

ECCOS

Revista Científica

EccoS revista científica
Centro Universitario Nove de Julho (UNINOVE)
eccos@uninove.br
ISSN (Versión impresa): 1517-1949
BRASIL

2006
Pádua Fernandes
DESVÃOS DO DIREITO E DESVIOS DA EDUCAÇÃO: A JUSTIÇA BRASILEIRA, A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ORÇAMENTO
EccoS revista científica, janeiro-junho, año/vol. 8, número 001
Centro Universitario Nove de Julho (UNINOVE)
São Paulo, Brasil
pp. 133-151

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Universidad Autónoma del Estado de México

<http://redalyc.uaemex.mx>



DESVÍOS DO DIREITO E DESVIOS DA EDUCAÇÃO: A JUSTIÇA BRASILEIRA, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ORÇAMENTO

Pádua Fernandes

paduafernandes@uninove.br,
Uninove. São Paulo – [Brasil]

Apesar de a lei eleitoral brasileira prever a inelegibilidade do administrador público que tiver suas contas recusadas, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) consideram que a rejeição de contas, pelo fato de não se investir o percentual mínimo previsto pela Constituição de 1988 em educação, não enseja essa consequência. Essa jurisprudência, que corresponde a uma forma de produção legal da ilegalidade, evita que haja sanção contra administrador, o que viola a dimensão coletiva do direito à educação, comprometendo o financiamento da educação no Brasil e também os compromissos internacionais do país como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção americana de Direitos Humanos. Direito à educação. Orçamento. Políticas públicas. Produção legal da ilegalidade.

1 Introdução: orçamento e educação nas constituições brasileiras

Na primeira metade do século XX, Vilson Rodrigues Alves Pontes de Miranda (1892-1979), um dos maiores juristas brasileiros, afirmou que a garantia constitucional da educação gratuita correspondia a um importante enriquecimento da “construção constitucional” trazido pelo “direito socialista” (MIRANDA, 1932, p. 379). Esse direito deveria também ser previsto pelos Estados capitalistas: “As constituições do Século XX que não assegurem, como direito irredutível, o direito à subsistência e à educação, serão folhas tênues de papel por sobre os povos: a primeira lufada as rompe, a primeira crise as reduz a poeira.” (MIRANDA, 1932, p. 423).

Entretanto, vale ressaltar que, naquela época, o direito constitucional brasileiro não previa a destinação obrigatória de um percentual mínimo para a educação, que viabilizasse as políticas públicas desse campo, isto é, a dimensão coletiva desse direito. Devido ao caráter oligárquico do sistema político na República Velha, a Constituição de 1891 nem mesmo previa o ensino primário obrigatório gratuito, “[...] dando a cada Estado o direito de um dia decretar, se assim lhe parecer, a abolição da própria gratuidade do ensino primário num país de analfabetos [...]” (ROURE, 1920, p. 278).

A primeira previsão constitucional de vinculação de recursos dos impostos à educação somente surgiu na Constituição de 1934. Seu artigo 156 determinava que a União e os municípios destinassem, no mínimo, 10% ao segmento educacional, enquanto os Estados e o Distrito Federal deveriam reservar 20% para manutenção e desenvolvimento do ensino. A Constituição de 1946 manteve os índices, com exceção dos municípios, que foram obrigados a destinar 20% da receita dos impostos. As Constituições que passaram a vigorar nos períodos autoritários – 1937, 1967 e 1969 –, por serem mais restritivas em relação aos direitos humanos, não previram vinculação do orçamento à educação¹.

¹ No regime militar, buscou-se criar uma vinculação à educação das receitas dos municípios por meio das Leis 5.692, de 1971, e 6.536, de 1978. Segundo Miranda (1987, p. 359): “O pendor dos homens de 1937 e 1964 era para tomada do poder e exercício do poder. Nem sequer prometeram destinação de verbas.” A Constituição de 1969, contudo, previa a aplicação de 20% da “receita tributária municipal” no ensino primário, conforme artigo 15, parágrafo 3, letra “f”. Para o governo federal, não havia previsão semelhante.

