

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO VITOR BYLAARDT MALHEIRO

A INSTITUIÇÃO DE TAXA DE MENSALIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO
PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE DO PRL Nº 3 DA CCJC PELA
ADMISSIBILIDADE DA PEC Nº 206/19

Curitiba

2024

JOÃO VITOR BYLAARDT MALHEIRO

A INSTITUIÇÃO DE TAXA DE MENSALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE DO PRL Nº 3 DA CCJC PELA
ADMISSIBILIDADE DA PEC Nº 206/19

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de
Curso do Curso de Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial para a obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem.

Curitiba

2024

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO VITOR BYLAARDT MALHEIRO

A INSTITUIÇÃO DE TAXA DE MENSALIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR: UMA ANÁLISE DO PRL Nº 3 DA CCJC PELA ADMISSIBILIDADE DA PEC Nº 206/19

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**DANIEL WUNDER
HACHEM** Assinado de forma digital por
DANIEL WUNDER HACHEM
Dados: 2024.12.10 17:39:13
-03'00'

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Orientador

Coordenador
Documento assinado digitalmente
 LETICIA REGINA CAMARGO KREUZ
Data: 10/12/2024 17:45:26 -0300
Verifique em <https://validar.lf.gov.br>

Profª. Dra. Leticia Camargo Kreuz
1º Membro

LUZARDO FARIA Assinado de forma digital por LUZARDO
FARIA
Dados: 2024.12.10 17:33:57 -03'00'

Prof. Dr. Luzardo Faria
2º Membro

Curitiba, 10 de dezembro de 2024.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, Savio, por todas as oportunidades.

Às minhas mães (de coração), que, como professoras que são, despertaram em mim o amor pela educação.

À minha irmã, por ter trabalhado comigo, ao longo dos últimos 3 anos, para nos tornarmos escritores melhores.

À minha companheira, Laísa, que leu cada capítulo deste trabalho diversas vezes, por todo o apoio incondicional.

Aos irmãos que escolhi, Paulo, Raí e Sami, por tudo, sinceramente.

Ao meu orientador, por ter me apresentado não só o tema deste artigo, como também o caminho da pesquisa no direito.

“Educação nunca foi despesa. Sempre foi investimento com retorno garantido.”

Sir Athur Lewis

RESUMO

O presente artigo teve como objeto de pesquisa o Parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania Nº 3 pela admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição Nº 206 de 2019 – a qual pretende alterar a redação do art. 206, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil, acrescentando § 3º ao art. 207 da Constituição Federal, para prever que “As instituições públicas de ensino superior devem cobrar mensalidades, cujos recursos devem ser geridos para o próprio custeio, garantindo-se a gratuidade àqueles que não tiverem recursos suficientes, mediante comissão de avaliação da própria instituição e respeitados os valores mínimo e máximo definidos pelo órgão ministerial do Poder Executivo”. Sendo assim, esta pesquisa é impulsionada pelas seguintes perguntas: a proposta de alteração, via emenda constitucional, do regime de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior, é incompatível com a Constituição da República? O regime jurídico dos serviços públicos admite a restrição da gratuidade de um serviço público para determinadas classes economicamente vulneráveis da população? Existem limites jurídicos materiais ao poder de reforma constitucional do direito à educação superior que obstem a PEC 206/19? Ou seja, o objetivo deste trabalho é avaliar a constitucionalidade da instituição de taxa de mensalidade nos cursos públicos de graduação, realizando um diálogo com as teses defendidas no Parecer do Relator Nº 3, a fim de investigar a compatibilidade dessas com ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, a partir da análise crítica das fontes de direito e das doutrinas atinentes ao tema – com base no paradigma do Estado Social de Direito e na dimensão material do princípio da igualdade, ambos fundamentados nas principais diretrizes da Constituição Federal. Extraíndo-se as seguintes conclusões: (i) o regime jurídico constitucional e infraconstitucional dos serviços públicos admite que a Administração Pública ofereça a gratuidade de um serviço público negando-a para determinados cidadãos, nas hipóteses em que a dimensão material da igualdade demande a adoção de tratamento diferenciado na sua prestação; (ii) o direito à educação superior deve ser caracterizado como direito *fundamental* social, não se negando, por conseguinte, sua força normativa; (iii) o núcleo essencial do direito fundamental social à educação superior consiste na promoção do acesso, da democratização, da cidadania e do desenvolvimento do ensino superior, de modo que a gratuidade irrestrita não é imprescindível para sua concretização; e (iv) o princípio da vedação ao retrocesso social, em se tratando de elementos circunstanciais ao direito fundamental, impõe o dever de ponderação proporcional – podendo esse ceder em face da igualdade material. Portanto, considerando as principais diretrizes da Constituição Federal de 1988 e as cláusulas do Estado Social de Direito e da Administração Pública inclusiva, a proposta de alteração, via emenda constitucional, do regime de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior, é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Proposta de Emenda à Constituição Nº 206 de 2019. Taxa de mensalidade. Direito fundamental social ao ensino superior. Vedação ao retrocesso social. Igualdade material.

