

COBRANÇA POR CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO LATO SENSU: A INCONVENCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 597854

TÚLIO MACEDO ROSA E SILVA¹

KLEILSON FROTA SALES MOTA²

MAYARA RAYANNE OLIVEIRA DE ALMEIDA³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL. 3 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA RATIFICAÇÃO PELO BRASIL: O COMPROMISSO DA IMPLEMENTAÇÃO PROGRESSIVA DO ENSINO GRATUITO. 4 A (IN)CONVENCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 597854. 5 ANÁLISE DO DIREITO À GRATUIDADE DE ENSINO VERSUS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Telefone: (92)99104-7198. Endereço: Rua Doutor Thomás, 225, apto 806B, Manaus/AM. E-mail: tuliomasi@hotmail.com.

² Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. MBA em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Educacional da Lapa. Auditor Técnico de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Telefone: (92) 98204-0923. Endereço: Avenida Efigênio Sales, 2000, Cd. Palácio das Artes. Ap. 1002. Manaus/AM. E-mail: kfsmota@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Pós-graduada em Direito Civil, Processo Civil e Consumidor pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Procuradora do Município de Manaus - Procuradoria Geral do Município de Manaus e Professora de Direito Constitucional. Telefone: (83)98651-7372. Endereço: Avenida Jacira Reis, 700, apto 1301, Manaus/AM. E-mail: mayaraoalmeida19@gmail.com.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é avaliar a convencionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 597854, que firmou a tese de que “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização”. Para alcançar o destacado objetivo, a pesquisa possui fundamento em referenciais teóricos, jurisprudenciais e históricos, além de análise da doutrina e da normatividade que rege a matéria, com cerne nos axiomas que devem respaldar a internalização de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Inicialmente, o estudo será focado em apresentar o Direito Social à Educação e o Ensino Superior no Brasil. Após, busca-se verificar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sua ratificação pelo Brasil, com foco no compromisso da implementação progressiva do ensino gratuito. Em seguida, analisa-se a (in)convencionalidade da decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 597854. Concluindo o presente estudo, relaciona-se a cobrança por cursos de especialização *lato sensu* pelas Universidades Públicas com a teoria dos princípios, sobretudo os princípios da proporcionalidade e da proteção não deficiente.

PALAVRAS-CHAVES: Ensino Superior no Brasil. Cobrança por cursos de especialização *lato sensu*. Inconvencionalidade. Proporcionalidade. Proteção não deficiente.

CHARGING FOR LATO SENSU SPECIALIZATION COURSES: THE UNCONVENTIONALITY OF THE STF DECISION IN THE EXTRAORDINARY APPEAL (RE) 597854

ABSTRACT: The purpose of this article is to assess the conventionality of the decision of the Supreme Federal Court, within the scope of Extraordinary Appeal (RE) 597854, which confirmed the thesis that “the constitutional guarantee of free tuition does not prevent the collection, by public universities, of tuition in specialization courses”. To achieve the highlighted objective, the research is based on theoretical, jurisprudential and historical references, in addition to the analysis of the doctrine and normativity that governs the matter, with its core in the axioms that must support the internalization of international treaties ratified by Brazil, especially the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Initially, the study will focus on presenting the Social Right to Education and Higher Education in Brazil. Afterwards, it seeks to verify the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and its ratification by Brazil,

focusing on the commitment to the progressive implementation of free education. Then, the (uncon) conventionality of the STF decision in the Extraordinary Appeal (RE) 597854 is analyzed. Concluding the present study, the charging for lato sensu specialization courses by Public Universities is related to the theory of principles, especially the principles of proportionality and non-deficient protection.

KEYWORDS: Higher Education in Brazil. Collection for lato sensu specialization courses. Unconventionality. Proportionality. Not deficient protection.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, em sessão extraordinária realizada em 26.04.2017, a possibilidade de as universidades públicas cobrarem por cursos de especialização. Por maioria de votos, os ministros deram provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 597854, com repercussão geral reconhecida, aprovando a seguinte tese: “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização”.

O Brasil é, todavia, signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê, em seu art. 13, que os Estados Partes devem assegurar, entre outros, a educação de nível superior igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

Logo, torna-se imprescindível verificar a convencionalidade da decisão do Supremo adotada no citado Recurso Extraordinário, considerando que o direito social à educação e o ensino superior no Brasil (com base em sua legislação específica) revelam uma regência pelo princípio da gratuidade em estabelecimentos oficiais, o que se coaduna com a normatividade internacional.

O presente artigo, contudo, não possui pretensão de esgotamento do tema. O que se busca é demonstrar que se encontra dentro de nosso bloco de

constitucionalidade a garantia de progressivo ensino gratuito em todos os níveis de ensino.

Na primeira seção, será abordado o Direito Social à Educação e o Ensino Superior no Brasil, buscando-se fazer um breve histórico desse direito social, bem como enquadrá-lo como direito humano fundamental de segunda dimensão. Ademais, apresenta-se a legislação que aborda o ensino superior no Brasil e o curso de especialização *lato sensu*.

A segunda seção possui o escopo de analisar a relação entre o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Brasil) e o compromisso da implementação progressiva do ensino gratuito.

Na terceira seção, a pesquisa analisará a inconveniência da decisão do STF no Recurso Extraordinário (RE) 597854, abordando o enquadramento constitucional e legal que levou o Supremo a decidir pela possibilidade da cobrança.

Por fim, na quarta seção, será feita a correlação entre a possibilidade de cobrança de mensalidade em universidades públicas e a teoria dos princípios, sobretudo os princípios da proporcionalidade e da proteção não deficiente.

Ante o exposto, esta breve pesquisa busca refletir a respeito do problema identificado, no intuito de demonstrar que o excelso Supremo Tribunal Federal deve (assim como os demais tribunais pátrios) assegurar a força normativa dos tratados de direitos humanos incorporados por meio do controle de convencionalidade, respeitando e aplicando as disposições desses tratados em seus julgamentos e interpretações.

