

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Vivian de Almeida Gregori Torres, Bernardo Leandro Carvalho Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-031-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Em Brasília-DF, um local central para observar as relações entre Direito e Política, o Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II coordenado pelos professores Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS) e Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT) recebeu uma série de relevantes trabalhos para apresentação ao longo do dia 27 de novembro de 2024.

As apresentações começaram com o artigo “DEMOCRACIA AMBIENTAL: A IMPORTÂNCIA DA RATIFICAÇÃO DO ACORDO DE ESCAZÚ PARA A EXPANSÃO DE UMA GESTÃO AMBIENTAL DEMOCRÁTICA NO BRASIL”

Neste artigo, Thaís Silva Alves Galvão e Raquel Cavalcanti Ramos Machado, partindo de aproximações entre a teoria democrática de Robert Dahl e o Direito Internacional propõe a observação de uma democracia ambiental para o Brasil.

Essa proposta inclui, por exemplo, a tomada de participação de povos indígenas na tomada de decisões que versem sobre interesses sobre os seus territórios.

O trabalho defende a ratificação do Tratado de Escazú no Brasil.

Apesar de não ter sido ratificado pelo Brasil, o Tratado já foi mencionado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como argumento para a análise da constitucionalidade de decretos presidenciais.

O trabalho, portanto, defende não apenas a ratificação, mas também a inclusão dos pressupostos do referido tratado

Na sequência, foi apresentado o trabalho “A CRÍTICA DE JEREMY WALDRON AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APLICABILIDADE À ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA”

Neste artigo, os autores Edson Barbosa de Miranda Netto e Mariana Barbosa Cirne utilizam a teoria de Jeremy Waldron para debater o controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo volta à atual crise democrática no Brasil.

O artigo volta sua atenção às possibilidades de aplicação dessa teoria estrangeira no Brasil.

As observações também são voltadas à crítica de uma suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que os juízes não são eleitos.

Coloca, para essa análise, as 04 (quatro) condições que devem estar presentes para Jeremy Waldron, em seu propósito de controle de constitucionalidade, buscando questionar as possibilidades de presença dessas condições no Brasil.

A apresentação foi seguida da pesquisa “A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X LIBERDADE DE EXPRESSÃO”

Neste artigo, Luciana de Aboim Machado e Lídia Cristina dos Santos fazem um levantamento acerca das principais doutrinas que versam sobre a dignidade humana, passando de Kant aos contemporâneos, aproximando esse arcabouço teórico das práticas de mediação- destacando a relevante obra de Luís Alberto Warat - defendendo sua relevância para resolver conflitos envolvendo as fake News.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o artigo “CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS PODERES: UMA ABORDAGEM ANALÍTICA SOBRE AS TENSÕES E LIMITES ENTRE LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL”

Neste artigo, Gustavo Araujo Vilas Boas procura analisar as funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, analisando-as a partir de casos práticos da democracia brasileira.

Desse modo, parte da teoria da tripartição de Montesquieu e busca analisá-la com os casos práticos trazidos ao artigo.

Utiliza as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente: a decisão sobre a equiparação entre os delitos de homofobia e racismo; a decisão sobre a possibilidade de uso medicinal da cannabis para fins terapêuticos; e o julgamento sobre o marco temporal na demarcação de terras indígenas.

Com exemplos práticos, portanto, traz casos práticos de tensões entre os poderes no Brasil para análise na pesquisa.

O artigo subsequente foi “DEMOCRACIA 4.0: AS REDES SOCIAIS COMO ARENA DO PODER”

Neste trabalho, Rafael Martins Santos repensa o exercício dos direitos fundamentais no Século XXI, evidenciando a transição do acesso ao direito, destacando a importância de se pensar a participação e representação do poder a partir das plataformas de rede social.

Destaca, nesse trabalho, a importância que a Tv Justiça protagonizou com a publicidades dos julgamentos do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que destacou o impacto de maior monta das plataformas de rede social com esse propósito.

Elenca casos de manifestação nas plataformas de rede social que pressionaram os poderes da República, destacando a relevância desses espaços virtuais.

Na ordem das apresentações, passou-se a apresentar o trabalho “A (I)LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA EM INOVAR NORMATIVAMENTE ANTE À INÉRCIA DO PARLAMENTO: RISCO À VIOLAÇÃO À SUPREMACIA DOS PODERES”

Neste trabalho, Eid Badr, Ana Maria Bezerra Pinheiro e Diana Sales Pivetta questionam se há um risco da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando decide com base no argumento da inércia do parlamento.

O artigo elenca diferentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para analisar o limite de atuação do Poder Judiciário em respeito à separação dos poderes.

Na sequência, foi apresentada a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL: DA SÚMULA VINCULANTE ÀS DEMANDAS REPETITIVAS”

Neste trabalho, Carolina Mendes, Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque e José Henrique Mouta Araújo questionam a própria essência do sistema jurídico brasileiro, com declarada vinculação ao sistema jurídico da civil law, a partir da adoção da ideia de precedentes no Brasil, momento em que o Brasil, na análise dos autores, passa a ter traços de vínculos com o próprio sistema jurídico da common law.

Utilizando a obra de Dworkin, analisa a utilização da ideia de precedentes no Brasil, sobretudo a partir do viés da integridade do Direito.

Passa com esse propósito, por dispositivos do Código de Processo Civil e da Constituição Federal Brasileira, aliando esses elementos positivados com a prática dos tribunais.

O debate subsequente envolveu o artigo “CONSTITUCIONALISMO FEMINISTA, O CONTRATO SEXUAL E A OCUPAÇÃO FEMININA DOS ESPAÇOS POLÍTICOS NO BRASIL”

Neste artigo, Christine Oliveira Peter da Silva não busca uma leitura feminista da Constituição, mas sim a refundação do Direito Constitucional a partir da teoria das excluídas.

Para tal, pela perspectiva das mulheres, questiona a presença de mulheres no Direito Constitucional, apresentando um ideal de representatividade feminina no Direito Constitucional.

O artigo revisita teorias contratualistas clássicas, buscando uma revisão a partir das propostas do constitucionalismo feminista.

O artigo subsequente apresentado foi “CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE OS 20 ANOS DE EXISTÊNCIA”

Neste trabalho, Fernando Oliveira Samuel faz uma análise do protagonismo do Poder Judiciário a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), destacando casos paradigmáticos, sobretudo: ADI nº 3367, que versou sobre a discussão sobre a separação dos poderes, que discutia a atuação do CNJ.

Ao longo do artigo, analisa as mais de 600 (seiscentas) resoluções do CNJ que invadem competência que não seriam propriamente do Poder Judiciário.

O trabalho, portanto, busca destacar a tensão no aspecto da separação dos poderes no tocante à edição de resoluções do CNJ.

Na sequência, passou-se à apresentação da pesquisa “AUSTERIDADE: A POLÍTICA FISCAL BRASILEIRA COMO EXPRESSÃO DA CONTRADIÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO”

Neste trabalho, Maria Júlia de Castro e Sousa, Vinícius Henrique de Oliveira e José Duarte Neto analisam as políticas fiscais brasileiras, verificando se suas tendências neoliberais são compatíveis com o Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição Federal de 1988.

