concretização do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual cabe ao legislador, impõe que esse núcleo não seja atingido por medidas regressivas. Porém não é só à concretização do núcleo essencial dos direitos sociais que o legislador se encontra vinculado, mas aos

⁶³ Para Sarlet (2018), os limites aos direitos fundamentais reduzem o alcance *prima facie* dessas posições. Segundo o autor, há três espécies de limitações aos direitos fundamentais: (1) restrições impostas por expressa determinação constitucional; (2) restrições impostas pela lei (restrições indiretas), a partir de autorizações constitucionais para que o legislador intervenha no âmbito de proteção dos direitos fundamentais; (3) limitações decorrentes da colisão entre direitos fundamentais.

direitos fundamentais sociais como um todo. Do contrário, o que excede o conteúdo essencial estaria ameaçado em sua fundamentalidade (PULIDO, citado por NETTO, 2010).

No que ultrapassa o núcleo essencial, vale, para o legislador e para os poderes estatais de maneira geral, o caráter de mandamentos de otimização (que é assumido pelos direitos fundamentais sociais), o qual impõe sua máxima realização possível, ponderada com a disponibilidade de recursos, as necessidades de concretização de outros direitos fundamentais, a liberdade de conformação do legislador e a competência orçamentária.

Desse modo, conforme Netto (2010), para a garantia do núcleo essencial se aplica a regra de proibição do retrocesso, retirando-se do campo da liberdade de conformação do legislador a escolha pela concretização dos direitos fundamentais sociais; para além desse núcleo, o princípio de proibição de retrocesso é relativizado, passando a ser aplicado não como regra, mas como mandamento de otimização no limite das possibilidades jurídicas e fáticas que surgem do confronto com princípios e regras existentes no contexto.

Desde que não ocorra no campo do núcleo essencial de algum direito fundamental, eventual retrocesso normativo é aceitável, observando-se a técnica da ponderação:

O princípio de proibição de retrocesso, quando se está diante da produção normativa do Legislador que debilita a eficácia dos direitos sociais sem tocar seu núcleo essencial, entra em colisão com outros princípios, mormente o democrático, que expressa a liberdade de conformação do Legislador, reclamando uma resolução adequada destes conflitos, segundo a técnica da ponderação; em certas circunstâncias, este princípio precederá as normas opostas, resultando daí uma vedação definitiva de retrocesso. Em outras circunstâncias, porém, dependendo do peso que assumam as normas colidentes, este princípio poderá ceder (NETTO, 2010, p. 193).

Compreender a proibição de retrocesso social como mandamento de otimização, isto é, como norma destinada a assegurar a máxima eficácia a todo âmbito de proteção de um direito (e não somente ao seu núcleo essencial), exige a ponderação, no caso de conflitos concretos, para estabelecer a relação de precedência condicionada. Logo, quando não afeta o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, mas outras normas que densificam esses direitos, o legislador, no exercício de sua liberdade de conformação, está autorizado a adotar medidas retrocessivas, afastando o princípio da proibição de retrocesso social.

Para que isso ocorra, é preciso observar alguns parâmetros. Um deles, conforme as lições de Netto (2010), é a racionalidade da fundamentação da medida retrocessiva⁶⁴. Toda intervenção em um direito fundamental que diminua sua eficácia mediante a restrição de posições *prima facie* relacionadas ao seu âmbito de proteção necessita ser racionalmente fundada e proporcionalmente justificada. O controle da proporcionalidade, que funciona como parâmetro para o juízo de constitucionalidade da norma retrocessiva em matéria de direitos fundamentais, “se deve ligar a uma argumentação racional que permita torná-lo compreensível e intersubjetivamente controlável” (NETTO, 2010, p. 214).

Por conseguinte, para que a medida retrocessiva possa ser aceita à luz da teoria dos princípios (ALEXY, [1986] 2017), a ponderação deve estar aliada a uma teoria da argumentação e fundamentação que permita expor os interesses e valores em conflito, de modo que alcance à sociedade o escrutínio público e racional dessa ponderação. Logo, não bastam para a legitimidade da medida retrocessiva a autoridade democrática do legislador e a correção do procedimento de elaboração – fundamentação material da norma –, mas, ainda, a fundamentação material, consistente na possibilidade de demonstrar racionalmente sua adequação aos parâmetros materiais da Constituição.

Ainda que o legislador não seja obrigado à explicitação formal da fundamentação da norma retrocessiva que institui, deve ser possível rastreá-la, de modo a permitir seu controle. O ônus de argumentação, de acordo com Courtis (2006), pesa sobre a medida retrocessiva, a qual apenas se justifica se promover um avanço na totalidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem ofender o núcleo essencial de cada um deles, apesar de determinar um retrocesso num direito específico. Nas palavras do autor,

Ante la demostración de la adopción por el Estado de una medida de corte regresivo, se presume su invalidez y la carga de la prueba de su permisibilidad se traslada al Estado. El estándar de juicio para considerar

⁶⁴ Os parâmetros para que o legislador deixe de observar a proibição do retrocesso e adote medidas retrocessivas, de acordo com Netto (2010) são os seguintes:

“a) proporcionalidade em sentido amplo ou proibição de proteção deficiente:

a.1) idoneidade ou aptidão;

a.2) necessidade ou indispensabilidade;

a.3) proporcionalidade em sentido estrito;

b) igualdade;

c) segurança jurídica e proteção da confiança;

d) racionalidade da fundamentação da medida retrocessiva” (NETTO, 2010, p. 199).

justificada y por ende permisible la medida regresiva es alto. Así, en principio, quedan excluidas de la posibilidad de ser justificadas las medidas regresivas que afecten el contenido mínimo esencial del derecho en juego. Con respecto a las demás medidas regresivas, las razones a las que puede acudir el Estado para justificar la medida regresiva son taxativas e limitadas. El Estado sólo puede justificar su adopción cuando se conjuguen estos tres factores: cuando haya efectuado una cuidadosa evaluación de las alternativas, cuando el objetivo perseguido por la medida sea el de proteger la totalidad de los derechos del Pacto – en especial, cuando la restricción del derecho de quienes pertenecen a grupos que se encuentran en mejor situación esté destinada a satisfacer las necesidades de quienes no logran cubrir por sí mismos el contenido mínimo esencial de los derechos en juego –, y cuando la adopción de la medida haya tenido en consideración el máximo de los recursos disponibles, aun los provenientes de la cooperación internacional (COURTIS, 2006, p. 39-40).

A leitura proposta por Courtis (2006)⁶⁵ a partir do PIDESC, ao identificar os três fatores apontados no trecho acima, os quais autorizariam medidas regressivas, oferece parâmetros racionais para fundamentá-las. Antes de se perquirir tais fatores, há uma presunção de invalidade que paira sobre qualquer medida legislativa de caráter retrocessivo em matéria de direitos fundamentais sociais, que se afasta somente após a comprovação de adequação da medida a essas condições. Essa comprovação se constitui em ônus do Estado.

Em síntese, o princípio da proibição de retrocesso se coaduna com a teoria dos direitos fundamentais proposta por Alexy ([1986] 2017) e vem ao encontro da compreensão dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização. Apresenta-se como dever negativo do Estado, especificamente do legislador, a quem é vedado instituir medidas legislativas retrocessivas no tocante ao núcleo essencial de cada direito fundamental. Referida vedação se estende a todo o âmbito de proteção do direito que excede o núcleo essencial; no entanto, nesse caso, restrições à parte do direito já concretizada no plano infraconstitucional são toleráveis, desde que

⁶⁵ Netto (2010) adota idêntico posicionamento, ao afirmar que “É interessante observar que a construção defendida neste estudo encontra eco no entendimento esposado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, no âmbito do Pacto Internacional dos DESC, considera que o mínimo, o núcleo essencial dos DESC, representa um limite que não pode ser ultrapassado pelos Estados submetidos ao Pacto, não se admitindo, quanto a este nível básico, tampouco medidas retrocessivas. Haveria uma presunção de descumprimento do PIDESC quando há qualquer medida retrocessiva e, para afastá-la, seria necessário o Estado demonstrar que (a) a medida foi aplicada após exame exaustivo de todas as alternativas possíveis, (b) está devidamente justificada relativamente à totalidade dos direitos do PIDESC – além de coadunar-se com as exigências previstas para as restrições de direitos (art. 4, PIDESC), que impõem a adoção por meio de lei, natureza não discriminatória, compatibilidade com a natureza do direito, objetivo exclusivo de promover o bem-estar geral de uma sociedade democrática –, (c) se faz um aproveitamento pleno do máximo dos recursos disponíveis pelo Estado. Além disso, as medidas retrocessivas em detrimento de grupos menos favorecidos devem passar por um escrutínio ainda mais rigoroso” (NETTO, 2010, p. 217).

observados certos parâmetros, dentre os quais a racionalidade da fundamentação da medida.

3.3 O custo dos direitos e a reserva do possível na conformação da proibição de retrocesso

Uma compreensão dicotômica dos direitos de liberdade e dos direitos sociais vigente na passagem do Estado liberal para o Estado social, na lição de Netto (2010), gravita em torno de quatro pilares: (1) a determinabilidade das normas constitucionais que instituem direitos fundamentais e a necessidade (ou não) de interposição legislativa; (2) a eficácia imediata e a justiciabilidade desses direitos; (3) o objeto desses direitos e a conduta estatal requerida para sua concretização; e (4) os custos para a efetivação dos direitos fundamentais.

Sem deixar de considerar a relevância dos três primeiros, destacamos o quarto aspecto que reforça a dicotomia entre os direitos fundamentais individuais (de liberdade) e sociais: o custo dos direitos. Para Netto (2010), essa visão dicotômica se sustenta sob o argumento de que os direitos de liberdade não teriam custos, posto que dependentes de uma mera abstenção estatal, ao passo que os direitos sociais os teriam, fazendo com que sua realização dependesse da reserva do possível e da atuação orçamentária do legislador para a alocação de verbas.

Parcela relevante da doutrina milita em favor do entendimento de que ambas as gerações de direitos implicariam em custos para o Estado⁶⁶. Abramovich e Courtis (2011) ressaltam que, para sustentar a distinção entre direitos civis e políticos (que correspondem aos direitos fundamentais de primeira geração) e direitos econômicos, sociais e culturais (ditos de segunda geração), argumenta-se que os primeiros geram, para o Estado, tão somente obrigações negativas, ao passo que o segundo grupo dá origem a obrigações positivas que demandam recursos do erário público.

No entanto, trata-se, na opinião desses autores, de uma posição equivocada, que coincide com uma visão antiquada de um Estado mínimo, tendo em vista que, mesmo para a garantia das obrigações estatais negativas, há que haver

⁶⁶ Netto (2010) também defende uma compreensão sistêmica dos direitos fundamentais, segundo a qual ambas as categorias de direitos irão acarretar custos para o Estado. Holmes e Sunstein (2019), igualmente, consideram que todos os direitos, mesmo os individuais, têm uma face positiva; desse modo, buscam reconstruir a distinção conceitual entre direitos positivos e negativos, demonstrando que todos os direitos dependem do emprego de recursos orçamentários.

empreendimento positivo do Estado para criar as condições de assegurar tais direitos. Por outro lado, impõem-se abstenções do Estado para garantir a adequada fruição de direitos oriundos de prestações estatais positivas. Sob esse ângulo,

as diferenças entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais são, mais que diferenças substanciais, diferenças de grau. Pode reconhecer-se que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer e é por isso que às vezes denominam-se “direitos de prestação”. Entretanto, quando se observa a estrutura destes direitos não resulta difícil descobrir a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde implica na obrigação estatal de não causar danos à saúde; o direito à educação supõe a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação de um meio ambiente saudável implica na obrigação de não destruir o meio ambiente (ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p. 33-34).

Logo, ambas as categorias de direitos exigem um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, as quais requerem a alocação de recursos materiais para sua efetivação, isto é, demandam um custo. Apesar disso, Sarlet e Figueiredo (2013) apontam para a especial relevância do custo da eficácia e da efetivação dos direitos fundamentais sociais, ressaltando que sua realização reclama a destinação de recursos, o que faz com que sua efetivação dependa da receita tributária e da arrecadação do Estado, sempre condicionadas à conjuntura econômica. Desse modo, “a limitação de recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 28).

Essa discussão remete à análise econômica do Direito (*Law and Economics*), que traduz uma aproximação entre Direito e Economia, ciências que, no dizer de Luciano Benetti Timm (2013), ainda não se afinaram suficientemente, diante da resistência dos juristas brasileiros à Economia. De qualquer sorte, o autor, ao reconhecer que o Estado brasileiro está obrigado a prestar serviços públicos e assistência social aos menos favorecidos em razão do modelo constitucional adotado, sem que se questione a essencialidade dos direitos fundamentais sociais para a sociedade, afirma que isto deve ser feito com eficiência, por imposição do artigo 37 da Constituição Federal (TIMM, 2013).

Os recursos orçamentários devem ser empregados de modo eficiente, posto que são escassos e as necessidades a serem atendidas, ilimitadas. Racionalizar os gastos públicos é imperativo, pois

numa economia capitalista e monetizada tudo passa a ter um preço para disponibilização e para utilização das pessoas. Portanto, mesmo que o constituinte entenda que exista um serviço público que deva ser prestado pelo Estado ou por alguma entidade privada que sirva como sua concessionária ou permissionária, em razão da sua essencialidade, ou alguma forma de assistência social pela concessão de bolsas ou rendimentos, este serviço custará um preço, e este preço terá que ser pago em moeda (aos fornecedores, servidores, etc). De modo que a realização de direitos sociais (como quaisquer outros) – via serviços públicos e políticas assistenciais – tem um custo, o qual será suportado pelo recolhimento de tributos e de contribuições sociais (TIMM, 2013, p. 56).

Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019) discutem o custo dos direitos, a partir da experiência jurídica norte-americana, relativizando a dicotomia entre direitos positivos e negativos. Numa singela síntese, o exercício dos direitos traz custos para o Estado, de modo que, para que um direito exista concretamente, deve haver remédios jurídicos capazes de assegurá-lo efetivamente: “Os direitos têm um custo alto porque o custo dos remédios é alto. Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme; e os direitos jurídicos não têm significado algum quando não são garantidos coercitivamente” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 30).

Direitos, para Holmes e Sunstein (2019), só existem se legalmente previstos, a partir do seu reconhecimento pelo Estado e da destinação de orçamento para sua proteção e implementação. Nessa linha, há duas formas de abordagem: a moral e a descritiva. A abordagem moral associa os direitos à filosofia moral, que os conecta a exigências morais, identificando os interesses humanos que não podem ser negligenciados ou violados; a abordagem descritiva, por seu turno, representa seu sentido jurídico e consiste numa investigação empírica sobre os interesses que uma sociedade politicamente organizada decide proteger, de modo que “um interesse é considerado um direito quando um sistema jurídico eficaz o trata como tal, usando recursos públicos para defendê-lo” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 6).

Logo, para que um direito exista efetivamente, é necessário que o Estado destine orçamento para sua concretização e para a manutenção de um aparelho estatal voltado a essa finalidade. É neste ponto que reside a crítica de Holmes e Sunstein (2019) à dicotomia entre direitos positivos e negativos, uma vez que todos

eles, independentemente de uma categorização, precisam de recursos estatais⁶⁷, razão pela qual afirma que todos os direitos são positivos.

Diante da necessidade de que haja disponibilidade de recursos para que os direitos sejam implementados pelo Estado, não se pode afirmar que estes são absolutos, senão apenas relativos. Por essa razão, a atenção ao custo é determinante na efetivação de determinado direito:

Diz-se habitualmente que os direitos são invioláveis, conclusivos e têm caráter preventivo, mas essas palavras são meros floreios retóricos. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja garantia pressuponha um gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes poderá, no fim das contas, ser protegido unilateralmente pelo poder judiciário sem levar em consideração as consequências orçamentárias pelos quais os outros poderes do Estado são, em última análise, responsáveis. [...] Se todo direito tem um custo, a imposição dos direitos sempre será influenciada pelo interesse do contribuinte em economizar seu dinheiro. *Os direitos diminuirão quando os recursos diminuïrem e poderão se expandir à medida que se expandam os recursos públicos* (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 77-78, grifo nosso).

Da lição dos autores, podemos concluir que avanços e retrocessos em matéria de direitos são diretamente proporcionais à disponibilidade orçamentária. Logo, a mera previsão normativa de direitos não é suficiente para sua concretização, ficando os governos na dependência de recursos para arcar com seus custos, de modo que a retração ou a expansão de direitos não podem ser mensuradas exclusivamente por sua previsão normativa.

A teoria sobre o custo dos direitos contribui para a delimitação do escopo do instituto da reserva do possível. Sarlet (2018) propõe duas categorias de direitos fundamentais, a saber, direitos de defesa e direitos a prestações. A reserva do possível servirá como um dos limites para a concretização destes últimos.

Sarlet (2018) reconhece a dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais sociais e, juntamente com Holmes e Sunstein (2019), admite a existência da dimensão positiva dos direitos de defesa, compreendendo que estes também acarretam custos ao Estado. Por outro lado, entende que o fator custo nunca foi impeditivo para o reconhecimento, pela via jurisdicional, de algum direito de defesa, o que constitui a denominada neutralidade econômico-financeira desse conjunto de

⁶⁷ Holmes e Sunstein (2019) chegam a designar a distinção entre direitos positivos e negativos como “a futilidade da dicotomia” (p. 24), embora reconheçam, também, “os atrativos da dicotomia” (p. 26).

direitos, ao passo que, para a efetivação de direitos prestacionais, depende-se da conjuntura econômica.

Para além da repercussão econômica dos direitos fundamentais sociais, em razão da qual se tem a disponibilidade de recursos como limite fático à efetivação desses direitos, há a problemática da possibilidade jurídica de disposição, pois o Estado, além de recursos, deve possuir a capacidade jurídica, isto é, o poder de dispor. Ademais, há que se considerar critérios de razoabilidade, no sentido de que o indivíduo pode exigir direitos na medida do razoável, estando o Estado desobrigado de atendê-lo fora desses limites, ainda que tenha recursos disponíveis e o poder de disposição.

Portanto, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2018, p. 296).

Todos os aspectos dessa dimensão dialogam, em alguma medida, com o problema do custo dos direitos. O custo de um direito é o que impulsiona o Estado à realização de determinadas escolhas no que se refere à alocação de recursos no orçamento, estabelecendo, ao mesmo tempo, prioridades na efetiva realização de um direito em detrimento do outro.

Para a presente pesquisa, é relevante destacar a perspectiva jurídica da reserva do possível, tendo em vista que os dispositivos da Emenda Constitucional n. 95/2016 implicam diretamente na composição do orçamento anual das políticas voltadas ao atendimento do direito fundamental social à educação. O orçamento público – instrumento para custear os direitos – passou a sofrer limitações impostas pelas novas regras de destinação de recursos, sob a justificativa de necessidade de promover o reequilíbrio fiscal – não de inexistência fática de recursos.

De acordo com Netto (2010), a reserva do possível é uma razão de peso contra a afirmação de um princípio de proibição de retrocesso social⁶⁸, que, entretanto, não é apta a afastar o princípio, mas demonstra a inviabilidade de uma proibição absoluta.

A autora define a reserva do possível como “o condicionamento fático da concretização dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para suportar os custos destes direitos” (NETTO, 2010, p. 157). Logo, pode ser considerada uma objeção ao princípio da proibição de retrocesso social à medida que pode condicionar a concretização dos direitos fundamentais sociais à capacidade financeira do Estado.