Quanto à metodologia, será utilizado o método dedutivo de pesquisa, por meio de pesquisa bibliográfica, com finalidade qualitativa, dado o caráter subjetivo do objeto analisado. As fontes, sejam históricas, normativas ou bibliográficas, que subsidiam o presente estudo são utilizadas de forma lógica, a fim de desenvolver ideias e proposições com as devidas explicações, discussões e demonstrações. O material de análise abrange publicações em revistas especializadas, livros de doutrina jurídica, teses de doutoramento, bem como

tem lastro de argumentação constitucional e convencional. Almeja-se, assim, consoante Marconi e Lakatos⁴, expor “uma sistematização de conhecimentos, um conjunto de proposições logicamente correlacionadas sobre o comportamento de certos fenômenos que se deseja estudar”.

2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Após o holocausto da Segunda Guerra Mundial, a humanidade se viu imergida na necessidade de proteção dos indivíduos pelo simples fato de ser pessoa, independentemente de possuir condições particularizadas tão somente à determinada categorização (como mulher, negro, judeu, cigano, homossexual, trabalhador ou qualquer outra minoria).

Com base neste axioma, foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III)⁵, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elencando que o “desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade [...] foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum”.

Cançado Trindade⁶ expõe que ao longo dos anos passaram a coexistir inúmeros instrumentos internacionais de proteção, consubstanciados na premissa básica de que “os direitos proclamados são inerentes ao ser humano, anteriores portanto a toda e qualquer forma de organização política ou social”. Dentre esses direitos, a educação teve sua importância singularizada pelo

4 MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 80.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

6 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed. 2000. p. 24.

representante brasileiro (Austregésilo de Athayde) já nos atos preparatórios que anteciparam a Declaração Universal, consoante ressaltou o apontado autor⁷.

Em 1966, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em sua XXI Sessão, realizada em 19 de dezembro daquele ano (entrando em vigor, contudo, apenas em 03 de janeiro de 1976). No artigo 13 deste Pacto, o direito à educação foi tratado como elementar ao pleno desenvolvimento da atividade humana e de sua dignidade, sendo essencial à capacitação das pessoas e à formação de uma sociedade livre, tolerante e capaz de cultivar a amizade entre as nações e os diversos grupos raciais, étnicos e religiosos.

No mesmo exercício, também foi aprovado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos alicerçado na família humana e em seus direitos iguais e inalienáveis para constituição do fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, tendo entrado em vigor em 23 de março de 1976. Esses dois tratados formam, somados à Declaração Universal de 1948, a Carta Internacional de Direitos Humanos.

Além desses documentos de aplicação universal, vários outros textos surgiram na esfera regional (como exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica de 1969), a ponto de Silva⁸ destacar que “todos esses documentos normativos consagradores dos direitos humanos fundamentais mostram a importância que a categoria de direitos passa a assumir ao longo do século XX. As discussões a respeito da previsão e posteriormente sobre sua implementação ganham cada vez mais espaço nas pautas governamentais e acadêmicas”.

A educação é, pois, um direito social estabelecido expressamente no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. É, portanto, um direito humano fundamental de segunda dimensão. Sobre isso, ressalta-se

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (período 1941-1960)**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores/Fundação Alexandre de Gusmão, 1984. p. 231-232.

8 SILVA, Túlio Macedo Rosa e. **Liberdade sindical e controle de convencionalidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, 2018. p. 39.

que o termo dimensão infere a coexistência dos diversos grupos de direitos humanos, não havendo sobreposição de um sobre o outro. Por sua vez, a adoção do termo “direito humano fundamental” é amparada pela terminologia utilizada pela UNESCO, “droits de l'homme fondamentaux”, conforme destacou Silva⁹, tornando anacrônico qualquer diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Diferentemente dos direitos civis e políticos (que são os direitos de primeira dimensão e se associam à liberdade e ao absentismo estatal), o direito à educação se baliza pela igualdade material, visando à redução das desigualdades no plano fático e tendo como destinatários todos os indivíduos. Ura¹⁰ o traz como um direito prestacional “que exige prestações materiais e jurídicas, com vistas à redução das desigualdades fáticas, mediante a intervenção do Estado no domínio social”.

Os direitos de segunda dimensão – como o direito à educação – são marcos nas constituições modernas influenciadas pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919). Sundfeld¹¹ revela que tais direitos imprimem ao Estado uma “nova postura: a de agente do desenvolvimento e da justiça social”, de forma que “o Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuando para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização de justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)”.

Logo, o direito a educação (na dimensão em que se encontra inserido) é marcado pelo caráter prestacional, exigindo a atuação do Estado consubstanciada na edição de normas de proteção, de organização e procedimento e de prestação material ou fática (que dê ao particular a

⁹ *Op. Cit.*, p. 27-28.

¹⁰ URA, Nicole Borges de Carvalho. **Justiça social: a responsabilização do Estado no fornecimento do direito à educação**. Fórum Administrativo - FA, ano 20, n. 202, p. 36-73, dez. 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/21118/39422>. Acesso em: 11 mai. 2021. p. 37.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 55.

possibilidade de fruir do direito mesmo que não tenha condições financeiras suficientes), conforme evidenciado por Alexy¹².

E seguindo esta compreensão, Silva¹³ argumenta que os direitos de segunda dimensão possuem uma dupla função, “de um lado, serve como fundamento para assegurar um padrão de vida adequado, enquanto de outro constitui fundamento garantidor de independência e liberdade”.

Tais valores foram imiscuídos na Constituição do Brasil de 1988, sendo esta marcadamente social e “voltada decididamente para a plena realização da cidadania”, como asseverou José Afonso da Silva¹⁴. Tanto que há expresso em seu art. 6º um rol de direitos sociais como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Todos esses direitos exigem do Estado ações positivas e intervenções que garantam ao cidadão seu exercício.

Sarlet¹⁵ ainda aponta que a Constituição do Brasil é tida por social desde o seu preâmbulo, e tem localizados já em sua parte inicial os axiomas a guiar toda a atuação do Estado, pois “os direitos fundamentais constituem parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica”.