O trabalho da sequência foi o denominado “A TEORIA PURA DO DIREITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DE UMA JURISTOCRACIA”

Neste artigo, José Ernesto Pimental Filho, Eduardo Mateus Ramos de Moura e Gleydson Thiago de Lira Paes abordam o trabalho de Hans Kelsen a partir da ótica da “juristocracia”, defendendo a utilização de correntes históricas nessa observação.

Na sequência, o artigo apresentado foi “A CONFIANÇA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNO. REQUISITO PARA REDUÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO”.

Neste trabalho, Farley Soares Menezes utiliza a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sobretudo sua conceituação de confiança, para observar o Direito Constitucional Pós-Moderno.

Para tal, traça elementos gerais do pensamento sistêmico que podem ser usuais para a redução da complexidade e a formação da confiança no Sistema do Direito.

Elenca, para tal, casos práticos do Direito Tributário, aplicando a eles o arcabouço teórico da Teoria dos Sistemas.

Dando sequência aos trabalhos, foi apresentado o trabalho “A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O DIREITO À CULTURA E O DIREITO AO SOSSEGO E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: UM ESTUDO DO CASO “AARAIAL PERTINHO DE VOCÊ”

Neste artigo, a partir de um caso prático, Márcia Haydée Porto de Carvalho e Cláudio Santos Barros analisam a definição de princípios de Robert Alexy, sustentando a necessidade de haver um maior rigor técnico na aplicação de teorias importadas de outras culturas jurídicas.

No debate, após Alexy, mencionam as teorias de Hart e Dworkin, analisando suas diferenças no âmbito teórico, bem como sustentando como elas podem ser aplicadas em casos práticos.

O pleno exercício dos direitos culturais e o meio ambiente economicamente equilibrado são os dois princípios colocados em análise sobre suposta colisão no trabalho analisado.

Seguindo a ordem dos trabalhos, foi apresentado o artigo “A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O PAPEL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ATUALIDADE”

Neste trabalho, Davi Niemann Ottoni, Matheus Oliveira Maia e Gabriel Gomes da Luz abordam a problemática da judicialização da política. Para tal, conceituam o Estado Democrático de Direito, elencando os principais documentos históricos que serviram para sua fundação e sedimentação. Traçam também linhas gerais sobre a dignidade humana e o controle de constitucionalidade, destacando sua relevância para os sistemas democráticos.

As apresentações continuaram com a pesquisa “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E REGRAS DE SIMETRIA: A PROBLEMÁTICA DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS E MUNICIPAIS”

Neste trabalho, Claudio Ladeira de Oliveira e André de Sousa Roepke analisam as regras de simetria do sistema constitucional brasileiro, destacando a regulamentação constitucional da simetria e observando sua aplicabilidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), apontando dados de pesquisa feita em Constituições Estaduais e em Leis Orgânicas.

O artigo subsequente versou sobre o tema “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

Neste trabalho, Edson Barbosa de Miranda Netto, José Elias Gabriel Netto e Sara Barros Pereira de Miranda analisam criticamente o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em análise das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental em que ocorreu de fato o controle de constitucionalidade dos vetos presidenciais pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conclui que a análise do Tribunal foi feita em torno de aspectos formais, de cunhos legislativos; e que, portanto, não mereciam a crítica sem critérios que a eles foram feitos.

Na sequência, o artigo apresentado foi o denominado “UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROJETO DE LEI Nº 1904/2024”

Neste artigo, Mateus Gomes dos Santos Rocha e Maíra Villela Almeida abordam questões voltadas às finanças públicas a partir de um embate federativo. Faz-se essa análise a partir da estruturação dos Fundos de Educação., destacando os impactos federativos dessa observação. Destacam-se, na observação do artigo, os mecanismos de federalismo cooperativo elencados na estruturação das propostas analisadas.

Encerrando os trabalhos da tarde, foi apresentado o trabalho “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO, DESCONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS AMBIENTAIS DE 2019–2022 E LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA E CLIMÁTICA”, de Mariana Barbosa Cirne e Sara Pereira Leal abordando a relevância da judicialização de demandas para a tutela ambiental.

O Grupo de Trabalho CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II foi marcado por intensas e relevantes discussões sobre os temas nele envolvidos. O presente livro é um registro das qualificadas pesquisas que chegaram para debate ao longo do evento.

Esperamos que esses textos sirvam como fonte críticas para pesquisas e para inspirações para os próximos eventos do Conpedi.

Vivian de Almeida Gregori Torres (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul- UFMS)

Bernardo Leandro Carvalho Costa (Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT)

**A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ACO 648 E O
“CONSTITUCIONALISMO DE OTIMIZAÇÃO”: O CASO DA
COMPLEMENTAÇÃO DO FUNDEF**

**THE SUPREME FEDERAL COURT'S DECISION IN ACO 648 AND
"OPTIMIZATION CONSTITUTIONALISM": THE CASE OF FUNDEF
SUPPLEMENTATION**

**Gerson dos Santos Sicca
Claudio Ladeira De Oliveira**

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério adotado pela União para a definição do valor anual mínimo por aluno de acordo com as regras do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criado pela Emenda Constitucional nº 14/96 para vigorar por dez anos. Utiliza-se a teoria da Constituição do risco de Adrian Vermeule e a oposição entre os modelos de constitucionalismo de precaução e constitucionalismo de otimização, para demonstrar que o sentido adotado pela jurisprudência gera efeitos negativos tanto para a garantia do direito à educação quanto para o arranjo político-institucional necessário para assegurar a condução das regras de financiamento da política pública educacional. A conclusão é no sentido de que a condenação da União ao pagamento de diferenças em favor de Estados e Municípios, embora fundada em argumento de defesa do financiamento da política de educação básica, representa ameaça ao seu bom funcionamento, assim como tem como efeito perverso o desajuste das relações político-institucionais necessárias para a sua condução.

Palavras-chave: Constituição do risco, Controle de constitucionalidade, Política educacional, Ensino fundamental, Financiamento

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the Supreme Federal Court's understanding of the criteria adopted by the Union for defining the annual minimum value per student according to the rules of the Fund for the Maintenance and Development of Primary Education and the Valorization of Teaching (FUNDEF), created by Constitutional Amendment No. 14/96 to be in effect for ten years. It uses Adrian Vermeule's theory of the Constitution of Risk and the opposition between precautionary constitutionalism and optimization constitutionalism to demonstrate that the interpretation adopted by the jurisprudence produces negative effects both for guaranteeing the right to education and for the political-institutional arrangement necessary to ensure the implementation of public education financing rules. The conclusion is that the Union's obligation to pay differences in favor of states and municipalities, although based on an argument defending the financing of basic education policy, represents a threat to its

proper functioning, as well as having the perverse effect of disrupting the political-institutional relationships necessary for its administration.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Risk constitution, Judicial review, Educational policy, Basic education, Funding

1. Introdução;

A limitação do poder político para conter abusos no seu exercício é um dos elementos constitutivos do projeto político da modernidade. Em *Do Espírito das Leis*, MONTESQUIEU (1997, p.201 - 202) descreveu o modelo de Constituição da Inglaterra como aquele que tinha por objetivo a liberdade política. Identificou na separação entre o poder legislativo e o poder executivo, que cuida de assunto do direito das gentes, como fazer a guerra, promover a paz e cuidar da segurança, além do poder executivo das coisas de que dependem o direito civil, responsável por julgar as questões entre indivíduos, o mecanismo nuclear para evitar a concentração de poder capaz de minar a liberdade.