No entanto, apesar de os direitos fundamentais sociais possuírem custos e não poderem ser efetivados sem limitações, a reserva do possível não deve ser enfrentada como um óbice absoluto à manutenção de certo nível de concretização desses direitos, em razão de sua fundamentalidade, que lhes assegura a normatividade. Na ótica de Netto (2010) há uma aproximação adequada entre os direitos fundamentais e a reserva do possível a partir da teoria dos princípios, de Alexy ([1986] 2017):

A compreensão dos direitos fundamentais num modelo combinado de princípios e regras significa sua inserção num modelo de ponderação, no qual o que é devido *prima facie* pode ser mais do que o devido “definitivamente”; o direito *prima facie* é vinculante, não tem apenas um caráter programático, mas significa que este deve ser realizado segundo as possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, em confronto com os dados concretos e com as demais normas aplicáveis. A cláusula da reserva do possível, neste contexto de aplicação normativa em que surgem conflitos a serem resolvidos com último recurso à ponderação, não determina a ineficácia do direito; afinal, a vinculatividade deste impede que sua validade normativa dependa do maior ou menor grau de suas possibilidades de realização, mas comparece como cláusula restritiva do direito, que, de *prima facie*, se torna “definitivo” segundo o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (NETTO, 2010, p. 159).

Por outro lado, a reserva do possível pode constituir um obstáculo à proibição de retrocesso social em face da escassez de recursos, o que justificaria retrocessos, tendo em vista a impossibilidade de o Estado concretizar ou manter níveis de concretização de direitos sociais para os quais não haja recursos.

Há, portanto, uma relação de tensão entre reserva do possível e proibição de retrocesso, a qual deve ser resolvida à luz da teoria dos princípios. Aduz a autora que

⁶⁸ Ao lado da reserva do possível, Netto (2010) elenca outras três objeções ao princípio da proibição de retrocesso: (1) o princípio democrático; (2) a hierarquia das normas; e (3) a necessidade de conferir eficácia ao sistema de direitos fundamentais.

Em situações de normalidade constitucional e fática não se admite que a reserva do possível seja razão justificadora, constitucionalmente legítima, para afastar a efetivação do conteúdo ou núcleo essencial dos direitos sociais, para esvaziá-los de sua eficácia prestacional essencial. As condições reais que se expressam na ideia da reserva do possível podem influir nos níveis de prestação e no processo de realização destes direitos; não podem levar a que o essencial de cada direito social não disponha de marco normativo que possibilite sua eficácia (NETTO, 2010, p. 162-163).

Isto se dá porque os direitos fundamentais impõem deveres ao Estado, os quais não podem deixar de ser cumpridos pela mera alegação de escassez de recursos, tampouco por real escassez. Diante do dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, o Estado deve alocar os recursos disponíveis para a efetivação dos níveis essenciais desses direitos, não bastando sua simples positivação para que sejam considerados implantados.

A positivação desses direitos, no entanto, impõe ao Estado deveres de conformação econômica e social, para além da criação de normas garantidoras de eficácia prestacional essencial e da proibição de eliminar essas normas. A reserva do possível, segundo Netto (2010), não afasta esses deveres.

Frente ao exposto, concluímos que, para a efetiva existência e concretização de um direito fundamental social (bem como de qualquer direito), há que se considerar seus custos. Por onerar os cofres estatais, esses direitos acabam por se sujeitar a uma reserva do possível, que deve ser ponderada com a proibição de retrocesso, de acordo com a teoria dos princípios de Alexy ([1986] 2017), de modo que não sejam prejudicados os níveis essenciais de cada direito.

4 O Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016: uma ponte para o futuro?

A reconstrução do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais de Alexy ([1986] 2017), permitiu lançar as bases para a discussão de um possível retrocesso na concretização do direito fundamental social à educação em âmbito federal, a partir da promulgação do Novo Regime Fiscal, veiculado pela Emenda Constitucional n. 95/2016.

O presente capítulo tem a tarefa de discutir a (in)existência de dita regressividade. Conforme esclarecemos, será adotada a classificação de retrocesso proposta por Courtis (2006), já abordada no capítulo anterior, a qual sustenta a existência de um retrocesso normativo e de um retrocesso de resultados.

Para cumprir esse propósito, a primeira seção situará o Novo Regime Fiscal no contexto político e econômico vigente à época da aprovação da Emenda Constitucional que o veicula, bem como realizará uma breve descrição de suas normas; a segunda seção será dedicada a examinar se houve retrocesso normativo a partir das novas normas constitucionais; e a terceira, por fim, analisará eventual retrocesso de resultados, a partir de pesquisa empírica levada a cabo mediante o exame das matrizes orçamentárias de instituições federais de ensino, segundo metodologia descrita nessa parte do trabalho.

4.1 O Novo Regime Fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016

4.1.1 O Novo Regime Fiscal e a conjuntura política e econômica

A discussão sobre a proibição de retrocesso em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais e a correlata obrigação de progressividade e seu

embate com o custo dos direitos e a reserva do possível lança as bases para o estudo do Novo Regime Fiscal introduzido pela Emenda Constitucional n. 95/2016 no ADCT (BRASIL, 1988b).

A crise econômica é o principal argumento que a Presidência da República invocou na Exposição de Motivos (BRASIL, 2016c) para justificar a propositura de uma alteração constitucional voltada à racionalização do gasto público para custear políticas voltadas à implementação, entre outros, de direitos fundamentais sociais. Em face da dita retração econômica e dos expansivos gastos públicos, justificou-se a adoção de uma série de medidas, no âmbito de um programa de governo, tendentes a promover a estagnação ou mesmo o retrocesso social, como será demonstrado no presente capítulo.

Uma leitura possível para medidas aparentemente retrocessivas adotadas pelos governos em relação aos direitos fundamentais sociais é oferecida por Sarlet (2015b). Para o autor, mesmo que na perspectiva supranacional os direitos fundamentais sociais tenham relevância, é no direito interno, mais especificamente no constitucional, que se pode verificar em que medida correspondem a uma gramática universal, uma vez que tanto seu conceito quanto seu regime jurídico e conteúdo não observam igual padrão em todas as ordens estatais internas. Esses direitos, por se caracterizarem, em grande parte, como prestacionais, ainda sofrem impacto pelo grau de desenvolvimento e estágio econômico dos Estados e, ainda, na perspectiva transnacional, pela globalização e pelas crises econômicas.

A par da influência exercida pela globalização sobre os Estados, em decorrência do grande poder que detém o capital financeiro, capaz de atingir a economia real ou a estabilidade política de qualquer país, está a grande massa de segmentos populacionais excluídos em razão da opressão socioeconômica, da qual é retirada a titularidade de direitos fundamentais (não apenas sociais). Assim, a redução do papel do Estado, na contramão da ampliação da liberdade e da democracia, pode fazer crescer o déficit de efetividade dos direitos fundamentais sociais, tendo em vista, especialmente, a mitigação do dever de proteção e de promoção desses direitos pelo ente estatal (SARLET, 2015b)⁶⁹.

⁶⁹ A crise dos direitos fundamentais, em especial os sociais, segundo Sarlet (2015b), não pode ser classificada apenas como uma crise de efetividade, sob pena de atribuir-se a ela um caráter reducionista. Por isso, menciona, também a existência de uma crise de identidade dos direitos sociais e uma crise de reconhecimento e/ou confiança, tópicos que não serão aqui desenvolvidos, uma vez que não é este o enfoque do trabalho.

Canotilho (2015, p. 19) recorda os altos custos da manutenção de um Estado voltado a assegurar a efetivação dos direitos sociais de forma gratuita ou tendencialmente gratuita: “Os direitos sociais são caros, já o dissemos”. Para que o Estado possa desempenhar a tarefa de promover os direitos sociais com gratuidade, o autor enumera quatro condições: (1) provisões financeiras necessárias e suficientes, resultantes de um sistema fiscal eficiente; (2) despesa pública voltada para as despesas sociais, mas também para investimentos produtivos; (3) orçamento equilibrado, com controle do déficit público, de modo a evitar reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de ao menos 3% ao ano (CANOTILHO, 2015).

Diante disso, emergem as críticas ao Estado social e as discussões sobre a sustentabilidade do modelo social. O autor afirma a inexistência de espaço para políticas de inclusão nas sociedades funcionalmente diferenciadas em razão da chamada individualização da sociedade, que “significa precisamente o indeclinável direito e o dever de cada indivíduo colocar no seu plano de vida e condução da existência as responsabilidades que lhe cabem na luta pela sobrevivência” (CANOTILHO, 2015, p. 20).

A solução proposta é a reinvenção do Estado social, pois, num contexto global de progressiva carência de meios financeiros, os Estados não detêm condições de assegurar as expectativas normativas alicerçadas pelos direitos sociais. Canotilho (2015) apresenta, em breves linhas, três tópicos que comprovam a insustentabilidade desse modelo de Estado social e a consequente necessidade de sua reformulação: (1) o mercado global e a concorrência; (2) a redução das despesas públicas; e (3) o comércio eletrônico e as transações telemáticas.

O segundo tópico elencado por Canotilho (2015), referente à redução das despesas públicas, é o mais relevante para este trabalho e vem assim expresso em seu texto:

A redução das despesas públicas obriga a cortes orçamentais e ao drástico emagrecimento do aparelho organizativo do Estado. Alguns, em termos puramente ideológicos, combatem o Estado, empurrando-o para um Estado mínimo e subsidiário. Outros salientam a lógica económica: o equilíbrio do défice orçamental indispensável à criação de um clima atractivo para investimentos não é compatível com uma administração pública herdada do “Estado máximo” (CANOTILHO, 2015, p. 22).

A diminuição do Estado e a redução de suas despesas integram o ideário governamental vigente no Brasil à época da propositura da Emenda Constitucional n. 95/2016. Dotta e Marques (2017) apresentam o panorama político-econômico brasileiro que deu abrigo à referida reforma constitucional. Segundo os autores, com a assunção do cargo de Presidente da República por Michel Temer⁷⁰, filiado ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB⁷¹), foram instituídas uma série de medidas políticas retrocessivas: ocorreu a destituição da equipe ministerial e a transformação do Ministério da Previdência Social em uma Secretaria do Ministério da Fazenda, submetendo-a à agenda econômica e do mercado; a Controladoria-Geral da União teve a mesma sorte, ao ser convertida em um Ministério, prejudicando as atividades de controle dos órgãos e empresas estatais e a transparência governamental; o Ministério da Saúde defendeu a redução do Sistema Único de Saúde (SUS); o Ministério das Cidades reduziu o Programa *Minha Casa, Minha Vida*; e o Ministério da Educação contingenciou recursos destinados ao Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC), ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e ao Programa *Universidade para Todos* (PROUNI).

Segundo Thiago Ribeiro Rafagnin (2019), a lógica econômica neoliberal perpassa o programa de governo do ex-presidente Michel Temer. Referido programa foi intitulado *Uma ponte para o futuro* (PMDB, 2015) e atribui à crise fiscal, iniciada em 2014, a estagnação do crescimento econômico do Brasil. A solução, segundo o documento, seria a promoção de reformas estruturais no Estado brasileiro.

O programa de governo, mesmo deixando de questionar a origem da dívida pública, propõe o ajuste das contas sem, no entanto, acabar com a especulação financeira. Na senda neoliberal,

as propostas vão ao encontro da doutrina da redução do Estado, não apenas em termos estruturais com privatizações ou concessões, mas, também, com a redução de sua atuação na concretização de direitos sociais. Logo, a conta do “ajuste” deverá ser adimplida pela população brasileira que tanto necessita da implementação de políticas sociais (RAFAGNIN, 2019, p. 77).

⁷⁰ Por não ser objeto do trabalho, não iremos adentrar nas questões referentes à assunção da Presidência da República por Michel Temer, em sucessão à ex-presidenta Dilma Rousseff, que sofreu *impeachment* em 2016.

⁷¹ Atualmente, a sigla adotada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro é MDB. Não obstante, empregaremos a antiga sigla (PMDB), por estar vigente à época da publicação do referido documento.

As políticas públicas que levam a cabo os direitos fundamentais sociais são alvo do ideário que orienta o programa de governo, uma vez que este confere a culpa pelo desequilíbrio fiscal às despesas públicas primárias, que têm crescido acima do PIB a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo o documento,

Foram criadas despesas obrigatórias que têm que ser feitas mesmo nas situações de grande desequilíbrio entre receitas e despesas, e, ao mesmo tempo, indexaram-se rendas e benefícios de vários segmentos, o que tornou impossíveis ações de ajuste, quando necessários (PMDB, 2015, p. 7).

Tais despesas obrigatórias se referem, precisamente, a determinados direitos fundamentais sociais, os quais têm a garantia constitucional de destinação de um mínimo de recursos orçamentários para a execução de políticas públicas que lhe são correlatas. É o caso, por exemplo, do direito à educação, que conta com um percentual mínimo de investimentos públicos na Constituição Federal, além de atrelá-los ao PIB.

O documento em questão, além de propor o congelamento das despesas públicas federais, aponta para a insustentabilidade da previdência social, defendendo o aumento da idade mínima para aposentadoria e a desindexação dos salários e dos benefícios previdenciários, bem como para a necessidade de redução da proteção aos direitos trabalhistas, alçando os acordos entre empregadores e empregados a uma posição de sobreposição às normas legais (RAFAGNIN, 2019). Nesse sentido,

para que o plano de governo de Michel Temer tenha êxito é preciso que se solucione o denominado desequilíbrio fiscal do Estado brasileiro, diz-se nele que, ademais, grande parte de tal é causado pelo desajuste existente na previdência social, assim como pela pouca competitividade do mercado brasileiro que é “engessado” pela legislação trabalhista, considerada arcaica (RAFAGNIN, 2019, p. 82).

Este é, segundo Rafagnin (2019), o tripé que sustenta *Uma ponte para o futuro*: o congelamento dos gastos públicos e as reformas trabalhista⁷² e previdenciária⁷³. Após justificar esse conjunto de medidas, o programa de governo, em sua parte final, propõe uma “agenda para o desenvolvimento” (PMDB, 2015, p. 16) voltada ao

⁷² A reforma trabalhista foi aprovada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, a qual altera a Consolidação das Leis do Trabalho, para, de acordo com a ementa, “adequar a legislação às novas relações de trabalho” (BRASIL, 2017b).

⁷³ A reforma previdenciária foi ultimada já no governo do presidente Jair Bolsonaro, por meio da Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019c).

crescimento da economia brasileira e consigna a necessidade e a urgência de alterações legislativas e constitucionais:

Para cumprir estes princípios será necessário um grande esforço legislativo porque as leis existentes são, em grande parte, incompatíveis com eles. Vamos precisar aprovar leis e emendas constitucionais [...]. Essas reformas legislativas são o primeiro passo da jornada e precisam ser feitas rapidamente, para que todos os efeitos virtuosos da nossa trajetória fiscal prevista produzam plenamente seus efeitos já no presente. Será uma grande virada institucional e a garantia da sustentabilidade fiscal, que afetarão positivamente as expectativas dos agentes econômicos, a inflação futura, o nível da taxa de juros e todas as demais variáveis relevantes para a estabilidade financeira e o crescimento econômico (PMDB, 2015, p. 16).

No tocante, especificamente, à reforma constitucional necessária à readequação do orçamento fiscal, é evidente o combate à vinculação de determinados recursos, tal como o índice obrigatório de 18% a serem destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino no âmbito da União Federal, como vinha estabelecendo a Constituição Federal desde a sua promulgação, e que se revela incompatível com as intenções do documento.

A contenção da despesa pública é o mote do Novo Regime Fiscal. Apesar do controle inicial havido sobre os índices de inflação, após a estabilização da moeda em 1994, a retração econômica e seus reflexos na arrecadação a partir de 2014, ao lado do crescente aumento da despesa pública, deu ensejo a seguidos déficits primários, isto é, a resultados fiscais negativos, correspondentes ao total das receitas subtraído do total das despesas, antes do pagamento dos juros, o que poderia originar total descontrole da dívida pública (MACHADO SEGUNDO, 2017).

Diante desse cenário econômico,

Algumas soluções, então, seriam possíveis. A primeira, e mais evidente, seria aumentar as receitas públicas, com a majoração de tributos. A outra, um tanto traumática, seria cortar despesas, no presente. E, finalmente, uma terceira saída, que culminou com a edição da EC 95/2016 [...], seria a limitação no crescimento dos gastos públicos. Assim, sem realizar nenhum corte no presente, mas apenas impedindo o crescimento dos gastos no futuro, seria possível, caso haja um aumento na arrecadação decorrente de uma recuperação da economia, utilizar os recursos adicionais arrecadados, que gerariam novos superávits, para reconduzir a dívida a patamares controláveis (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 26).

De acordo com Machado Segundo (2017), as duas primeiras soluções seriam insuficientes. A primeira não superaria o déficit, caso as despesas continuassem

crecendo, além de incentivar o contribuinte à evasão lícita ou ilícita; a outra, promoveria consequências mais drásticas, razão pela qual seria desaconselhável. A tomada de medidas para o futuro, seria, então, a solução mais razoável.

A Exposição de Motivos da PEC (BRASIL, 2016c), firmada pelos ministros Henrique de Campos Meirelles (Ministro da Fazenda) e Dyogo Henrique de Oliveira (Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão) e dirigida ao Presidente da República, em seus parágrafos iniciais, apresenta, na leitura do governo, um quadro de desarranjo fiscal que estaria a justificar a medida.

De acordo com o documento, a economia brasileira, naquele contexto, padecia de uma aguda crise fiscal caracterizada pela deterioração dos resultados primários das contas da União nos últimos anos, que culminariam num déficit de 170 bilhões de reais em 2016. São apresentadas informações que sinalizam que “a Dívida Bruta do Governo Geral passou de 51,7% do PIB, em 2013, para 67,5% do PIB em abril de 2016 e as projeções indicam que, se nada for feito para conter essa espiral, o patamar de 80% do PIB será ultrapassado nos próximos anos” (BRASIL, 2016c).

O documento atribui a origem do problema fiscal à disparidade entre a evolução da despesa pública primária⁷⁴, que teria crescido 51% acima da inflação no período compreendido entre 2008 e 2015, e a expansão das receitas, que teria sido de apenas 14,5% no mesmo interstício (BRASIL, 2016c). A solução apontada, nesse compasso, foi a de estabilizar o crescimento da despesa primária como forma de frear a evolução da dívida pública.

Nesse contexto, foi encaminhada à Câmara dos Deputados a PEC n. 241/2016 (no Senado Federal, sob n. 55/2016), também conhecida como PEC do Teto dos Gastos Públicos (ABRAHAM, 2018), que resultou na Emenda Constitucional n. 95/2016, com as novas regras que estabelecem um limite (teto) para as despesas públicas primárias, durante vinte exercícios financeiros. Esse conjunto de regras que passou a integrar o ADTC (artigos 106 a 114) foi denominado Novo Regime Fiscal.

Tendo em vista a novidade do tema, a literatura técnica (manuais de direito financeiro, etc.) ainda é deficiente em relação a uma abordagem de natureza conceitual/descritiva sobre o Novo Regime Fiscal. Por essa razão, passaremos a realizar um esforço descritivo das principais normas contidas nos dispositivos mencionados, em especial aquelas que dizem respeito ao tema aqui estudado.

⁷⁴ Despesa pública primária é aquela que se verifica antes do pagamento dos juros da dívida (MACHADO SEGUNDO, 2017).