Topograficamente, a educação é o primeiro dos direitos sociais elencados pelo constituinte originário no citado art. 6º. Tendo este ainda assentado expressamente, na Lei Maior, que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205 da CF/88).

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011. p. 434, 450 e 499.

¹³ *Op. Cit.* p. 49.

14 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 92.

15 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 66.

Quanto aos princípios que regem o ensino, é de lastro constitucional (art. 206) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; bem como a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, entre outros.

Por sua vez a educação de nível superior no Brasil é regida pela Lei nº 9.394/96 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional):

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

I - cursos sequenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente;

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino;

IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.

Já o Decreto nº 9.235/2017 (que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino) elenca que o sistema federal de ensino compreende (art. 2º): I - as instituições federais de ensino superior - IFES; II - as IES criadas e mantidas pela iniciativa privada; e III - os órgãos federais de educação superior.

As Instituições de Ensino Superior (IES) criadas pelo Poder Público estadual, distrital ou municipal e mantidas por pessoas jurídicas de direito privado e as IES qualificadas como instituições comunitárias, nos termos da Lei nº 12.881, de 12 de novembro de 2013, sujeitam-se ao sistema federal de ensino,

conforme art. 2º, § 2º do Decreto nº 9.235/2017. Ademais, este citado diploma normativo traz, no art. 29, a expressa oferta pelas instituições públicas de ensino superior de cursos de pós-graduação *latu sensu*.

Com isso, o ensino superior no Brasil possui expressa regulamentação, estando inserido nele a oferta de cursos sequenciais, de graduação, de pós-graduação (compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros) e de extensão. Além disso, as Instituições de Ensino Superior têm autorizada a criação de cursos de pós-graduação *latu sensu*, sendo prescindível a autorização do Ministério da Educação, estando condicionada, contudo, ao funcionamento regular de, pelo menos, um curso de graduação ou de pós-graduação *stricto sensu*.

Ante as considerações acima, vê-se que o direito humano fundamental à educação no Brasil compreende uma gratuidade em estabelecimentos oficiais (por principiologia constitucional – art. 206, IV da CF/88), que se impõe da educação básica ao ensino superior (o que inclui, conforme legislação suso apontada a especialização *latu sensu*). Nesse sentido, aduziu Hachem e Kalil¹⁶:

[...] no sistema constitucional brasileiro o direito fundamental à educação assegura ao seu titular distintas posições jurídicas – tais como o acesso gratuito à educação infantil, ao ensino fundamental, ao ensino médio e ao ensino superior – e todas elas são dotadas de jusfundamentalidade (isto é, da condição de direitos fundamentais, sujeitas à aplicabilidade imediata e à proteção contra reformas constitucionais abolitivas).

Portanto, a análise do direito social à educação e do ensino superior no Brasil revela uma regência pelo princípio da gratuidade em estabelecimentos oficiais que deve ser ainda avaliado perante a normatividade internacional, em

16 HACHEM, Daniel Wunder; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. **O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: o exemplo do Programa Universidade para Todos (Prouni)**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 24, n. 66, p. 153-177, out./ dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/107/863>. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 159-160.

especial pelas disposições do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

3 PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E SUA RATIFICAÇÃO PELO BRASIL: O COMPROMISSO DA IMPLEMENTAÇÃO PROGRESSIVA DO ENSINO GRATUITO

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, tendo sua Carta de Adesão sido depositada em 24 de janeiro de 1992. Com isso, o Pacto fora promulgado, entrando em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º, dando, posteriormente, ensejo ao Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

Cumriu-se, assim, toda a tramitação necessária à internalização da citada norma internacional ao ordenamento jurídico brasileiro, consoante preceitos da Constituição Federal de 1988 que inovou, destaca Piovesan¹⁷, “ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. [...] Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos”.

Nessa perspectiva, Dallari¹⁸ aponta que os direitos humanos consagrados em tratados ratificados pelo Brasil integram o elenco dos direitos constitucionais, ao passo que o art. 5º, §2º da Lei Maior deve ser interpretado com os princípios que regem as relações internacionais (art. 4º), preponderando a prevalência dos direitos humanos, a fim de dar “coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional”.

17 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

18 DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 162.

Desta forma, o art. 5º, §2º da Constituição Federal já imprime, por si só, a ideia da hierarquia constitucional dos direitos humanos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, pela própria natureza material constitucional que tais direitos possuem. Não de compor, pois, o bloco de constitucionalidade de nosso ordenamento, como ressalta Canotilho¹⁹ ao firmar que “a orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos fundamentais”.

Segue-se, assim, a posição de que a Constituição Federal é, quanto aos direitos humanos fundamentais, aberta e passível de complementação, na linha defendida por Piovesan²⁰:

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

A natureza material de direitos humanos (como o do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) exige paridade hierárquica-normativa de norma constitucional, segundo Canotilho²¹. Por sua vez, “os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal”, por força do art. 102, III, “b”, da Constituição Federal de 1988 e do art. 27 da Convenção de Viena, na lição de Piovesan²².

Seguindo a doutrina dos citados constitucionalistas, rechaça-se a tese da paridade entre tratado e lei federal firmada pelo Supremo Tribunal

19 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 528.

²⁰ *Op. Cit.* p. 117.

²¹ *Op. Cit.* p. 901.

²² *Op. Cit.* p. 118.

Federal (no Recurso Extraordinário n. 80.004/1977, e no *Habeas Corpus* nº 72.131-RJ de 22.11.1995).

Ademais, a tese de suprallegalidade dos direitos humanos fundamentais não aprovados na forma do art. 5º, §3º da Constituição (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004) mostra-se prescindível pela natureza material de tal norma que já indicaria o *status* constitucional sem a necessidade de perpassar por quórum dos três quintos e por dois turnos de votação em cada Casa do Legislativo nacional.

Assim, perfilha-se da posição de Piovesan²³ quando reitera “que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade”. Faz-se prevalecer, pois, a força material da norma constitucional em detrimento de formalismos. Inclusive, este é o mesmo ensinamento do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 87.585-8, em 12 de março de 2008, oportunidade em que asseverou:

[...] as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n. 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.