Qual era a efetividade dessas previsões? Lembra Luís Pinto Ferreira (1995, p. 107), em comentário à Constituição de 1988, que, embora datasse de “[...] longo tempo [...]” a vinculação de um percentual mínimo à educação, “[...] sempre foi um malogro [...]”. A Constituição de 1946 não trazia sanção contra o descumprimento dessa vinculação (BRASIL. Consultoria Geral da República, 1984). Sob a égide da Constituição de 1969, pela falta de instrumentos que pudessem garantir o direito à educação, ele era um “[...] direito público subjetivo inadimplido [...]” (NASCIMENTO, 1991, p. 75).

No fim da ditadura militar, a Constituição de 1969 foi, contudo, alterada, por meio da Emenda Constitucional (EMC) 24, que ficou conhecida como Emenda Calmon e passou a prever 13% para a União e 25% para estados, Distrito Federal e municípios. O Poder Executivo federal não se dignou, prontamente, a cumprir a nova norma constitucional, tanto que, em 1984, o índice foi de apenas 8,5% (CASTRO, 1998). A Constituição de 1988, no artigo 6, considerou o direito à educação como direito social e, no artigo 208, determinou que o ensino fundamental é um dever do Estado e, portanto, obrigatório e gratuito. Segundo o parágrafo 1 desse artigo, “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo [...]”, o que representa a dimensão individual do acesso à educação: com esse fundamento, a negativa de matrícula em escola pública pode ser eficazmente combatida judicialmente pelo prejudicado. Também foi prevista a dimensão coletiva do direito à educação, o que se visa garantir com a previsão de vinculação mínima de recursos da receita dos impostos à educação. Segundo o artigo 212, a União deve aplicar no mínimo 18%, o os estados, Distrito Federal e municípios, 25% “da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. A violação dessa dimensão coletiva, com o não-atendimento do percentual mínimo de vinculação orçamentária previsto constitucionalmente, deve gerar dois tipos de punição: a responsabilidade das autoridades infratoras, “[...] que vêm a ser, em primeiro lugar, os titulares dos poderes Executivos (presidente da república, governa-

2 A EMC 29 incluiu entre as hipóteses de intervenção o descumprimento do mínimo exigido para a saúde.

dores de estado e prefeitos)” (CASTRO, 1998, p. 87). Por sinal, o parágrafo 2 do artigo 208 da Constituição prevê que “O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. O segundo tipo de punição, que não se aplica à União, é a intervenção da União no Estado (artigo 34, inciso II, letra “e”, introduzido pela EMC 14) e do Estado no município, conforme artigo 35, inciso III (BRASIL, 1988a, 1988b)². A responsabilidade das autoridades infratoras reflete-se sobre os seus direitos políticos, de acordo com a legislação eleitoral brasileira.

2 O direito eleitoral brasileiro e a rejeição de contas do administrador público: a exceção para a educação, criada pela justiça brasileira

A Lei complementar (LCP) 64 (BRASIL, 1990), artigo 1, inciso I, letra “g”, que prevê as hipóteses de inelegibilidade, dispõe que são inelegíveis para qualquer cargo

[...] os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes, contados a partir da data da decisão [...]

Não é freqüente que contas do Executivo sejam rejeitadas, tendo em vista o julgamento dos Tribunais de Contas (TCs) e do Legislativo priorizar mais o aspecto político do que o técnico. Apenas em determinadas conjunções políticas em que o Executivo não consiga maioria no Legislativo, o ad-

ministrador faltoso tem suas contas rejeitadas. É o que ocorreu com o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que recorreu ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) contra decisão que indeferiu a candidatura de Bruno João Patelli a prefeito de Campo Limpo Paulista (SP). Em 1989, ele teve rejeitadas suas contas do exercício de 1986, quando ocupava o cargo de prefeito, por não ter aplicado 25% das receitas de impostos na manutenção e no desenvolvimento do ensino.

Tratou-se do Recurso Eleitoral 10.138-SP (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 1992a). O relator, ministro Torquato Jardim, em seu voto, foi favorável à decisão de inelegibilidade:

Não me parece desprezível que a rejeição das contas seja pela não aplicação do percentual, constitucionalmente obrigatório, em educação, como o entende o Ministério Público Eleitoral, para afastar a inelegibilidade.

