

A DISCRICIONARIEDADE ORÇAMENTÁRIA
COMO FERRAMENTA PARA SUBVERSÃO
DA GARANTIA CONSTITUCIONAL
À EDUCAÇÃO NO BRASIL

di Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Gustavo Buss¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro. – 3. A judicialização da educação e a insuficiência do critério orçamentário. – 4. A discricionariedade como ferramenta de subversão do sistema educacional brasileiro. – 5. Conclusão.

1. *Introdução*

No rol dos direitos sociais elencados pela Constituição brasileira de 1988, a educação figura com proeminência junto à saúde, tendo cada um recebido, ademais, minuciosa atenção quando da estipulação das diretrizes básicas no capítulo devotado à ordem social. Assim, ambos constituem o núcleo central da atenção dispendida sobre a matéria, compondo a base tangível do sistema de prestação de serviços públicos dentro da estrutura administrativa brasileira.

Entretanto, a discussão acerca da efetividade na prestação dos direitos sociais sempre se atrelou, indissociavelmente, a questões orçamentárias atinentes à disponibilidade de recursos pelo gestor público na concretização dos ditames constitucionais. Nesse contexto, foram construídas as teses acerca da reserva do possível e da discricionariedade do administrador público como mecanismos para atrelar a necessidade de implementação das garantias colocadas com as possíveis limitações práticas advindas de uma interpretação extensiva dessas mesmas garantias.

O próprio sistema constitucional e infraconstitucional buscou se moldar às imposições orçamentárias, traduzindo a exigência de eficiência dos serviços públicos essenciais em uma exigência de gasto público mínimo na curatela dos direitos sociais. No entanto, ainda que o mode-

¹ O presente artigo foi pensado, estruturado, discutido e escrito pelos dois autores, com a escrita e reescrita feita por ambos.

lo adotado no ordenamento brasileiro, com ênfase aos sistemas de vinculação de receitas públicas a gastos prioritários, tenha inegável importância, a centralização da discussão sobre tais marcos pode se revelar insuficiente e lesiva à tutela da educação pública em aspecto macro.

A realidade brasileira denota, especialmente em face do discurso empregado pelo governo do Presidente Jair Bolsonaro, um movimento de utilização dos marcos constitucionais colocados quanto às exigências formais de financiamento da educação pública para subversão das principais diretrizes imputadas ao sistema. Dessa forma, sob o argumento técnico de escassez de recurso e distribuição prioritária de verbas aos setores tecnológicos de resultado imediato, o governo promove a perseguição contra grupos e setores da produção científica onde predomina o embate crítico às medidas e políticas endossadas pelo executivo federal brasileiro.

O objeto do presente artigo, portanto, reside na investigação do panorama da educação pública brasileira como fio condutor de um embate centrado justamente sobre a cooptação dos mecanismos constitucionais formais e de discursos de discricionariedade administrativa e orçamentária para viabilizar uma agenda política persecutória de caráter eminentemente autocrático. Destarte, o trabalho se subdividirá em três partes. Na primeira, haverá o escrutínio do direito à educação pública pela Constituição brasileira, com ênfase sobre aspectos atrelados ao mínimo existencial e à reserva do possível ínsitos ao regime da tutela de garantias sociais prestacionais. Em seu segundo momento, o trabalho buscará analisar o fenômeno da judicialização da educação no Brasil, destacando o papel central dado à questão formal orçamentária e sua insuficiência. Por fim, a terceira parte trará a discussão acerca da subversão e uso dos requisitos constitucionais formais pelo atual governo do Presidente Jair Bolsonaro, reforçando a necessidade de controle substantivo sobre o direito à educação pública e de respeito a valores nucleares constitutivos do sistema.

2. O direito à educação no ordenamento constitucional brasileiro

O direito à educação no Brasil encontra proteção expressa na Carta Constitucional de 1988, ao incluí-lo, em seu artigo 6º, dentre o rol dos

assim denominados direitos sociais.² O traço distintivo de tal proteção, comparativamente ao rol dos direitos fundamentais individuais elencados no art. 5º, residiria em uma natureza prescritiva da garantia concedida, que, ademais de uma postura de contenção estatal, demandaria a implementação positiva de serviços públicos para sua efetivação.

Inicialmente, houve discussão acerca da possibilidade de inclusão de tais direitos sob o regime protetivo dos direitos fundamentais, ainda que a Constituição brasileira englobe ambas sob o título único de “direitos e garantias fundamentais”. O embate que se instaurou envolvia definir qual a eficácia da proteção dispensada aos direitos denominados sociais, na medida em que, para sua plena proteção, não bastaria a simples omissão estatal.

Tal separação entre direitos de defesa, de cunho negativo, e prestaionais, de cunho positivo, não é restrita ao plano nacional e tampouco representa inovação do ordenamento brasileiro. No âmbito internacional, a diferenciação entre ambos é sedimentada e remonta às negociações para introdução do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, como tratados multilaterais distintos a comporem a Carta Internacional dos Direitos Humanos.³

Destarte, garantias como a da educação e saúde, bem como as demais elencadas no rol do artigo 6º da Carta brasileira, para que efetivamente lograssem eficácia plena, demandariam uma série de condutas e gastos públicos para sua adequada implementação. Não por outra razão, o sistema de direitos humanos consagrado nos acordos multilaterais pautados pela Organização das Nações Unidas proclamou o princípio da progressividade como indispensável à efetivação dos direitos ditos sociais: “*Tal princípio, expressamente consagrado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, submetia ou condici-*

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ F. PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3º ed., São Paulo, 1997, 199.

*onava os direitos humanos econômicos, sociais e culturais a realização progressiva, na medida do máximo dos recursos disponíveis.”*⁴

Se os direitos fundamentais de defesa, de cunho negativo, podem ser facilmente posicionados entre os marcos da proteção e violação, os direitos sociais positivos demandam a substituição da racionalidade dicotômica por um espectro graduado de concretização das garantias colocadas pelo texto constitucional. Nesse sentido, se admitiria a substituição da discussão clássica acerca da eficácia dos direitos, por uma noção de efetividade que compreende o escopo e a natureza da norma que lhe consagra.⁵

A tutela dos direitos sociais demanda a compreensão de que tais previsões estão intimamente associadas à estrutura constitucional desenhada para prestação de serviços públicos. Destarte, cunhou-se a teoria do mínimo existencial para justificar a proteção gradual dispensada aos direitos sociais, autorizando a existência de discricionariedade no manejo orçamentário mesmo de serviços reputados essenciais, ressalvando sempre a prestação de um núcleo indispensável, sem o qual a garantia constitucional se esvaziaria por completo.