Com lastro neste viés hermenêutico inspirado na racionalidade material, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais possui *status* de norma constitucional pela natureza de suas disposições. Já em seu preâmbulo, os vetores axiológicos emanam a dignidade inerente à pessoa humana, o respeito universal, a convivência harmônica entre os semelhantes e para com a coletividade a que pertence, não se admitindo qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais.

²³ *Op. Cit.* p. 128.

Em relação à educação, é expressamente reconhecida como direito inerente a todas as pessoas (art. 13 do Pacto), por ser essencial ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade. É por meio da educação que se capacita o ser humano para participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecendo a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos, sendo, portanto, essencial para a manutenção da paz.

O Pacto ainda impõe (no mesmo art. 13) aos Estados Partes que assegurem, entre outros: a) educação primária obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, a ser fornecida de forma generalizada e acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) educação de nível superior igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

É expreso, portanto, o comando do Pacto, ratificado pelo Brasil e que compõe seu bloco de constitucionalidade, de que mesmo a educação de nível superior deve seguir o direcionamento de uma implementação progressiva de gratuidade. Esse comando, soma-se, pois, ao art. 206, IV da CF/88 que traz, como já indicado, a gratuidade em estabelecimentos oficiais.

Já no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, também reproduz o princípio da gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais, conforme se percebe de seu art. 3º, inciso VI.

Soma-se a isso que, no art. 16 da suscitada Lei, é feita “referência, de modo abrangente, às instituições de ensino mantidas pela União, sem que seja possível afirmar que há exceção, na legislação, entre os níveis de ensino (fundamental, médio e superior) para fins de gratuidade em estabelecimentos

oficiais”, alerta o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, no Parecer nº 2960-PGR-RJMB²⁴ emitido em face do RE 597854.

Logo, há, consoante o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em análise conjunta com a normatividade interna brasileira, um compromisso de implementação da gratuidade do ensino em todos os níveis, até mesmo no nível superior.

Nesse mesmo sentido, Cortés Rodas²⁵ enfatiza, após análise comparativa da Constituição Colombiana (arts. 44 a 67) e de instrumentos normativos internacionais (como a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, além do próprio Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), que a educação, mesmo no nível superior, deve guiar-se em direção à gratuidade:

De esto, puede entonces concluirse que el derecho a la educación de los menores y a la formación de los adultos en la secundaria y en el nivel de estudios superiores es, sin duda, un derecho fundamental que implica obligaciones de contenido prestacional a cargo del Estado. Aquí, sin embargo, hay que hacer unas precisiones siguiendo el sentido de lo afirmado en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y en las mencionadas sentencias de la Corte Constitucional. El Estado debe asegurar educación primaria gratuita para todos, en tanto que la secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, mediante la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. Y en la educación superior debe promoverse la implementación progresiva de la gratuidad sobre la base de la igualdad y el mérito. El artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que la enseñanza superior debe hacerse accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

24 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 2960-PGR-RJMB. Procurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Assinado em 14.04.2014. Brasília, 2014. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2666225> Acesso em 29 jan. 2021.

25 CORTÉS RODAS, Francisco, *El derecho a la educación como derecho social fundamental en sus tres dimensiones: educación primaria, secundaria y superior*, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (2), pp. 185-205. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n2/v14n2a07.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021. p. 199.

Ao Brasil cabe necessariamente cumprir os parâmetros protetivos internacionais ratificados e acrescidos ao âmbito doméstico, o que impõe aos tribunais pátrios assegurar a força normativa dos tratados de direitos humanos incorporados por meio do controle de convencionalidade, como ressaltou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentenciado em 26 de setembro de 2006, ao dispor que o “Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle da convencionalidade das leis’” e ter em conta “não somente o tratado, mas também a interpretação”.

Santos, Teixeira e Araújo²⁶ expõem que “faz parte da própria sistemática dos tratados internacionais a necessidade de compatibilizar, na aplicação, dispositivos de direito interno e as obrigações assumidas pelo país em um documento internacional”. Não se pode, portanto, ignorar a existência de um tratado ratificado ou não dele se valer para o enfrentamento de celeumas cujas disposições do tratado sejam primordiais ao caso, o que causaria afronta ao art. 27 da Convenção de Viena e provocaria o inadimplemento de um tratado.

Ante o exposto, a gratuidade do ensino e o compromisso de sua implementação progressiva (mesmo no ensino de nível superior, o que inclui, como visto a especialização *latu senso*) foram expressamente ratificados pelo Brasil mediante adesão ao Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o que implica a necessidade de verificação da (in)convencionalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 597854, que possibilitou a cobrança por cursos de especialização *lato sensu*.

4 A (IN)CONVENCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 597854

26 SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 24, n. 66, p. 267-282, out./ dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/107/859>. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 277.

No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 500.171, de relatoria do ministro Edson Fachin, em que se discutia ofensa aos arts. 205, 206, I, 208, VII e 212, §3º da Constituição Federal, o STF reconheceu que “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização”.

A *priori*, faz-se necessário ressaltar que a Suprema Corte, ao fixar a aludida tese, não enfrentou a questão relacionada à possibilidade de cobranças em cursos de graduação e de pós-graduação *stricto sensu*, mas apenas o que concerne aos cursos de pós-graduação *lato sensu*, o que torna imprescindível verificar o enquadramento constitucional e legal que levou o STF a concluir pela possibilidade de cobrança de mensalidades em tais cursos.

De fato, o ministro relator Edson Fachin manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário, sob a justificativa inicial de que as universidades podem contar com recursos de origem privada por expressa previsão constitucional (art. 213, §2º, da Constituição Federal). Para ele, as atividades que não estão relacionadas com a manutenção e o desenvolvimento do ensino não dependem de recursos exclusivamente públicos, sendo lícito, pois, o recebimento pelas universidades de remuneração pelo respectivo desempenho. É o que acontece com as atividades destinadas preponderantemente à extensão universitária.