A letra g não permite distinguir a destinação da verba pública malversada para se fazer incidir ou não a inelegibilidade. [grifo do autor].

De fato, a lei de inelegibilidades menciona tão-somente a decisão irrecorrível, que havia ocorrido, e a rejeição das contas por irregularidade insanável. Como o ano orçamentário não pode mais voltar (afinal, é característica natural da não-retroação do tempo), não podem mais ser desfeitos os prejuízos que, naquele ano escolar, sofreram os alunos e os profissionais de ensino³, entre outras conseqüências. O Ministério Público assumiu outra posição. Aristides Junqueira Alvarenga, então procurador-geral eleitoral, afirmou em seu parecer:

Merece provimento o recurso, uma vez que nos autos a notícia das irregularidades restringe-se a fatos que não implicam improbidade.

3 Entre os efeitos possíveis de um financiamento precário da educação, pode-se apontar o aumento da taxa de distorção entre idade e série, que mede o atraso escolar. No Brasil, o percentual de alunos que está em atraso, no ensino fundamental, é de 33,9% e, no ensino médio, de 49,3% (BRASIL. Ministério da Educação, 2004).

Com efeito, a única notícia existente, nos autos, é a de que as contas foram rejeitadas “unicamente por ter aquele órgão entendido que a Prefeitura não aplicou no ensino os 25% do montante arrecadado com impostos próprios e impostos transferidos [...]” (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 1992a).

No julgamento, o relator foi vencido. Sepúlveda Pertence, um dos ministros que discordou do voto do relator, sustentou que

Esse déficit de aplicação do mínimo constitucional em determinada atividade governamental, não denota, em nenhum dos seus caracteres, nem nos mais largos critérios do Tribunal, o conceito de improbidade ou de abuso do exercício do cargo público que está à base da inelegibilidade. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 1992a).

O argumento, compartilhado pelos outros ministros, exceto José Cândido, que acompanhou o relator, merece uma breve análise, pois, segundo eles, deve-se lembrar que não se trata de simples “determinada atividade governamental”; mas daquela que era considerada, à época, a única exceção entre as políticas públicas: a proibição de vinculação de receitas, prevista no artigo 167 da Constituição.

O abuso de poder tem previsão legal distinta: trata-se das letras “d” e “h” do inciso I do artigo 1 da LCP 64. A letra “e” é que se refere aos crimes contra a administração e patrimônio públicos. A letra “g”, que prevê a inelegibilidade em razão da rejeição de contas, corresponde a uma outra hipótese de inelegibilidade, que não deve ser confundida com as demais, muito menos exigir, como o fez, que a rejeição de contas só gerasse conseqüências sobre os direitos políticos do administrador público se, simultaneamente, ocorressem

outras situações de inelegibilidade. A orientação dada pelo TSE, portanto, correspondeu, na prática, a uma revogação desse dispositivo legal.

No Recurso Eleitoral 10.266-SP (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 1992b), julgado dias depois, em que Walter Santana Menk, candidato a prefeito de Cananéia (SP) pelo Partido Social Democrático (PSD) foi recorrente, essa mesma questão foi examinada. O ministro Torquato Jardim resolveu alertar, sem sucesso, para possíveis conseqüências nefastas dessa jurisprudência:

Ressalvo meu entendimento de que a desobediência a norma constitucional, auto-aplicável da declaratória de princípio, deve sempre ter conseqüência no campo do direito positivo.