A compreensão do mínimo existencial demanda uma dupla remissão ao princípio reitor do sistema constitucional, de proteção da dignidade humana. De um lado, em sua vertente individual, a dignidade permeia a interpretação constitucional para assegurar que todo indivíduo ostente condições mínimas para o exercício de suas faculdades básicas, com garantia de prestações sociais positivas pelo Estado. De outro, em sua vertente coletiva, a dignidade demanda a compreensão da natureza intersubjetiva da existência humana, com ênfase na solidariedade e comunhão para efetivação das garantias fundamentais dos cidadãos.⁶

No que se refere ao direito à educação, em específico, o constituinte brasileiro se ocupou de dispensar maior atenção, densificando de ma-

⁴ L. SGARBOSSA, *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, v. 1, *Reserva do possível*, Porto Alegre, 2010, 132.

⁵ E. MOURA e J. RIBEIRO, *Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2017, v. 16, n. 7, 225–241, 226.

⁶ E. BITENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, Porto Alegre, 2010, 111.

neira mais exaustiva aquilo que se compreende como o núcleo indispensável da garantia positivada. No capítulo devotado à ordem social, em seu artigo 208, a Constituição brasileira estipula que há um dever imposto ao Estado de prestar serviços públicos educacionais, garantindo expressamente o direito universal ao acesso à educação pública gratuita, sob pena de responsabilidade do agente competente.⁷

Para tentar acomodar os direitos sociais constitucionalmente tutelados em face da demanda orçamentária que lhes é inerente, desenvolveu-se, com remissão à doutrina constitucional alemã, a noção de reserva do possível, como um fator de direcionamento na alocação dos recursos em prol da efetivação de direitos.⁸ Destarte, seria possível conciliar uma dimensão de eficácia e efetividade mínima com a permissão de discricionariedade na condução e desenho de políticas públicas.

A necessidade de construção de uma teoria compreensiva acerca do limite da tutela conferida constitucionalmente a direitos sociais ostenta uma dupla relevância. Inicialmente, diante da necessidade de fixação de marcos claros para a implementação de serviços públicos indispensáveis. Adicionalmente, o reconhecimento de um marco limitador serviria à manutenção do sistema global, garantindo que todos os direitos sociais arrolados possam ostentar adequada proteção. É nesse sentido a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “*A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exem-*

⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

⁸ S. PIVETTA, *Restrições à aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais e a relevância jurídica da escassez de recursos financeiros*, in D. HACHEM, E. GABARDO e E. SALGADO (Coord.), *Direito administrativo e suas transformações atuais: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2016, 123.

plo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos como intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.”⁹

Entretanto, o texto constitucional brasileiro protege o direito subjetivo de acesso à educação de maneira distinta, através de um desenho que não se encontra integralmente à disposição do administrador público. A margem de discricionariedade em matéria de educação é reduzida, pois a própria Carta se ocupa de estabelecer uma moldura mínima que não se sujeita a qualquer ponderação acerca da viabilidade econômica ou escassez de recursos públicos.

A estrutura protetiva dispensada pelo ordenamento brasileiro à educação revela a dupla natureza da garantia fundamental desenhada constitucionalmente. De um lado, há o aspecto orçamentário, que imputa ao Estado o dever de empregar recursos mínimos necessários à manutenção e ao desenvolvimento do ensino público. De outro, e umbilicalmente atrelado, está o dever do Estado de promover uma educação pública que respeite aos requisitos materiais de estrutura e conteúdo previamente traçados.

Se houvesse apenas o primeiro, seria possível a subversão da obrigação constitucional pela manipulação dos gastos. Já se houvesse apenas o segundo, seria possível esvaziar seu caráter impositivo pela subtração do custeio que lhe é inerente. Assim, a Constituição brasileira encontra equilíbrio ao impor um gasto mínimo com educação, ao mesmo tempo em que demanda uma estrutura educacional impositiva pautada em diretrizes e bases rígidas.

Delineado o escopo teórico sobre o qual se eleva a discussão ora apresentada, os tópicos subsequentes avançarão de maneira mais minuciosa sobre as duas dimensões atreladas à garantia constitucional do direito social à educação, primeiramente se atentando ao aspecto orçamentário de cunho formal e objetivo, cuja centralidade alcançada nos embates judiciais pode revelar sua insuficiência enquanto critério de eficiência, para, então, propor a análise centrada sobre o aspecto material do serviço educacional, principalmente quando a administração se

⁹ I. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8. ed., Porto Alegre, 2007, 305.

utiliza da discricionariedade orçamentária para subverter valores basilares traçados na Constituição.

3. A judicialização da educação e a insuficiência do critério orçamentário

A natureza singular dos direitos sociais prestacionais, pela aproximação intrínseca à gestão administrativa e ao desenho de serviços públicos, implica em uma discussão natural acerca da esfera de justiciabilidade que lhes pode ser atribuída. Destarte, enquanto os direitos fundamentais negativos permitiriam a fácil tutela judicial para vedação da ação estatal comissiva, surge um embate quanto à possibilidade de imposição judicial de prestações ativas ao Estado, para suprir a insuficiência na prestação de direitos sociais.

Ainda assim, prevalece o entendimento quanto à possibilidade de movimentação da esfera judiciária para suprir falhas imputadas no cumprimento e efetivação das garantias constitucionais prestacionais. A convergência entre a obrigação de progressividade no regime dos direitos humanos sociais impostas pelo Pacto Internacional e a consolidação do mínimo existencial enquanto uma garantia nuclear e intransponível dos direitos sociais constitucionalmente tutelados permitiria a afirmação da plena justiciabilidade: “*Se a face prestacional dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais, dependem de intervenção legislativa, a dimensão das prestações minimamente necessárias para uma existência digna compõe um direito subjetivo público, plenamente justiciável.*”¹⁰

A intervenção judicial, nesse sentido, admitiria duas vertentes. A primeira para assegurar uma prestação mínima consubstanciada em direito subjetivo público indisponível à administração. Ademais, em um segundo viés, para resguardar a proibição de retrocesso, assegurando a plena progressividade na tutela dos direitos sociais. De qualquer modo, em ambos os casos, resta afirmada a possibilidade de demanda judicial com o objetivo de obtenção de uma ação estatal positiva e fática: “*São, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e,*

¹⁰ E. BITENCOURT NETO, *O direito ao mínimo para uma existência digna*, cit., 157.

*considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado, por força de disposição constitucional.*¹¹

No cerne da questão colocada pela judicialização de direitos sociais está a possibilidade de interferência sobre aquilo que se considera como espaço político de decisão do administrador público. Há muita margem para embates acerca do que pode efetivamente constituir o núcleo mínimo de tais garantias, lançando grande parte das considerações para uma zona cinzenta que não permite fácil definição. De um lado, há a pressão social para proteção máxima dos direitos postulados, de outro, há a pressão governamental exigindo respeito ao limite orçamentário e à discricionariedade necessária à construção de um sistema complexo de serviços públicos que se revele financeiramente viável.

Destarte, ainda que se afirme de maneira consensual pela justiciabilidade em matéria de direitos sociais, permanece existindo amplo embate acerca da compreensão exata da dimensão dada à apreciação pelo judiciário, especialmente quando implique em interferência na condução de políticas públicas. Não por outra razão, cogita-se uma aproximação, pela introdução do sistema de tutela dos direitos fundamentais, à racionalidade judicial ínsita ao *common law*, quando se admite ao juiz que opere um exercício de criação e densificação legal na interpretação da Constituição.¹²

O direito à educação, no entanto, conforme anteriormente demonstrado, se encontra em posição singular quando comparado aos demais direitos incluídos no rol constitucional das garantias sociais. Isso porque o constituinte brasileiro se ocupou não apenas de proteger e garantir o direito à educação em termos amplos, mas traçou um desenho exato dos elementos indispensáveis ao sistema educacional público e gratuito a ser implementado universalmente.

Há na Constituição uma preocupação não apenas com o conteúdo material daquilo que constitui a prestação do serviço público de educação no Brasil, mas também quanto à capacidade de custeio do sistema.

¹¹ P. LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, 2006, 86.

¹² E. BARBOZA e K. KOZICKI, *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*, in *Revista Direito GV*, 2012, v. 8, n. 1, 59-85, 63.

Dessa forma, a Constituição brasileira disciplina, em seu artigo 212, a obrigatoriedade de destinação de um percentual mínimo de 25% do valor arrecadado com impostos para a manutenção e desenvolvimento de serviços educacionais.¹³

O constituinte brasileiro limitou, portanto, a discricionariedade do administrador público em matéria orçamentária, restringindo sua capacidade de livre alocação de recursos. Se, usualmente, a construção de políticas públicas permitiria ao gestor devotar maior ou menor atenção a setores distintos da sua agenda política, as amarras constitucionais impõem que a educação seja sempre prioritária em qualquer gestão, recebendo recursos mínimos e respeitando uma moldura básica que é impositiva.

A educação, ainda que componha o rol dos direitos sociais ao lado de outras tantas garantias, possui uma disciplina constitucional singular que limita ativamente a possibilidade de manipulação pelo gestor público. Mesmo na esfera infraconstitucional, a Lei nº 9.394/96, que dispõe acerca das diretrizes e bases da educação nacional no Brasil, amplia a garantia colocada constitucionalmente, elencando todos os gastos que se consideram incluídos e não incluídos para fins de análise do limite mínimo do artigo 212 da Constituição.¹⁴

¹³ Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁴ Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

A adoção da estratégia de vinculação no custeio da educação pública não representa inovação da Carta brasileira de 1988, sendo um mecanismo com respaldo em sistemas estrangeiros e mesmo em sistemas implementados em Constituições anteriores. Entretanto, o modelo vigente é o mais compreensivo, inclusive com sistemas de subvinculação para erradicação do analfabetismo e universalização do acesso à educação.

Naturalmente, dada a centralidade e importância dos mecanismos de vinculação de receitas a despesas prioritárias, a discussão judicial acerca da tutela efetiva do direito social à educação passou a se concentrar em discussões emanadas dos Tribunais de Contas para análise do cumprimento dos limites constitucionais de gasto com o ensino público. A vinculação de receitas representou, à época, uma forma de proteção dispensada à área de educação que logrou garantir, mesmo em contextos de crise econômica mais graves, a efetiva destinação de recursos mínimos para ao setor.¹⁵ Entretanto, a despeito da absoluta relevância de tal mecanismo, o que se observa atualmente é a predominância da

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

¹⁵ J. CASTRO, *Financiamento da educação no Brasil*, in *Em Aberto*, Brasília, 2001, v. 18, n. 74, 11-32. Explica o autor: “Castro (1997) mostrou que a vinculação foi um dos principais determinantes para os gastos do MEC terem subido de 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB), em 1980, para 1,9% do PIB, em 1989”.

discussão técnica orçamentária na judicialização de temas ligados à efetiva tutela do direitos social à educação.

A título exemplificativo, no Estado do Alagoas, o Ministério Público de Contas e o Ministério Público Estadual ajuizaram ação civil pública de improbidade administrativa, respaldada em possíveis violações no cálculo do gasto mínimo com educação pelo governo estadual.¹⁶ O ponto central da discussão instaurada residiu na inclusão de rubricas que não consistiriam em gasto efetivo com a manutenção e desenvolvimento do ensino, implicando em um falseamento do limite mínimo de gasto.

Tal situação denota um comportamento patológico do administrador público, que tenta incluir dentro do gasto mínimo previsto constitucionalmente o máximo de situações que possam ser formalmente enquadradas como educação pública. Dessa forma, ele se vale de despesas com servidores inativos e investimentos indiretos que acabam sendo usadas para inflar o percentual e permitir o preenchimento do requisito constitucionalmente colocado.

Ademais, há também margem para manipulação do numerário em operações de remoção e alocação de algumas verbas entre diferentes fundos, disponíveis ao gestor público, conforme sejam incluídos ou excluídos da base de cálculo para incidência do percentual constitucional. Assim, valores recebidos e destinados a fundos específicos podem acabar afetando no cálculo do valor mínimo e impactando na análise quantitativa dos recursos destinados ao custeio da educação.