O ministro Ricardo Lewandowski argumentou ser importante diferenciar os cursos de pós-graduação *stricto sensu* e os de pós-graduação *lato sensu*. Segundo ele, estes não conferem um grau acadêmico ao discente, mas tão somente um certificado, sendo, então, um serviço de natureza extraordinária das universidades, compatível com a autonomia didática conferida pela Constituição Federal no seu art. 207. Aqueles, por sua vez, são cursos que conferem um grau acadêmico, seja de mestre ou de doutor, devendo, pois, serem gratuitos.

Nesse mesmo sentido é o dispõe o parecer do Conselho Nacional da Educação nº 364/2002/CNE/CES²⁷ e a lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei n.º 9.394/1996) quando tratam sobre a distinção entre os cursos de pós-graduação.

Consoante o Parecer nº 364/2002/CNE/CES, nos cursos de pós-graduação *lato sensu*, as universidades públicas devem cobrar do discente, “visto que não se espera que as universidades públicas destinem recursos públicos para tarefas que não fazem parte de sua missão constitucional, para a qual, e somente para esta, está preceituada a gratuidade”. Ademais, também dispõe o aludido parecer que “ignorar esta circunstância e as prioridades sociais a serem contempladas implicaria transferência de recursos exíguos e, em certo sentido, inelásticos para a sustentação de atividades assessórias, em prejuízo das suas funções mais relevantes”.

Diversamente do que fora argumentado pelo ministro Lewandowski, o ministro Gilmar Mendes defendeu que todos os cursos de pós-graduação correspondem a uma extensão da graduação, conforme se extrai da própria nomenclatura (pós). Logo, para ele, nenhuma forma de pós-graduação deveria ser necessariamente gratuita.

A ministra Rosa Weber, por oportuno, pontuou que a falta de cursos de pós-graduação nas universidades públicas acarreta prejuízo para toda a sociedade, pois, além de existir grande procura dos discentes pelas vagas, muitos dos aludidos cursos oferecem, gratuitamente ou com custo praticamente zero, atendimento ao público feito pelos alunos, sobretudo na área de saúde, estando configurado o interesse social na oferta destes cursos.

O ministro Luiz Fux, por sua vez, em seu voto, ponderou que o direito à educação, por ser um direito fundamental, deve sempre buscar a sua máxima efetividade, em termos quantitativos e qualitativos. Portanto, para ele, quando se

27 CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer número CNE/CES 0364**, aprovado em 06 nov. 2002. Regularidade da cobrança de taxas em de cursos de pós-graduação, lato sensu, com base no art. 90, da lei 9.394. Brasília: Ministério da Educação, 2002. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/parecer_cne_0364_sesu.pdf> Acesso em: 06 abr. 2019.

trata de direitos sociais, a proibição à proteção insuficiente pauta a extensão da obrigação positiva que pode ser exigida do Estado, *in verbis*:

A interpretação literal e isolada do artigo 206, IV, da Constituição prejudica o acesso universal a uma educação pública de excelência, esvaziando o conteúdo dos outros dispositivos aqui mencionados. Não se trata do argumento consequencialista da crise financeira e do sucateamento, que merece também o devido destaque, mas da concordância prática dos dispositivos constitucionais que tratam especificamente do direito à educação. [...] Dessa forma, tem-se que a atuação do legislador, ainda que constituinte, deve ser pautada pelo propósito de assegurar a máxima efetividade do direito fundamental. Tratando-se de direitos sociais, a proibição à proteção insuficiente pauta a extensão da obrigação positiva que pode ser exigida do Estado. No caso, a restrição absoluta a qualquer forma de financiamento privado em universidades públicas, sem que tenha sido essa a vontade manifestada pelo constituinte originário, sequer contribui para um outro objetivo legítimo. Ainda que o fizesse, a possibilidade de se conceder bolsas, isenções ou empréstimos atenderia ao dever estatal de assegurar a equalização de oportunidades educacionais, o acesso aos níveis mais elevados de educação e formação para o trabalho, consistindo em meio menos prejudicial ao direito à educação.²⁸

Destarte, para o ministro Fux, faz-se imprescindível observar o princípio da proporcionalidade e da proibição à proteção insuficiente que pautam a extensão da obrigação positiva que pode ser exigida do Estado.

Faz-se necessário também destacar o argumento do ministro Luís Roberto Barroso quanto à insuficiência de recursos públicos destinados às universidades. Conforme bem defendido pelo douto ministro, as universidades precisam de mecanismos de autossustentação e de autofinanciamento, visando, assim, a melhoria no acesso ao conhecimento que deve ser ilimitado. Assim, entende que qualquer fonte legítima de recurso deve ser bem-vinda.

28 BRASIL. **Recurso Extraordinário número 597.854-GO**. Universidade Federal de Goiás e Tiago Macedo dos Santos. Relator Ministro Edson Fachin. 28 de abril de 2017. In: Diário da Justiça Eletrônico (Brasília). Disponível em: <file:///C:/Users/Grass/Downloads/texto_312777202%20(1).pdf> Acesso em: 07 abr. 2021. p. 61/62.

Diante dessas ponderações feitas pelos ministros acerca da temática, o STF considerou, portanto, a realidade da falta de recursos das universidades públicas sendo, pois, uma justificativa para a busca de meios alternativos de financiamento, como é o caso do pagamento de mensalidades para prestação de cursos de pós-graduação.

A Suprema Corte concluiu o julgamento, por maioria dos votos, de que é possível compatibilizar a ideia constitucional de gratuidade do ensino público com alternativas que permitam às universidades públicas incrementar e subsidiar parte de suas despesas.

Faz-se necessário ressaltar, outrossim, o pensamento do ministro Marco Aurélio no aludido julgamento²⁹, *in verbis*:

Tendo-se a um só tempo, sob o ângulo da natureza jurídica, universidade pública e privada. Ela é pública no tocante a certo aspecto, mas é privada no tocante a outro, ao se estabelecer que pode atuar como se fosse um ente de educação privado, obstaculizando-se o acesso universal, levando em conta os mais e os menos favorecidos, a viabilizar, ante o mérito, o acesso dos que não podem pagar.