O intento político de balizamento do poder encontrou tradução jurídica no conceito liberal de Constituição, lapidado pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 2017, n. p.). Na lógica revolucionária francesa, amalgamada à missão de assegurar os direitos a separação dos poderes cumpria o papel de colocar a Constituição a serviço da liberdade, e não à preservação do Estado ou do soberano. Nos Estados Unidos também se encontra na origem do seu constitucionalismo preocupações defensivas, como o sistema de escolha do Presidente da República por um colégio eleitoral, recurso concebido para evitar os riscos de uma demagogia presidencial (ACKERMAN, 2006, p.92-3).

Essa função “negativa” das Constituições é deveras conhecida. No entanto, ela corresponde a apenas um aspecto das funções atribuídas às Constituições, um aspecto ademais “secundário” em relação à sua função “positiva”, que antecede lógica e historicamente qualquer outra função: a de auxiliar a formação de instituições políticas capazes de desempenhar de forma eficaz as funções de governo numa determinada comunidade que se pretende soberana.

E isso é ainda mais importante em se tratando de constituições democráticas que incorporam temas como a função promocional do Estado e adotam modelos federativos “cooperativos”, que acrescentam dificuldades adicionais. Há diversas nuances próprias das circunstâncias sobre as quais incidem as prescrições jurídicas nesses universos, de maneira que interpretações calcadas no imaginário defensivo muitas vezes podem oferecer respostas disfuncionais, incompatíveis com os objetivos postos pelo sistema

constitucional. Compreender a Constituição para além da raiz de defesa é um passo essencial para a solução de problemas complexos.

Em relações federativas, questões particularmente relevantes para reflexão são aquelas relacionadas à disputa de recursos financeiros entre os entes, nas quais os riscos políticos, econômicos e sociais de decisões inadequadas se mostram evidentes. Trata-se de disputa alocativa que interfere na condução de políticas públicas e na maneira como os entes federados se relacionam e resolvem suas disputas, aspectos que demonstram a insuficiência do mecanismo defensivo como vetor interpretativo para a solução de controvérsias judiciais.

Nesse contexto, o texto tem por objetivo descrever a teoria de Adrian Vermeule sobre a Constituição do risco, para, com base na sua estrutura conceitual, refletir sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em embate federativo de grande reflexo financeiro, relacionado à complementação da União ao extinto Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), e de como uma percepção de gerenciamento de riscos é crucial em demandas dessa natureza. O método de pesquisa é o dedutivo, porque a partir da teoria descrita propõe reflexão sobre determinado fenômeno. A técnica de pesquisa é a bibliográfica.

2. Enfrentando o risco de arbitrariedade política: “precaução” ou “otimização”?

De acordo com VERMEULE (2014, p.1), a função primordial do constitucionalismo é melhor compreendida como “um meio de regular e gerenciar os riscos políticos” (2014, p. 1). Para desenvolver essa ideia, ele recorre às expressões “constitucionalismo precaucionário” e “constitucionalismo de otimização”: são duas construções conceituais que sistematizam respostas alternativas ao problema da função que Constituições devem desempenhar no enfrentamento dos riscos de arbitrariedade política, abordagens que no essencial estão implícitas ou articuladas intuitivamente na teoria constitucional moderna. Essas expressões não identificam “escolas doutrinárias”, mas sim dois “tipos ideais” antagônicos de respostas a mesma pergunta, qual seja, como enfrentar o problema do risco de arbitrariedade política utilizando constituições.

O denominado “Constitucionalismo da precaução” alude ao chamado “princípio da precaução”, que goza de elevada reputação entre nós, sobretudo da doutrina e

jurisprudência em matéria ambiental¹. De acordo com tal princípio, a adoção de uma nova tecnologia ou política pública deve ser precedida da demonstração de que a inovação é segura, não comportando riscos inaceitáveis para o meio ambiente. Diante da incerteza quanto aos malefícios da medida proposta, por precaução ela deve ser rejeitada. O ônus da prova, portanto, recai sobre os defensores da inovação proposta: em caso de dúvida, deve prevalecer o *status quo*. Vermeule utiliza esse princípio para expressar a postura generalizada de desconfiança – quando não rejeição – à política que é frequente na doutrina constitucional contemporânea. Assim, o “constitucionalismo precaucionário” recomenda que as constituições sejam redigidas e interpretadas com o objetivo de criar precauções máximas contra o risco de arbitrariedades das instituições políticas. O exercício dos poderes políticos de governo passa a ser objeto de profunda desconfiança precaucionária. O “ônus da prova” argumentativa recai sobre os agentes políticos, que devem demonstrar que a linha de ação adotada no enfrentamento de algum problema específico não oferece riscos de arbitrariedade, corrupção, tirania etc. Em sua forma mais rigorosa, o constitucionalismo da precaução recomenda postura de acentuada desconfiança em relação às escolhas políticas. (VERMEULE, 2014, p. 10 e ss).

O “constitucionalismo de otimização”, pelo contrário, não objetiva minimizar o risco político, mas “otimizá-lo”: algum risco político sempre será inevitável, resultando tanto da ação quanto da inação: todos os riscos políticos contam. Não apenas não é factível alcançar uma situação de risco político “zero”, mas ainda mais grave: as medidas de enfrentamento do risco político podem ser, elas próprias, fonte de risco político. Assim, a fixação exagerada no enfrentamento e algum risco político específico pode agravar o risco político “agregado”. As consequências práticas do modelo de “otimização do risco

¹ Ver por exemplo, o julgado do STF nas ADI 5447 e ADPF 389, nas quais o tribunal discutiu a constitucionalidade de portaria interministerial que suspendia o período de defeso (proibição temporária da atividade pesqueira para preservação das espécies). Entre outros argumentos, o min. relator Luís Roberto Barroso sustentou “que a medida teve por base a mera suspeita ou possibilidade de que, em alguns casos, a suspensão da pesca não fosse mais necessária. “Na dúvida, suspendeu-se desde logo a proteção, sem qualquer aferição segura quanto à sua efetiva desnecessidade ou quanto às consequências sobre o volume de peixes das localidades e sobre a segurança alimentar da população”, frisa. Para o relator, de acordo com o princípio constitucional da precaução, que rege o direito ambiental, em caso de dúvida quanto ao risco de dano, o Poder Público deve atuar de forma a proteger o meio ambiente e não liberar atividade potencialmente danosa. “Portanto, diante de dados insuficientes e de incertezas quanto à adequação do período de defeso, a autoridade pública está obrigada a mantê-lo, até que estudo técnico venha a comprovar, de forma objetiva, a desnecessidade da suspensão da pesca no período de reprodução”, sustenta. Cf. STF, Notícias STF. Portaria interministerial que suspendeu o período de defeso é inconstitucional.”

Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444059&ori=1>, acesso em 26/05/2020.

político” podem ser melhor compreendidas mediante os argumentos que são apresentados contra as medidas “precaucionárias”. (VERMEULE, 2014, pp. 54 e ss.)