ABSTRACT

The present article had as its research object the Advisory Opinion of the Rapporteur of the Committee on Constitution and Justice and Citizenship N° 3 for the admissibility of the Constitutional Amendment Bill N° 206 of 2019 – which intends to amend the wording of the art. 206, IV, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, adding § 3° to art. 207 of the Federal Constitution, to provide that “Public higher education institutions must charge monthly fees, whose resources must be managed for their own funding, guaranteeing free tuition to those who do not have sufficient resources, through an evaluation committee of the institution itself and respecting the minimum and maximum values defined by the ministerial body of the Executive Branch”. In this way, this research is driven by the following questions: is the proposal to change, through constitutional amendment, the gratuity regime in the provision of public higher education services incompatible with the Constitution of the Republic? Does the legal regime for public services allow the restriction of free public services for certain economically vulnerable classes of the population? Are there material legal limits to the constitutional amendment power to reform the right to higher education that prevent the Constitutional Amendment Bill N° 206 of 2019? That is, the objective of this work is to evaluate the constitutionality of the institution of monthly fees in public undergraduate courses, carrying out a dialogue with the theses defended in the Advisory Opinion of the Rapporteur N° 3, in order to investigate their compatibility with the Brazilian legal system. To this end, a bibliographical research was conducted, based on a critical analysis of the sources of law and doctrines relating to the topic - grounded in the paradigm of the Social State of Law and the material dimension of the principle of equality, both extracted from the fundamental guidelines of the Federal Constitution. Drawing the following conclusions: (i) the constitutional and infraconstitutional legal regime for public services allows the Public Administration to offer a public service free of charge, denying it to certain citizens, in cases where the material dimension of equality demands the adoption of differentiated treatment in its provision; (ii) the right to higher education should be characterized as a *fundamental* social right, thus not denying its normative force; (iii) the essential core of the fundamental social right to higher education consists of promoting access, democratization, citizenship and the development of higher education, so that unrestricted gratuity is not essential for its implementation; and (iv) the principle of prohibition of social retrocession, in regard to circumstantial elements of the fundamental right, imposes the duty of proportional consideration – which may yield in the face of material equality. Therefore, considering the main guidelines of the Constitution of the Federative Republic of 1988 and the clauses of the Social State of Law and of the inclusive Public Administration, the proposal to amend, by means of constitutional amendment, the free regime in the provision of public higher education services, is compatible with the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Key-words: Constitutional Amendment Bill N° 206 of 2019. Monthly tuition fee. Fundamental social right to higher education. Prohibition of social retrocession. Material equality.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 8 |
| 2. EXPOSIÇÃO DO PARECER DO RELATOR DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA PELA ADMISSIBILIDADE DA PEC Nº 206 DE 2019 | 11 |
| 3. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA: UMA NOVA ABORDAGEM HERMENÊUTICA | 14 |
| 4. O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR SOB A ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL..... | 17 |
| 5. LIMITES JURÍDICOS MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR..... | 22 |
| 6. CONCLUSÃO | 32 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 34 |