4.1.2 O conteúdo do Novo Regime Fiscal: breve análise das normas introduzidas no ADCT pela Emenda Constitucional n. 95/2016⁷⁵

Inicialmente, é necessário esclarecer que, apesar de nos referirmos aos artigos 106 a 114 do ADCT como normas, num sentido generalista, trata-se, em verdade, da espécie regras, na acepção desenvolvida por Alexy ([1986] 2017). Assim, cuida-se de normas acentuadamente herméticas, que regulamentam a elaboração do orçamento público, notadamente quanto à destinação de recursos públicos para que a União desenvolva suas políticas e implemente os direitos fundamentais sociais. Em adição, não se pode afirmar que detenham caráter jusfundamental, embora provoquem impactos, por via indireta, na concretização desses direitos, tendo em vista o caráter econômico destes e a imposição de custos ao ente estatal.

Ao analisar os dispositivos instituídos pela Emenda Constitucional n. 95/2016, verificamos que o Novo Regime Fiscal impacta profundamente as contas públicas, tendo em vista o baixo grau de flexibilidade de suas regras e o longo período de sua duração, a qual corresponde a vinte exercícios financeiros (2017 a 2036).

Nesse período, conforme o artigo 107 do ADCT, são estabelecidos limites individualizados para as despesas primárias de cada um dos poderes da União (excetuando-se as decorrentes da dívida pública), em cada exercício financeiro, além dos órgãos com autonomia administrativa e financeira, quais sejam o Ministério Público Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público e a Defensoria Pública da União. O artigo 107, parágrafo 1º, do ADCT, fixa esses limites do seguinte modo:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e
II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária (BRASIL, 2016e).

O teto estipulado a partir do exercício de 2018, como se extrai da norma, será sempre idêntico ao do ano anterior, corrigido pela inflação, conforme o Índice Nacional

⁷⁵ Não pretendemos, neste ponto do trabalho, realizar uma análise exaustiva de todos os pontos da Emenda Constitucional n. 95/2016, mas apenas trazer à luz aqueles dispositivos que apresentam relação direta com o tema que nos propusemos a enfrentar.

de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). É o que a Exposição de Motivos da PEC que deu origem à Emenda Constitucional n.95/2016 chama de *crescimento real zero* (BRASIL, 2016c), ocasionando a estagnação dos investimentos. Assim, na lição de Abraham (2018), o gasto de cada ano se limitará apenas às despesas do ano anterior, acrescidas da inflação, o que representa a ausência de crescimento real das despesas públicas federais.

Os limites de gastos impostos pelo Novo Regime Fiscal possuem as seguintes exceções, determinadas pelo artigo 107, parágrafo 6º, do ADCT:

I – transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20 (compensações financeiras aos entes federados pela exploração de recursos naturais e minerais), no inciso III do parágrafo único do art. 146 (distribuição dos recursos do SIMPLER Nacional pertencentes aos respectivos entes federados), no § 5º do art. 153 (IOF sobre o ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial), no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 (repartição de receitas de tributos como IR, IPI e ITR) e no § 6º do art. 212 (cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação), as despesas referentes ao inciso XIV do *caput* do art. 21 (manutenção dos serviços públicos e de segurança do Distrito Federal), todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do *caput* do art. 60, do ADCT (complementação pela União de Fundos de Educação); II – créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal (despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública); III – despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e IV – despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes (ABRAHAM, 2018, *online*).

Em relação a todas as demais despesas públicas primárias, o método de correção deverá, obrigatoriamente, ser o do IPCA até o décimo ano de vigência da Emenda Constitucional, sendo facultada sua alteração, a partir desse momento, por meio de lei complementar de iniciativa do Presidente da República, uma única vez a cada mandato presidencial.

Ao passo que para o exercício de 2017 o artigo 107, parágrafo 1º, inciso I, do ADCT prevê a aplicação do índice de correção de 7,2% sobre a despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, para os serviços públicos de saúde e de manutenção e desenvolvimento do ensino é criada uma exceção pelo artigo 110, inciso I.

De acordo com esse dispositivo, para referido exercício continuariam sendo aplicadas as regras constitucionais então vigentes, que vinculam a previsão de despesas em saúde e educação à arrecadação tributária. Assim, a União deveria,

naquele exercício, aplicar 15% da receita corrente líquida em ações e serviços públicos de saúde (artigo 198, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal), e 18% da receita resultante de impostos em manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 212, *caput*, da Constituição Federal). Nos exercícios seguintes, a regra passaria a ser a mesma aplicada para as demais despesas, isto é, a correção pelos índices do IPCA.

Esse dispositivo desvincula as despesas obrigatórias com saúde e educação da arrecadação tributária. Na lição de Tathiane Piscitelli (2018), a majoração da arrecadação faz elevar, proporcionalmente, os gastos com esse tipo de serviço público e, quanto maiores os gastos, maior é a necessidade de despesas futuras para manter a estrutura construída a partir dos gastos passados.

A autora está a se referir, na verdade, ao que a Exposição de Motivos (BRASIL, 2016c) designa como estrutura de gastos procíclica, a qual o Novo Regime Fiscal se destina a ajustar. Nos termos do documento,

Para corrigir o já referido problema de possuímos uma estrutura de gastos procíclica, o Novo Regime Fiscal evita que o limite seja estabelecido como percentual da receita ou do Produto Interno Bruto. Essas duas métricas permitiriam uma expansão mais acelerada do gasto durante os momentos positivos do ciclo econômico, ao mesmo tempo em que exigiriam ajustes drásticos nos momentos de recessão. Nosso objetivo é garantir uma trajetória suave do gasto público, não influenciada pelas oscilações do ciclo econômico. Tendo em vista que a receita continuará a oscilar de forma correlacionada ao nível de atividade, o Novo Regime Fiscal será anticíclico: uma trajetória real constante para os gastos, associada a uma receita variando com o ciclo, resultarão em maiores poupanças nos momentos de expansão e menores superávits em momentos de recessão. Essa é a essência de um regime fiscal anticíclico (BRASIL, 2016c, sem página).

Logo, as despesas com saúde e educação passam a ser desvinculadas da receita arrecadada e se estabelece, para futuros reajustes anuais, os percentuais mínimos apurados em 2017 (PISCITELLI, 2018). Por conseguinte, não é demais afirmar que as regras constitucionais que definem as aplicações mínimas em serviços de saúde e educação restam suspensas durante a vigência do Novo Regime Fiscal, em razão do que estabelece o artigo 110 do ADCT.

Para assegurar a observância dos limites estabelecidos, o Novo Regime Fiscal prevê sanções pelo seu descumprimento, as quais se encontram consignadas no artigo 109 do ADCT. Piscitelli (2018) classifica essas sanções em gerais, que se aplicam a todos os poderes e órgãos mencionados no artigo 107 do ADCT, e

específicas, aplicáveis somente ao poder executivo, ao lado das gerais, em caso de descumprimento da Emenda Constitucional.

As sanções gerais são estabelecidas no *caput* do artigo 109 e se referem, basicamente, à majoração de gastos com pessoal. Assim, ficam impedidos a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou readequação de remuneração; criação de cargo, emprego ou função pública; alteração de estrutura de carreira; admissão ou contratação de pessoal; realização de concurso público; e criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou outros benefícios (BRASIL, 2016e).

Paralelamente às sanções gerais, são previstas outras, no parágrafo 2º do mesmo artigo, para o poder executivo, as quais proíbem a criação e a expansão de programas e linhas de financiamento e a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem a ampliação de despesas, bem como a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício tributário (BRASIL, 2016e).

Essas sanções devem ser aplicadas até o final do exercício em que as despesas retornam aos limites estabelecidos pela Emenda Constitucional. Isto é, mesmo que os limites tornem a ser cumpridos no decorrer do ano, a penalidade continuará sendo aplicada até o final daquele exercício (PISCITELLI, 2018).

Como podemos verificar da análise desses dispositivos, trata-se de um regime de contenção de gastos públicos acentuadamente severo, inclusive com a previsão de penalidades, para alcançar o reequilíbrio das contas públicas, sem levar em consideração a possibilidade de crescimento de demandas por políticas concretizadoras de direitos fundamentais sociais. Isto será objeto de análise nas próximas seções deste capítulo.

4.2 O Novo Regime Fiscal em face das normas anteriores e o retrocesso normativo

Ao conceituar o retrocesso normativo, Courtis (2006) propõe a comparação entre duas normas – a posterior à anterior – para avaliar se houve prejuízo na concretização do direito objeto de ambas. Apesar de a regra que obriga a União a investir 18% da receita arrecadada com impostos em manutenção e desenvolvimento do ensino e do posterior incremento que vincula esses mesmos investimentos ao PIB não ser, por si mesma, dotada de fundamentalidade, resta claro que, por outro lado,

se destina a assegurar o direito fundamental social à educação, tendo em vista o que expusemos sobre o custo dos direitos dessa natureza – também, por isso, chamados de econômicos.

As novas regras estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 95/2016, igualmente, não trazem conteúdo fundamental, ao menos à primeira vista. O que ocorre é que disciplinam o orçamento público federal, que é o instrumento destinado a organizar a despesa com as políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, os quais – afirmamos ainda outra vez – são dependentes de custos.

Assim, ao estudar normas que dispõem sobre custos de um direito fundamental, estamos nos debruçando sobre o próprio direito fundamental. Portanto, a íntima relação entre um direito fundamental social e seus custos nos autoriza a fazê-lo sob a perspectiva comparativa do retrocesso normativo a que se refere Courtis (2006).

Por esse ângulo, um dos pontos mais discutidos no tocante ao Novo Regime Fiscal se refere aos efeitos do estabelecimento de limites máximos de gastos com políticas de saúde e educação. A Emenda Constitucional reserva o artigo 110 para tratar do tema, quando estabelece os mesmos critérios de correção (pelos índices da inflação), a partir de 2018 (BRASIL, 2016c). Conforme afirmamos, essa regra suspendeu as anteriormente vigentes, tanto a que trata do custeio da saúde (artigo 198, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal⁷⁶) quanto a que se refere ao custeio da educação (artigo 212, *caput*, da Constituição Federal)⁷⁷, obrigando, no entanto, a União a aplicar os mesmos valores dos anos anteriores, apenas corrigidos pela variação da inflação, destinando-se o excedente arrecadado ao pagamento da dívida pública (MACHADO SEGUNDO, 2017).

A suspensão das regras de fixação do orçamento mínimo para saúde e educação (artigos 198 e 212 da Constituição Federal) e sua substituição temporária pelas determinações do Novo Regime Fiscal podem acarretar vantagens e desvantagens para a evolução orçamentária. De acordo com o Estudo Técnico n. 26, de 2016, publicado pela Câmara dos Deputados,

⁷⁶ Esse dispositivo obriga a União a aplicar, no mínimo, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, em ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 1988a).

⁷⁷ De acordo com o Estudo Técnico n. 26, de 2016, publicado pela Câmara de Deputados, “Com o fim da vigência do Novo Regime Fiscal, o valor mínimo da saúde voltará a corresponder a 15% da receita corrente líquida (RCL), e o da educação a 18% da receita de impostos líquida de transferências” (BRASIL, 2016f, p. 20).

A nova forma de vinculação pode representar, na hipótese de crescimento real da receita, menor grau de proteção dessas áreas em relação ao piso calculado pelos critérios anteriores. Por outro lado, diante da imposição de um teto geral para as despesas primárias, ao menos se impede que o Novo Regime Fiscal acarrete redução, em termos reais, dos atuais montantes alocados para os pisos da saúde e educação (BRASIL, 2016f, p. 20).

Tendo em vista que, anteriormente, a previsão de despesas com saúde e educação se vinculava à receita, quanto maior fosse a arrecadação, maior seria o orçamento destinado a esses serviços públicos. Logo, ao desvincular o orçamento da receita, a Emenda Constitucional n. 95/2016 passou a evitar que em momentos de maior expansão econômica essas despesas crescessem automaticamente mediante o aumento obrigatório de gastos nessas áreas e, posteriormente, numa eventual reversão do ciclo econômico, impusesse a desaceleração (BRASIL, 2016d). Se, no entanto, houver crise econômica e consequente queda de receita, o mecanismo instituído pela Emenda permitirá, de acordo com o Estudo Técnico n. 26, a manutenção dos montantes mínimos em saúde e educação.

Na mesma linha, Machado Segundo (2017) considera que a afirmação de que os gastos com educação sofrerão congelamento por vinte anos não corresponde à verdade, uma vez que, sendo global o limite, seria possível reduzir despesas em outras áreas para aplicar recursos em setores mais sensíveis para a promoção da igualdade. Ademais, o pagamento da dívida pública, em longo prazo, diminuiria o dispêndio de recursos destinados ao pagamento de juros, ampliando as possibilidades orçamentárias de investir em políticas públicas. Afora isso, a existência de um teto iria exigir das autoridades públicas a qualificação do gasto público, tendo em vista que “o principal problema do gasto público, no Brasil, é a sua qualidade, não a quantidade” (MACHADO SEGUNDO, 2017, p. 37).

Não é esse o entendimento da maior parte da (escassa) doutrina sobre o Novo Regime Fiscal. O que verificamos na literatura é que os principais estudos levados a cabo sobre o tema tangenciam a proibição do retrocesso e a violação do dever de progressividade expressos, especialmente, nos instrumentos de direito internacional anteriormente apresentados.

Embora a presente investigação não trate especificamente do direito fundamental social à saúde, é pertinente destacar que há pesquisas que apontam para possíveis efeitos da Emenda Constitucional n. 95/2016 sobre esse direito. Um

estudo da Confederação Nacional de Municípios (CNM) realizou projeções de gastos da União nessa área no período de vigência do Novo Regime Fiscal, simulando o possível impacto na efetividade do direito e nas finanças municipais. O documento conclui que as despesas federais com saúde serão reduzidas de 1,89% do PIB em 2017 para 1,51% em 2026, terminando em 1,18% em 2036. Considerando a proporção em relação à receita corrente líquida, esses gastos partem de 14,7% em 2017, baixando para 11,8% em 2026 e 9,2% em 2036. Ademais, a participação dos estados e municípios no gasto conjunto com saúde há de aumentar, face à aplicação dos limites pela inflação por parte do governo federal, ao passo que os municípios continuam obrigados a dedicar 20% de sua receita corrente líquida a essa despesa. A conclusão é que, no primeiro ano de vigência da Emenda, o suprimimento federal de recursos destinados aos serviços de saúde para os municípios já sofreu impactos significativos e que as projeções indicam um futuro enfraquecimento nessa área (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, [2016 ou 2017]).

Ainda tratando sobre o direito à saúde, as reflexões de Soares (2018) acusam os possíveis efeitos retrocessivos que poderão derivar do Novo Regime Fiscal. Trata-se, na opinião do autor, de verdadeiro retrocesso normativo imposto pelo artigo 110, II, do ADCT, tendo em vista que, anteriormente à Emenda Constitucional n. 95/2016, havia um investimento contínuo e ascendente no financiamento da saúde, em observância ao dever de progressividade. A partir da referida Emenda, o conteúdo essencial desse direito fundamental social conservou-se idêntico, mas a recomposição dos gastos obrigatórios passou a se dar pelos índices da inflação, sem qualquer aumento real (SOARES, 2018).

O posicionamento de Soares (2018) acerca da instituição do teto de gastos é bastante representativa do restante da doutrina. Após historicizar a atuação retrocessiva em termos de efetivação de direitos fundamentais sociais desde os governos de José Sarney a Fernando Henrique Cardoso, o autor se refere ao documento *Uma ponte para o futuro* (PMDB, 2015) como aquele que representa o ideário neoliberal e promove a desregulamentação de direitos fundamentais sociais constantes da Constituição Federal. Sobre seu conteúdo, o autor afirma que

existe uma “ponte” entre a política institucional e a Constituição da República. E, para que a política institucional neoliberal possa prosperar, é preciso penalizar os direitos fundamentais sociais. É exatamente dentro dessa perspectiva que surge o “Novo Regime Fiscal” (Emenda à Constituição n. 95/2016) (SOARES, 2018, p. 211).

Virgínia Gomes de Barros e Silva (2018), em sua dissertação de mestrado, se refere à Emenda Constitucional n. 95/2016 como um mecanismo de inversão dos propósitos dirigentes da Constituição de 1988, nominando-a como “uma emenda sob medida para o mercado financeiro” (p. 75).

De acordo com a autora, o Novo Regime Fiscal submete todo o programa constitucional a uma rígida disciplina financeira, com limites curtos para as despesas primárias, mas sem limites para as despesas financeiras (referentes ao pagamento de juros e amortização da dívida pública, que, em 2016, girava em torno de 45% do orçamento federal). A economia gerada com a redução da despesa primária, passará a servir, portanto, ao pagamento de juros da dívida (SILVA, 2018), razão pela qual pode ser considerada uma medida favorável ao mercado financeiro e não aos interesses sociais.

A estratégia de congelamento da despesa pública, no entendimento da autora, é infrutífera para assegurar o crescimento do superávit primário. Como alternativa, pondera sobre a possibilidade de uma reforma tributária que tornasse progressivo o sistema de cobrança de tributos. Para que haja superávit primário, as despesas devem crescer na proporção da receita em não a partir de índices inflacionários. Sendo assim, os efeitos futuros da Emenda não se resumirão ao congelamento das despesas, senão à redução do investimento público *per capita*, uma vez que a população tende a crescer e o orçamento estagnar-se-á (SILVA, 2018).

Por causa dessa política econômica consubstanciada no Novo Regime Fiscal e firmada num ideário que subverte o programa constitucional (que se fundamenta num modelo de Estado democrático e social de direito), a Emenda Constitucional n. 95/2016 foi submetida a questionamentos sobre sua constitucionalidade, mediante diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF)⁷⁸.

⁷⁸ Em busca realizada no sítio eletrônico do STF, localizamos sete ADIs que objetivam a declaração da incompatibilidade da Emenda Constitucional n. 95/2016 em relação à constituição: ADI 5633, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil; ADI 5643, proposta pela Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal; ADI 5655, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho e pela Associação Nacional dos Procuradores da República; ADI 5658, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista; ADI 5680, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade; ADI 5715, proposta pelo Partido dos Trabalhadores; e ADI 5734, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação.

As ADIs são fundamentadas em vícios de constitucionalidade formais e materiais. Um dos problemas arguidos é que, conforme se defende nas petições iniciais, é passível de levar a uma declaração de inconstitucionalidade da Emenda é a não observância ao princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais, conforme se sustenta nas ADIs 5643, 5658 e 5680.

Nesse ponto, são relevantes as reflexões de Rafagnin (2019), que apresenta evidências de que a Emenda Constitucional n. 95/2016 promoveu retrocesso normativo em relação às normas anteriores, cuja eficácia restou suspensa. Assim, ao tempo em que o princípio da proibição de retrocesso visa proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, referida medida legislativa tende a esvaziar esse núcleo, uma vez que inviabiliza políticas sociais consagradas à concretização dos mandamentos constitucionais, em face da redução do orçamento designado para sua implementação.

Em razão de estabelecer uma política orçamentária regressiva em matéria de direitos fundamentais sociais, o Novo Regime Fiscal afronta o princípio da proibição de retrocesso, pois, apesar de não suprimir direitos, apresenta uma tendência à supressão, uma vez que inviabiliza políticas sociais em razão do estabelecimento de um teto orçamentário.