Em primeiro lugar, a crítica otimizante que aponta para a “futilidade” das medidas precaucionárias. Para que funcionem, os remédios institucionais contra a arbitrariedade política devem fornecer incentivos capazes de estimular os agentes políticos (responsáveis por efetivar as precauções) a agirem quando isso se faz necessário. No entanto, é um erro comum ignorar que as mesmas condições objetivas que tornam a precaução necessária, faz também com que os agentes contra os quais as precauções são estabelecidas tenham incentivos para ignorá-las. Ao mesmo tempo, e pelas mesmas razões, nenhum outro agente terá incentivos para agir e enfrentar os custos de implementação das medidas.

Algumas das expectativas mais idealizadas que comumente são levantadas em relação ao controle judicial de constitucionalidade podem ser criticadas em termos de “futilidade”. Por exemplo, sobre a expectativa de que o controle judicial possa funcionar efetivamente como “precaução” contra governos arbitrários, contra as ditaduras das maiorias ou golpes de estado, é possível objetar que os mesmos fatores que explicam a opção dos agentes políticos pela ruptura institucional, serve também para explicar a falta de disposição e/ou capacidade dos órgãos de controle para agirem como “guardiões” da Constituição. Tribunais constitucionais podem aderir voluntariamente ao novo regime, uma vez que seus membros não estão apartados do contexto social no qual o conflito institucional ocorre. Ou podem ser simplesmente incapazes de impedir a ação de forças armadas ou maiorias políticas mobilizadas. Na verdade, como foi possível perceber na discussão anterior sobre o caráter “auto-sustentável” das Constituições, o funcionamento ordinário de tribunais constitucionais é dependente da existência de instituições políticas regulares. Tribunais constitucionais não são o “guardião” da Constituição contra as reais ameaças de arbítrio político, pelo contrário, sua existência e autoridade depende de uma ordem constitucional cuja existência é politicamente construída.

Em segundo lugar, a crítica “otimizante” contra a “ameaça” que resulta de certas medidas precaucionárias. O argumento anterior chama a atenção para o risco de que, em época de estabilidade institucional, sob a justificativa de prevenir ou dificultar futuros atos arbitrários de governo, sejam adotadas instituições de controle que – chegada a hora decisiva do enfrentamento de proteger a Constituição contra eventual tirania – serão ineficazes. E essa crítica adquire maior relevância se conjugada com o argumento da “ameaça”: afinal, o instituto do controle judicial de constitucionalidade também impõe

“custos” ao processo político democrático, pois pode impedir ou dificultar a implementação de políticas públicas majoritárias legítimas, mas que contrariam a opinião predominante em uma corte constitucional.

Esse tipo de argumento tem especial utilidade para rejeitar argumentos “precaucionários” que se opõem às decisões legislativas e administrativas que buscam compatibilizar direitos fundamentais potencialmente conflitantes. São muitos e conhecidos os exemplos: pode ser necessário impor certas restrições à liberdade de expressão para assegurar a proteção à “intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (CF/88, art. 5º, X) ou combater a prática do racismo (CF/88, art. 5º, XLII), que muitas vezes se efetiva mediante o discurso. Para promover alguma concepção razoável de “função social da propriedade”, pode ser necessário impor alguma restrição ao direito à propriedade privada. Ou então, para promover o direito à saúde, um “direito de todos e dever do Estado” (CF/88, art. 196) a administração pública é obrigada a realizar escolhas quanto à alocação de recursos por definição limitados, priorizando o combate a certas patologias em detrimento de outras. Em especial quanto à saúde, o dever de realizar um cálculo de custo e benefício resulta diretamente da expressa disposição do art. 196, que determina a realização de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” O objetivo de construir um sistema “igualitário” (acessível a todos), diante do “fato da física” de que é impossível reduzir a zero o risco de todas as doenças simultaneamente, impõe logicamente algum raciocínio capaz de “otimizar” o risco à saúde.

Embora a natureza potencialmente conflitante dos direitos fundamentais seja um lugar comum na doutrina brasileira, prevalece nítida preferência pelas ponderações realizadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade de políticas públicas, em detrimento da ponderação realizada pelo poder legislativo. Afinal, a compatibilização desses direitos potencialmente conflitantes é competência essencialmente da legislação ordinária, mediante procedimentos igualitários e representativos, com critérios gerais e abstratos, válidos para todos. E não somente das legislaturas, mas do poder executivo, como no caso do direito à saúde. Nesse último caso, é comum que políticas públicas complexas que organizam o sistema de saúde sejam modificadas judicialmente de modo casuístico sob o argumento de que tal direito fundamental não pode ser limitado por considerações de ordem financeira e orçamentária, pela “reserva do possível”. No entanto, a doutrina dominante tende a identificar nas ponderações realizadas pelas

instituições explicitamente políticas uma fonte de risco de arbitrariedade ou omissão na realização de direitos, um risco que deve ser enfrentado com medidas “precaucionárias”: o controle judicial da legislação e dos atos administrativos. Seja um risco decorrente da ação política legislativa (uma potencial interferência no direito fundamental à propriedade privada, por exemplo) seja um risco político decorrente da inação (quando uma política pública é revista por proteger de modo supostamente insuficiente determinado interesse que o juiz ou tribunal considera merecedor de atenção). Em ambos os casos, é construída uma imagem de um conflito entre “decisões políticas arbitrárias (por ação ou omissão)” versus “efetividade de direitos pelo judiciário”. Essa oposição unilateral é especialmente comum quando se trata da análise da “reserva do possível”, uma expressão que a rigor não deve ser entendida como oposta a direitos, mas como uma forma abreviada de afirmar que, dada a inexistência de recursos suficientes para satisfazer de forma plena todos os direitos, alguma espécie de arranjo que “otimiza” a realização de vários direitos igualmente fundamentais é necessário.

Nesse ponto, o argumento da “ameaça” é útil para identificar as instituições e mecanismos de controle como fonte potencial de ofensa a outros direitos fundamentais, e não apenas como inevitavelmente promotoras de direitos. O controle judicial de constitucionalidade pode impedir a realização de algum direito fundamental importante, quando por exemplo suspende determinada intervenção na propriedade estabelecida com objetivos de promoção da igualdade. E tampouco as ponderações judiciais de direitos são isentas de risco de arbitrariedade. Por isso, algum risco de abuso de poder ou arbitrariedade decorre própria natureza da ponderação de direitos fundamentais conflitantes, seja ela realizada judicial, legislativa ou administrativamente.

Por fim, em terceiro lugar, a crítica otimizante da “perversidade”. Esse argumento destaca a possibilidade de que a medida precaucionária adotada para reduzir ao máximo certo o risco de arbitrariedade política pode agravar o problema que deveria combater.