Ao não conferir efeito, no âmbito do direito eleitoral, ao descumprimento de norma constitucional auto-aplicável e evidente em si mesma, no que tange a utilização de dinheiros públicos, o egrégio Tribunal, com as devidas vênias à maioria que nele já se compôs, ensejará conseqüências imprevisíveis ao erário municipal e, particularmente, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento do Recurso Extraordinário 160.432-8-SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1993), teve a oportunidade de apreciar-lhe o mérito. Verificou que havia sido impugnada a candidatura de José de Nadai, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), para prefeito de Sumaré (SP), porque teve rejeitadas as contas de sua última gestão à frente da prefeitura devido, tão-somente (para usar a expressão do ministro Celso de Melo) “[...] à inobservância do percentual mínimo garantido ao Ensino [...]” na sua última gestão, também na prefeitura da mesma cidade, em 1986. O relator, Celso de Mello, manifestou-se favoravelmente à jurisprudência do TSE, observando que “[...] a falta de aplicação de um percentual mínimo no ensino público não se sub-

sume à noção de irregularidade insanável, apta a afetar, nos termos da LCP 64, quando rejeitadas as contas do administrador por órgão competente, a capacidade eleitoral passiva do cidadão”.

Não haveria, segundo o ministro, ofensa direta à Constituição, pois todo o problema se daria em plano infraconstitucional: na interpretação da LCP 64. Portanto, a única sanção aplicável por violação do percentual mínimo seria, no caso, a “[...] possibilidade de intervenção estadual nos municípios [...]”, conforme artigo 35, inciso III (BRASIL, 1988a, 1988b).

É surpreendente que seja referendada pelo tribunal constitucional brasileiro a posição de que não é grave o descumprimento da vinculação constitucional de receita prevista na Constituição. Trata-se de uma postura estreitamente formalista, pois ignora que, no mundo dos fatos, tal interpretação permitirá mais violações ao referido artigo 212.

A jurisprudência do TSE, confirmada pelo STF, corresponde a uma perversão do sistema criado pela Constituição, principalmente, se for levado em consideração que a última medida de proteção, e mais drástica, ao direito à educação – a intervenção – é praticamente a única. Clarice Seixas Duarte lembra que

Havendo outros meios de coerção, como a via judicial, a via política (Câmara dos Vereadores) e o controle externo do TC, estes devem ser utilizados em primeiro lugar, sem prejuízo de, num segundo momento, em caso de condenação, utilizar-se a outra modalidade de intervenção [...]⁴ (DUARTE, 2003, p. 296).

O TSE, a partir da jurisprudência do STF, ratificou seu entendimento de que não havia responsabilidade do administrador nesses casos. No Recurso Eleitoral Especial 13.203-SE (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral, 1996), o relator Francisco Rezek adotou como motivação para o seu voto o parecer do Ministério Público no referido julgamento do STF, segundo o qual:

4 A intervenção nos Estados, medida de natureza política, ainda não ocorreu desde a Constituição de 1988, apesar dos vários pedidos. A Constituição dificultou-a, e impediu que haja EMCs durante intervenções (artigo 60, parágrafo 1) – não há momento em que não esteja sendo discutida ou votada EMC.

[...] a responsabilidade em tal hipótese, é do município e não do prefeito municipal individualmente. Isto porque a aplicação de recursos é um ato complexo⁵ do qual participam Legislativo e Executivo, por envolver a previsão de verba, matéria de lei, e a execução orçamentária, ato do prefeito.

Ora, é perfeitamente possível identificar a responsabilidade do prefeito quando, na execução do orçamento, não considera a vinculação constitucional, controlada pelos TCs. Essa jurisprudência, em verdade, revoga parte da lei das inelegibilidades e apóia, por meio dos próprios tribunais, a ilegalidade da conduta desses administradores.

Contra a lei orçamentária da União, já se tentou a ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria Geral da República, no caso da Lei 8.175, relativa ao exercício de 1991. A lei desrespeitaria o disposto no artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que, à época, previa que ao menos 50% das receitas vinculadas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino deveriam ser usadas para “[...] eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental [...]” nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição. Esse artigo, alterado pela EMC 14, de 1996, jamais foi cumprido pela União que tem seus gastos concentrados no ensino superior.

Enquanto essa previsão era vigente, tentou-se assegurar seu cumprimento por meio de ação direta de inconstitucionalidade. A ação, de número 535, foi julgada prejudicada em 1994, pois a lei de 1991 – anual – obviamente, não estava mais em vigor⁶. Tendo em vista a falta de celeridade do Judiciário nacional, esse tipo de ação jamais será apreciado, pois inexistem recursos efetivos contra esse problema no direito brasileiro.