1. INTRODUÇÃO

Tramita no Congresso Nacional, hoje, Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de autoria do ex-deputado federal Roberto Sebastião Peternelli Junior (General Peternelli), à época do Partido Social Liberal de São Paulo (PSL/SP), atualmente do partido União Brasil de São Paulo (UNIÃO/SP), a qual pretende alterar o regime constitucional de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior. Isto é, em 28 de novembro de 2019, a Mesa Diretora apresentou a Proposta de Emenda à Constituição Nº 206 (PEC 206/19)¹ que "Dá nova redação ao art. 206, inciso IV, e acrescenta § 3º ao art. 207, ambos da Constituição Federal, para dispor sobre a cobrança de mensalidade pelas universidades públicas",² prevendo que:

As instituições públicas de ensino superior devem cobrar mensalidades, cujos recursos devem ser geridos para o próprio custeio, garantindo-se a gratuidade àqueles que não tiverem recursos suficientes, mediante comissão de avaliação da própria instituição e respeitados os valores mínimo e máximo definidos pelo órgão ministerial do Poder Executivo.³

Sobre a gratuidade irrestrita do serviços público de educação superior, Daniel Wunder Hachem indaga: “Será, afinal de contas, que essa acessibilidade total e irrestrita, sem critérios de discriminação entre quem pode aceder a esses bens de outra maneira e quem não pode, é compatível com as noções de universalidade e igualdade material?”⁴

Adverte-se, nessa oportunidade, que o ensino superior público deste país já é reservado a uma parcela bastante limitada (numericamente) dos cidadãos, uma vez que os disputadíssimos processos seletivos são responsáveis por restringir o acesso da população às universidades em termos quantitativos – diferentemente da educação básica, cuja extensão é balizada pela pretensão de comportar efetivamente todos os cidadãos que dela necessitem ou queiram usufruir.

Ora, a PEC 206/19 coloca em debate uma problemática que há muito tempo já vem sendo discutida na seara do direito tributário: a preocupação de que o sistema tributário seja

¹ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 206, de 2019**. Altera o art. 206, inciso IV, e acrescenta § 3º ao art. 207, ambos da Constituição Federal, para dispor sobre a cobrança de mensalidade pelas universidades públicas. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. p. 1. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839017&filename=Tramitacao-PEC%20206/2019. Acesso em: 15 nov. 2024.

² *Ibidem*, p. 1.

³ *Ibidem*, p. 1.

⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 141-142.

caracterizado como regressivo, ou seja, um sistema que retira dinheiro das classes mais pobres da população e transfere para as classes mais ricas, em desarmonia com o princípio da capacidade contributiva subjetiva.⁵

Parece razoável, dessa forma, questionar-se sobre a necessidade de se manter a gratuidade *irrestrita* nos cursos de graduação, tendo em vista que toda a sociedade brasileira arca com os tributos necessários para subsidiar as universidades, mas apenas uma pequena parcela dos cidadãos tem efetivo acesso à educação superior pública gratuita, em virtude da quantidade limitada de vagas.

Ademais, diante desse cenário político repleto de divergências ideológicas e debates polarizados, urge a necessidade de que as instituições, cuja competência seja voltada a opinar sobre o controle de constitucionalidade desse tema, realizem uma atuação exemplar – sem que se perca de vista a função vital que o ensino superior tem diante da sociedade brasileira. Eis o compromisso que se espera da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Nesse sentido, o presente artigo teve como objeto de pesquisa o Parecer do Relator Nº 3 (PRL Nº 3)⁶ da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), apresentado em 14 de agosto de 2023, o qual defende a admissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição Nº 206 de 2019.

Sendo assim, esta pesquisa é impulsionada pelos seguintes questionamentos: a proposta de alteração, via emenda constitucional, do regime de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior, é incompatível com a Constituição da República? O regime jurídico dos serviços públicos admite a restrição da gratuidade de um serviço público para determinadas classes economicamente vulneráveis da população? Existem limites jurídicos materiais ao poder de reforma constitucional do direito à educação superior que obstem a PEC 206/19?