Esse movimento de manipulação orçamentária em face da vinculação orçamentária imposta pela Constituição tem se revelado um fenômeno bastante disseminado na realidade brasileira, denotando uma pa-

¹⁶ Na apuração da prestação de contas de 2011, os Ministérios Públicos constataram que o ex-Governador se valeu de dois artifícios ilegais na tentativa de cumprir o dever de gasto mínimo com educação pública estadual. Em primeiro lugar, houve uma redução ilegal da base cálculo da receita pública sobre a qual é calculado o percentual de 25% de gasto mínimo, uma vez que foram deduzidos dela os valores destinados ao FECOEP (Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza), que deveriam obrigatoriamente compor a base de cálculo. A segunda ilegalidade constatada foi o registro indevido das despesas com servidores inativos da educação dentro da rubrica dos profissionais do magistério, contabilizando-a ilegalmente como efetivo gasto para a manutenção e desenvolvimento do ensino público. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. 16ª Vara Cível de Maceió/AL. 0800205-06.2016.8.02.0001.

tologia sistêmica no trato da obrigação constitucional, que resultou em diversas ações civis públicas ajuizadas para responsabilização dos gestores encarregados.¹⁷ Ademais, tal tendência demonstra a fragilidade do

¹⁷ Ação de improbidade administrativa. Fragmentação de despesa. Não aplicação de percentual mínimo de recursos na educação. Caracterização. 1. Comprovadas a fragmentação indevida de despesas e a não aplicação do percentual mínimo legalmente exigido em ações de educação, é de se manter a sentença que condenou o ex-gestor nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa. 2. O julgamento das contas pela Câmara Municipal não condiciona a atuação do Poder Judiciário quanto à verificação da ocorrência de ato de improbidade administrativa. 3. Apelação conhecida e improvida. Unanimidade. (TJ-MA - AC: 00001778120128100068 MA 0255472017, Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira, Data de Julgamento: 19/03/2019, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 01/04/2019).

Ementa – apelação cível – ação civil pública – improbidade administrativa – preliminar de cerceamento de defesa – proposta de parcelamento de honorários – recusa do expert – ausência de intimação – prejuízo não verificado – indeferimento prova pericial – preliminar afastada. Mérito – destinação de recursos financeiros para educação e saúde inferior ao mínimo constitucional – atentado contra legalidade e moralidade – improbidade administrativa verificada nos termos do art. 11 da lei 8.429/92 – sentença ultra petita – não verificada – sanções do art. 12 da lei 8.429/92 – proporcionalidade e razoabilidade – com o parecer ministerial – recurso conhecido e desprovido. I - Sem a demonstração de prejuízo processual, não há que se falar em cerceamento de defesa. II - Cabe ao Juiz, enquanto destinatário da prova, definir acerca da necessidade e utilidade da produção de provas para a formação do seu convencimento motivado, a teor do disposto no art. 130 CPC vigente à época (art. 370 CPC/15), não sendo obrigado a deferir a produção probatória quando verificar sua desnecessidade. III - Enquanto prefeito, detinha o múnus público de cumprir com preceitos legais vigentes, sobretudo aqueles designados à conservação da qualidade na prestação de serviços essenciais, destinando o mínimo constitucionalmente estabelecido para a efetivação dessas políticas, mas não o fez, e assim está configurado o ato ímprobo. IV - A inobservância da aplicação de percentual mínimo consagrado na Constituição Federal, tanto para educação como para a saúde, caracterizam vício insanável e ato doloso de improbidade administrativa, por violar os princípios da administração pública. V - Em se tratando de ação civil pública, não há que se falar em sentença ultra petita na aplicação da sanção, uma vez que cabe ao magistrado a dosimetria da pena dentro dos critérios estabelecidos pela legislação. Precedente STJ. VI - O magistrado deve sopesar a aplicação das sanções de acordo com a situação em concreto, podendo aplicá-las cumulativamente ou não. Sempre pautando-se pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Considerando a conduta e a extensão do dano. VII - Considerando a reprovabilidade da conduta do apelante que, pela inobservância de princípios constitucionais, manteve em desvantagem financeira serviços públicos essenciais - educação e saúde, somados ainda à reiteração da conduta ímproba, entendendo ser proporcional e razoável o valor da multa arbitrado pelo magistrado a quo,

critério objetivo colocado na Constituição, quando dissociado da análise substantiva e qualitativa do ensino público efetivamente prestado.

A ação movida contra o governador de Alagoas pelos gastos insuficientes em educação pública no ano de 2011 permite demonstrar a propensão natural de tradução da exigência de uma prestação mínima em matéria de direito social à educação na simples fiscalização do cumprimento do limitador de gastos previsto constitucionalmente. Tal ênfase se alinha à imposição pragmática advinda do sistema de fiscalização nacional, pautado primordialmente em Tribunais de Contas técnicos, cuja análise é centrada em discussões orçamentárias e fiscais.

Destarte, a facilidade na demonstração e a possibilidade de produção de prova contábil irrefutável tornaram a análise orçamentária o caminho necessário para a tentativa de judicialização em matéria de educação no Brasil. No caso do governo do Estado de Alagoas, a ação civil pública foi movida apenas após o prévio parecer emitido pelo Tribunal de Contas estadual, que rejeitou as contas prestadas pelo governador quanto ao ano em análise, nutrindo o Ministério Público com os cálculos e pareceres utilizados para embasar o pedido judicial de condenação por improbidade administrativa.¹⁸

O controle exercido, portanto, está centrado no aspecto formal, que alcança o embate quanto aos valores percentuais empregados no custeio do sistema educacional, sem que se precise enfrentar questões substantivas quanto à qualidade do serviço efetivamente prestado. É possível observar a inclinação primária dos órgãos de fiscalização à análise quantitativa, reduzindo o dever constitucional de promoção da educação pública ao simples dever de cumprimento da cláusula contida no artigo 212 da Constituição.

Entretanto, o aspecto material inerente à garantia da educação não é

consistente no valor de 30 vezes a última remuneração percebida no cargo. (TJ-MS - APL: 00000112920058120039 MS 0000011-29.2005.8.12.0039, Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski, Data de Julgamento: 21/03/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 25/03/2019).