Ainda, segundo Rafagnin (2019), o argumento da reserva do possível não é aceitável para justificar o retrocesso, pois preconiza que o Estado se atenha aos limites financeiros, que são escassos, na implementação dos direitos fundamentais sociais (despesa pública primária). Não obstante,

em se tratando do orçamento público brasileiro, poderia o legislador, em conjunto com o Poder Executivo Federal, ter buscado alternativas para a não limitação de tais “despesas”, pois [...] somente no ano de 2018, o orçamento federal realizado registrou 40,66% do total para o pagamento de juros e amortizações da dívida, por outro lado, aponta apenas 4,09% para a saúde; 3,26% para a assistência social e; 3,62% para a educação. [...] não há limitação no NRF para o pagamento de juros e amortizações da dívida, o que sustenta em grande parte o sistema bancário (especulativo) do país e se alinha aos ditames neoliberais (RAFAGNIN, 2019, p. 129).

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que a Emenda Constitucional n. 95/2016 limita a despesa primária, deixa de disciplinar as despesas voltadas aos juros e à amortização da dívida pública, que corresponde a quase metade do orçamento. Por essa razão, sugere, como alternativa o Novo Regime Fiscal, a realização de uma auditoria na dívida pública, bem como a ampliação da arrecadação tributária,

mediante a regulamentação, por exemplo, do imposto sobre grandes fortunas (RAFAGNIN, 2019).

No que diz respeito, especificamente, ao direito fundamental social à educação, há alguns estudos que analisam os possíveis impactos da Emenda Constitucional n. 95/2016 sobre sua efetivação. Os artigos encontrados na literatura jurídica, bem como de outras áreas a que o tema interessa, limitam-se à realização de prognósticos (em geral, pessimistas)⁷⁹ sobre o futuro do financiamento da educação pela União Federal, geralmente fundamentados na proibição de retrocesso.

O texto de Amaral (2016) constitui um bom exemplo dessa afirmação. O autor, ao analisar o texto da PEC que deu origem à Emenda Constitucional n. 95/2016, expõe que os limites orçamentários para as despesas primárias serão fixados de modo individualizado para cada poder (executivo, legislativo e judiciário) e para cada órgão (Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União e Defensoria Pública da União) e que, se houver superávit em algum deles, o resultado não poderá ser transferido para o poder executivo, por exemplo. Logo, a possibilidade de ampliar os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, que poderá ocorrer mediante a redução de outros gastos, é quase nula. De acordo com o autor,

Dessa forma, se olharmos, em especial, o Ministério da Educação (MEC) na estrutura do Poder Executivo, que terá como limite orçamentário num ano o orçamento do ano anterior, corrigido no máximo pelo IPCA do ano anterior, podemos afirmar que a única possibilidade de crescer as despesas primárias do MEC além do IPCA é se houver uma equivalente diminuição em outro setor do Poder Executivo. Pode-se prever que o MEC não será o vencedor desta “contenda”, pois vencerão aqueles setores que podem argumentar que uma proposta orçamentária maior poderá expandir de imediato a economia, elevando o Produto Interno Bruto (PIB) e gerando imediatamente novos empregos. Pode-se afirmar, portanto, a quase impossibilidade da existência, nesses longos 20 anos, de orçamentos do MEC maiores que a variação da inflação medida pelo IPCA no ano anterior. [...]

Dessa forma, os valores financeiros associados à Manutenção e Desenvolvimento da Educação (MDE), vinculados pelo artigo 212 da Constituição de 1988, estarão limitados à variação do IPCA – mesmo que o volume da arrecadação de impostos que ficam na União cresça acima da inflação – e, como vimos, é o que se espera, em situações em que não há crises que se refletem na economia (AMARAL, 2016, p. 659).

⁷⁹ O tom pessimista permeia o discurso acerca dos possíveis impactos do Novo Regime Fiscal sobre os direitos fundamentais sociais de modo geral. O seguinte trecho é bastante representativo dessa característica discursiva: “Trata-se de um retrocesso sem precedentes na história do país. E não há, até o presente momento, condições de prever as condições sociais e econômicas que subsistirão ao final do período de duração do novo regime fiscal, nem qual será o esforço necessário a ser empreendido para a recuperação do país” (SILVA, 2018, p. 91).

Essa tendência apontada pelo autor, de não ampliação de recursos destinados à educação para além dos limites impostos pelo IPCA, sinaliza para as dificuldades a serem enfrentadas na implementação do PNE (2014-2024), em razão do congelamento de despesas instituído pelo Novo Regime Fiscal (AMARAL, 2016; 2017).

O PNE se constitui num importante instrumento para qualificar a prestação do direito fundamental social à educação, pois, dentre as suas metas, está aquela que dá concretude ao inciso VI do artigo 214, inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 59/2009. Referida meta, conforme já afirmamos, estabelece que, até o ano de 2024, sejam aplicados 10% do PIB na educação pública, o que significa, segundo Amaral (2017), quase dobrar o volume de recursos financeiros.

Logo, para cumprir as demais metas do PNE, é necessário ampliar os gastos com educação para além do IPCA. Não obstante,

Pode-se afirmar [...] que, analisando a evolução dos recursos financeiros associados ao MEC nos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 – quatro anos dos dez anos de PNE (2014-2024) –, a possibilidade do cumprimento do conjunto de suas metas é muito remota, uma vez que os valores financeiros não foram reajustados por percentuais nem iguais à inflação medida pelo IPCA nos anos de 2015 e 2016 e, no ano de 2017, a LOA 2017 também não previu recursos financeiros que propiciassem o desenvolvimento de ações que objetivassem a execução das metas do PNE (2014-2024) (AMARAL, 2017, p. 19).

É possível afirmar, portanto, que a Meta 20, que trata do financiamento do PNE, funciona como garantia para todas as demais metas. Por conseguinte, se a destinação de recursos não for suficiente, o direito não será plenamente alcançado conforme já se encontra concretizado no plano legislativo.

Esse movimento contrário aos progressivos avanços no custeio das políticas de educação, que confronta a garantia de um percentual mínimo de investimentos sobre a receita líquida de impostos (artigo 212, *caput*, da Constituição Federal) e a vinculação do orçamento da educação ao PIB (artigo 214, VI, da Constituição Federal, e Lei n. 13.005/2014), permite afirmar que a Emenda Constitucional n. 95/2016 representa um retrocesso normativo em relação à legislação anterior, o qual não se refere somente aos custos do direito à educação, mas se revela prejudicial ao direito propriamente dito.

4.3 O Novo Regime Fiscal e seus efeitos sobre o orçamento da educação: um olhar sobre os resultados

4.3.1 O caminho metodológico da pesquisa empírica e um necessário recorte do objeto

A presente seção será destinada a examinar se a Emenda Constitucional n. 95/2016 promoveu retrocesso de resultados em relação à concretização do direito fundamental social à educação na esfera federal. Para isto, como preconiza Courtis (2006), recorreremos à pesquisa empírica, conforme justificamos na introdução desta dissertação.

Ao reafirmarmos o objetivo geral do trabalho, qual seja o de verificar, no que tange às instituições federais de ensino, se o Novo Regime Fiscal representa um retrocesso à concretização do direito fundamental social à educação em relação aos níveis de efetividade anteriormente assegurados nos planos constitucional e infraconstitucional, nos deparamos com um problema de ordem metodológica, principalmente, em razão da amplitude do seu objeto.

É sabido, igualmente, que é exigência de qualquer pesquisa científica a adequada delimitação de seu objeto, para assegurar confiabilidade aos seus resultados. Não obstante, é próprio da prática científica que os resultados já alcançados e metodologicamente comprovados estarão sujeitos a novos falseamentos, a partir dos quais o conhecimento evoluirá.

Não localizamos, na literatura jurídica, outro(s) trabalho(s) que se propusesse(m) ao estudo dos efeitos do Novo Regime Fiscal sobre o orçamento público das instituições federais de ensino, sendo este o que inaugura o fazer científico sobre esse objeto na seara da pesquisa empírica. Para tanto, todas as análises foram efetuadas sobre as Leis Orçamentárias Anuais (BRASIL, 2014a; 2015a; 2016b; 2017a; 2018a; 2019a), especificamente sobre o Volume V de cada uma, o qual diz respeito às matrizes orçamentárias do Ministério da Educação e das instituições federais de ensino.

Tendo em vista a amplitude do objeto, impôs-se um recorte sob três aspectos: temporal, espacial e instrumental.

O recorte temporal consistiu em limitar nosso estudo no tempo. O período eleito foi aquele compreendido entre os exercícios financeiros de 2014 a 2019, três anos

anteriores e três posteriores à entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 95/2016. Essa escolha permitiu formar uma pequena base de dados para (1) avaliar a evolução do orçamento das instituições federais de ensino eleitas ao longo período, de modo a permitir uma visão longitudinal, e (2) possibilitar a comparação entre o período anterior (2014 a 2016) e posterior (2017 a 2019) à promulgação da Emenda, que ocorreu em 15 de dezembro de 2016.

Apesar de o período de três anos ser, ainda, muito reduzido face à vigência prevista, uma vez que o Novo Regime Fiscal perdurará por vinte exercícios financeiros, será possível verificar, com as análises, se (e o quanto) a medida impactou no orçamento da educação, ao menos inicialmente.

O recorte espacial, por sua vez, foi necessário em razão do expressivo número de instituições federais de ensino existentes no país⁸⁰, o que tornaria inviável a execução da pesquisa no âmbito de um programa de mestrado. Assim, foram eleitas as instituições federais de ensino localizadas no Estado do Rio Grande do Sul, por ser a unidade federativa onde se situa a Universidade Federal de Pelotas, em cujo Programa de Pós-Graduação em Direito a pesquisa foi desenvolvida.

De acordo com esse critério, foram examinadas as matrizes orçamentárias anuais de seis universidades e três institutos federais: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Fundação Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG), Fundação Universidade Federal de Pelotas (UFPe) e Fundação Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre (UFCSPA), Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS), Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha (IFFar) e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul).

Embora os resultados obtidos não possam ser estendidos ao universo das instituições federais de ensino, pelo fato de a amostra não ter sido extraída com base em critérios estatísticos, será possível obter um retrato do comportamento orçamentário no que tange ao direito fundamental social à educação ofertado na esfera federal.

O terceiro recorte, o qual denominamos instrumental, se refere às delimitações que fizemos no interior de cada uma das matrizes orçamentárias anuais. É

⁸⁰ No orçamento de 2019, são identificados 38 institutos federais e 68 universidades federais (BRASIL, 2019a).

instrumental porque se refere ao segmento do nosso objeto de estudo que irá permitir que façamos ilações que, confirmadas ou refutadas, nos levarão a testar a hipótese de trabalho. Em outras palavras, o instrumento de trabalho que fundamentará nossas conclusões será o orçamento público, que, composto de vários programas e ações, requer um recorte mais preciso para possibilitar a análise.

Esta etapa da pesquisa, conforme dissemos, teve início com o acesso às matrizes orçamentárias anuais da União Federal, referentes aos exercícios compreendidos entre 2014 a 2019 e se concentrou no exame do detalhamento dos créditos orçamentários referentes ao Ministério da Educação que, em todos os anos, compõe o Volume V de cada uma das Leis Orçamentárias Anuais. O detalhamento é feito por instituição (que pode se caracterizar como fundação pública ou autarquia) e consta de duas partes: o Quadro Síntese e o Quadro dos Créditos Orçamentários, este último com o detalhamento em programas e ações.

Para delimitar nosso estudo, considerando o recorte instrumental, os dados coletados ficaram restritos ao programa temático⁸¹ 2080 – *Educação de qualidade para todos*⁸², vigente desde o exercício financeiro de 2016, em razão de sua previsão no Plano Plurianual 2016-2019 (BRASIL, 2015b). A opção por esse Programa se justifica pelo fato de se constituir, no orçamento das instituições federais de ensino, como aquele voltado de forma mais abrangente ao atendimento dos estudantes, uma vez que incorpora desde o custeio das instituições, mensurado por aluno, até investimentos em infraestrutura, passando por programas de assistência estudantil e de fomento ao ensino, à pesquisa e à extensão.

Com isso, não estamos desprestigiando os demais programas temáticos do orçamento. Entretanto, estes se voltam a questões menos imediatas em relação ao funcionamento da educação, tais como remuneração de servidores ativos e inativos, cumprimento de sentenças judiciais, gestão de organismos e entidades nacionais e internacionais, e outros.

⁸¹ Programa temático, de acordo com o Manual Técnico de Orçamento – 2019, é “aquele que expressa e orienta a ação governamental para a entrega de bens e serviços à sociedade” (BRASIL, 2019b, p. 26).

⁸² O Programa *Educação de qualidade para todos* é um dos 54 programas temáticos previstos no Plano Plurianual 2016-2019 (BRASIL, 2015b) e concentra 5% do orçamento público federal (sem considerar as despesas com previdência social, corresponde a 13% do orçamento). Reconhece a educação como essencial para o desenvolvimento econômico e social do país, identificando-a como “um processo de ampliação da autonomia dos indivíduos e da sua capacidade de exercício da cidadania e de usufruto próprio” (BRASIL, 2015b, p. 62).

O Programa 2080 se divide em algumas ações orçamentárias⁸³ – e aqui reside a primeira dificuldade operacional do estudo. Para exemplificar, nos institutos federais, no orçamento de 2016, temos a ação *Expansão e Reestruturação de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica*, ao passo que nas universidades, há a ação denominada *Reestruturação e Expansão de Instituições Federais de Ensino Superior*. Em outros exercícios, a nomenclatura tende a variar significativamente.

A segunda dificuldade operacional está no fato de que o Programa 2080 existe, tal como está atualmente, a partir do orçamento de 2016, em razão de sua inclusão no Plano Plurianual 2016-2019 (BRASIL, 2015b). Anteriormente, para assegurar o funcionamento de institutos federais e universidades, havia três programas temáticos distintos: para os institutos federais, o Programa 2031 – *Educação Profissional e Tecnológica* e, para as universidades, o Programa 2030 – *Educação Básica* e o Programa 2032 – *Educação Superior – Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão*.

Em razão disso, os dados foram reordenados mediante a sistematização dos recursos do Programa 2080 (para universidades e institutos federais, de 2016 a 2019), do Programa 2030 (para universidades e institutos federais, de 2014 a 2015), do Programa 2031 (para universidades e institutos federais, de 2014 a 2015) e do Programa 2032 (para universidades, de 2014 a 2015) em quatro grandes agrupamentos: (1) recursos destinados ao funcionamento das instituições federais de ensino, quantificados por estudante matriculado (excluindo as ações de capacitação que não são quantificadas pelo mesmo indicador) e considerados o volume total e o valor *per capita*; (2) recursos destinados à assistência estudantil, considerado apenas o volume total de recursos, tendo em vista que a quantificação foi realizada por benefício concedido até 2018 e, em 2019, por estudante assistido; (3) fomento de atividades de graduação, pós-graduação, ensino, pesquisa e extensão, considerado o volume total, apenas para universidades (tendo em vista que institutos federais não receberam recurso semelhante); e (4) recursos destinados à expansão e reestruturação das redes, considerado o volume total.

⁸³ Ação orçamentária, segundo o Manual Técnico de Orçamento – 2019, é a “Operação da qual resultam produtos (bens ou serviços) que contribuem para atender ao objetivo de um programa” (BRASIL, 2019b, p. 28). Na matriz orçamentária, a ação é identificada por um código alfanumérico de quatro dígitos, após o código do programa.

Além de cada um desses quatro agrupamentos, foram realizadas mensurações considerando (5) os valores totais do(s) programa(s) (Programa 2080, a partir do exercício de 2016, ou a soma dos Programas 2030, 2031 e 2032, até o exercício de 2015) e (6) o valor total do orçamento, ambos em volume total de recursos e em valores *per capita* (neste caso, considerando a quantidade de alunos informado na próprio orçamento em cada exercício).

O Quadro 2 apresenta o detalhamento de cada programa/ação considerado na organização dos agrupamentos:

Quadro 2 – Agrupamento das despesas previstas nas matrizes orçamentárias anuais das instituições federais de ensino situadas no Rio Grande do Sul, de 2014 a 2019

AGRUPAMENTO	EXERCÍCIO	PROGRAMAS E AÇÕES	
		UNIVERSIDADES FEDERAIS	INSTITUTOS FEDERAIS
Funcionamento das instituições federais de ensino	2014	Funcionamento das Instituições Federais de Educação Básica (Programa-Ação 2030.20RI) Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.20RL) Funcionamento de Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2032.20RK) Universidade Aberta e a Distância (Programa-Ação 2032.6328)	Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.20RL)
	2015	Funcionamento das Instituições Federais de Educação Básica (Programa-Ação 2030.20RI) Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.20RL) Funcionamento de Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2032.20RK)	Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.20RL)
	2016 a 2019	Funcionamento das Instituições Federais de Educação Básica (Programa-Ação 2080.20RI) Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.20RL) Funcionamento de Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2080.20RK)	Funcionamento de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.20RL)
Assistência estudantil	2014 e 2015	Assistência ao Estudante da Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.2994) Assistência ao Estudante de Ensino Superior (Programa-Ação 2032.4002)	Assistência ao Estudante da Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.2994)

	2016	Assistência ao Estudante da Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.2994) Assistência ao Estudante de Ensino Superior (Programa-Ação 2080.4002)	Assistência ao Estudante da Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.2994)
	2017 a 2019	Assistência aos Estudantes das Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.2994) Assistência ao Estudante de Ensino Superior (Programa-Ação 2080.4002)	Assistência aos Estudantes das Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.2994)
Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão	2014 e 2015	Fomento às Ações de Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão (Programa-Ação 2032.20GK)	-
	2016 a 2019	Fomento às Ações de Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão (Programa-Ação 2080.20GK)	-
Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino	2014 e 2015	Reestruturação e Expansão de Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2032.8282)	Expansão e Reestruturação de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2031.20RG)
	2016 a 2018	Reestruturação e Expansão de Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2080.8282)	Expansão e Reestruturação de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.20RG)
	2019	Reestruturação e Modernização das Instituições Federais de Ensino Superior (Programa-Ação 2080.8282)	Reestruturação e Modernização de Instituições Federais de Educação Profissional e Tecnológica (Programa-Ação 2080.20RG)
Total do(s) programa(s)	2014 e 2015	Educação Básica (Programa 2030) Educação Profissional e Tecnológica (Programa 2031) Educação Superior - Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão (Programa 2032)	Educação Básica (Programa 2030) Educação Profissional e Tecnológica (Programa 2031)
	2016 a 2019	Educação de qualidade para todos (Programa 2080)	
Total do orçamento	2014 a 2019	Valor total do orçamento por instituição de ensino	

Fonte: elaborado pelo autor, com dados extraídos das matrizes orçamentárias anuais (BRASIL, 2014a; 2015a; 2016b; 2017a; 2018a; 2019a)

O levantamento, a classificação e o tratamento dos dados foram realizados por meio do *software Microsoft Excel*, que permite a criação de tabelas e gráficos para resumir e ilustrar os resultados. Os dados foram transcritos de acordo com a

organização acima disposta (Apêndices A a F), em valores nominais, isto é, tais como consignados em cada matriz orçamentária.

Após, os valores nominais foram deflacionados tendo como base o ano de 2019. Para realizar essa operação, utilizamos o IPCA acumulado, em razão de ter sido este eleito pela Emenda Constitucional n. 95/2016 para o reajuste anual do orçamento (BRASIL, 2016e). Esse procedimento permitiu maior objetividade na comparação, de modo a viabilizar a construção de séries históricas baseadas no valor real e capazes de evidenciar a evolução do orçamento nos aspectos escolhidos. Os índices de inflação empregados no referido cálculo foram extraídos do sítio eletrônico do IBGE e se encontram dispostos no Apêndice G.