A respeito deste último questionamento, o Parecer do Relator Nº 3 defende quatro teses principais: (i) os direitos sociais não constituem cláusulas pétreas, não sendo possível, com isso, haver retrocesso em direitos sociais; (ii) somente o direito ao ensino fundamental gratuito está protegido contra o poder reformador, em virtude da necessidade de se garantir o mínimo existencial; (iii) mesmo que se admita que o princípio da vedação ao retrocesso social seja

⁵ Nesse sentido, ver: VIEIRA, José Roberto. Capacidade Contributiva e Igualdade (item 3). *In*: A Extrafiscalidade da Lei 12.715/2012 e a Capacidade Contributiva: A Convivência do Lobo e do Cordeiro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, RT, nº 118, 2013, p. 18-42, especificamente p. 22-26.

⁶ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: **Parecer do Relator Nº 3**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2311513&filename=Parecer-CCJC-2023-08-14. Acesso em: 15 nov. 2024.

aplicável aos direitos sociais (o que não o faz), a proibição do retrocesso só se dá quando o núcleo de um direito é atingido de modo a liquidá-lo e o princípio da gratuidade não integra o núcleo essencial do direito à educação superior; e (iv) a cobrança de mensalidade de alunos que tenham condições de pagar estaria de acordo com a regra geral da igualdade.⁷

Nesse contexto, o objetivo geral desta pesquisa é avaliar a constitucionalidade da instituição de taxa de mensalidade nos cursos públicos de graduação, estabelecendo um diálogo com tais teses defendidas no PRL N° 3, a fim de investigar a compatibilidade dessas com ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Em que pese o fato do PRL N° 3 não abordar, em sua fundamentação, nem o regime jurídico dos serviços públicos, nem princípio da universalidade – fundamentais à temática em debate, haja vista que a restrição da gratuidade implicaria tratamento diferenciado aos usuários desse serviço público.

Não obstante, a partir da exposição dos argumentos desenvolvidos no PRL N° 3, elege-se objetivos específicos para esta pesquisa. Em um primeiro momento, cumpre analisar as diretrizes fundamentais da Constituição da República, visando a compreender a dinâmica hermenêutica imposta pelo modelo do Estado Social de Direito, imperiosa ao estudo de reformas constitucionais. Em um segundo momento, faz-se necessário suprir a abstenção do PRL N° 3 no que diz respeito ao regime jurídico dos serviços públicos e, com isso, buscar uma interpretação do princípio da universalidade mais coerente com a dimensão material do princípio da igualdade. Por fim, pretende-se avaliar o Parecer do Relator da CCJC ao passo que se identifica: (i) a natureza jurídica do direito à educação superior; (ii) o mínimo existencial em matéria educacional; (iii) o núcleo essencial do direito à educação superior; e (iv) os limites jurídicos materiais impostos pelo princípio da vedação ao retrocesso social.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, a partir da análise crítica das fontes de direito e das doutrinas atinentes ao tema – com base no paradigma do Estado Social de Direito e na dimensão material do princípio da igualdade – a fim de, por meio do método hipotético-dedutivo, examinar tanto os argumentos expostos no PRL N° 3 quanto a possibilidade jurídica da proposta de alteração, via emenda constitucional, do regime de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior.

⁷ *Ibidem.*

2. EXPOSIÇÃO DO PARECER DO RELATOR DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA PELA ADMISSIBILIDADE DA PEC Nº 206 DE 2019

Após o recebimento da PEC 206/19 pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal do Brasil, foi designado como relator dessa Comissão, em agosto de 2021, o deputado federal Kim Kataguiri, à época do partido Democrata de São Paulo (DEM/SP), que apresentou seu primeiro parecer (PRL Nº 1) em setembro do mesmo ano e, subsequentemente, seu segundo parecer (PRL Nº 2) em maio de 2022. Ambos em favor da admissibilidade da PEC 206/19, com fundamentações praticamente idênticas.