Um poder executivo excessivamente enfraquecido, com o objetivo precaucionário de reduzir ao máximo o risco político, pode promover exatamente o malefício que se buscava coibir, estimulando ações governamentais à margem da Constituição. A adoção excessiva de disposições constitucionais que impedem o poder executivo de agir com vigor, longe de evitar o arbítrio político enfraquecendo o poder presidencial, pode estimular exatamente o oposto, a ruptura institucional. É uma empreitada fadada ao fracasso tentar reduzir a “zero” o risco de arbitrariedade política por parte dos governantes, pois algum risco sempre subsistirá. Um executivo demasiadamente fraco

pode ser incapaz de promover o desenvolvimento econômico, o controle da inflação, ser conivente com arbitrariedades privadas, ou sucumbir diante de ameaças externas, incapaz de enfrentar uma emergência como uma pandemia. E as instituições que criamos com a finalidade de fiscalizar e combater as arbitrariedades podem, elas próprias, incorrer em arbitrariedades. Vermeule ilustra sua tese citando a passagem de Madison e Hamilton em “O Federalista” n° 20:

Uma Constituição fraca tem necessariamente que terminar em dissolução, por falta dos poderes adequados, ou na usurpação de poderes indispensáveis para a segurança pública. Que a usurpação, uma vez começada, se detenha no ponto salutar, ou prossiga até o extremo perigoso, deve depender das contingências do momento. A tirania originou-se talvez com maior frequência por ser assumido o poder por alguém a quem se apelou, diante de exigências prementes e por causa de uma Constituição deficiente, do que por serem exercidos plenamente os mais amplos poderes constitucionais. (HAMILTON, MADISON, JAY, 2011, p. 205)

É na análise do sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos que o argumento da “perversidade” oferece argumentos mais interessantes para os casos aqui tratados. Como foi discutido acima, é um argumento frequente em nossa doutrina afirmar que o controle judicial de constitucionalidade é uma decorrência natural da ideia de supremacia da constituição. Mais que isso, a Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de controle de constitucionalidade tipicamente “precaucionário”: muitos agentes com poder de ingressar com ações de controle concentrado; diversas ações que permitem controlar a inclusive a omissão legislativa; competências “difusas” de controle, para todo o poder judiciário. Enfim, a intenção da assembleia nacional constituinte parece ter sido a de criar um sistema “robusto e redundante”, sob o fundamento aparente de que quanto mais instituições e procedimentos judiciais com poder de revisar os atos políticos legislativos e administrativos, mais a efetividade da constituição estaria garantida. Mais controle judicial é igual a mais efetividade constitucional. No entanto, o resultado exemplifica um típico caso de perversidade: no objetivo de “minimizar” o risco de arbitrariedade política (das instituições explicitamente políticas, o legislativo e o executivo) a “maximização precaucionária” do controle judicial criou as condições para que praticamente qualquer assunto politicamente relevante possa ensejar alguma espécie de revisão judicial. Com isso, o risco de arbitrariedade política não terá sido anulado, mas transferido de instituição. E potencialmente ampliado.

Alguns elementos da teoria de Vermeule auxiliam na reflexão sobre questões sensíveis relacionadas à alocação de poder efetuada pela Constituição. No próximo

tópico, descrever-se-á controvérsia de grande impacto para as finanças públicas da União, e de como um arranjo institucional colaborativo serviu de terreno para a remissão da discussão federativa para o espaço adversarial da lide judicial, e sem que a estratégia dos atores e os resultados possíveis tenham sido devidamente considerados.

3. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) e a controvérsia federativa;

Condição crucial para a prestação dos direitos sociais é a existência de mecanismos de financiamento capazes de dar suporte ao funcionamento da máquina estatal que lhes assegurem. É certo que até mesmo a proteção dos direitos à vida e à liberdade demandam a atuação do poder público. No que interessa às finanças públicas as gerações de direitos “se dispõem num contínuo de custos” (HOLMES, SUSTEIN, 2019, p.103). Contudo, a dimensão dos custos é realçada nos direitos prestacionais, compreendidos esses como aqueles que pressupõem a oferta de um serviço ou bem ao cidadão, a demandar um robusto aparato organizacional e de finanças públicas.

O direito à educação é um exemplo emblemático. A Constituição liberal de 1824 já previa o acesso gratuito à instrução primária (BRASIL, 1824, n.p.). Entretanto, passados mais de 160 anos, em 1987, ano de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, a taxa de analfabetismo da população com idade superior a 15 anos de idade era de 19,7% (IBGE, 2024, n.p.). O dado indicava o “Percentual das pessoas que declaravam não saber ler e escrever um bilhete simples no idioma que conhece. Aquela que aprendeu a ler e escrever, mas esqueceu, e a que apenas assina o próprio nome são, também, consideradas analfabetas” (IBGE,s.d., n.p.). Logo, é conceito estrito, que não abrange a acepção mais ampla de analfabetismo funcional, indicativo de que o problema historicamente é de maior gravidade.

Para ampliar o acesso à educação historicamente sonogado, e no propósito de minimizar o problema do subfinanciamento da política pública, o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação conferida pelo art. 5º da Emenda Constitucional nº 14/1996 (BRASIL, 1996, n.p.), estipulou que durante dez anos os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinariam ao menos sessenta por cento dos vinte e cinco por cento da receita de impostos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, para a criação, em cada ente estatal, de fundos de manutenção

e desenvolvimento do ensino fundamental e de valorização do magistério, de natureza contábil (FUNDEF).

O FUNDEF distinguia-se de qualquer arranjo financiamento de política pública no Brasil. Previu que Estados, Distrito Federal e Municípios destinassem parte dos seus recursos de impostos para um fundo, e os valores seriam distribuídos pelo critério da matrícula. Além de medida voltada para a equidade, mostrava-se solução pautada no conceito de federalismo cooperativo.

Somado ao direcionamento de recursos vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino para o ensino fundamental e ao inovador sistema de distribuição dos recursos, com base no beneficiário direto da política pública, o aluno, a redação do art. 60, §3º, da Emenda 14/1996 (BRASIL, 1996), definiu que “A União complementarará os recursos dos Fundos a que se refere o §1º, sempre que, em cada Estado e no Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente”. Para reforçar o financiamento, a União efetuava a complementação, para garantir o valor mínimo por aluno em todo território nacional.

O FUNDEF, em verdade um fundo em cada Estado e no Distrito Federal, e não um fundo único nacional, caracterizava mais que a prioridade de recursos para o ensino fundamental, e sim sofisticado arranjo federativo de comunhão de esforços para alcance de objetivo comum. Com o Fundo, os entes federados nele aportariam recursos, posteriormente distribuídos conforme as matrículas das redes de ensino, modelo de financiamento que tinha subjacente acordo político-institucional em que os entes estavam sujeitos a contribuir com mais do que receberiam, a depender do seu volume de arrecadação de impostos e do número de matrículas. Outro acordo presente no FUNDEF era o compromisso da União de fortalecer a sustentação financeira do ensino fundamental ofertado por Estados e Municípios.

Concisamente, o FUNDEF era um arranjo de solidariedade, tradução do denominado federalismo cooperativo, e teve suas bases definidas pela arena política do Congresso Nacional.

O Fundo foi regulamentado nos termos da Lei nº 9.424/1996 (BRASIL, 1996, n.p.). O art. 6º, *caput* e §1º, dispunha sobre a complementação da União e a competência e parâmetros para a definição do valor mínimo anual por aluno, requisito básico para a distribuição dos recursos:

Art. 6º A União complementarará os recursos do Fundo a que se refere o art. 1º sempre que, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

§ 1º O valor mínimo anual por aluno, ressalvado o disposto no § 4º, será fixado por ato do Presidente da República e nunca será inferior à razão entre a previsão da receita total para o Fundo e a matrícula total do ensino fundamental no ano anterior, acrescida do total estimado de novas matrículas, observado o disposto no art. 2º, § 1º, incisos I e I

A controvérsia surgiu na Ação Civil Pública nº 1999.61.00.050616-0, proposta pelo Ministério Público Federal no Estado de São Paulo em 15.10.1999, com o propósito de questionar o critério adotado pelo Presidente da República para fixar o valor mínimo anual por aluno, julgada parcialmente procedente na primeira instância e mantida a sentença pelo Tribunal Federal da 3ª Região (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2024, n.p.). Como resultado da disputa judicial, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese de que “Para fins de complementação pela União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (art. 60 do ADCT, redação da EC 14/96), o 'valor mínimo anual por aluno' (VMAA), de que trata o art. 6º, § 1º da Lei 9.424/96, deve ser calculado levando em conta a média nacional” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, n.p.).