Finalmente, os dados foram agrupados por categoria (universidades federais e institutos federais) e, a partir dos valores reais, foram criados gráficos, utilizando-se a mesma ferramenta, os quais serão apresentados na sequência e servirão para ilustrar as conclusões da pesquisa, quanto a um possível retrocesso de resultados nas políticas garantidoras do direito fundamental à educação em âmbito federal.

4.3.2 A evolução orçamentária das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul no período de 2014 a 2019: um caso de retrocesso de resultados?

Antes de iniciar a apresentação e a discussão dos resultados obtidos em campo e que visam a responder o questionamento que fizemos sobre um possível retrocesso de resultados quanto ao direito fundamental social à educação em nível federal, notadamente nas instituições federais de ensino situadas no Rio Grande do Sul, é pertinente retomar, em breves linhas, duas questões.

A primeira, de ordem metodológica, diz respeito ao fato de os testes se basearem sobre os valores reais das matrizes orçamentárias, uma vez que os valores nominais em cada exercício financeiro foram deflacionados tendo como base o ano de 2019, para possibilitar a comparação. A segunda se refere ao fato de que, apesar de vigor a partir do exercício financeiro de 2017, o Novo Regime Fiscal passou a limitar o crescimento orçamentário à inflação somente a partir de 2018, de acordo com o disposto no artigo 110, II, do ADCT (BRASIL, 1988b), de modo que o orçamento de 2017 ainda foi projetado de acordo com a regra do *caput* do artigo 212 da Constituição Federal (BRASIL, 1988a).

Realizados esses esclarecimentos, passaremos a expor os resultados por agrupamento, conforme explicitamos anteriormente.

O primeiro agrupamento, o qual denominamos *Funcionamento das instituições federais de ensino*, abrange ações diversas, todas voltadas ao custeio das instituições de ensino. Em geral, são ações destinadas a custear a gestão administrativa, financeira e técnica, a aquisição e o desenvolvimento de material didático-pedagógico, de consumo e permanente, contratação de serviços de pessoas físicas e jurídicas, além de outros aspectos necessários ao regular funcionamento das instituições (BRASIL, 2016a)⁸⁴.

O Gráfico 1 demonstra a evolução orçamentária entre os exercícios de 2014 e 2019 dos recursos destinados a esse fim:

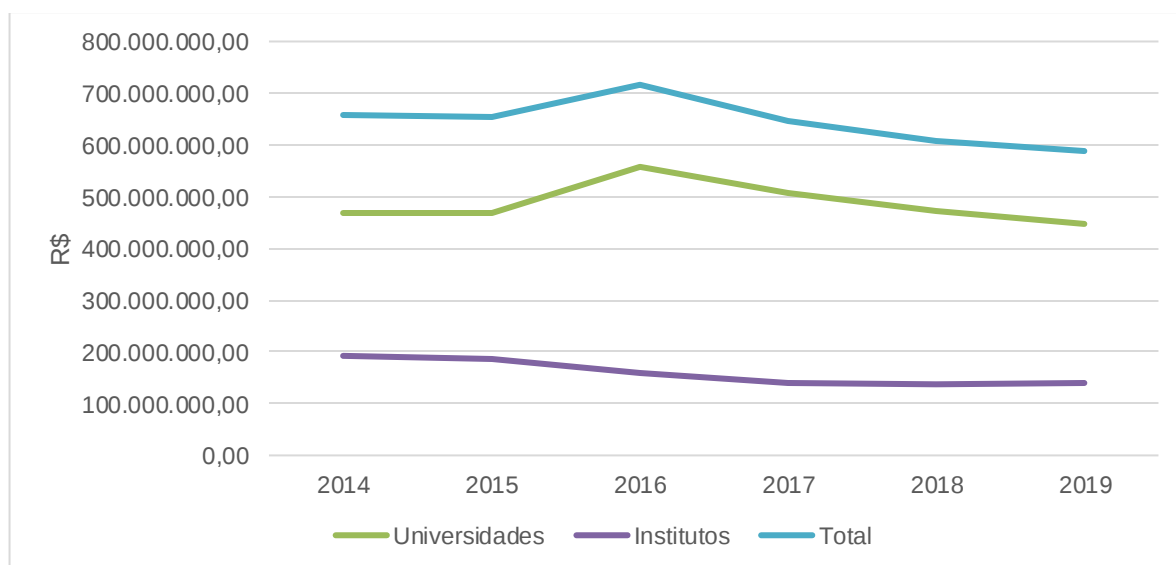


Gráfico 1 – Valores reais consolidados do agrupamento *Funcionamento das instituições federais de ensino*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019
Fonte: elaborado pelo autor

Os recursos orçamentários destinados ao funcionamento das universidades federais no Estado do Rio Grande do Sul tiveram uma evolução ascendente no período anterior à Emenda Constitucional n. 95/2016, crescendo de R\$ 466 milhões em 2014 para R\$ 557 milhões em 2016. Já no ano de 2017, apesar de ainda não ter sido adotado o critério de reajuste pelo IPCA, houve uma redução para R\$ 508

⁸⁴ Descrevemos sinteticamente cada agrupamento de ações aqui apresentado com base no catálogo de ações da Lei Orçamentária Anual de 2016, disponibilizado pela Secretaria de Orçamento Federal, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (BRASIL, 2016a).

milhões, seguida de sucessivas quedas até alcançar a soma de R\$ 447 milhões em 2019, inferior ao valor real do primeiro ano das nossas medições (Apêndice H).

Nos institutos federais, houve uma evolução descendente nos recursos destinados ao seu funcionamento, com um ligeiro incremento no ano de 2019 em relação a 2018, conforme demonstra a tabela do Apêndice H. Assim, o orçamento de R\$ 192 milhões em 2014 teve sucessivas reduções até 2018, quando alcançou R\$ 137 milhões, aumentando para 140 milhões em 2019. Significa afirmar que, em 2019, houve uma redução de aproximadamente 26,8% em relação aos valores aplicados em 2014, ao passo que, nas universidades federais, a redução representa 4,2%.

No somatório dos recursos destinados ao funcionamento das universidades e institutos federais, o gráfico demonstra evolução ascendente, com oscilações, até o ano de 2016, sendo que, após esse período, as verbas foram diminuindo, de modo que o orçamento de 2019 é 10,7% inferior ao de 2014. Em valores reais, trata-se de uma diminuição de R\$ 659 milhões em 2014 para R\$ 588 milhões em 2019.

Se considerarmos a quantidade de estudantes matriculados em cada exercício, a redução na aplicação de recursos no funcionamento das universidades e institutos federais se confirma. O Gráfico 2 evidencia essa relação:

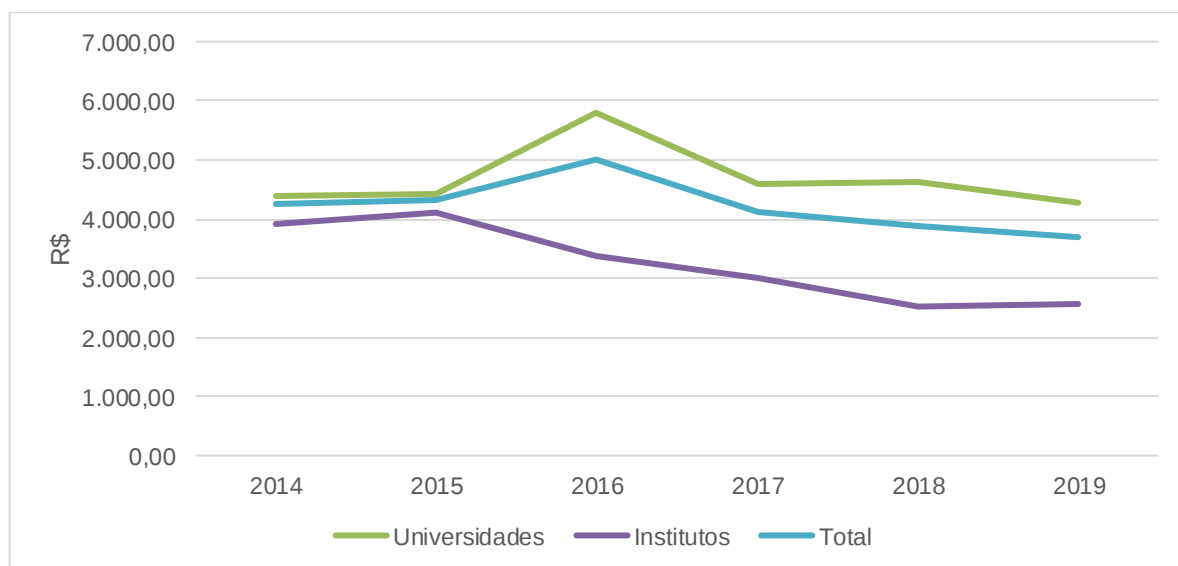


Gráfico 2 – Valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Funcionamento das instituições federais de ensino*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

Apesar da sutil elevação do valor real *per capita* destinado ao funcionamento das universidades federais de 2017 para 2018 (que foi o primeiro exercício que teve

o orçamento da educação corrigido pelos índices do IPCA), a curva se manteve descendente no caso dos institutos federais no mesmo intervalo, assim como a que corresponde ao total das duas categorias de instituições. De 2018 para 2019, ocorreu o contrário: uma sutil elevação nos valores reais *per capita* para o funcionamento dos institutos e uma pequena queda no caso das universidades federais. No intervalo anterior à Emenda Constitucional n. 95/2016, houve incremento nos valores reais no caso das universidades, mas, no caso dos institutos, o valor *per capita* diminuiu.

Numa perspectiva longitudinal, a comparação entre os anos de 2014 e 2019 evidencia uma curva descendente dos valores reais *per capita* destinados ao funcionamento tanto das universidades quanto dos institutos federais, assim como no somatório das categorias. A tabela do Apêndice I demonstra que o valor real *per capita* destinado ao funcionamento das universidades federais em 2019 (R\$ 4.275,76) teve uma diminuição que corresponde a 2,8% do valor real *per capita* de 2014 (R\$ 4.400,03); no caso dos institutos federais, esse percentual corresponde a uma diferença de 34,4% (de R\$ 3.930,50 em 2014 para R\$ 2.577,24 em 2019). No somatório de ambas as categorias, verificamos que a diferença entre 2014 e 2019 corresponde a 13,1% (de R\$ 4.251,73 em 2014 para R\$ 3.692,99 em 2019).

A análise em conjunto dos gráficos e das tabelas em apêndice permite deduzir, em síntese, as seguintes conclusões: (1) em valores absolutos e *per capita*, houve decréscimo, numa perspectiva longitudinal, dos valores reais aplicados anualmente no funcionamento das instituições federais de ensino no Rio Grande do Sul, de 2014 a 2019; (2) em valores absolutos e *per capita*, houve decréscimo, em relação ao ano anterior, nos investimentos em funcionamento no primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal (2017) nas instituições de ambas as categorias; (3) em valores absolutos, houve decréscimo, em relação ao ano anterior, nos investimentos em funcionamento no primeiro ano de vigência da correção pelo IPCA (2018) nas instituições de ambas as categorias; e (4) em valores *per capita*, houve decréscimo, em relação ao ano anterior, nos investimentos em funcionamento no primeiro ano de vigência da correção pelo IPCA (2018) nos institutos, mas houve incremento nas universidades federais.

O segundo agrupamento estudado é denominado *Assistência estudantil* e corresponde aos recursos destinados a universidades e institutos federais, que deverão ser empregados para fomentar o acesso, a permanência e o êxito de estudantes em condições socioeconômicas menos favoráveis. Esses recursos servem

para custear alimentação, atendimento médico-odontológico, alojamento e transporte desses discentes, dentre outras iniciativas, de modo a contribuir com seu sucesso escolar (BRASIL, 2016a).

O Gráfico 3 retrata o comportamento das leis orçamentárias anuais no período estudado, no que se refere à destinação de verbas para a assistência estudantil:

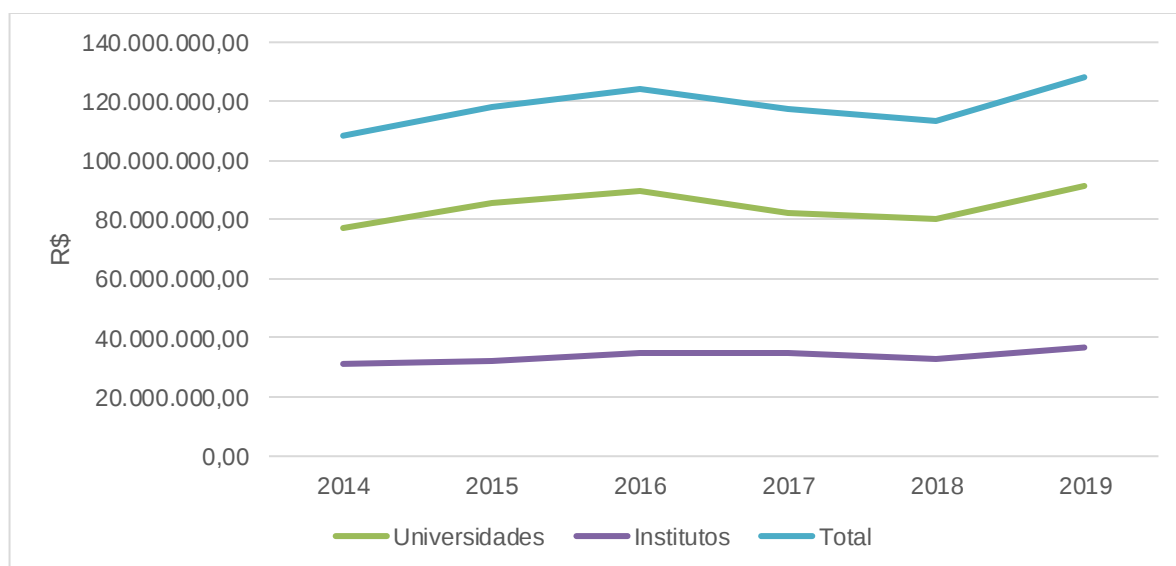


Gráfico 3 – Valores reais consolidados do agrupamento *Assistência estudantil*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

Ao observar o gráfico em conjunto com a tabela constante do Apêndice J, numa perspectiva longitudinal, observa-se um crescimento anual, tanto nas universidades quanto nos institutos federais, nos recursos destinados à ação em tela, especialmente no período prévio à Emenda Constitucional n. 95/2016 (2014 a 2016). Já no exercício de 2017, houve um pequeno incremento para os institutos federais e uma ligeira queda para as universidades, sendo que o somatório das categorias expressa um decréscimo no investimento nessas ações no primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal. Por outro lado, no primeiro ano em que a Emenda obriga o reajuste orçamentário pelo IPCA (2018), é possível notar um incremento nos recursos de assistência estudantil nas duas categorias, em relação ao exercício anterior.

Não obstante, no exercício de 2019, houve um incremento significativo no orçamento da assistência estudantil para universidades e institutos federais, de modo a superar o valor real do orçamento de 2014. Nas universidades, houve um crescimento de R\$ 77 milhões em 2014 para R\$ 91 milhões em 2019, o que

representa um acréscimo de 15,6%. Nos institutos, o aumento foi de 15,1%, expresso num crescimento de R\$ 31 milhões em 2014 para R\$ 36 milhões em 2019.

Em síntese, sobre o agrupamento referente à assistência estudantil, é possível concluir que: (1) houve crescimento expressivo, numa perspectiva longitudinal, tanto nas universidades quanto nos institutos federais, nos valores reais destinados à assistência estudantil; (2) houve decréscimo, em relação ao ano anterior, nos investimentos em assistência estudantil no primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal (2017) no somatório de ambas as categorias; e (3) houve um pequeno incremento, em relação ao ano anterior, nos investimentos em funcionamento no primeiro ano de vigência da correção pelo IPCA (2018) nas instituições de ambas as categorias.

O agrupamento intitulado *Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão* corresponde a ações que se restringem ao orçamento das universidades, não sendo verificadas nos institutos federais. Essa ação se destina a desenvolver programas e projetos de ensino, pesquisa e extensão na graduação e na pós-graduação, de modo a subsidiar um amplo espectro de atividades voltadas a esse fim. Como exemplo, tais recursos destinam-se a custear cursos, seminários, congressos e afins; melhoria de laboratórios e bibliotecas; promoção e participação em eventos científicos, edição de obras científicas e educacionais; apoio à permanência de estudantes e pesquisadores no exterior; viabilização da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão; e outras da mesma natureza (BRASIL, 2016a).

A evolução da destinação de recursos orçamentários para esse agrupamento encontra-se expressa no Gráfico 4:

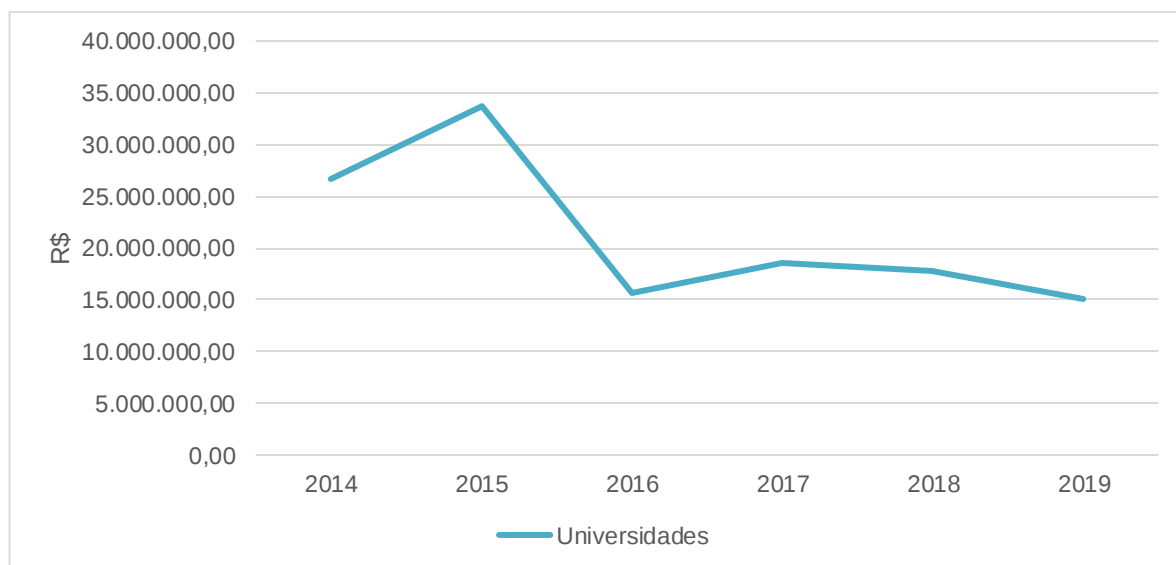


Gráfico 4 – Valores reais consolidados do agrupamento *Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão*, nas universidades federais, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

A visualização do gráfico sinaliza para uma queda abrupta em 2016, antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional n. 95/2016, de modo que não se pode atribuir a ela a diminuição dos recursos para essa área da educação. Do mesmo modo, é possível observar, numa perspectiva longitudinal, que, apesar do leve crescimento havido no primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal (2017), a destinação de recursos no orçamento seguiu em queda, de modo a alcançar, em 2019, uma diminuição de 43,6% em relação ao exercício de 2014 (de R\$ 26 milhões em 2014 para R\$ 15 milhões em 2019, conforme o Apêndice K). É importante destacar que referida queda também pode ser percebida no exercício de 2018, no qual iniciou a vigência da regra que determina a correção do orçamento da educação pelo IPCA.