Se a dimensão individual do direito à educação é, em geral, preservada pela Justiça brasileira⁷, a coletiva perde os seus meios jurídicos de controle – o que, por óbvio, inelutavelmente compromete ambas.

5 O ato complexo é um ato administrativo que depende da manifestação de vontade de mais de um agente público.

6 Como a lei orçamentária é anual, em 1994 a lei que estava em vigor era a de 1994, e não mais a de 1991. Já que a antiga lei não estava mais em vigor, o STF considerou que a ação havia perdido o objeto.

7 Há decisões que determinam que o município proporcione até mesmo matrícula em pré-escola (ou seja, o dever constitucional não engloba só o ensino fundamental). O Ministro Marco Aurélio decidiu, como relator no Recurso extraordinário 411.518-2-SP (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004), que o município de Santo André (SP) deveria fazer a matrícula de menores em creche, tendo em vista o disposto no artigo 208, inciso IV da Constituição: é dever do Estado o “[...] atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade [...]”

3 A produção da ilegalidade no campo das políticas educacionais

Na década de 1990, o TC da União pôde constatar que se tornaram rotineiras a manipulação contábil e a violação da vinculação constitucional. Muitos programas classificados como de manutenção e desenvolvimento do ensino, na verdade, deveriam estar sob outra rubrica, como “defesa terrestre” (CASTRO, 1998, p. 87-91). O TC da União pôde verificar a metodologia equivocada do Executivo:

A evolução dos gastos da União em educação mostra que as despesas federais com a manutenção e o desenvolvimento do ensino diminuíram de 6,7 bilhões de reais em 1996 para 5,3 bilhões de reais em 1999, a preços correntes. Nesse mesmo quadriênio as receitas de impostos aumentaram de 53 bilhões para 73,7 bilhões de reais, conforme demonstrativos do Balanço Geral da União reproduzidos no subitem 6.9.2., enquanto a receita de contribuições cresceu 34,4 bilhões de reais.

[...]

Além dessa diminuição de 1,4 bilhão de reais, a interpretação do parágrafo 6, do artigo 60, do ADCT, dispositivo que trata da alocação de recursos orçamentários para a erradicação do analfabetismo e o desenvolvimento do ensino fundamental, pelo Executivo, traduziu-se numa metodologia de cálculo indevida e que diminuiu os valores a serem alocados a essas ações, conforme reiteradamente assinalado nas contas do Governo. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2000, p. 329-330).

Segundo o TCU, no exercício de 2002 a vinculação constitucional foi cumprida pelo governo federal (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2003,

p. 466), o que ocorreu também em 2003, com aplicação de 35% da receita líquida de impostos (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2004). Todavia, paralelamente a esse quadro, houve declínio da participação dos impostos nas receitas da União e aumento das contribuições sociais, cujas receitas não são vinculadas à educação, além da desvinculação das receitas (por meio de EMC), com o índice de vinte por cento, o que levou a educação a perder 3,6 bilhões de reais em 2003 (BRASIL. Ministério da Educação, s/d., p. 119)⁸.

A ilegalidade nas políticas públicas do Executivo, crônica na área da educação, persistiu na questão do financiamento do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), previsto na Lei 9.424⁹, de acordo com a EMC 14:

Ressalte-se que o valor mínimo nacional do custo por aluno, previsto no artigo 6 da Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996, que deveria servir de base para a complementação da União aos recursos do Fundef, não corresponde ainda ao custo do padrão mínimo de qualidade de ensino, na forma definida por dispositivos da Constituição, do ADCT e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2004, p. 491).

A média nacional também foi subestimada pelo governo Luiz Inácio Lula da Silva, de 2003 a 2005, repetindo a política adotada pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, o que levou o Partido dos Trabalhadores (PT) a abandonar as críticas que vinha fazendo antes de chegar ao poder (DAVIES, 2004).

A situação da fiscalização contábil das contas públicas em nível estadual e municipal é ainda mais grave, em decorrência da baixa confiabilidade técnica e institucional dos TCS; uma das manobras contábeis consiste em empenhar uma determinada verba para manutenção e desenvolvimento

⁸ Isso ocorre por meio de novas previsões do ADCT, cujo artigo 76 desvincula “[...] no período de 2003 a 2007 [...]”, “[...] vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.” As disposições constitucionais transitórias tornaram-se um instrumento permanente de violação do corpo principal da Constituição.