O ministro Marco Aurélio argumentou, então, que a cobrança em universidades públicas violaria o princípio constitucional da igualdade de condições para acesso e permanência no ensino, votando, assim, pela improcedência do recurso extraordinária. Contudo, foi voto vencido.

Nesse diapasão, da análise dos argumentos trazidos pelos ministros da Suprema Corte, observa-se que em nenhum momento se tratou da relação entre a cobrança da mensalidade em cursos de pós-graduação com o que dispõe o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no Brasil desde 1992, que tem o *status* de norma constitucional pela natureza de suas disposições.

²⁹ *Op. Cit.* p. 103.

Consoante já acima delineado, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece a educação como um direito de todos, sob a razão de que ela visa o pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalece o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Assim, em seu art. 13, o PIDESC elenca alguns preceitos que devem ser observados para assegurar o pleno exercício do direito à educação, dentre os quais, encontra-se a implementação progressiva do ensino gratuito na educação de nível superior.

Portanto, além do previsto na Constituição Federal, o aludido Pacto também possui compromisso em implementar progressivamente o ensino gratuito em todos os níveis, seja na educação infantil, no ensino médio ou superior.

Logo, ao incorporar tal pacto internacional ao ordenamento jurídico pátrio, os tribunais brasileiros, incluindo o STF, devem respeitá-lo e assegurar a sua inteira observância, fazendo o que se chama de controle de convencionalidade, o que, todavia, não foi observado na decisão do RE 597.854/GO, a qual analisou apenas os aspectos constitucionais quanto à cobrança das aludidas mensalidades.

Diante desse contexto, faz-se necessário o estudo com mais profundidade do princípio da proibição à proteção deficiente, trazido pelos ministros Fux e Barroso em seus votos, bem como do princípio da proporcionalidade, como formas de melhor interpretar e analisar a solução dada pelo STF quando da fixação da aludida tese em que se permite a cobrança de mensalidade em cursos de pós-graduação.

5 ANÁLISE DO DIREITO À GRATUIDADE DE ENSINO *VERSUS* PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA PROTEÇÃO NÃO DEFICIENTE

Segundo Alexy³⁰, os princípios são verdadeiras normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Assim, são mandados de otimização que podem ser concretizados sob distintos graus.

Sarlet³¹, por sua vez, defende que os princípios fundamentais constituem o núcleo essencial de uma Constituição, dando, assim, base a toda ordem constitucional. Todavia, afirma ser muito comum situações de colisão entre dois ou mais princípios.

Assim, Dworkin³² argumenta que em uma tal situação de colisão, tem-se que levar em consideração a força relativa de cada um dos princípios colidentes, buscando-se realizar um juízo de ponderação. Ressalte-se, contudo, que este juízo será sempre objeto de controvérsia, uma vez que não há uma regra exata de como se deve decidir.

Diante disso, é cediço que a hermenêutica constitucional existe com afã de fornecer recursos necessários para a melhor interpretação de uma Constituição, buscando-se preservar a sua supremacia e unidade, por meio dos princípios instrumentais, dentre os quais, encontram-se a proporcionalidade e a razoabilidade.

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso³³ ensina que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e a técnica da ponderação possuem papel importante na solução de conflitos entre princípios constitucionais, sobretudo, no atual momento em que se vive um novo direito constitucional.

De fato, a proporcionalidade e a razoabilidade exigem que as decisões sejam tomadas com base na razão, buscando-se o equilíbrio e a harmonia entre proposições que estabeleçam tensões entre si.

30 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90-91.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 99.

32 DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 40.

33 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255.

Com efeito, a técnica da subsunção, em que uma premissa maior (norma) incide sobre uma premissa menor (fatos) e se chega a uma conclusão, não é suficiente para tratar de situações que envolva colisão entre direitos fundamentais ou princípios, pois nestes casos há várias premissas maiores e uma menor e, assim, ao eleger apenas uma daquelas, estar-se-ia violando a unidade da Constituição.

Logo, todas as premissas devem ser consideradas, quando à luz de um caso concreto, utilizando-se a técnica da ponderação, sendo, pois, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade os principais elementos deste processo.

Dentro desse cenário, considerando que a realidade econômica das universidades públicas é precária, visto que há evidente insuficiência de recursos públicos, faz-se necessário reinterpretar os dispositivos referentes à gratuidade de ensino, para que não haja uma exegese nociva à prestação do próprio Direito.

Nesse mesmo pensar argumentou o Ministro Barroso em seu voto no RE 597.854/GO, *in verbis*:

Na vida, tudo que não esteja funcionando bem deve ser objeto de algum tipo de reflexão e de diagnóstico adequado para que se adotem políticas públicas adequadas. [...] Portanto, nós precisamos, corajosamente, fazer um diagnóstico a propósito da universidade pública no Brasil, porque a regra é que existam greves, e greve, evidentemente, é um recurso extremo quando as negociações não funcionam. Portanto, nós temos um sistema que todo ano deixa de funcionar. Alguma coisa está errada e, portanto, é preciso, eu penso, que as melhores cabeças se debruçam sobre o problema da universidade pública, para detectar os problemas e propor as soluções.³⁴

Destarte, caso fosse adotada uma interpretação literal da Constituição Federal e do PIDESEC, no tocante à gratuidade do ensino, indubitavelmente, a situação de sucateamento das universidades públicas tornar-se-ia mais grave e

³⁴ *Op. Cit.* p. 66.

consistiria em uma violação ao princípio da proporcionalidade na sua faceta do princípio da proteção não deficiente.

Destaca-se que este princípio é abordado por Streck³⁵ para significar a preocupação do sistema jurídico não proteger suficientemente determinado direito fundamental, consoante expôs:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade por advir de proteção insuficiente de um direito fundamental social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Essa vertente do princípio da proporcionalidade implica pensar o direito à educação, como um axioma constitucional a exigir a maior aplicabilidade possível, desde o campo legislativo ao campo fático, de forma que se não é possível a sua concepção e oferta gratuita pelo ente público (considerando especificamente o ensino superior e os cursos de pós-graduação *lato sensu*), não se pode proibir sua complementação e custeio por recursos advindos de particulares.