¹⁸ No âmbito do Tribunal de Contas de Alagoas, o Ministério Público de Contas também já se posicionou pelo não acolhimento dos argumentos de defesa do ex-Governador e pela rejeição da prestação de contas do ano de 2011 (Processo TC n. 5165/2012), que aguarda o julgamento final pelo Pleno da Corte de Contas e tem como Relator o Conselheiro Anselmo Brito.

facilmente esquecido. Mesmo quando se discutiu a necessidade de responsabilização do Governador de Alagoas na ação civil de improbidade respaldada no elemento percentual objetivo, houve sempre remissão aos efeitos advindos do emprego insuficiente de recursos públicos, que se consubstanciavam em violações substantivas à garantia constitucional de educação: “*O descumprimento do investimento constitucional mínimo em educação referido nesta ACP, relativamente ao ano de 2011, constitui negativa de materialização do direito à educação, dentro dos padrões de qualidade, continuidade e melhoria exigidos pela legislação. O fato constitui lesão irreparável ao direito à educação de mais de sessenta e sete mil alunos e materializa flagrante violação do princípio da proibição de retrocesso. Ressalte-se que não há medidas compensatórias que autorizem qualquer espécie de negociação quanto ao cumprimento do dever constitucional de gasto mínimo em educação, pois os cidadãos prejudicados com a reiterada improbidade governamental não têm como recuperar a oportunidade de crescimento que lhes foi negada pela redução do percentual ora discutido e nem há como reparar o risco a que ficaram expostos em decorrência disso, como violência e abuso de toda a sorte, inclusive sexual e de morte, que não se apagam com o cumprimento a destempo da obrigação estabelecida pelo artigo 212 da Constituição Federal.*”¹⁹

A análise dos argumentos aventados para a oposição da ação civil pública demonstra a evidente utilização do critério objetivo de vinculação constitucional de tributos como o caminho para resguardar a progressividade do sistema e para resguardar, inclusive, a prestação substantiva de um serviço público educacional de qualidade. O respeito ao gasto percentual mínimo com educação significaria, assim, um critério objetivo de presunção de efetividade da garantia constitucionalmente posta.

Em outras palavras, a interpretação dispensada ao requisito formal do artigo 212 da Constituição brasileira autorizou que o controle sobre a adequada prestação do ensino público se concentrasse em uma análise estrita do cumprimento da ordem de emprego do percentual mínimo de 25% sobre arrecadação com impostos. O emprego do valor percentual previsto na Constituição passou a repercutir sobre a própria construção

¹⁹ 16ª Vara Cível de Maceió, 27/05/2018, Ação Civil Pública, 2016, 0800205-06.2016.8.02.0001.

do mínimo existencial demandado em termos de educação pública. Se foram empregados os recursos, então restou garantido o mínimo necessário à tutela educacional, sujeitando-se as demais questões à reserva do possível e ao limite orçamentário discricionário.

Destarte, a simples inobservância critério numérico constitui, na esteira da interpretação conferida pelo Tribunais Superior Eleitora brasileiro, causa suficiente para a responsabilização do agente público²⁰. A

²⁰ Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Inelegibilidade. Art. 1º, i, g, da LC 64/90. Não aplicação. Percentual mínimo recursos. Educação. Art. 212 CF/88. Irregularidade insanável. Ato doloso. Improbidade administrativa. Negado provimento. 1. A educação é direito indisponível, prioritariamente garantido, na esfera municipal, para o ensino infantil e fundamental (art. 211, § 2º, da CF/88) e imune à discricionariedade do agente político. Precedente do STF. 2. A desaprovação de contas de prefeito, por meio de decreto legislativo, em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 25% exigido pelo art. 212 da CF/88, configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90. Precedente. 3. Na espécie, é incontroverso que o recorrente deixou de aplicar em educação 10% dos 25% exigidos pelo art. 212 da CF/88, irregularidade insanável e hipótese de violação de princípios da administração pública. Configurou-se, ainda que em tese, o ato doloso de improbidade administrativa previsto no art. 11, II, da Lei 8.429/92. Recurso especial não provido. (TSE - REspe: 24659 SP, Relator: Min. Fátima Nancy Andriahi, Data de Julgamento: 27/11/2012, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/11/2012).

Agravo regimental. Recurso especial eleitoral. Eleições 2012. Registro de candidatura. Prefeito. Inelegibilidade. art. 1º, i, g, da lei complementar 64/90. Não aplicação. Percentual mínimo. Recursos. Educação. Irregularidade insanável. Ato doloso de improbidade administrativa. art. 11, ii, da lei 8.429/92. Desprovimento. 1. A desaprovação de contas de prefeito, por meio de decreto legislativo, em virtude da não aplicação do percentual mínimo de 60% da receita do FUNDEB em favor da remuneração do magistério de educação básica, conforme preceitua o art. 60, XII, do ADCT, configura irregularidade insanável e ato doloso de improbidade administrativa, incidindo a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC 64/90. 2. Com relação ao elemento subjetivo, não se exige o dolo específico de causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios administrativos. O dolo, aqui, é o genérico, a vontade de praticar a conduta em si que ensejou a improbidade. 3. Este Tribunal, na sessão jurisdicional de 13.12.2012, ao julgar o REspe 263-20/MG, Redator Designado Min. Marco Aurélio, decidiu por maioria de votos que os fatos supervenientes à propositura da ação, que influenciem no resultado da lide, só podem ser considerados até o julgamento em segundo grau de jurisdição, não sendo possível a arguição destes em sede de recurso especial. 4. Agravo regimental não provido. (TSE - AgR-REspe: 43898 SP, Relator: Min. Fátima Nancy Andriahi, Data de

exigência de dolo respaldado em uma análise material e compreensiva do serviço educacional prestado é, portanto, mitigada, prevalecendo a interpretação segundo a qual a inobservância do critério constitucional de gasto mínimo em educação é considerada violação insanável, havendo prejuízo à sociedade que é presumido.

Ainda que o movimento de enrijecimento e vinculação constitucional do orçamento público para a educação seja um instrumento importante de garantia de efetivação de direitos básicos através da sua inerente necessidade de custeio, o que se cogita é a insuficiência desse critério diante dos demais elementos compreendidos dentro do desenho constitucional brasileiro. Se o gasto mínimo representa um limite do qual não pode se esquivar o gestor público, tal não pode ser o único critério a lhe ser imposto, sob pena de tornar inócua as demais provisões colocadas no texto da Constituição.

No âmbito do Ministério Público, é possível observar a introdução de mecanismos de direcionamento das ações civis de improbidade não limitadas apenas às hipóteses de descumprimento formal do percentual mínimo de gasto. O que se observa, para além do critério percentual objetivo, é a devoção de atenção para hipóteses de má-aplicação dos recursos, mediante análise compreensiva dos resultados obtidos pelos gestores com o sistema educacional desenhado.²¹

Julgamento: 05/03/2013, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 73, Data 19/04/2013, 48).