O agrupamento intitulado *Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino* reúne atividades voltadas à reestruturação e à modernização da estrutura física, aquisição e locação de imóveis; aquisição de veículos, máquinas, equipamento mobiliário e laboratórios; execução de obras (construção, reforma, materiais e serviços); atendimento das necessidades de custeio referentes ao processo de reestruturação; dentre outras. As ações incluídas nesse agrupamento, de modo geral, dizem respeito à adequação da estrutura física das instituições de ensino à oferta de vagas e à relação aluno/professor, tanto nas universidades quanto nos institutos federais (BRASIL, 2016a).

O Gráfico 5 demonstra o comportamento do orçamento no período compreendido entre 2014 a 2019 quanto às ações destinadas a esse fim:

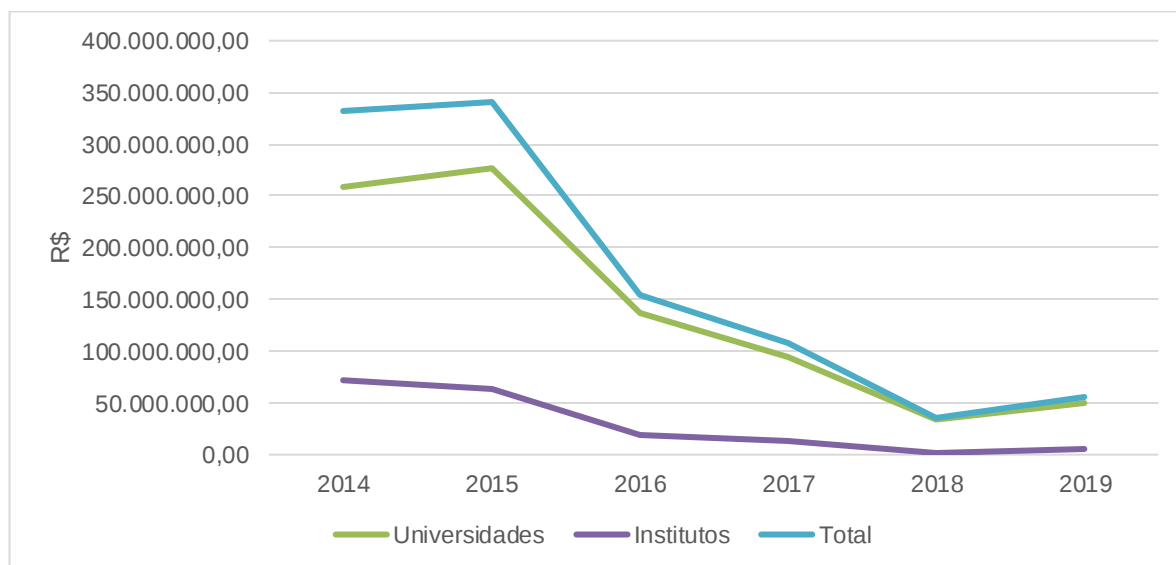


Gráfico 5 – Valores reais consolidados do agrupamento *Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

O gráfico e a tabela do Apêndice L indicam que, tanto nas universidades quanto nos institutos federais, houve um decréscimo constante nos recursos destinados a sua expansão e reestruturação. A exceção é uma pequena elevação no orçamento das universidades em 2015, seguida por uma diminuição abrupta no ano seguinte, que só foi revertida, em ambas as categorias de instituições, no exercício de 2019, quando houve crescimento nos investimentos correspondentes a esse agrupamento.

Apesar desse crescimento verificado em 2019, os recursos destinados à expansão e à reestruturação não se comparam aos do primeiro ano da nossa amostra (2014), quando as instituições de ensino estavam em franco processo de crescimento, com a criação e a ampliação de câmpus e de outras estruturas físicas. Os números indicam isso: em 2014, o orçamento destinava às universidades R\$ 259 milhões para expansão e reestruturação, ao passo que, em 2019, o recurso previsto foi da ordem de R\$ 50 milhões, redução que representa 80,6% do valor aplicado no primeiro ano observado. Nos institutos federais, a redução, em 2019, corresponde a 92,2% do valor investido em 2014, uma vez que as aplicações caíram de R\$ 71 milhões em 2014 para R\$ 5 milhões em 2019. No somatório de ambas as categorias, a diminuição corresponde a 83,1%.

Quanto ao agrupamento *Total do(s) programa(s)*, o qual se refere ao valor real do Programa 2080 (ou a soma dos Programas 2030, 2031 e 2032, existentes até o exercício de 2015), o Gráfico 6 ilustra sua evolução ao longo do período estudado:

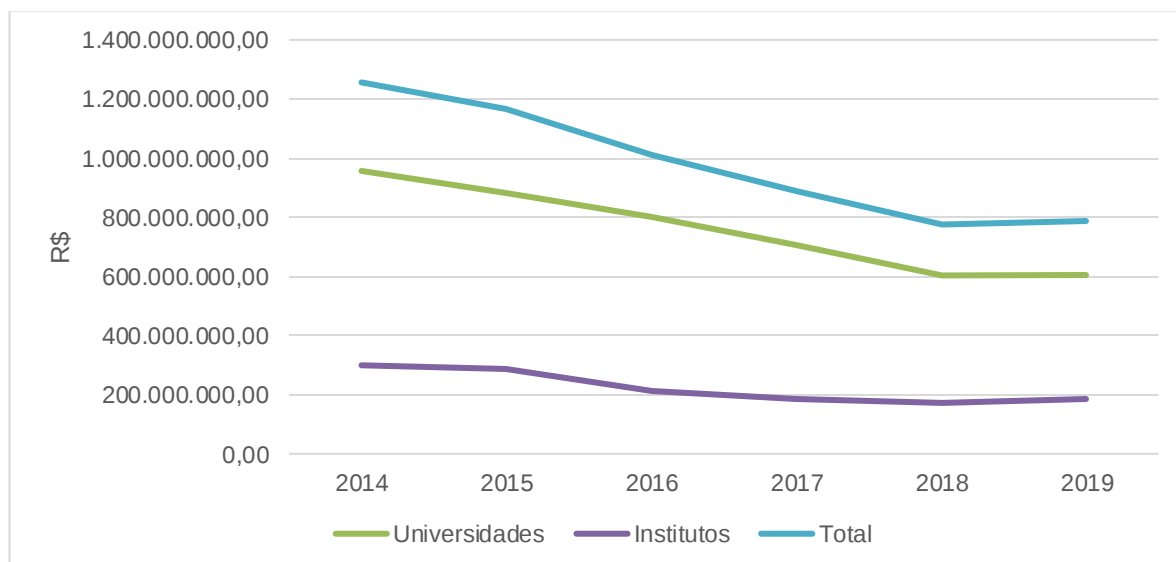


Gráfico 6 – Valores reais consolidados do agrupamento *Total do(s) programa(s)*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

Os valores reais consolidados do agrupamento apresentaram sucessivos decréscimos nas universidades e nos institutos federais desde o início da série histórica, exceto no ano de 2019, quando houve um sutil incremento em relação ao exercício anterior nas duas categorias.

Traduzido em números, conforme vemos no Apêndice M, as universidades situadas no Rio Grande do Sul receberam, em 2014, a cifra de R\$ 956 milhões nesse agrupamento, ao passo que, em 2019, o valor destinado foi de R\$ 604 milhões, representando uma diminuição de 36,9% em relação ao primeiro ano da série. Já aos institutos federais, em 2014, foram destinados R\$ 299 milhões; em 2019, houve uma redução de 38,6% em relação a esse valor, representando um montante de R\$ 183 milhões. Consideradas as categorias em sua totalidade, a redução havida em 2019, em relação ao primeiro ano da série histórica, foi de 37,3%.

No exercício de 2017, que foi o primeiro de vigência do Novo Regime Fiscal, assim como no de 2018, quando iniciou o reajuste do orçamento da educação pelo IPCA, a curva se manteve descendente. Não vislumbramos, no estudo, a possibilidade de atribuir esse decréscimo nos recursos destinados ao Programa 2080

exclusivamente à instituição do Novo Regime Fiscal, uma vez que essa tendência já era perceptível desde o exercício de 2015. Além disso, o fato de o volume de recursos desse programa ter aumentado em 2019 ratifica essa impossibilidade.

Não obstante, salvo pequenas oscilações positivas representadas por um ligeiro aumento nas universidades em 2016 e nos institutos em 2015 e 2019, os valores reais totais *per capita* no agrupamento *Total do(s) programa(s)* mantiveram-se em queda ao longo da série histórica, inclusive no exercício de 2019. É o que evidencia o Gráfico 7:

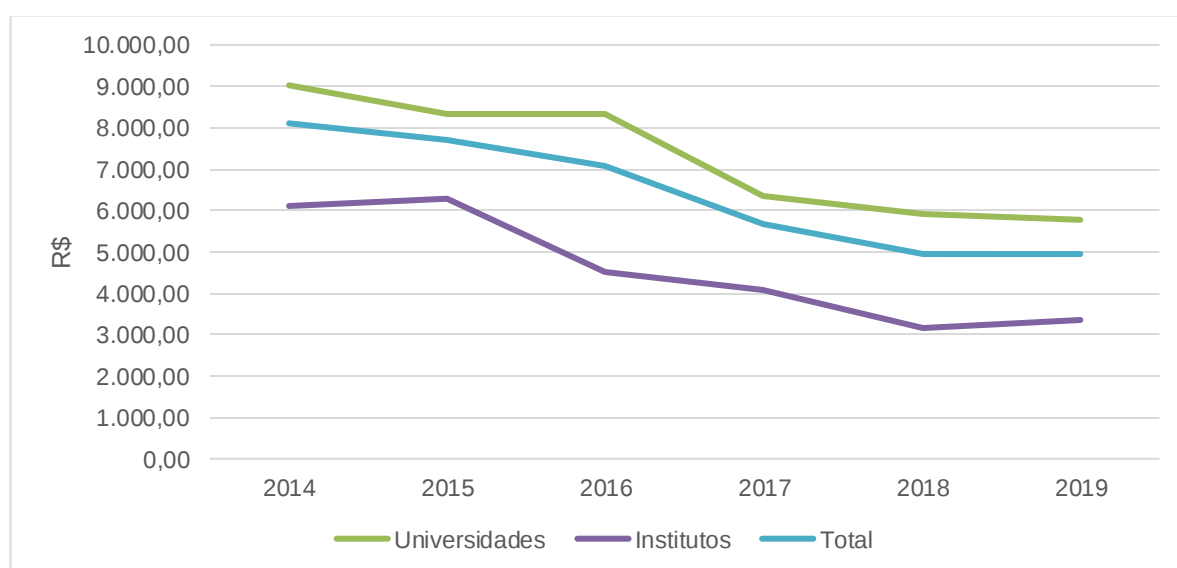


Gráfico 7 – Valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Total do(s) programa(s)*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

Se considerados somente os valores reais *per capita* do total das duas categorias, a trajetória evolutiva dos recursos será descendente em toda a série histórica (Apêndice N). Esse comportamento se evidencia inclusive no exercício de 2019, que, em valores absolutos, ostenta crescimento em relação a 2018 nas universidades e institutos separadamente, bem como no total das categorias, conforme demonstramos anteriormente (Gráfico 6 e Apêndice M).

O último agrupamento estudado foi denominado *Total do orçamento* e corresponde à totalidade do orçamento das instituições federais de ensino analisadas, incluindo, além do Programa 2080, todos os demais que compõem a matriz

orçamentária⁸⁵. Embora não sejam diretamente responsáveis pelo custeio do funcionamento das instituições, esses programas se referem a despesas importantes, tais como o pagamento de servidores ativos e inativos, o que corresponde a uma significativa parcela do orçamento de cada instituição. Essa é a razão de o referido agrupamento ser considerado na nossa pesquisa.

Ao contrário dos demais agrupamentos que correspondem ao todo ou em parte ao Programa 2080 (ou Programas 2030, 2031 e 2032, até o exercício de 2015), o qual apresentou, em regra, curva de evolução descendente, o total do orçamento das universidades e institutos federais apresenta crescimento ligeiramente ascendente, com algumas oscilações.

Isto pode ser observado no Gráfico 8:

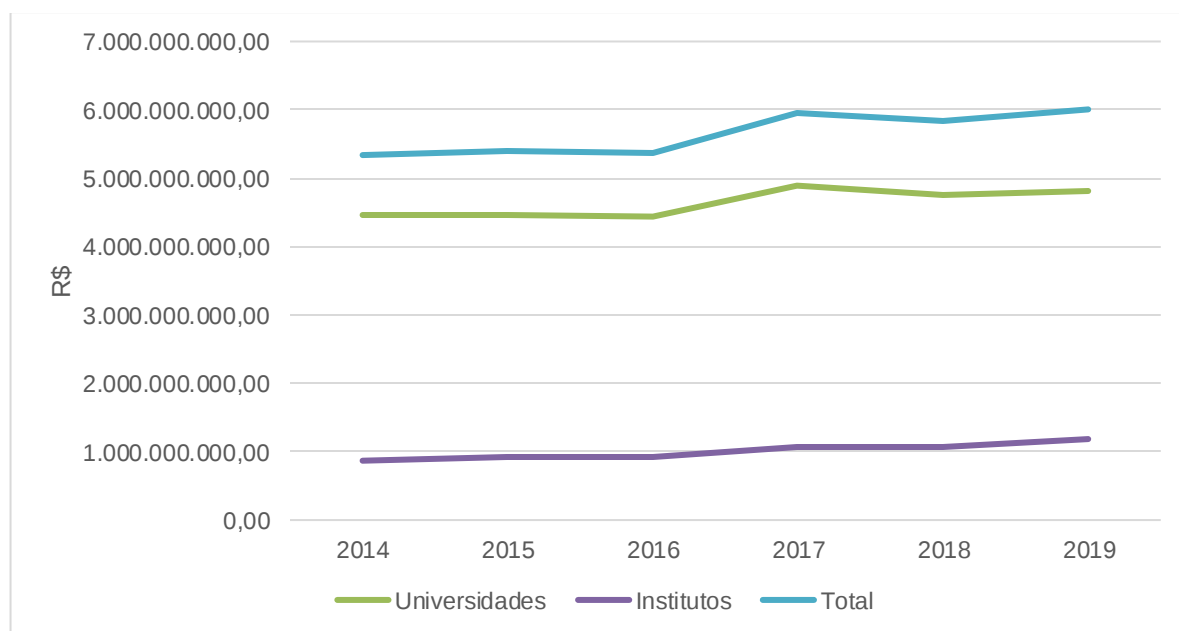


Gráfico 8 – Valores reais consolidados do agrupamento *Total do orçamento*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

A tabela constante do Apêndice O demonstra que o orçamento das universidades federais evoluiu de R\$ 4,47 bilhões em 2014 para R\$ 4,82 bilhões em 2019, o que representa um crescimento de 7,9%. No caso dos institutos, no mesmo

⁸⁵ A matriz orçamentária das instituições federais de ensino, referente ao exercício de 2019 (BRASIL, 2019a), além do Programa 2080, apresenta, exemplificativamente, os seguintes programas: 0089 – Previdência de Inativos e Pensionistas da União; 0901 – Operações Especiais: Cumprimento de Sentenças Judiciais; 0909 – Operações Especiais: Outros Encargos Especiais; 0910 – Operações Especiais: Gestão da Participação em Organismos e Entidades Nacionais e Internacionais; e 2109 – Programa de Gestão e Manutenção do Ministério da Educação.

intervalo, o crescimento foi de 868 milhões para 1,18 bilhão, o que consiste num incremento de 36,5%. Consideradas ambas as categorias, o acréscimo havido em 2019, em relação a 2014, foi de 12,5%.

É interessante notar o aumento de recursos havido no somatório das duas categorias (universidades e institutos federais), no primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal (2017), seguido de leve queda no ano de 2018, primeiro ano de correção pelo IPCA. Não nos parece razoável atribuir esse efeito exclusivamente à Emenda Constitucional n. 95/2016, pois, conforme já afirmamos, a matriz orçamentária das instituições de ensino é composta, em grande parte, por despesas referentes a pagamento de pessoal ativo e inativo, que seguem critérios de reajuste diversos, não podendo ser reduzidos.

O mesmo comportamento é observável em relação ao valor real *per capita* do total do orçamento das universidades e institutos federais, conforme o Gráfico 9:

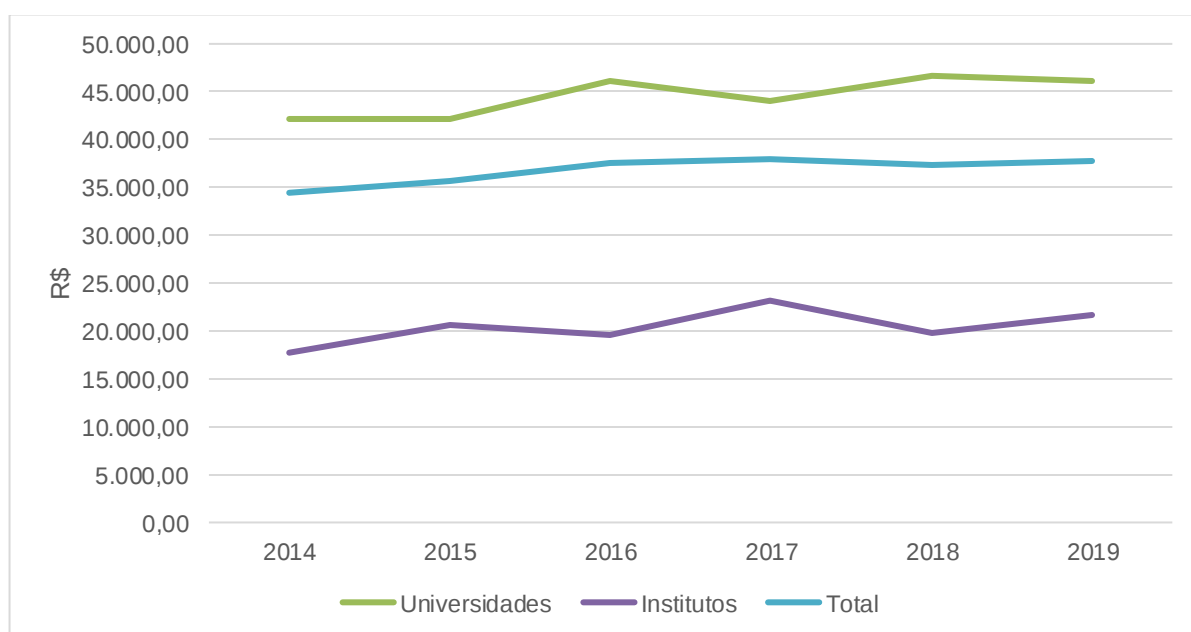


Gráfico 9 – Valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Total do orçamento*, nas universidades e institutos federais do Rio Grande do Sul, em R\$, de 2014 a 2019

Fonte: elaborado pelo autor

Assim como ocorre com os valores totais do orçamento, considerados em números absolutos, o Apêndice P retrata o aumento dos valores reais *per capita* em 2017, seguido de ligeiro decréscimo em 2018. Do mesmo modo, o somatório das duas categorias em 2019 teve um incremento na ordem de 9,5% em relação a 2014.