Esta foi a concepção jurídica defendida e estabelecida pelo Pretório Excelso no julgamento do RE 597.854/GO, na pretensão de maximizar o direito fundamental à educação a partir do reconhecimento de que o Estado não teria condições de custeá-lo em sua integralidade. Dessa forma, não mitigar a

35 STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ, ano 17, n. 2, jan./ dez. 2004. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10558/18475>. Acesso em: 22 jun. 2021. p. 06.

gratuidade de ensino poderia levar a uma privação do direito à educação no que toca aos cursos de pós-graduação *lato sensu* que são, na ideia defendida pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pelo Parecer do Conselho Nacional da Educação nº 364/2002/CNE/CES, atividades assessórias não inseridas no escopo das universidades pela Constituição Federal.

Assim, o princípio da proteção não deficiente se perfaz, na visão de Pulido³⁶, como elemento estruturante de aplicação dos direitos fundamentais de proteção, a fim de que não haja uma antonomásia (uma omissão) a violar o próprio núcleo do direito. No caso, proibir a cobrança por cursos de pós-graduação *lato sensu* poderia levar a não oferta deles e, portanto, a não implementação efetiva e integral educacional (diminuindo a qualidade e o acesso ao ensino superior).

Logo, não se pode olvidar que o princípio da proteção não deficiente é uma exigência do hodierno direito constitucional, sobretudo, na interpretação e aplicação das leis.

Nesse diapasão, Gavião³⁷ afirma que “na medida em que o Estado se omite em seu dever de proteção de direitos fundamentais, ou não o faz de forma adequada e eficaz, seu ato estará eivado de inconstitucionalidade, por violação da proibição de proteção deficiente”.

Assim, a cláusula de gratuidade do ensino (contida na Constituição Federal e no PIDESEC) deve ser interpretada de tal forma que seja considerada a realidade fática existente, bem como os demais direitos constitucionalmente assegurados. Não pode inviabilizar, por exemplo, a garantia da melhoria da qualidade do ensino, com previsão nos arts. 206, VII e 214, da Constituição.

Se vivêssemos em um mundo ideal onde não faltam recursos para as universidades públicas, não haveria de se discutir na Suprema Corte sobre a possibilidade ou não de cobrança de mensalidades para cursos de pós-

36 PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. p. 798.

37 GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, maio/out. 2008. p. 101.

graduação. Todavia, infelizmente, a realidade é bem diferente. As universidades não possuem condições, na maioria das vezes, sequer de custear as suas necessidades básicas.

Portanto, ao interpretar os dispositivos que tratam da gratuidade de ensino, devem ser considerados todos os objetivos da Constituição, sabendo-se que nenhum valor, seja qual for, pode ser imposto de tal forma que impeça a garantia do núcleo existencial de outros. Pois, se priorizarmos indistintamente a gratuidade do ensino, valores como a maximização do acesso ao ensino superior e a melhoria da qualidade desse ensino tendem a ser preteridos, quando, na verdade, deve-se buscar o equilíbrio e a harmonia entre eles.

Logo, faz-se necessário aplicar a técnica da ponderação de interesses para que seja preservado o núcleo essencial do direito à gratuidade e o afastamento da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

Dessa forma, é mais proporcional e razoável relativizar a aludida gratuidade, considerando que há previsão constitucional (art. 205 da CF/88) de que “são as atividades de pesquisa e extensão passíveis de realização em regime de colaboração com a sociedade civil”, conforme expôs o Ministro Edson Fachin em seu voto no julgamento do RE 597.854/GO, o que pode resultar até na melhoria da qualidade do ensino e na ampliação de acesso ao ensino superior.

Ademais, expõe-se que o Voto do Ministro Luiz Fux é firme no sentido de que o art. 206, IV da CF/88 é delimitado de forma que a pós-graduação *latu sensu* não se insere na expressão “ensino”, mas sim na expressão “extensão”, não sendo, pois, obrigatoriamente gratuito, e que a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais prevê a “colaboração da sociedade” e a “prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório”, de forma que a pós-graduação *latu senso* não precisa contar com recursos exclusivamente públicos.

Importante se faz salientar, outrossim, que este entendimento pode trazer consequências concorrenciais positivas para o mercado, a ponto de diminuir os valores de mensalidades cobradas por instituições privadas, como também

destacou o Ministro Edson Fachin, em sua Voto, considerando que as instituições públicas devem necessariamente “observar a modicidade de tarifa (art. 173, III, da CRFB) e manter serviço de qualidade (art. 206, VII, da CRFB)”, aumentando a demanda de cursos com preços que devem ser acessíveis.

Por todo exposto, a tese da relativização da gratuidade do ensino em instituições públicas fixada pelo STF, embora do ponto de vista formal venha a violar o artigo 13 do PIDESC, bem como o art. 206, IV da CF/88, do ponto de vista material encontra lastro jurídico, conforme decidiram os Ministros, no princípio da proteção não deficiente, visando oferecer a maximização do direito à educação mesmo em cursos de pós-graduação *lato sensu*, considerando a impossibilidade de integral financiamento público e a colaboração da sociedade para o ensino.

O STF firmou, pois, entendimento pela possibilidade de cobrança, considerando ser uma medida justa de preservação do núcleo do direito à educação (em especial da qualidade do ensino e da ampliação de acesso ao ensino superior), a ponto de o Ministro Gilmar Mendes destacar em seu Voto, valendo-se da doutrina de Andrés Oppenheimer³⁸, a experiência do Chile:

Interessante registrar experiências bem sucedidas de outros países que, ao possibilitarem o financiamento da educação pública também por meio de recursos da sociedade, alcançaram melhorias em seu acesso e qualidade. É o caso, por exemplo, do Chile, onde 65% do financiamento da Universidade provém da venda de serviços prestados por seus professores ou de projetos de desenvolvimento e pesquisa encomendados pelo Estado ou por empresas privadas e 25% decorrem de taxas que os estudantes pagam. A ajuda estatal cobre apenas 14% do orçamento da instituição. Já os estudantes carentes, que não têm condições de pagar as taxas – e correspondem a 30% dos estudantes -, recebem bolsas integrais do governo. Os 70% restantes têm acesso a créditos estudantis de baixo custo, que devem reembolsar após se formarem.