Para expor a questão jurídica e seu deslinde definitivo pelo Poder Judiciário, sintetizar-se-á o conteúdo do julgado da Ação Cível Originária nº 648, proposta pelo Estado da Bahia com fundamentos similares à Ação Civil Pública mencionada, e decidida pelo Supremo Tribunal Federal. O julgado bem representa o contexto das teses jurídicas envolvidas.

Em interpretação do art. 6º, §1º, da 9.424/96, o governo calculava o valor mínimo por aluno para cada Estado e o Distrito Federal, com a seguinte fórmula:

$$\frac{\text{Previsão da Receita do Fundef do Estado ou DF para o exercício financeiro}}{\text{matrículas do ensino fundamental + estimativa de novas matrículas}} \quad (1)$$

A União verificava qual a estimativa da receita para o FUNDEF, ou seja, quanto alcançaria no Estado ou no Distrito Federal o montante de recursos do fundo, e dividia esse valor total pelo número de alunos matriculados no ensino fundamental no ano anterior, somado à estimativa do crescimento de matrículas. A divisão chegaria ao resultado do valor mínimo anual por aluno, que variava para cada Estado.

Em consequência, Decreto do Presidente da República, com suporte no art.6º, *caput*, da Lei nº 9.424/96 (BRASIL, 1996, n.p.), fixava valor por aluno definido nacionalmente. Por exemplo, para o ano de 1998 o Decreto nº 2.440/97 (Brasil, 1997, n.p.) estipulou o valor de R\$ 315,00 (trezentos e quinze reais por aluno). A complementação da União ocorreria quando o valor mínimo por aluno do FUNDEF do Estado ou do Distrito Federal ficasse abaixo do patamar nacional. Em outros termos, ao final era a União que definiria o quanto iria complementar aos fundos, porque essa complementação tinha por baliza o valor nacional fixado pelo próprio ente federal. Para MARTINS (2011, p.151), a complementação da União não teve papel mais eficaz pelo impacto da “crise da Rússia” no final dos anos 1990, com o decorrente congelamento do valor mínimo por aluno e o “descumprimento da lei em relação à regra da ação do valor mínimo igual à média”.

A tese motivadora da ação judicial que combateu o critério partiu de interpretação distinta. Na linha do argumento, o art.6º, *caput*, da Lei nº 9.424/96 (BRASIL, 1996, n.p.) não atribuiu discricionariedade ao Presidente da República para eleger o critério de cálculo do valor mínimo nacional por aluno. A forma correta, para a tese, era somar a receita dos fundos dos Estados e do Distrito Federal, e dividir pelo número de matrículas do ensino fundamental em todo o país, acrescido da estimativa de novas matrículas.

Essa interpretação, firmada ao final pelo Poder Judiciário como a correta, retirava da União a capacidade de manejar o limite do seu compromisso financeiro para a complementação dos fundos, pois o valor resultaria da divisão entre o total da receita nacional e das matrículas, e não de decisão do Executivo.

O Relator da Ação Cível Originária nº 648, Ministro Marco Aurélio, votou pela improcedência do pedido. A existência de espaço de discricionariedade para a fixação do nacional por aluno foi o fundamento do voto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p.279-280):

Assim, considerados sistematicamente os dispositivos do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na redação da Emenda Constitucional nº 14/1996, não destoava do teor do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.424/1996 interpretação que levasse à definição de valor mínimo anual por aluno partindo do cálculo de coeficientes fixados para cada Estado separadamente, como fez a União.

Ainda que se admita alguma ambiguidade no texto do artigo 6º, § 1º, da citada Lei, a questão deve ser resolvida considerada a discricionariedade administrativa conferida, pelo legislador, ao Chefe do Poder Executivo federal.

Percebam que o dispositivo expressamente delegava ao Presidente a tarefa de definir o valor mínimo anual por aluno, desde que respeitadas as balizas nele delineadas.

Ante duas interpretações igualmente razoáveis do mesmo preceito legal, presente a imprecisão do texto, dá-se primazia àquela adotada pela autoridade administrativa a quem a lei delegou a função de determinar o valor mínimo anual por aluno. Sob essa óptica, mesmo que o entendimento defendido pelo Estado tenha base em texto legal, deve-se aceitar a metodologia de cálculo formulada pela União, porquanto também admissível, levando em conta normas constitucionais e legais.

Cabia ao Presidente dirimir eventual ambiguidade, surgindo impróprio que o Judiciário se incumba da tarefa, salvo em caso de evidente arbitrariedade, o que não ocorre na espécie.

Atentem para o fato de que tanto o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias quanto a Lei nº 9.424/1996 não indicam claramente o objetivo de estabelecer a forma de cálculo proposta pelo autor. O Legislativo deixou de fixar sistemática precisa, apenas veiculando disciplina a ser observada pelo Executivo para definir o valor mínimo anual por aluno: previsão de receita total para o Fundo e matrículas totais – as do ano anterior somadas às estimadas.

Foi nesse espaço de discricionariedade – restrita pelo próprio legislador – que atuou o Executivo. E, ao fazê-lo, não desbordou dos limites do texto legal. Se o Presidente houvesse adotado a fórmula proposta pelo Estado da Bahia, estaria dentro das balizas fixadas.

Igualmente, a sistemática de cálculo alfim consagrada encontrava-se dentro do campo semântico definido na Lei.

A divergência foi aberta pelo Ministro Edson Fachin. Rememorou que no Recurso Extraordinário nº 636.978 o Tribunal decidiu que a controvérsia não tinha natureza constitucional, de modo que a questão era de mera legalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p. 294 – 295), e embasou seu entendimento na lógica da política educacional definida pela Emenda Constitucional nº 14/96 (BRASIL, 1996, n.p.), que criou o FUNDEF e alterou a redação do art. 211, §1º, da Constituição, com menção expressa à atribuição da União de exercer função redistributiva e supletiva para garantir equalização de oportunidades educacionais. É o teor do artigo com a redação modificada (BRASIL, 1988, n.p.):

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

Em seu voto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p.312), o Ministro Luís Roberto Barroso foi além e mencionou que o critério do poder executivo federal violava o objetivo constitucional da redução das desigualdades sociais e regionais:

“Com efeito, a defesa de uma metodologia de cálculo da complementação financeira, tal como a empreendida pela União, que frustra a equiparação do valor mínimo por aluno à média nacional, esbarra na própria razão de criação do FUNDEF. Em realidade, esbarra em um dos objetivos fundamentais da República: a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF/1988). Há, portanto, na Constituição fundamento suficiente para o acolhimento do pedido de revisão dos aportes realizados pela União, tendo em vista a utilização de cálculo que desconsiderou a média nacional do VMAA.”

Na decisão, por maioria, o Supremo Tribunal Federal condenou a União ao pagamento dos valores decorrentes da diferença de critérios para a fixação do valor anual por aluno nacional, “mantida a vinculação da receita, mesmo em caráter destinatário, à educação” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, p.353).