Após terem sido expostas as conclusões obtidas a partir da análise de cada um dos agrupamentos, uma observação panorâmica dos dados empíricos nos leva a concluir pela impossibilidade de afirmar a existência de retrocesso de resultados em relação à concretização do direito fundamental social à educação em âmbito federal, o qual possa ter sido motivado pelo Novo Regime Fiscal, ao menos até o exercício de 2019.

Algumas são as razões dessa impossibilidade. A primeira delas diz respeito ao fato de que, apesar do decréscimo nos recursos orçamentários registrado no período de vigência da Emenda Constitucional n. 95/2016 – e não há concretização de direitos sem custos –, essa diminuição já vinha ocorrendo antes mesmo da instituição dessas novas regras orçamentárias, em grande parte dos agrupamentos analisados.

Nesse sentido, os dados indicam, por exemplo, uma diminuição acentuada dos recursos dos agrupamentos *Graduação*, *Pós-Graduação*, *Ensino*, *Pesquisa e Extensão* e *Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino*, de 2015 para 2016, e do agrupamento *Total do(s) programa(s)*, que se manteve em constante queda ao longo da série histórica, no que se refere ao somatório dos recursos das duas categorias de instituições.

Além disso, a queda de recursos havida de 2016 para 2017, primeiro ano de vigência do Novo Regime Fiscal, nos agrupamentos *Funcionamento das instituições federais de ensino* e *Assistência estudantil*, por si só, não autoriza a afirmar que isto se deu exclusivamente em razão da Emenda, uma vez que nesse primeiro ano o cálculo do orçamento da educação ainda não adotava o critério do IPCA, o que passou a ocorrer a partir de 2018.

Outra razão que nos impede de concluir por um retrocesso de resultados é o crescimento orçamentário havido em 2019 nos agrupamentos *Assistência estudantil* e *Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino*, além do *Total do(s) programa(s)* e do *Total do orçamento*. Nesses casos houve crescimento, mesmo que esse tenha sido o segundo exercício em que o reajuste ocorreu pelo IPCA.

Por fim, é indispensável ressaltar que essas conclusões foram firmadas com base em um período consideravelmente restrito de vigência do Novo Regime Fiscal (apenas três anos) e, ainda mais, de aplicação do IPCA como critério de reajuste do orçamento da educação (dois anos). O estudo empírico aqui realizado não descarta as conclusões anteriores, que apontam para um retrocesso normativo. Novos estudos serão necessários após maior tempo de vigência da Emenda, para avaliar seus

efeitos, ante o potencial retrocessivo da redução de custos na concretização do direito fundamental social à educação.

5 Considerações finais

A educação (como direito e como fenômeno) e a dignidade da pessoa humana possuem íntima correlação. Essa conexão resta evidente, em maior ou menor grau, no pensamento de todos os autores referidos no capítulo inaugural da presente dissertação, sendo que a obra de Freire ([1968] 2005; [1996] 2006) – não só por seu conteúdo, mas também por sua projeção espacial e temporal – traduz o potencial da educação para a transformação da realidade de quem se encontra à margem do gozo da plena dignidade inerente a todo sujeito humano.

A dicotomia opressor/oprimido, proposta por Freire ([1968] 2005), representa o pano de fundo de sua pedagogia, a qual, em síntese, critica a ação educacional reprodutora da estrutura social, subserviente e dominante, à qual dá o nome de educação *bancária* e que toma o sujeito como ser de adaptação e ajustamento. Por outro lado, propõe uma prática pedagógica cujo objetivo não é alçar o oprimido à condição de opressor, senão promover uma transformação do tecido social de modo que todos possam viver com dignidade.

O mesmo pensamento permeia as lições de Mészáros (2008), que defende soluções essenciais (e não apenas formais) para que a educação não se torne apenas um mecanismo de internalização e de reprodução do sistema do capital, e de Santos (2010), que propõe movimentos favoráveis à redistribuição de recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos para combater as relações desiguais de poder próprias de um contexto de produção de uma sub-humanidade.

Compreender o sentido sociológico da educação, especialmente o seu papel transformador na vida do cidadão para o alcance da dignidade da pessoa humana, remete ao papel do Estado democrático e social de direito na concretização desse direito fundamental social. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, mais do que a abstenção na esfera individual do ser

humano no tocante a sua dignidade, a atuação com vistas a promovê-la, por meio de prestações positivas e da destinação de recursos para tal.

Trata-se da obrigação estatal de promover e proteger os direitos fundamentais sociais, que, juntamente com os de defesa, constituem desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana. Entre os primeiros, se inscreve o direito fundamental social à educação, o qual possui impacto sobre a emancipação do sujeito e, via de consequência, contribui na construção de uma sociedade livre, justa e solidária – um dos objetivos da República, segundo o artigo 3º, I, da Constituição Federal.

Numerosos são os estudos que sinalizam para a relevância do direito fundamental social à educação para a concretização da dignidade da pessoa humana pelo viés da emancipação dos sujeitos, ao possibilitar o desenvolvimento da personalidade e fomentar o câmbio da sociedade para alcançar aos cidadãos melhores condições de vida. Além de Freire ([1968] 2005; [1996] 2006), os escritos de Sousa (2010) e Gomes (2009) convergem para o mesmo pensamento.

O direito fundamental social à educação, além de estar expressamente previsto no texto constitucional, encontra lugar no PIDESC (BRASIL, 1992a) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1999). Em razão da abertura material do catálogo de direitos fundamentais ensejada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a fundamentalidade do direito à educação passa a abarcar a progressiva ampliação da implementação da educação de nível superior gratuita e a generalização da educação técnico-profissional em nível secundário, igualmente acessível a todos.

A progressividade constitui uma marca da legislação brasileira que versa sobre o direito fundamental social à educação, especialmente quando se trata do custeio das políticas voltadas a sua implementação, ao menos até o ano de 2016, com o advento da Emenda Constitucional n. 95/2016. Conforme demonstramos, o texto original da Constituição Federal vinculou 18% da receita arrecadada com impostos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, no âmbito da União Federal, norma que é reprisada pela LDBEN (BRASIL, 1996). A Emenda Constitucional n. 59/2009 (BRASIL, 2009) estabeleceu uma meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB, cujos percentuais foram estabelecidos no PNE (BRASIL, 2014b), com vigência entre 2014 e 2024, e que correspondem a 7% do PIB no quinto ano do referido decênio e 10% ao seu final.

Contudo, em 2015, o gasto público em educação pública se resumia a 5% do PIB, segundo dados do Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2018b), elaborado pelo INEP, encontrando-se, portanto, distante dos 7% estabelecidos para o ano de 2019.

A Emenda Constitucional n. 95/2016, ao determinar que, nos exercícios posteriores a 2017, as aplicações mínimas em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão ao exercício imediatamente anterior, apenas com correções pelos índices inflacionários, sinaliza para a estagnação dos investimentos públicos em educação pública, o que poderá comprometer a necessária evolução orçamentária para que sejam alcançados os 10% de investimentos na proporção do PIB, previstos para o ano de 2024.

A estagnação orçamentária imposta pelo Novo Regime Fiscal, por conseguinte, afeta a concretização do mandamento constitucional de ampliação da meta de expansão do investimento público em educação pública. Embora as normas correspondentes ao gasto público não integrem a parte fundamental do direito à educação, podem afetar diretamente sua fundamentalidade, tendo em vista a necessidade de intervenção positiva do Estado na realização de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse ponto, propusemos uma reconstrução teórica do princípio da proibição de retrocesso, veiculado pelos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil, e sua relação com as normas do Novo Regime Fiscal, especialmente no tocante ao direito fundamental social à educação em nível federal, para oferecer respostas ao possível retrocesso que se descortina por trás da nova legislação. Para tanto, buscamos analisar a concretização dos direitos fundamentais sociais sob dois enfoques distintos, mas umbilicalmente ligados, como se fossem, conforme sugerimos no título do segundo capítulo, as duas faces da mesma moeda: a progressividade e a proibição de retrocesso.

Sob a ótica da progressividade, filiamo-nos à teoria de Alexy ([1986] 2017), que propõe a maximização da eficácia dos direitos fundamentais. Referido autor interpreta esses direitos como princípios, os quais são espécie de norma jurídica que admite diversos graus de concretização, o que leva à compreensão desses direitos como mandamentos de otimização.

Como tais, os princípios/direitos fundamentais possuem um caráter *prima facie*, devendo ser realizados na maior medida possível, no limite das possibilidades

jurídicas e fáticas (ALEXY, [1986] 2017). As restrições a um direito *prima facie* são externas a esse mesmo direito (teoria externa) e, embora não influenciem no seu conteúdo ou âmbito de proteção, limitam seu exercício, resultando no direito definitivo (SILVA, 2017; NETTO, 2010), o qual pode, eventualmente, ser ampliado de modo a aproximar-se do conteúdo *prima facie*. Essa ampliação da concretização dos direitos fundamentais no âmbito fático e jurídico é que corresponde à maximização de sua eficácia, traduzindo-os em mandamentos de otimização.

Ao Estado é atribuído o dever de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, de onde deriva, para o cidadão, o direito a ações estatais positivas, seja por meio de uma ação fática (prestações em sentido estrito), ou através de uma ação normativa (prestações em sentido amplo). Para Alexy ([1986] 2017), os direitos a prestações em sentido estrito é que correspondem aos direitos fundamentais sociais, oponíveis em face do Estado, e que contam com distintos graus de proteção.

A segunda face da moeda é representada pela proibição de retrocesso. Este é corolário do dever de concretização progressiva dos direitos fundamentais (CONTO, 2008) e obriga o legislador, assim como os demais poderes estatais, a proteger o núcleo essencial desses direitos. A vinculação do legislador ao princípio da proibição do retrocesso é determinante para a proteção e a promoção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, no sentido de tornar definitivas posições *prima facie* de cada um dos direitos. Desse modo, a liberdade de conformação legislativa se encontra limitada pelos direitos fundamentais, restando ao legislador o dever de atuar no sentido de reforçar a eficácia prestacional dos direitos fundamentais sociais.

Apesar de a proibição de retrocesso proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais em face de medidas regressivas, não se trata de princípio absoluto. Eventual retrocesso normativo é aceitável em relação ao que excede o núcleo essencial, observada a técnica da ponderação e outros parâmetros, dos quais se destaca a racionalidade da fundamentação da medida retrocessiva (NETTO, 2010).

O custo dos direitos é um fator apto a limitar os resultados das políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais e a justificar retrocessos normativos. Para existirem, os direitos dependem, além do reconhecimento legal pelo Estado, da destinação de orçamento para sua implementação (HOLMES; SUNSTEIN, 2019), de modo que a expansão ou a retração de um direito se relaciona diretamente à existência de recursos financeiros, não podendo ser mensurada exclusivamente com base na sua previsão normativa.

Logo, os direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão economicamente relevante (SARLET, 2018), isto é, encontram-se sujeitos a uma reserva do possível. Esta, na vertente que corresponde ao limite fático da efetivação desses direitos, leva ao Estado à realização de escolhas tocantes à alocação de recursos orçamentários, o que caracteriza a eleição de prioridades em relação a determinadas políticas.

Desta feita, a reserva do possível pode ser caracterizada como uma objeção à proibição de retrocesso, tendo em vista que condiciona a realização de direitos à capacidade financeira do Estado. A teoria dos princípios (ALEXY, [1986] 2017) revela-se apta a nortear a solução da tensão entre a reserva do possível e a proibição de retrocesso, tendo em vista que os recursos orçamentários deverão ser alocados de modo a maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais e a garantir o atendimento dos níveis mínimos desses direitos.

Apesar de a doutrina apresentar uma cisão quanto à positivação do princípio da proibição de retrocesso no ordenamento brasileiro, restando inconclusiva a opinião sobre ser um princípio implícito ou expresso, este assegura a não supressão de ganhos sociais já assegurados pelo Estado aos cidadãos. Tais ganhos podem ser representados tanto em termos de resultados quanto em progressos normativos.

Nesse ponto, se estabelecem duas noções ou campos de aplicação do retrocesso, a saber a regressividade normativa e a regressividade de resultados, conforme distingue Courtis (2006). A regressividade normativa tem seu fundamento nas normas jurídicas, impondo ao intérprete a comparação do conteúdo de duas normas (uma anterior e outra posterior), para avaliar a supressão ou a restrição de benefícios pela norma posterior em relação à primeira. A regressividade de resultados, por sua vez, se refere a uma eventual diminuição na eficácia dos direitos fundamentais sociais que já haviam sido assegurados, o que demanda um estudo empírico baseado em indicadores aplicados a uma política pública.

Parcela relevante da opinião pública acusa a Emenda Constitucional n. 95/2016 de ter introduzido, no ordenamento jurídico, medidas retrocessivas em relação à concretização do direito fundamental social à educação em nível federal, posto que estabeleceu limites ao teto de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino, a conter as despesas à evolução do IPCA. Outros defendem que uma medida dessa natureza se impunha diante da crise fiscal vigente e da insustentabilidade da

manutenção de direitos em abundância, apontando como solução a contenção das despesas primárias do Estado.

O Novo Regime Fiscal vem lastreado num pensamento que se opõe a um modelo de Estado social que promove os direitos de forma gratuita ou tendencialmente gratuita e que alega sua insustentabilidade, dados os altos custos desse modelo. Essa ideologia calcada na lógica econômica neoliberal encontrou lugar no governo de Michel Temer (RAFAGNIN, 2019) e, juntamente com outras reformas, promoveu o enxugamento da despesa primária mediante a limitação do crescimento do orçamento conforme o IPCA.

Sem discutir as despesas originárias do pagamento de juros e amortização da dívida pública, a Exposição de Motivos da PEC (BRASIL, 2016c) que culminou com a Emenda Constitucional objeto deste estudo atribuiu a culpa pela crise fiscal aos sucessivos déficits primários, raciocínio do qual deriva, de maneira lógica, a necessidade de limitação da despesa primária à inflação.

Atrelar o reajuste do orçamento ao IPCA significou a suspensão da eficácia da norma do *caput* do artigo 212 da Constituição Federal, que vincula o orçamento da educação à receita líquida de impostos, num mínimo de 18%, no caso da União. Além disso, obstaculizou o atingimento da Meta 20 do PNE, acima referida.

Uma vez que direitos fundamentais sociais são dependentes de custos, conforme sustentamos no segundo capítulo, uma nova norma que promova limitações ao custeio de direitos já assegurados – quanto mais de forma severa e durante longo período de tempo – é causadora de retrocesso normativo, apesar de, por si só, não veicular conteúdo de direitos fundamentais. Desse modo, é viável a afirmação de que a Emenda Constitucional n. 95/2016 afronta o princípio da proibição de retrocesso, do ponto de vista normativo, pois apresenta uma tendência à supressão (ou ao menos à diminuição) do direito fundamental social à educação já garantido em normas constitucionais e infraconstitucionais.

Apesar de o princípio da proibição de retrocesso proteger somente o núcleo essencial de cada direito fundamental e admitir a reserva do possível como objeção na parte do direito que não é essencial, parece-nos, ainda assim, que a nova norma constitucional ofende dito princípio, uma vez que é exatamente a reserva do possível que não é devidamente observada. Isto porque, conforme foi exposto, o legislador deixou de estabelecer limites para as despesas financeiras em detrimento das

despesas primárias, notadamente as destinadas a concretizar o direito fundamental social à educação, que foram severamente abreviadas.

Não obstante, ainda é cedo para comprovar dito retrocesso por meio de pesquisa empírica, com dados do orçamento federal. O Novo Regime Fiscal teve sua vigência inaugurada no exercício financeiro de 2017, ano em que o orçamento da educação ainda foi formulado com base no *caput* do artigo 212 da Constituição Federal. O reajuste pelo IPCA passou a ocorrer somente a partir de 2018, o que não permite, ao menos por enquanto, afirmar que houve retrocesso de resultados, embora essa seja a tendência natural diante do retrocesso normativo atestado pela doutrina.

A presente pesquisa, ainda que sem alcançar respostas conclusivas sobre a hipótese de que o Novo Regime Fiscal representa um retrocesso em relação aos níveis de efetividade do direito fundamental social à educação já concretizados, abre um campo de estudos que passa pelo tema do orçamento público como instrumento para essa finalidade. Mesmo que um eventual retrocesso de resultados ainda não possa ser comprovado por ausência de dados, novos estudos serão pertinentes com o decurso do tempo.

Esses estudos poderão ser ampliados para o universo das instituições federais de ensino, além de outros órgãos como o próprio Ministério da Educação, bem como para a totalidade do orçamento, de modo a proporcionar uma visão mais abrangente da evolução orçamentária após a Emenda Constitucional n. 95/2016. Além disso, poderão ser confrontados com dados da execução orçamentária ou, até mesmo, ser consideradas informações sobre o recebimento, pelas instituições de ensino, de recursos orçamentários descentralizados para finalidades específicas (como termos de execução descentralizada) ou de emendas parlamentares.

Contudo, a resposta (provisória) à pergunta lançada no título do terceiro capítulo há de ser negativa, pois, tendencialmente, a ponte construída pelo legislador constitucional ao promulgar a Emenda Constitucional n. 95/2016 e optar pelo congelamento da despesa primária e desviar do problema das despesas financeiras (referentes à dívida pública), tende a conduzir ao retrocesso e não ao futuro, como promete o programa de governo.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro**. 5. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980542/cfi/6/38!/4/388/2/2@0:0>. Acesso em: 18 jan. 2020.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Tradução de Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. 311 p.
- ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. 240 p.
- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, s. d., 190 p. Disponível em: <http://www.verlaine.pro.br/txt/pp5/adorno-educacao.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução (para o espanhol) de Carlos Bernal Pulido. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. 152 p.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 165-178.
- ALEXY, Robert. [1986] **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. 669 p.
- AMARAL, Nelson Cardoso. Financiamento da educação básica e o PNE: ainda e sempre, muitos desafios. **Revista Retratos da Escola**. CNTE. Brasília, v. 8, n. 15, p. 293-311, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://retratosdaescola.emnuvens.com.br/rde/article/view/443/574>. Acesso em: 24 fev. 2019.
- AMARAL, Nelson Cardoso. PEC 241/55: a “morte” do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 32, n. 3, p. 653-673, set./dez. 2016. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/view/70262/39677>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- AMARAL, Nelson Cardoso. Com a PEC 241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)? **Revista Brasileira de Educação**, v. 22, n.

71, p. 1-25, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v22n71/1809-449X-rbedu-s1413-24782017227145.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2019.

AMBROSINI, Tiago Felipe. Educação e emancipação humana: uma fundamentação filosófica. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, v. 12, n. 47, p. 378-391, set. 2012. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8640058/7617>. Acesso em: 20 dez. 2018.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa** [do] Senado Federal, Brasília, ano 42, n. 165, p. 123-134, jan./mar. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 3 mar. 2019.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/pt-br.php>. Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-591-6-julho-1992-449000-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 3.321, de 31 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3321-31-dezembro-1999-370144-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009.