⁹ A EMC 14 modificou o artigo 60 do ADCT para prever que “Nos dez primeiros anos da promulgação desta EMC, os Estados, o Distrito Federal e os municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o *caput* do artigo 212 da Constituição, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério”. O Fundef, instrumento de redução das desigualdades regionais, dura até 2006. A Lei 9.424 criou um sistema pelo qual o governo federal calcula a média nacional de gasto por aluno no ensino fundamental e complementa esse valor quando o Estado da Federação está abaixo da média. Essa complementação teve início em 1998, e desde então, o governo federal tem subestimado a média.

do ensino, enquadrando-a como restos a pagar e, no exercício seguinte, simplesmente cancelá-la. Davies (2004) cita, como exemplo, o governo do Estado do Rio de Janeiro durante a gestão do governador Marcello Alencar, do PSDB, que usou esse expediente em 1996, quando destinou 1,4 bilhão de reais para cancelar 750 milhões de reais no exercício seguinte. O TC do Estado aprovou as contas sem nem mesmo mencionar – ou talvez notar – a manobra e se manteve inerte, assim como o Ministério Público, diante das denúncias a respeito.

A orientação do Judiciário brasileiro é de impedir, pelo uso da lei federal, a efetividade do princípio constitucional. Não se trata apenas de irracionalidade; ocorre uma forma de produção legal da ilegalidade por meio da subversão dos princípios constitucionais.

Esse tipo de prática da ilegalidade já havia sido verificada por Marx (1848), na célebre análise da Constituição francesa de 4 de novembro de 1848. A letra da Constituição, aludindo a “direitos democráticos”, era negada pela lei eleitoral, que restringia o exercício dos direitos políticos com o voto censitário, excluindo as classes trabalhadoras da participação política. Desta forma Marx refere-se aos “detalhes” legais que negam os princípios constitucionais:

As eternas contradições deste absurdo de uma Constituição mostram de forma suficientemente clara que, embora a burguesia em palavras possa ser democrática, mas não em suas ações, ela reconhecerá a verdade de um princípio, mas nunca o implementará – e a verdadeira “constituição” francesa não se encontra na Carta, que nós interpretamos, e sim nas leis orgânicas promulgadas acima do fundamento constitucional, as quais nós brevemente esboçamos ao leitor. Os princípios estavam à mão – os detalhes foram deixados para o futuro, e com esses detalhes a descarada tirania foi de novo erguida como lei! (MARX, 1848, tradução nossa).

No problema deste artigo, ocorre algo um pouco diverso: a lei não viola a Constituição, e sim a jurisprudência, que descumpre também compromissos internacionais do Brasil.

4 Proteção internacional dos direitos sociais: o direito à educação e o Pacto de São José da Costa Rica

O Direito Internacional, influenciado, nesta questão específica, pelos Estados socialistas, contribuiu para conferir uma dimensão coletiva ao direito à educação. Ele foi previsto, entre compromissos firmados pelo Brasil, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. Deve ser implementado progressivamente pelos Estados, de acordo com o artigo 2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse tipo de implementação é também prevista no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou no Pacto de São José da Costa Rica – principal tratado internacional de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), concluído em 1969.

O Direito Internacional defende que o direito à educação não deve limitar-se apenas a uma garantia individual, mas beneficiar toda a coletividade e; por isso, deve ser garantido por políticas públicas. O orçamento público deve prever a educação como prioridade. E é no exame da execução orçamentária, lembra Kumar (2004, p. 260), que se pode verificar se o Estado violou o direito à educação, tal como internacionalmente previsto, e se uma eventual alegação de escassez de recursos é verdadeira.