38 OPPENHEIMER, Andrés. **Basta de Histórias! A Obsessão latino-americana com o passado e as 12 chaves do futuro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 196/197.

Desta forma, ante a proteção deficiente ao núcleo do direito à educação que poderia advir da finitude de recursos do Estado, a Corte Suprema afastou a gratuidade dos cursos de especialização *lato sensu*. Todavia, há se reconhecer que a decisão sequer teve fulcro em debate sobre a convencionalidade da medida que deveria caminhar para a progressiva gratuidade e não para a cobrança, o que subverte o compromisso firmado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Buscou-se, assim, privilegiar o núcleo essencial do direito à educação em detrimento da gratuidade progressiva, em reconhecimento à saúde financeira precária do Estado e a busca pela ampliação e acesso ao nível superior. Contudo, permitiu a legitimação do descumprimento de norma internacional firmada e integrada ao sistema jurídico brasileiro, em explícita demonstração de inconvenção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à educação é um direito humano fundamental de segunda dimensão, sendo reconhecido pela Constituição Federal como um direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Outrossim, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual o Brasil é signatário desde 1992, também prevê o direito à educação, sobretudo no tocante ao dever dos Estados Partes de assegurarem uma educação de nível superior igualmente acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

Destarte, observa-se que tanto a Constituição Federal como o PIDESC preconizam a gratuidade do ensino público.

Ocorre que o STF, no julgamento do (RE) 597854 reconheceu a possibilidade de as universidades públicas cobrarem por cursos de especialização, fixando, assim, a seguinte tese: “a garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança, por universidades públicas, de mensalidades em cursos de especialização”.

Nesse sentido, em primeiro momento, é evidente que a decisão não considerou os dispositivos contidos na Constituição e no PIDESEC que tratam da busca pela gratuidade do ensino público. Todavia, a exegese do princípio da gratuidade não deve ser feita de forma literal, considerando o atual estado de sucateamento e escassez em que se encontram as universidades públicas.

De fato, priorizar a gratuidade do ensino de forma ampla, neste momento, significaria violar outros preceitos também constitucionais voltados à educação como a busca pela universalização e melhoria da qualidade de ensino e os princípios da proibição à proteção deficiente e a proporcionalidade.

Portanto, a preterição da gratuidade do ensino em instituições públicas fixada pelo STF, embora do ponto de vista formal tenha violado o artigo 13 do PIDESEC, bem como o art. 206, IV da CF/88, do ponto de vista material possui lastro jurídico no princípio da proteção não deficiente, visando oferecer a maximização do direito à educação mesmo em cursos de pós-graduação *lato sensu*, considerando a impossibilidade de integral financiamento público e a colaboração da sociedade para o ensino.

O presente estudo vislumbra, pois, a harmonização do ensino superior em progressiva pretensão de alcançar a gratuidade com bases nas premissas do art. 206, IV da CF/88 e do art. 13 do PIDESEC, mas não olvida das dificuldades práticas e orçamentárias do Estado, de forma a perceber que a decisão da Suprema Corte no (RE) 597854, encontra esteio em outros axiomas constitucionais, como o princípio da proteção deficiente que conduz à preservação do núcleo do direito à educação (no caso associado à qualidade e ao acesso ao ensino de nível superior).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 abr. 2021.

_____, STF. **Recurso Extraordinário número 597.854-GO**. Universidade Federal de Goiás e Tiago Macedo dos Santos. Relator Ministro Edson Fachin. 28 de abril de 2017. In: Diário da Justiça Eletrônico (Brasília). Disponível em: <file:///C:/Users/Grass/Downloads/texto_312777202%20(1).pdf> Acesso em: 07 abr. 2021.

_____, Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 2960-PGR-RJMB**. Procurador-Geral Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Assinado em 14.04.2014. Brasília, 2014. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2666225>. Acesso em 29 jan. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer número CNE/CES 0364, aprovado em 06 nov. 2002**. Regularidade da cobrança de taxas em de cursos de pós-graduação, lato sensu, com base no art. 90, da lei 9.394. Brasília: Ministério da Educação, 2002. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/parecer_cne_0364_sesu.pdf> Acesso em: 06 abr. 2021.

CORTÉS RODAS, Francisco, ***El derecho a la educación como derecho social fundamental en sus tres dimensiones: educación primaria, secundaria y superior***, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2012, 14, (2), pp. 185-205. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v14n2/v14n2a07.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 61, p. 93-111, maio/out. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. **O direito fundamental social à educação e sua maximização por meio da função extrafiscal dos tributos: o exemplo do Programa Universidade para Todos (Prouni)**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 24, n. 66, p. 153-177, out./ dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/107/863>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OPPENHEIMER, Andrés. **Basta de Histórias! A Obsessão latino-americana com o passado e as 12 chaves do futuro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. ***El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n. 66, p. 267-282, out./ dez. 2016. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/107/859>. Acesso em: 14 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. **Liberdade sindical e controle de convencionalidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - RIHJ, ano 17, n. 2, jan./ dez. 2004. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/137/10558/18475>. Acesso em: 22 jun. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (período 1941-1960)**. Brasília: Ministério das Relações Exteriores/Fundação Alexandre de Gusmão, 1984.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2ª ed. 2000.

URA, Nicole Borges de Carvalho. **Justiça social: a responsabilização do Estado no fornecimento do direito à educação**. Fórum Administrativo, ano 20, n. 202, p. 36-73, dez. 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/124/21118/39422>. Acesso em: 11 jan. 2021.