Acrescenta §3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, dá nova redação aos incisos I e VII do art. 208, de forma a prever a obrigatoriedade do ensino de quatro a dezessete anos e ampliar a abrangência dos programas suplementares para todas as etapas da educação básica, e dá nova redação ao §4º do art. 211 e ao §3º do art. 212 e ao *caput* do art. 214, com a inserção neste dispositivo de inciso VI. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm. Acesso em: 2 fev. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.952, de 20 de janeiro de 2014. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2014. Volume V. Disponível em:

<http://www.orcamentofederal.gov.br/clientes/portalsof/portalsof/orcamentos-anuais/orcamento-2014/loa/Volume%20V%20-%20Consolidado.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 24 jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.115, de 20 de abril de 2015. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Volume V. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/2015/orcamento-anual-de-2015#loa>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Plano Plurianual 2016-2019:

desenvolvimento, produtividade e inclusão social. Brasília, 2015. 203 p.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Orçamento Federal. Ações Orçamentárias Integrantes da Lei Orçamentária para 2016.

Programa 2080 – Educação de qualidade para todos. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/clientes/portalsof/portalsof/orcamentos-anuais/orcamento-2016/cadastro-de-acoes-1/2080.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.255, de 14 de janeiro de 2016. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2016. Volume V. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/2016/orcamento-anual-de-2016#loa2016>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Exposição de Motivos da Emenda Constitucional n. 95. EMI nº 00083/2016 MF MPDG, de 15 de junho de 2016. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016. Acesso em 2 jul. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Estudo Técnico n. 12/2016**. Impactos do “Novo Regime Fiscal” – Subsídios à análise da Proposta de Emenda à Constituição – PEC 241/2016. Brasília, ago. 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/arquivos/et-12-2016-impactos-do-novo-regime-fiscal-subsidios-a-analise-da-proposta-de-emenda-a-constituicao-pec-no-241-2016>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 24 jan. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira. **Estudo Técnico n. 26/2016**. Novo Regime Fiscal – Emenda Constitucional 95/2016 Comentada. Brasília, dez. 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2016/et26-2016-novo-regime-fiscal-emenda-constitucional-95-2016-comentada>. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.414, de 10 de janeiro de 2017**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2017. Volume V. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/orcamento-anual-de-2017#LOA2017>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.587, de 2 de janeiro de 2018**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2018. Volume V. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/orcamento-anual-de-2018#LOA>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018**. Brasília: INEP, 2018. 461 p. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/1476034. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.808, de 15 de janeiro de 2019**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2019. Volume V. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/orcamentos-anuais/orcamento-anual-de-2019#LOA>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Manual Técnico de Orçamento 2019**. 5. versão. Brasília, 2019. Disponível em:

<https://www1.siof.planejamento.gov.br/mto/lib/exe/fetch.php/mto2019:mto2019-versao5.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 124 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11-31.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 619 p.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Teto do gasto e saúde pública**. Brasília, [2016 ou 2017]. Disponível em: <https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Teto%20do%20gasto%20e%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2020.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 151 p.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. **Catálogo de Teses e Dissertações**. Disponível em: <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 24 jan. 2019.

COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Ni un paso atrás**: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 3-52.

CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão de sua exigibilidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade** [do] Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, n. 31, p. 69-85, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/261/236>. Acesso em: 23 jul. 2018.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 319 p.

DOTTA, Alexandre Godoy; MARQUES, Camila Salgueiro da Purificação. Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise. **Revista do Direito** [do] Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 2-22, set./dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/9624/6972>. Acesso em: 1 fev. 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Revista Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2018.

FREIRE, Paulo. [1968] **Pedagogia do oprimido**. 46. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. 213 p.

FREIRE, Paulo. [1996] **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 33. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. 148 p.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Direito humano à educação e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2009. 394 p.

HERRERA FLORES, Joaquín. De que falamos quando tratamos de direitos humanos: os direitos humanos como processo. In: HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 29-40.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. 212 p.

IGREJA, Rebecca Lemos. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 11-38.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. **Variação acumulada no ano durante o Plano Real (%), dezembro 1995 – dezembro 2019**. [S. l., s. n., 2019?]. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=inflacao#plan-o-real-ano. Acesso em: 2 fev. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Monitoramento do PNE. Painel de Indicadores**. s. d. Disponível em: <http://inep.gov.br/web/guest/dados/monitoramento-do-pne/painel-de-indicadores>. Acesso em: 25 fev. 2019.

KANT, Immanuel. [1784] **Resposta à pergunta: o que é Iluminismo?** Tradução de Artur Morão. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf. Acesso em: 9 fev. 2019.

KLEIN, Joel Thiago. A resposta kantiana à pergunta: que é esclarecimento? **Ethic@**, Florianópolis, v. 8, n. 2, 211-227, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/download/1677-2954.2009v8n2p211/18564>. Acesso em: 9 fev. 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311 p.

MACHADO, Maíra Rocha. Apresentação. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 5-8.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos. **Revista Controle** [do] Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 22-40, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6522429>. Acesso em: 9 mar. 2019.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 267-290.

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. Tradução de Isa Tavares. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008. 126 p.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 344 p.

MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil**: uma análise hermenêutica. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. 192 p.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 242 p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. [1948] Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (217 [III] A)**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao/>. Acesso em: 21 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. **Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador [AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)]**. Fort Lauderdale, 7 jun. 2005. Disponível em: <http://www.oas.org/xxxvga/espanol/>. Acesso em: 26 out. 2019.

PACTO Federativo: saiba o papel de cada ente da Federação na gestão da Educação Pública. **Portal Federativo**, Secretaria de Governo, 2 dez. 2014. Disponível em: <http://www.portalfederativo.gov.br/noticias/destaques/pacto-federativo-saiba-o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-educacao-publica>. Acesso em: 23 fev. 2019.

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015. Disponível em: <https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, v. 8, n. 15, p. 128-146, abr. 2006. Disponível em: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1117/1013>. Acesso em: 26 jul. 2018.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600298/cfi/180!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 fev. 2019.

PISCITELLI, Tathiane. **Direito financeiro**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977412/cfi/6/10!/4/10/2@0:100>. Acesso em: 19 jan. 2020.

RAFAGNIN, Thiago Ribeiro. **Emenda constitucional 95: do neoliberalismo à possível violação da Constituição Federal de 1988**. 2019. Tese (Doutorado em Política Social e Direitos Humanos) – Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2019. Disponível em: <http://pos.ucpel.edu.br/ppgps/wp-content/uploads/sites/5/2019/04/Tese-Thiago-Ribeiro-Rafagnin.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-66.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 199 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/6876/pdf>. Acesso em: 1 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SEPÚLVEDA, Magdalena. La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión “progresivamente”. In: COURTIS, Christian (Comp.). **Ni um paso atrás**: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 117-150.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 179-214.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4, 2006, p. 23-51. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 29 ago. 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. 279 p.

SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. **A primazia da ordem financeira sobre a constituição econômica**: um estudo da Emenda Constitucional 95/2016. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6432314. Acesso em: 13 fev. 2020.

SOARES, Hector Cury. O Novo Regime Fiscal e o direito fundamental à saúde: violação da progressividade e da proibição de retrocesso. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 19, n. 1, p. 201-216, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12952/pdf>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139459/cfi/49!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação**: requisito para o desenvolvimento do país. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146655/cfi/49!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 fev. 2019.

TAVEIRA, Adriana Do Val. O direito à educação e os novos paradigmas do constitucionalismo pós-positivista. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 6, n. 3, p. 298-309, out./dez. 2014. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.07/4425>. Acesso em: 12 fev. 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 51-62.

TREVISAN, Leonardo Simchen. Os direitos fundamentais sociais na teoria de Robert Alexy. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** [da] Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 199-244, 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54583/38392>. Acesso em: 3 mar. 2019.

Apêndices

Apêndice A – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2014

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	28.365	130.074.615,00	16.635.063,00	6.627.421,00	100.000,00	241.346.705,00	1.381.441.759,00
UFSM	26.430	83.053.087,00	15.753.244,00	3.417.768,00	52.337.832,00	157.874.440,00	831.528.714,00
UNIPAMPA	13.050	27.011.871,00	7.657.376,00	2.322.864,00	46.179.018,00	84.709.679,00	208.143.070,00
FURG	14.768	39.974.772,00	7.040.129,00	3.561.976,00	39.753.726,00	91.219.053,00	355.466.755,00
UFPEl	21.410	59.795.539,00	10.464.957,00	3.519.529,00	41.602.805,00	117.554.315,00	538.280.749,00
UFCSPA	2.023	16.120.281,00	1.336.612,00	940.413,00	17.956.471,00	37.372.577,00	96.008.195,00
IFRS	19.393	55.463.838,00	9.370.107,00	-	16.611.193,00	82.275.211,00	232.538.656,00
IFFar	14.000	38.477.135,00	6.742.217,00	-	15.243.300,00	62.216.429,00	161.011.095,00
IFSul	15.561	52.874.988,00	7.715.376,00	-	22.999.128,00	84.013.492,00	268.865.920,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2014 (BRASIL, 2014a)

Apêndice B – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2015

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	27.101	132.821.205,00	18.914.302,00	11.701.379,00	78.256.168,00	245.988.170,00	1.499.492.158,00
UFSM	29.672	91.267.013,00	24.063.525,00	3.517.448,00	50.858.317,00	173.118.830,00	935.022.139,00
UNIPAMPA	13.191	36.558.757,00	8.592.634,00	5.585.049,00	20.706.393,00	72.393.282,00	243.524.489,00
FURG	14.602	54.281.814,00	7.477.348,00	1.675.912,00	37.858.015,00	103.240.494,00	403.654.631,00
UFPEl	19.250	63.090.274,00	11.896.555,00	5.633.697,00	26.497.163,00	108.813.736,00	582.598.132,00
UFCSPA	2.080	18.144.885,00	1.426.398,00	354.285,00	19.549.920,00	39.494.876,00	106.504.459,00
IFRS	17.824	59.209.236,00	10.299.561,00	-	18.000.000,00	88.752.818,00	300.249.997,00
IFFar	13.000	44.859.100,00	8.021.867,00	-	18.000.000,00	71.805.004,00	183.987.934,00
IFSul	14.638	53.672.753,00	8.969.711,00	-	18.000.000,00	80.684.464,00	306.659.465,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2015 (BRASIL, 2015a)

Apêndice C – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2016

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	28.032	181.084.843,00	19.241.439,00	6.870.600,00	28.567.391,00	235.764.273,00	1.594.097.387,00
UFSM	29.701	124.037.984,00	25.635.323,00	4.042.665,00	32.861.759,00	186.577.731,00	982.653.588,00
UNIPAMPA	10.893	32.823.682,00	12.634.320,00	1.666.440,00	23.026.978,00	70.151.420,00	252.895.766,00
FURG	13.115	56.459.770,00	8.182.151,00	633.665,00	14.849.277,00	80.124.863,00	409.546.382,00
UFPeI	11.915	75.688.658,00	13.136.947,00	716.050,00	12.905.724,00	102.447.379,00	624.591.816,00
UFCSPA	2.528	30.421.860,00	1.552.993,00	55.350,00	10.463.799,00	42.494.002,00	120.169.538,00
IFRS	17.631	52.167.448,00	10.224.447,00	-	3.658.537,00	66.050.432,00	285.012.084,00
IFFar	15.300	39.313.245,00	10.785.516,00	-	8.956.093,00	59.054.854,00	207.874.159,00
IFSul	13.957	50.935.473,00	10.195.533,00	-	3.658.537,00	64.789.543,00	332.291.431,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2016 (BRASIL, 2016b)

Apêndice D – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2017

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	29.452	174.671.462,00	19.350.293,00	6.785.855,00	12.029.067,00	212.836.677,00	1.849.762.572,00
UFSM	30.701	104.077.055,00	24.837.123,00	4.856.321,00	26.313.906,00	160.084.405,00	1.097.939.814,00
UNIPAMPA	11.220	32.763.234,00	9.251.707,00	1.124.212,00	16.496.362,00	59.635.515,00	284.358.278,00
FURG	14.202	59.409.665,00	7.969.447,00	982.385,00	15.844.463,00	84.205.960,00	463.498.759,00
UFPEl	22.699	71.274.782,00	12.790.710,00	2.908.735,00	7.777.948,00	94.752.175,00	692.803.621,00
UFCSPA	2.700	27.847.129,00	1.556.369,00	466.176,00	8.760.038,00	38.629.712,00	131.440.026,00
IFRS	18.631	45.853.452,00	10.309.742,00	-	4.236.367,00	60.499.561,00	345.456.631,00
IFFar	12.500	36.162.686,00	11.622.546,00	-	2.926.829,00	50.712.061,00	251.289.398,00
IFSul	14.840	45.866.596,00	10.623.051,00	-	5.176.829,00	61.766.476,00	387.705.321,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2017 (BRASIL, 2017a)

Apêndice E – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2018

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	30.236	170.987.077,00	20.242.080,00	3.480.000,00	4.274.075,00	198.983.232,00	1.784.268.056,00
UFSM	24.400	100.822.740,00	24.988.523,00	7.560.000,00	6.824.293,00	140.195.556,00	1.169.209.052,00
UNIPAMPA	11.351	35.199.304,00	9.310.736,00	3.000.001,00	1.784.778,00	49.294.819,00	294.177.319,00
FURG	14.000	49.584.337,00	7.859.462,00	636.000,00	14.930.533,00	73.010.332,00	481.862.938,00
UFPEl	19.500	63.736.102,00	12.928.183,00	2.310.000,00	2.905.447,00	81.879.732,00	706.325.640,00
UFCSPA	2.700	31.602.542,00	1.625.888,00	24.000,00	1.800.000,00	35.052.430,00	135.270.703,00
IFRS	24.113	46.349.969,00	11.167.698,00	-	950.000,00	58.667.667,00	377.870.815,00
IFFar	12.000	37.465.661,00	11.431.578,00	-	300.000,00	49.197.239,00	263.390.192,00
IFSul	18.404	47.898.480,00	9.106.251,00	-	250.000,00	57.254.731,00	396.567.729,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2018 (BRASIL, 2018a)

Apêndice F – Tabela demonstrativa dos valores nominais do orçamento das instituições federais de ensino no Estado do Rio Grande do Sul por agrupamento no exercício financeiro de 2019

Instituição	Quantidade de estudantes	Funcionamento - em R\$	Assistência estudantil - em R\$	Graduação e Pós-Graduação - em R\$	Expansão e reestruturação - em R\$	Total do programa - em R\$	Total do orçamento - em R\$
UFRGS	29.247	176.907.318,00	29.175.395,00	4.034.536,00	500.000,00	210.617.249,00	1.917.960.795,00
UFSM	28.450	82.706.280,00	27.475.659,00	4.560.000,00	27.722.077,00	142.464.016,00	1.190.905.511,00
UNIPAMPA	13.000	39.638.481,00	10.178.558,00	3.299.110,00	2.500.000,00	55.616.149,00	319.506.102,00
FURG	11.635	54.965.748,00	8.611.598,00	1.447.327,00	8.497.357,00	73.522.030,00	492.050.591,00
UFPeI	19.500	67.221.556,00	14.151.431,00	1.704.483,00	3.311.118,00	86.388.588,00	756.081.913,00
UFCSPA	2.800	25.941.546,00	1.817.002,00	35.576,00	7.776.117,00	35.570.241,00	145.463.008,00
IFRS	25.246	50.274.335,00	12.972.278,00	-	2.377.000,00	66.223.613,00	446.451.022,00
IFFar	12.001	42.165.682,00	13.469.650,00	-	500.000,00	56.135.332,00	300.659.006,00
IFSul	17.403	48.406.277,00	10.328.710,00	-	2.750.923,00	61.485.910,00	437.589.674,00

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos da Matriz Orçamentária Anual de 2019 (BRASIL, 2019a)

Apêndice G – Tabela demonstrativa do IPCA acumulado, de 2014 a 2019

Ano	IPCA acumulado - %
2014	6,41
2015	10,67
2016	6,29
2017	2,95
2018	3,75
2019	4,31

Fonte: elaborada pelo autor, com dados extraídos do sítio eletrônico do IBGE

Apêndice H – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Funcionamento das instituições federais de ensino*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	466.605.135,42	469.145.721,28	557.646.599,74	508.688.526,68	471.410.375,60	447.380.929,00
Institutos federais	192.413.700,01	186.800.331,90	158.671.779,24	138.396.772,83	137.390.988,14	140.846.294,00
Total	659.018.835,43	655.946.053,18	716.318.378,98	647.085.299,51	608.801.363,74	588.227.223,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice I – Tabela demonstrativa dos valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Funcionamento das instituições federais de ensino*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	4.400,03	4.430,25	5.797,71	4.583,85	4.613,21	4.275,76
Institutos federais	3.930,50	4.108,93	3.384,06	3.010,52	2.520,15	2.577,24
Total	4.251,73	4.333,74	5.006,70	4.123,01	3.885,04	3.692,99

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice J – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Assistência estudantil*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	77.176.478,53	85.702.986,12	89.558.239,34	81.983.994,38	80.271.626,98	91.409.643,00
Institutos federais	31.228.048,29	32.318.743,68	34.767.342,16	35.231.916,89	33.072.035,21	36.770.638,00
Total	108.404.526,82	118.021.729,80	124.325.581,50	117.215.911,27	113.343.662,20	128.180.281,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice K – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Graduação, Pós-Graduação, Ensino, Pesquisa e Extensão*, nas universidades federais, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	26.722.637,90	33.712.134,98	15.581.014,43	18.531.529,08	17.743.132,04	15.081.032,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice L – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Expansão e reestruturação das instituições federais de ensino*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	259.402.417,20	276.783.241,25	136.677.244,17	94.392.832,00	33.920.700,33	50.306.669,00
Institutos federais	71.889.923,30	63.947.941,44	18.130.612,80	13.354.575,58	1.564.650,00	5.627.923,00
Total	331.292.340,50	340.731.182,69	154.807.856,96	107.747.407,58	35.485.350,33	55.934.592,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice M – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Total do(s) programa(s)*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	956.822.211,02	879.934.791,75	799.463.097,68	703.596.882,14	603.345.834,95	604.178.273,00
Institutos federais	299.473.692,24	285.684.214,43	211.569.734,19	187.199.708,55	172.236.293,35	183.844.855,00
Total	1.256.295.903,25	1.165.619.006,17	1.011.032.831,87	890.796.590,69	775.582.128,31	788.023.128,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice N – Tabela demonstrativa dos valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Total do(s) programa(s)*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	9.022,71	8.309,42	8.311,81	6.340,20	5.904,33	5.774,32
Institutos federais	6.117,45	6.284,02	4.512,24	4.072,13	3.159,31	3.364,04
Total	8.105,13	7.701,07	7.066,60	5.675,85	4.949,34	4.947,35

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice O – Tabela demonstrativa dos valores reais consolidados do agrupamento *Total do orçamento*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	4.470.208.597,50	4.465.456.339,24	4.438.689.532,36	4.891.404.329,15	4.768.128.708,81	4.821.967.920,00
Institutos federais	868.147.096,10	936.597.414,22	919.364.798,23	1.065.389.248,30	1.082.559.154,52	1.184.699.702,00
Total	5.338.355.693,60	5.402.053.753,47	5.358.054.330,59	5.956.793.577,46	5.850.687.863,34	6.006.667.622,00

Fonte: elaborada pelo autor

Apêndice P – Tabela demonstrativa dos valores reais *per capita* consolidados do agrupamento *Total do orçamento*, por categoria, em R\$, de 2014 a 2019

Categoria	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Universidades federais	42.153,49	42.168,32	46.147,90	44.077,03	46.660,82	46.085,02
Institutos federais	17.733,94	20.601,76	19.607,68	23.175,25	19.857,28	21.677,95
Total	34.441,00	35.690,57	37.450,06	37.954,66	37.335,92	37.710,90

Fonte: elaborada pelo autor