Os direitos econômicos sociais e culturais, embora sejam objeto de fiscalização internacional (como da Organização Internacional do Trabalho e do Comitê do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), normal-

10 Apesar da *Declaração e Programa de Ação de Viena*, de 1993, sobre a unidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, há diferenças de natureza entre eles (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003).

mente possuem mecanismos de proteção mais fracos¹⁰, como o sistema de envio de relatórios adotado pelo Conselho da Europa, no sistema europeu de proteção aos direitos humanos.

A OEA aprovou, em 1988, o Protocolo de San Salvador (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2003b), que se destina a proteger os direitos econômicos, sociais e culturais que não são objeto do Pacto de São José da Costa Rica. A Corte Interamericana não tem competência para julgar as violações do Protocolo de San Salvador, que são controladas por meio de um sistema de envio de “[...] relatórios periódicos sobre as medidas progressivas [...]” (artigo 19), com duas exceções previstas no parágrafo 6 do artigo 19, contudo: violação do artigo 8º, parágrafo 1º, letra a) (“[...] direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses [...]”) e 13 – justamente o direito à educação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já possui jurisprudência sobre direitos econômicos, sociais e culturais com base tão-somente na Convenção Americana, cujo artigo 26 prevê a progressividade desses direitos. Trata-se do caso dos *Cinco Aposentados contra o Peru* (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2003a):

147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual quanto coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, se deve medir, segundo o critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à seguridade social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social [...]

Como a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais refere-se à dimensão coletiva e não à individual, não seria possível apreciá-la em demanda estritamente individual. Entretanto, esse precedente é importante porque admite a possibilidade de a Corte avaliar as políticas públicas de um Estado-membro¹¹ no tocante à progressividade, prevista no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Esse procedimento não é cumprido quando o Estado deixa de assegurar o mínimo orçamentário para a educação – conduta contra qual não cabem sanções efetivas, devido à justiça brasileira.

5 À guisa de conclusão: desafios do controle das políticas públicas

O controle judicial das políticas públicas envolve questões de justiça distributiva, isto é, de repartição das riquezas sociais, do uso dos recursos públicos para a promoção da igualdade; por essa razão, Lopes lembra que esse campo é de conflitos multilaterais – e não bilaterais –, e o Judiciário torna-se instância de “[...] negociação ou mediação [...]”, em que “[...] a forma tradicional de adjudicação é menos eficaz [...]” (LOPES, 2001, p. 82). A “[...] solução natural [...]” desse campo se dá por meio de política pública (LOPES, 1994, p. 24).

Outro desafio é a avaliação da política pública, por corresponder, segundo Comparato (1998, p. 45), a “[...] uma atividade, isto é, a um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, “unificada pela sua finalidade”. Essas normas e atos podem conformar-se por si mesmas, às normas orientadoras de ação, embora a própria política pública, enquanto conjunto viole seus objetivos. Comparato (1998) entende ser necessária, no Brasil, uma EMC que permitisse uma demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas com efeito desconstitutivo e tam-

11 Esse tipo de controle já ocorre: o sistema arbitral de soluções de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, pode avaliar a conformidade de uma política, por exemplo, de incentivo aos produtores nacionais, em relação aos tratados constitutivos dessa Organização. O Direito Internacional Ambiental também diz respeito diretamente às políticas públicas, como a política econômica e industrial.

bém, de acordo com o caso, injuntivo ou mandamental. Nesse ponto, deve-se reconhecer que haveria dificuldade de o Judiciário analisar tecnicamente as políticas públicas e os problemas de planejamento, questões a que esse poder não está habituado.

Ademais, o controle por meio de órgãos internacionais, notadamente, também oferece limites à pressão política dos Estados sobre esses órgãos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, recuou diante das pressões do Estado brasileiro, no caso do massacre do Carandiru (CAVALLARO, 2002, p. 491).

Contudo, o controle social das políticas públicas deve ser tentado, como necessário, para que haja justiça distributiva e prática democrática. Nessa tentativa, não se deve descuidar das possibilidades oferecidas pelos órgãos internacionais, dada a cultura jurídica autoritária sobrevivente no Judiciário brasileiro.