A decisão do Supremo Tribunal aplicou para os Estados que moveram ações a jurisprudência já assentada pelo Superior Tribunal de Justiça. Decidida a matéria, restou grande passivo à União, pelas diferenças referentes ao período em que vigorou o FUNDEF, sucedido pelo FUNDEB em 2006.

4. Sonogação dos riscos e incompreensão da lógica da política pública de educação: os danos causados pela judicialização do FUNDEF;

O impacto financeiro das decisões judiciais sobre o valor anual aluno do FUNDEF é evidente. De acordo com as Informações Públicas sobre Precatórios do Fundo (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2024, n.p.), até o final de 2023 havia sido depositada a quantia de R\$ 15.470.188.928,73 (quinze bilhões, quatrocentos e setena milhões, cento e oitenta e oito mil, novecentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos). Desse valor, o valor de R\$ 1.095.590.971,38 (um bilhão, noventa e cinco

milhões, quinhentos e noventa mil, novecentos e setenta e um reais e trinta e oito centavos) foi para o pagamento de honorários advocatícios.

A condenação da União ao pagamento dos valores decorrentes do recálculo exigiu a readequação do orçamento federal para garantir o pagamento. A dimensão da dívida judicial levou à aprovação da Emenda Constitucional nº 114/2021 (BRASIL, 2021, n.p.), para prever o pagamento em três parcelas anuais dos precatórios relacionados à complementação da União. A necessidade de intervenção do poder constitucional derivado, com o objetivo de equacionar o valor de condenações judiciais com as regras fiscais que limitam a despesa pública, é indicativo de disfuncionalidades relevantes no sistema.

Os fatos judiciais geradores da despesa pública e que pressionam os limites fiscais constituem antecedentes merecedores de estudo, a fim de identificar se as decisões surgem de processos decisórios que tomaram em conta todos os riscos relevantes, e, ao final, conduziram a condenações que realmente maximizem os objetivos constitucionais. Em última análise, que não gerem efeitos perversos, capazes de produzir efeitos contrários aos definidos pelas normas constitucionais.

Os impactos financeiros constam em decisões do Supremo Tribunal como fatores dignos de consideração, como na inconstitucionalidade de leis estaduais que preveem a transferência de depósitos judiciais para o poder executivo, por ser da União a competência privativa para legislar sobre direito financeiro (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, n.p.), para a definição de marco inicial dos efeitos financeiros da declaração de inconstitucionalidade da inclusão do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021, n.p.), e do início dos efeitos financeiros da decisão que estabeleceu a necessidade de observar o critério da essencialidade para tributação pelo ICMS da energia elétrica e dos serviços de telecomunicações (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021b, n.p.).

No entanto, o objetivo do texto é descortinar riscos políticos menos óbvios relacionados ao caso, tais como: a) a distorção alocativa dos recursos destinados à educação pública, em contradição com a lógica do FUNDEF; b) o incentivo à predominância da lógica da advocacia privada sobre tema de exclusivo interesse do aparato estatal; c) o incentivo à utilização da arena judicial para a resolução de

controvérsias federativas e o baixo nível de compromisso com acordos político-institucionais sedimentados.

Os dois primeiros riscos inserem-se na crítica de Vermeule às ameaças decorrentes do constitucionalismo de precaução, ou seja, no sentido de que decisões cuja intenção seja a de proteger direitos fundamentais gerem o efeito de violá-los ou enfraquecê-los.

Esses pontos não foram objeto de debate nos processos relacionados ao FUNDEF. Os fundamentos do Supremo Tribunal Federal para julgar as causas ora informam tratar-se de questão de interpretação de lei, ora invocam fundamentos constitucionais, em especial o art. 211, §1º, da Constituição. Riscos apenas foram aventados na fase de execução, frente à possibilidade de utilização de recursos da educação para o pagamento de honorários advocatícios. Nesse momento, restou claro que a judicialização do parâmetro de cálculo da complementação do Fundo, e sua decisão pelo Judiciário com fundamentos de precaução subjacentes (evitar que o critério da União viesse a gerar riscos à educação), não considerou os riscos concorrentes. Na categorização de VERMEULE (2014, p.54), pode-se afirmar que crítica dessa ordem está inserida no que ele chama de argumentos de perigo, para designar situações em que a precaução acarreta riscos em outras margens. No intuito de combater o risco posteriormente identificado, a Corte deliberou o Tema nº 1256 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2023, n.p.), cujo teor fixa que:

1. É inconstitucional o emprego de verbas do FUNDEF/FUNDEB para pagamento de honorários advocatícios contratuais.
2. É possível utilização dos juros de mora inseridos na condenação relativa a repasses de verba do FUNDEF, para pagamento de honorários advocatícios contratuais.

No entanto, o esforço de eliminação do risco imprevisto não produzirá os resultados esperados, ante a permanência dos seus efeitos. A vedação de utilização de recursos dos fundos da educação para pagamento de honorários é uma proteção mitigada do financiamento da política pública, pela razão de que os juros de mora serão pagos também pelos cofres públicos, apenas com fonte de recursos diversa.

A distorção alocativa dos recursos destinados à educação pública, em contradição com a lógica do FUNDEF, representa exemplo de ameaça que uma concepção estrita de precaução pode acarretar. O fundo possui lógica de distribuição de recursos por aluno para atender a sua necessidade no ano em que ele está na escola. O pagamento de valores

pretéritos por precatórios não segue a lógica de financiamento e alocação do Fundo (estabilidade do financiamento ao longo do tempo, baseada na relação receita anual do Fundo e matrículas do mesmo ano), e desorganiza o próprio planejamento público com o ingresso substancial de valores em apenas três exercícios financeiros. Em outras palavras, leva a um pico de financiamento que não terá sequência, ao contrário do financiamento estável imaginado com a criação do FUNDEF.

O resultado é que pagamentos de precatórios em valores extraordinários tem por consequência o risco de despesas sem planejamento e o pagamento de parte dos valores a profissionais da educação que atuavam na época, muitos aposentados, e até mesmo de herdeiros de falecidos. As decisões judiciais que pretendiam estabelecer uma precaução contra a violação do direito à educação, ao invés de proteger o direito, abriram possibilidade para o risco que desejavam evitar, pela razão de que o pagamento dirigido a pessoal inativo, pensionistas e herdeiros não caracteriza manutenção e desenvolvimento do ensino no momento atual. Em outros termos, a lógica de realocação de recursos atuais do orçamento com base em controvérsia interpretativa sobre dispositivo legal pretérito pode causar prejuízos ao direito à educação dos estudantes de hoje.

Por outro lado, o incentivo à predominância da lógica da advocacia privada sobre tema de exclusivo interesse do aparato estatal está presente na questão judicial do FUNDEF, o que fica demonstrado com a controvérsia referente ao pagamento de honorários atinentes a processos de conhecimento ou de execução que versaram sobre a matéria. Embates federativos são temas centrais para o bom funcionamento do Estado Federal, e a lógica de mercado não é adequada para a resolução das demandas. A atividade da advocacia segue dinâmica distinta, e, conquanto legítima, procura maximizar o interesse próprio de quem patrocina as ações e busca resultado pecuniário com a atividade profissional. A distinção de lógicas, e predomínio do viés de maximização do interesse privado, pode distorcer decisões de interesse exclusivo do aparato estatal.