²¹ Recomendação 44 de 2016 do CNMP: Leis orçamentárias preveem gasto mínimo em educação? Se não, representar pela sua inconstitucionalidade; A execução orçamentária cumpriu o patamar de gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino em suas três vertentes (1. 25% de impostos e transferências, 2. aplicação dos recursos recebidos do FUNDEB e 3. 60% do FUNDEB na valorização do magistério)? Se não, demandar, já para o exercício seguinte, medida compensatória do déficit diagnosticado no parecer prévio do TCE/SP e/ou no julgamento das contas da Câmara, sob pena de suspensão de transferências voluntárias, na forma do art. 25, § 1º, IV, alínea “b” da LRF; intervenção na forma do art. 35, III da CR/1988 e responsabilização no âmbito do art. 1º, I, alínea “g” da LC 64/1990 e do art. 208, § 2º da Constituição de 1988; Embora a execução orçamentária tenha atingido o patamar mínimo de gasto em educação, os resultados de IDEB da rede pública municipal que atestam a qualidade do ensino têm se revelado abaixo da média nacional e regressivos ao longo do tempo? Se sim, propor ao gestor público municipal a adoção da estratégia 7.6 da Lei Federal nº 13.005/14 (novo PNE) e, em havendo recusa pela Prefeitura de tal estratégia de cooperação federativa com a União e com o Estado, encaminhar análise para eventual discussão de

De fato, sem que se enfrente a dimensão substantiva e material do direito social à educação, não será possível afirmar peremptoriamente a eficiência e eficácia da garantia constitucional, pois ainda que se destine o mínimo de recursos previsto, haverá sempre margem para a subversão dos valores, afetando diretamente a qualidade do serviço que é prestado. A justiciabilidade dos direitos sociais, nessa seara, não pode ser traduzida singularmente como a possibilidade de responsabilização judicial do gestor público pelo cumprimento dos parâmetros objetivos de gasto mínimo constitucionalmente colocados. Ainda que tais limites integrem a concepção de mínimo existencial, a complexidade do desenho constitucional demanda que tal critério seja subdividido em sua dimensão orçamentária e substantiva.

O controle exercido sobre a efetivação do direito social à educação não pode se limitar ao fator orçamentário formal, devendo avançar, sempre que necessário, à investigação do cumprimento das diretrizes lançadas pela Constituição como elemento indispensável do desenho constitucional do sistema público de educação. Dessa forma, a parte final deste artigo abordará justamente a dimensão substantiva encapsulada na garantia constitucional à educação, evidenciando a importância do controle sobre aspectos materiais do sistema de educação, especialmente em face do emprego, por atais gestores públicos, de argumentos de escassez de recursos e discricionariedade em escolhas prioritárias como mecanismo para a subversão do sistema.

improbidade administrativa pela má aplicação dos recursos públicos; Embora a execução orçamentária tenha atingido o patamar mínimo de gasto em educação e os resultados de IDEB da rede pública municipal não sejam regressivos, há descumprimento de obrigações legais de fazer, fixadas pelo legislador com prazo de execução, seja no novo PNE e em outras legislações, como, por exemplo, pagamento do piso remuneratório para os profissionais da educação, a elaboração e/ou atualização do Plano Municipal de Educação à luz do novo PNE, a universalização de acesso ao ensino infantil pré-escolar etc? Se sim, encaminhar análise para eventual discussão de improbidade administrativa pela inadequada aplicação dos recursos públicos em face do descumprimento das obrigações legais de fazer, cujo lapso temporal para seu atendimento já tenha se escoado.

5. A discricionariedade como ferramenta de subversão do sistema educacional brasileiro

A introdução do princípio da progressividade como norma reitora para o sistema de proteção dos direitos sociais em cartas internacionais, especialmente no Pacto Internacional firmado junto à ONU, impôs uma dimensão de caráter substantivo ao controle exercido sobre o a adequada efetivação dos direitos sociais previstos.²² Dessa forma, houve uma afirmação clara acerca da insuficiência do critério estritamente orçamentário, ressaltando a importância de exigências qualitativas na prestação dos direitos sociais básicos à população.

A questão inerente aos limites do controle exercido sobre a definição e implementação de serviços públicos – que, de um lado, são constitucionalmente tutelados e, de outro, enquanto serviços públicos, sujeitar-se-iam à discricionariedade administrativa – demanda solução. Não por outra razão, as análises dispendidas quanto ao ativismo e à autocontenção judicial buscaram evidenciar a importância da exaustividade do desenho constitucional na definição da esfera de controle sobre as escolhas do gestor público. Assim, o âmbito de ingerência e fiscalização passa a ser maior conforme forem maiores as exigências colocadas na Constituição, demandando o cumprimento estrito do desenho traçado.²³

No Brasil, o constituinte se ocupou principalmente da garantia à chamada “educação básica”, impondo a obrigatoriedade e gratuidade do sistema a ser colocado universalmente ao alcance da população. A Lei nº 9.394/96, ao estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional, cristaliza a imposição constitucional, afirmando as garantias de educação infantil, de ensino fundamental e de ensino médio.

O acesso à educação superior, nessa seara, se encontraria fora da garantia impositiva, cogitando-se sua ausência na construção do desenho mínimo da educação pública brasileira. Entretanto, ainda que haja preferência pela tutela da educação básica na definição do mínimo existencial em matéria educacional, a progressividade do sistema dos direitos

²² R. CALDAS, *Há progressividade e não retrocesso nos direitos humanos sociais no Brasil?*, in *Revista TST*, 2017, v. 83, n. 3, 226.

²³ L. BARROSO, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, in *(SYN)THESIS*, 2012, v. 5, n. 1, 23–32.

fundamentais sociais implica na existência de uma dimensão mínima de proteção também deferida ao ensino superior público.