MISUNDERSTANDING THE LAW, MISAPPROPRIATION OF PUBLIC EDUCATION: BRAZILIAN JUDICIARY, FEDERAL CONSTITUTION AND THE BUDGET

Although Brazilian electoral law determines the ineligibility of the public administrator whose accounts are refused, the Supreme Federal Court and the Electoral Superior Court consider that the rejection of accounts due to breaking of the minimum percentage that the Federal Constitution provides to public education do not entail this consequence. This jurisprudence, that corresponds to a form of legal production of illegality, removes this possibility of sanction for the administrator and violates the collective dimension of the right to education, compromising the financing of the education in Brazil, and also international commitments such as the American Convention of Human Rights.

KEY WORDS: American convention of Human Rights. Budget. Legal production of illegality. Public policies. Right to education.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto original. Brasília: 5 out. 1988a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto original compilado. Brasília: 5 out. 1988b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2006.

BRASIL. Consultoria Geral da República. Ensino – receita vinculada – Emenda constitucional nº 24/83. Parecer assinado por Ronaldo Rebello de Britto Poletti. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 158, p. 279-289, out./dez. 1984.

BRASIL. *Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília: 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp64.htm>>. Acesso em: 2 maio 2006.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Relatório do grupo de trabalho sobre financiamento da educação*. Brasília: s/d. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br>>. Acesso em: 28 dez. 2004.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Informativo Inep*, Brasília, ano 2, n. 42, 8 jun. 2004b. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 160.432-8-SP*. Relator: Celso de Melo. Julgamento em 26 out. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 411.518-2-SP*. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 3 mar. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da república: exercício de 1999*. TCU, 2000. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 2 maio 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do governo da república: exercício de 2002*. TCU, 2003. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 2 maio 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório e pareceres prévios sobre as contas do governo da república: exercício de 2003*. TCU, 2004. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 2 maio 2006.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso eleitoral nº 10.138-SP*. Relator: Torquato Jardim. Julgamento em: 17 set. 1992a.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso eleitoral nº 10.266-SP*. Relator: Torquato Jardim. Julgamento em: 18 set. 1992b.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso especial eleitoral nº 13.203-SE*. Relator: Francisco Rezek. Julgamento em: 27 nov. 1996.

CASTRO, M. L. O. *A educação na Constituição de 1988 e a LDB*. 1. ed. Brasília: André Quicé, 1998.

CAVALLARO, J. Toward fair play. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, p. 481-492, outono 2002.

COMPARATO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, p. 39-48, 1998.

DAVIES, N. O financiamento da educação e seus desafios. *EccoS – Revista Científica*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 46-63, jan./jun. 2004.

DUARTE, C. S. *O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2003. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

FERREIRA, L. P. *Comentários à constituição brasileira*. Vol. VII. São Paulo: Saraiva, 1995.

LOPES, J. R. de L. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 22-33, mar./maio 1994.

LOPES, J. R. de L. Os juízes e a realização dos Direitos Humanos: alguns problemas teórico-jurídicos e político-sociológicos em países de economia periférica. *Justiça e Democracia*, Cotia, n. 4, p. 79-86, 2001

MARX, K. *Die Konstitution der Französischen Republik, angenommen am 4. November 1848*. Disponível em: <http://www.mlwerke.de/me/meo7/meo7_494.htm>. Acesso em: 10 dez. 2004.

MIRANDA, V. R. A. P. de. *Comentários à Constituição de 1967*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 6.

MIRANDA, V. R. A. P. de. *Os fundamentos actuaes do Direito Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Empresa de Publicações Técnicas, 1932.

NASCIMENTO, T. M. C. do. *A ordem social e a Nova Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) In: MAZZUOLI, V. de O. (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 408-432.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cinco aposentados contra o Peru*. Julgamento em: 28 fev. 2003a.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Protocolo de San Salvador (1988) In: MAZZUOLI, V. de O. (Org.). *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003b. p. 534-540.

ROURE, A. de. *A constituinte republicana*. 1. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1920. v. 1.

Recebido em: 2 maio 2006 / Aprovado em: 15 jun. 2006

Para referenciar este texto

FERNANDES, P. Desvãos do direito e desvios da educação: a justiça brasileira, a Constituição Federal e o orçamento. *EccoS – Revista Científica*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 133-151, jan./jun. 2006.