Indicativo da dissonância é a propositura de execuções de sentença de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal por advogados particulares. O risco, ignorado no início, exigiu a inclusão do art. 22-A, parágrafo único à Lei nº 8.906/94 (BRASIL, 1996, n.p.), a fim de proibir a utilização dos juros de mora das condenações para o pagamento dos serviços na fase de executiva. Portanto, vê-se aqui outra ameaça plenamente caracterizada ao direito fundamental que se pretendia proteger.

O terceiro risco aludido insere-se na concepção de efeito perverso do constitucionalismo de precaução. A judicialização do FUNDEF representou incentivo à

utilização da arena judicial para a resolução de controvérsias federativas e o consequente baixo nível de compromisso com acordos político-institucionais certamente firmados quando da aprovação do Fundo. Conforme as Informações Públicas sobre Precatórios do FUNDEF (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2024, n.p.), 813 municípios foram beneficiados com os pagamentos da condenação. Somando-se aos Estados vencedores das ações judiciais, percebe-se a dimensão da judicialização. O Judiciário assumiu a condição de árbitro sobre repartição de recursos complexa, alicerçada em acordos políticos não completamente conhecidos ou esclarecidos no estreito espaço do processo judicial. A sinalização da condição de árbitro federativo gerou o incentivo à busca da via judicial, ao invés do reconhecimento do terreno privilegiado para a solução da questão, o parlamento. Em adição, o propósito de conter a suposta arbitrariedade política do poder executivo enfraquece o poder deste de conduzir a política pública de financiamento da educação em escala macro, em razão o efeito perverso da transferência de parte da arena política para a esfera do controle de constitucionalidade/legalidade.

O baixo nível de compromisso com os acordos político-institucionais é decorrência do incentivo à judicialização. A sinalização de que o Poder Judiciário pode decidir questões centrais da política de financiamento, sem tomar em conta os limites do pacto firmado no legislativo, incentiva os partícipes a se desobrigarem das posições inicialmente firmadas, para maximizar seus benefícios tanto na origem (aceitando a criação do Fundo para assim receber mais recursos), quanto na execução da política pública (ignorando os limites originariamente estabelecidos e requerendo ao Judiciário nova regra). Portanto, caracteriza-se nas decisões do FUNDEF o efeito perverso dos argumentos de precaução, consubstanciado na ideia de que desenhos constitucionais que supõem o pior caso podem acabar os causando (VERMEULE, 2014, p.71): o Supremo Tribunal Federal invocou art. 211, §1º, da Constituição, para sustentar a necessidade de colaboração federativa e prevenir a insuficiência de participação da União, o que, ao contrário, incentivou os outros entes federados a agirem de forma adversarial e não colaborativa.

Em suma, a história da judicialização do FUNDEF expõe a essencialidade da inserção de uma matriz de riscos na argumentação constitucional pertinente a discussões sobre concertações federativas e finanças públicas, pela magnitude dos danos passíveis de serem causados pela inadequada atenção aos riscos políticos de segunda ordem. Os efeitos negativos acarretados pela falta da abordagem orientada pelos riscos são patentes e de grande dimensão, a exigir um processo de aprendizado e reflexão sobre como

questões de alto impacto econômico, social, político e financeiro são tratadas no universo do processo judicial.

5. Conclusão;

A federação brasileira é complexa. Há diferenças de várias ordens, e o intuito de ordenar as grandes políticas públicas na perspectiva do alinhamento entre todos os entes federais aumenta a dificuldade na solução de problemas político-constitucionais. A era dos fundos de financiamento da política de educação básica representa essa complexidade, e o desejo de instituir um modelo de fato cooperativo para o federalismo.

A construção da política educacional envolve múltiplos atores, dotados de visões distintas e que canalizam suas pretensões no Congresso Nacional. Os fundos de financiamento da educação são fruto do embate político e de ideias, e sintetizam acordos delicados e soluções de compromisso. Esse cenário nem sempre é externado no universo delimitado dos processos judiciais, fator capaz de aumentar os riscos de decisões que acarretem efeitos inesperados e indesejados.

Portanto, o litígio sobre os critérios do valor aluno definido nacionalmente, parâmetro para a complementação da União ao extinto FUNDEF é emblemático sobre a importância de haver correto entendimento dos riscos em matéria de demandas de cunho federativo e a premência de incorporar tal dimensão no debate constitucional. Desajustes sistêmicos causados por decisões judiciais que não vislumbram as ameaças e os efeitos perversos potencialmente decorrentes podem acarretar danos de longo prazo e difícil equacionamento, dificultando a realização do direito que se pretendia proteger.

6. Referências;

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 30 mai. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 jul. 2024.

____. Decreto nº 2.440, de 23 de dezembro de 1997. Fixa o valor mínimo a que se refere o art. 6º da Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2440.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%202.440%2C%20DE%2023,24%20de%20dezembro%20de%201996.&text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%AABLICA%2C%20no.considerando%20o%20disposto%20no%20art.. Acesso em 15 jul. 2024.

____. Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996. Modifica os arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e dá nova redação ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

____. Emenda Constitucional nº 114, de 16 de dezembro de 2021. Altera a Constituição Federal e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para estabelecer o novo regime de pagamentos de precatórios, modificar normas relativas ao Novo Regime Fiscal e autorizar o parcelamento de débitos previdenciários dos Municípios; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [Emenda Constitucional nº 114 \(planalto.gov.br\)](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc114.htm). Acesso em 13 jul. 2024.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Embaixada da França no Brasil. Brasília, 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 10 jul.2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Estatísticas do Séc.XX. Analfabetismo. 2024. Disponível em: <https://seculoxx.ibge.gov.br/populacionais-sociais-politicas-e-culturais/busca-por-palavra-chave/educacao/660-analfabetismo>. Acesso em: 30 mai. 2024.

____. Estatísticas de gênero. S.d. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-1,1,2,-2,3,4,-3,128&ind=4693>. Acesso em: 30 mai.2024.

MARTINS, Paulo de Sena. *Fundeb, federalism e regime de colaboração*. Campinas: Autores Associados, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1101015. Primeira Seção. Relator Ministro Teori Zavascki. Julgado em 26 mai. 2010. Publicado em 02 jun. 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=322&cod_tema_final=322. Acesso em: 15 jul. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Cível Originária nº 648. Plenário. Rel. Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão Ministro Edson Fachin. Julgado em 06 set. 2017. Publicado em 09 mar. 2018.

____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5459. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 11 mai.2020. Publicado em: 06 jul.2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427838/false>. Acesso em 13 jul. 2024.

____. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 574.706. Plenário. Rel. Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 13 mai.2021. Publicado em: 12 ago. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450683/false>. Acesso em: 13 jul. 2024.

____. Recurso Extraordinário nº 714139. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 18 dez. 2021. Publicado em 15 mar. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur460727/false>. Acesso em: 13 jul. 2024.

____. Recurso Extraordinário nº 1428399. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Relatora Ministra Rosa Weber. Plenário. J. em 16 jun. 16/06/2023. Publ. Em 27.03.2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13144/false>. Acesso em: 18 jul. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Informações Públicas sobre Precatórios do Fundef. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=FUNDEF:inicio>. Acesso em: 14 jul. 2024.

VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014.