Em 2019, sob o argumento da necessidade de contingenciamento de gastos, se observou o primeiro movimento de ataque às universidades públicas pelo governo federal do Presidente Jair Bolsonaro. Naquela ocasião, houve um corte de 28,46% sobre o total das verbas orçadas para o setor de educação pelo executivo federal, distribuído de maneira claramente inequânime: “O corte realizado nas dotações das universidades correspondeu a 35,9% da redução total realizada nas despesas do Ministério da Educação, que ficou em R\$ 5,714 bilhões, mostrando que o governo escolheu as verbas destinadas ao ensino superior como o principal alvo do contingenciamento.”²⁴

Ademais, quando considerada a proporção dos cortes de maneira isolada, houve variação entre 12,79% e 52,47% para diferentes instituições, demonstrando a parcialidade no direcionamento do contingenciamento. Assim, o congelamento de verbas se revelou como ferramenta propícia para afetar de maneira distinta as diferentes universidades. Posteriormente, diante de fortes manifestações da sociedade civil contrárias à política, houve recuo do governo com manutenção integral do orçamento.

A política adotada pelo Ministério da Educação brasileiro sob o comando do Ministro Abraham Weintraub é de constante embate com as universidades públicas. No curso do governo que se iniciou em janeiro de 2019, registraram-se reiteradas passagens e entrevistas com acusações por parte da administração executiva, contrárias à gestão universitária, demonstrando irresignação do executivo federal com a autonomia concedida ao ensino superior público brasileiro.²⁵

Em março de 2020, sob ordem do MEC, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior introduziu, mediante Portaria nº 34/20, a alteração nos critérios de distribuição de bolsas para estudantes de pós-graduação, implicando em extensivo corte na ferramenta de custeio para programas avaliados nos extratos inferiores, de nível 3 e 4. Dessa forma, o governo busca se exonerar da responsabili-

²⁴ R. OLIVEIRA, *Corte em universidade chega a 52% da verba*, in *Valor Econômico*, 2019.

²⁵ K. DUNDER, *Weintraub afirma que universidades são "centros de drogas"*, in *R7*, 2019.

dade de promoção e incentivo igualitário, para suprir os déficits constatados, direcionando o orçamento em privilégio de cursos mais bem avaliados.²⁶

Não obstante, os critérios de redistribuição e corte de verbas têm reiteradamente denotado a repartição desproporcional dos ônus não apenas em função da avaliação e prestígio das instituições de ensino, mas, principalmente, em desfavor de áreas do conhecimento e de regiões geográficas específicas. O orçamento é usado, assim, em prol de uma agenda política de perseguição aos grupos vítimas dos ataques da equipe ministerial do governo Bolsonaro, que identifica certas áreas do conhecimento e certas circunscrições geográficas como redutos de pensamento crítico e, portanto, possíveis adversários a serem combatidos.

Não por outra razão, em 23 de abril de 2020, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico publicou edital para ofertar 25 mil bolsas de pesquisa, excluindo cursos de áreas como educação, direito, economia, ciências sociais e filosofia, incluindo apenas as ciências ditas exatas.²⁷ O que se observa por detrás do discurso governamental de escassez de recursos e discricionariedade administrativa na preferência pelo endosso de pesquisas tecnológicas de retorno imediato, é a manutenção de uma perseguição sistêmica contra grupos e campos de pensamento crítico.

O uso do orçamento e da própria ferramenta de vinculação constitucional contemplada na Carta de 1988 por governos brasileiros recentes demonstra a capacidade evidente de subversão da garantia em prol de uma abordagem claramente abusiva.²⁸ Destarte, o governo diz que está formalmente cumprindo a Constituição e empregando verbas necessárias ao custeio da educação pública, entretanto, a forma como o destina e as amarras que busca introduzir demonstram sua preocupação central de tolhimento da autonomia educacional e da capacidade de nutrir um ensino crítico e humanitário.

Tal movimento está intimamente associado ao fenômeno do constitucionalismo abusivo descrito originalmente por David Landau, especi-

²⁶ C. MADEIRO, *Capes altera critérios de bolsas de pesquisas; entidades temem cortes*, in *Portal UOL Educação*, 2020.

²⁷ P. SALDAÑA, *Governo Bolsonaro exclui humanas de edital de bolsas de iniciação científica*, in *Folha de São Paulo*, 2020.

²⁸ S. LEVITSKY e D. ZIBLATT, *Como as democracias morrem*, Rio de Janeiro, 2018.

almente quando demonstra a possibilidade de violação à democracia liberal dentro dos próprios marcos constitucionais.²⁹ Em sentido análogo, Kim Lane Scheppele descreve o mesmo processo usando o termo *democratura*³⁰, para evidenciar a posição de líderes autocráticos³¹ na manipulação dos marcos da democracia em favor de projetos de opressão específicos: “*De um lado, os líderes populares obtêm mandatos por meio de eleições, porém se utilizam do poder, das competências e dos institutos constitucionais para restringir a separação dos poderes, a transparência no trato com a coisa pública e as liberdades constitucionais especialmente de grupos opositoristas, de grupos da sociedade civil, de mecanismos de comunicação social e de coletivos.*”³²

O uso político das ferramentas orçamentárias, principalmente quando afetam a consolidação de garantias constitucionais sociais, podem se inserir na dinâmica autocrática e autoritária de novos governos.³³ Nesse contexto, a construção de um discurso público enfático contrário às universidades públicas e sua autonomia de ensino e gestão busca justamente posicionar os pesquisadores e as pesquisas produzidas no campo crítico das ciências ditas humanas como inimigas.

O governo de Jair Bolsonaro nunca escondeu que, a despeito da discussão formal, seu objetivo último é o de influenciar e direcionar aspectos substantivos do ensino público brasileiro, em todos os níveis, ainda que concentre ataques ao ensino superior. Ilustrativo é o caso da cruzada movida contra a suposta “ideologia de gênero” que predominaria no âmbito da educação pública brasileira, tendo culminado com o

²⁹ D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis Law Review*, 2013, v. 189, n. 47.

³⁰ K. SCHEPPELE, *Worst Practices and the Transnational Legal Order (Or How to Build a Constitutional “Democratorship” in Plain Sight)*, in *Background paper: Wright Lecture*, Toronto, 2016.

³¹ K. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, v. 85, n. 2, 545–583.

³² E. BARBOZA e I. ROBL FILHO, *Constitucionalismo Abusivo*, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, 2019, v. 12, n. 39, 79–97, 85.

³³ Nesse sentido, convém o estudo realizado quanto aos marcos da autocracia evidentes no governo do Presidente Jair Bolsonaro: E. BARBOZA e A. INOMATA, *Constitucionalismo Abusivo e o Ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira*, in L.G.A. CONCI e R. DIAS (org.), *Crise das democracias liberais*, Rio de Janeiro, 2019.

anúncio pelo, em maio de 2020, acerca da propositura de uma nova legislação ao Congresso, buscando proibir tal conduta.³⁴

A situação vivida hoje no Brasil demonstra a importância do constitucionalismo liberal enquanto projeto ativo e militante³⁵ na proteção das garantias constitucionais em seu aspecto material e substantivo. Dessa forma, o crescente uso do argumento de escassez de recursos e de crise econômica, como corolário para a defesa da discricionariedade administrativa na condução de políticas públicas essenciais, ainda que importantes quando se fala de direitos prestacionais, não pode obstar a concretização substantiva das garantias colocadas: *“Embora se saiba, por outro lado, que a simples previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, mas também nas leis, não é suficiente, por si só, para que se possa ter assegurada a sua efetiva fruição, bem como se tenha presente que o fenômeno da escassez não pode ser pura e simplesmente desconsiderado pelo Direito, o fato é que o direito – inclusive o princípio da proibição de retrocesso social – pode ser um fato poderoso para prevenir ou reduzir o impacto da crise, notadamente quando se cuida de assegurar níveis mínimos de igualdade de oportunidades e impor ao Estado obrigações de controle do desperdício, transparência, informação, entre outras. Além disso, é perceptível que a proteção jurídico-constitucional dos direitos sociais, inclusive e em especial na sua condição de direitos a prestações, tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciar o designado “empoderamento” do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e, muitas vezes, mais simbólica.”*³⁶

Ainda que os direitos sociais possam ser facilmente definidos em seu aspecto objetivo formal, enquanto mera disponibilização do serviço público e mediante atenção ao gasto mínimo estabelecido, a sua tutela somente pode ser plena quando associada à dimensão material que lhe é

³⁴ G. MAIA, *Bolsonaro anuncia que vai enviar projeto de lei ao Congresso para proibir 'ideologia de gênero'*, in *O Globo*, 2020.

³⁵ J.W. MÜLLER, *Militant Democracy*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Londres, 2012.

³⁶ I. SARLET, *Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações*, in *Espaço Jurídico Journal of Law*, 2015, v. 16, n. 2, 459–488, 483.

inerente. Isso quer dizer que, ainda que formalmente e procedimentalmente se destinem recursos mínimos à implementação dos direitos sociais, devem ser respeitados os traços constitucionais que impõem balizas de progressividade, equidade e autonomia ao sistema.

O orçamento público é, naturalmente, uma ferramenta indispensável ao gestor na construção de políticas públicas e na implementação de serviços essenciais, tendo obtido atenção especial no ordenamento brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, que buscou redesenhar o quadro ditatorial com maior vinculação e transparência.³⁷ Entretanto, é imperativo o reconhecimento de que, sozinho, o critério formal pode ser facilmente subvertido e convertido em um instrumento ativo à serviço do autoritarismo e da autocracia.

A discricionariedade conferida ao gestor público na implementação de direitos sociais não pode ser erroneamente convertida em uma abstenção de controle material sobre o conteúdo e desenho do sistema implementado. Se a própria Constituição traz exaustivos princípios e diretrizes a nortear a prestação de serviços públicos essenciais, trata-se de um elemento indispensável cuja fiscalização deve ser igualmente assegurada.

Quando se fala em educação pública superior no Brasil, a autonomia de ensino e gestão, bem como a progressividade e isonomia no trato das diferentes instituições e das diferentes áreas do saber, integram a garantia social básica traçada no texto constitucional. A construção de um discurso de oposição e luta contra o saber técnico e crítico revela uma posição autocrática evidente no atual governo do Presidente Jair Bolsonaro, que não pode ser admitida, ainda que busque se esconder por detrás de um aparente cumprimento formal de requisitos colocados na Constituição.

O uso do orçamento público discricionário em detrimento da autonomia universitária e, principalmente, para promover perseguição contra determinados grupos que promovem discussões críticas contrárias aos interesses e políticas governamentais, denota prática de constitucionalismo abusivo e de evidente cunho autocrático. De tal sorte, o contro-

³⁷ C. ABREU e L. CÂMARA, *O orçamento público como instrumento de ação governamental: uma análise de suas redefinições no contexto da formulação de políticas públicas de infraestrutura*, in *Revista de Administração Pública*, 2015, v. 49, n. 1, 73–90.

le e judicialização em matéria de direito social à educação deve compreender a necessidade de superação do marco formal orçamentário, para permitir a promoção de embates compreensivos acerca do conteúdo material mínimo assegurado pelo texto constitucional.

6. *Conclusão*

O presente artigo logrou demonstrar a imbricação natural entre a tutela do direito social à educação pela Constituição brasileira de 1988 e a discussão acerca da sua efetivação, através de embates que se alternam entre a ideia de discricionariedade administrativa na implementação de serviços públicos e a necessária proteção de um núcleo mínimo à garantia colocada no texto constitucional.

A análise devotada ao fenômeno da judicialização da educação dentro da realidade jurídica brasileira evidenciou a inclinação existente ao movimento de simplificação da garantia social à educação, traduzida enquanto aplicação mínima do gasto percentual obrigatório com a manutenção do sistema público educacional. Entretanto, a mesma análise indicou, igualmente, a insuficiência do vetor orçamentário como ferramenta de controle, diante de inúmeras possibilidades de falseamento e alteração ficta dos gastos efetivamente dispensados.

O ponto central do artigo, portanto, residiu na problematização do mecanismo de discricionariedade na gestão orçamentária diante de um quadro atual que aponta para uma manifesta subversão das próprias estruturas constitucionais limitadoras e impositivas em prol de uma agenda política autoritária e autocrática. Nesse contexto, a análise de reiteradas medidas adotadas pelo governo do Presidente Jair Bolsonaro evidenciou a utilização do mecanismo orçamentário discricionário em prol do desmantelamento de garantias substantivas básicas, como a autonomia universitária e a isonomia no trato do saber científico, cuja tutela substantiva também pode ser atribuída à Constituição.

A conclusão, portanto, aponta para a valorização do aspecto substantivo atribuído ao direito social à educação pela Carta brasileira, impondo o exercício de um controle que supere as amarras formais de discricionariedade e vinculação, em prol da preservação dos aspectos materiais mínimos necessários à manutenção de um sistema educacional