Ocorre que, no dia 31 de maio de 2022, a tramitação da PEC 206/19 foi paralisada, em virtude de decisão por parte dos deputados que optaram pela realização de audiências públicas sobre a questão em debate. O tema chegou a entrar na pauta de discussão da CCJC, contudo, sem votação, em virtude da ausência do relator.⁸

Com o término da legislatura em 2023, o deputado Kim Kataguiri deixou de ser membro da Comissão; retornando ao cargo após sua reeleição, em abril do mesmo ano, dessa vez pelo partido União Brasil de São Paulo (UNIÃO/SP). Assim, a CCJC apresentou, em 14 de agosto de 2023, o PRL Nº 3⁹ – objeto imediato de análise deste trabalho – também semelhante aos demais. Até o presente momento, este foi o último andamento na tramitação da PEC 206/19.

Desta feita, passa-se a expor as principais teses do PRL Nº 3 a respeito da admissibilidade da PEC 206/19, com ênfases no posicionamento do relator a respeito da natureza jurídica do direito à educação superior e na sua argumentação sobre possíveis limites jurídicos materiais que o direito à educação possa impor ao poder reformador, a fim de verificar, ao longo deste trabalho, a compatibilidade de tais teses com o sistema jurídico constitucional brasileiro.

Em um primeiro momento, o relator defende que não há restrição circunstancial para a tramitação da PEC 206/19 e que essa é formalmente regular, pois foi proposta por deputado federal, com o apoio de um terço dos membros da Casa. Em seguida, em sua análise material do projeto de emenda constitucional, o relator descarta a possibilidade de essa vir a ferir o

⁸ CLAVERY, Elisa. Acordo suspende tramitação da PEC que prevê cobrar mensalidade em universidade pública. **TV Globo**, Brasília. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/05/31/acordo-suspende-tramitacao-da-pec-que-preve-cobrar-mensalidade-em-universidade-publica.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2024.

⁹ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: **Parecer do Relator Nº 3**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2311513&filename=Parecer-CCJC-2023-08-14. Acesso em: 15 nov. 2024.

direito ao voto e a separação de Poderes, alegando que a matéria em questão não adentra tais temas.¹⁰

Ainda, afirma que a emenda não fere a forma federativa do estado, vez que as diferentes instituições universitárias públicas (federais, estaduais e municipais) poderão disciplinar a cobrança de mensalidade se assim quiserem, contanto que respeitada a gratuidade aos alunos pobres.¹¹

Ademais, adentrando o mérito deste trabalho, o voto do relator introduz o direito à educação como direito social, pois “a norma que garante a gratuidade ao ensino superior não visa garantir o direito individual de um estudante específico, mas uma política pública”.¹²

Segundo o voto do relator, os direitos sociais não constituem cláusulas pétreas, sob o fundamento de que esses exigem prestações positivas do Estado. Assim, diferentemente dos direitos individuais, seria “natural que eles sejam modificados e adaptados conforme a situação econômica e social do país se altere”.¹³ Nesse sentido, o relator defende que “não pode haver ‘retrocesso’ em direitos sociais”.¹⁴

Entretanto, ele considera a hipótese em que se admita que o princípio da vedação ao retrocesso social seja aplicável aos direitos sociais e argumenta que não seria o caso da PEC 206/19. Primeiramente, “porque a vedação ao retrocesso só se dá quando o núcleo de um direito é atingido de forma a liquidá-lo, sem que se coloque qualquer outra forma de prestação do direito social”.¹⁵ Segundamente, porque a cobrança de mensalidade de alunos que tenham condições de pagar estaria de acordo com a regra geral da igualdade, “esta sim cláusula pétrea – que determina, no que tange às contribuições das pessoas ao Estado, que cada um contribua de acordo com sua capacidade financeira”.^{16 17}

Nesse contexto, baseando-se em recortes da doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, o relator salienta que a gratuidade do ensino superior não pode ser defendida como núcleo essencial do direito à educação superior, o qual contemplaria apenas a educação gratuita do ensino

¹⁰ *Ibidem.* p. 3.

¹¹ *Ibidem.* p. 3.

¹² *Ibidem.* p. 3.

¹³ *Ibidem.* p. 3.

¹⁴ *Ibidem.* p. 4.

¹⁵ *Ibidem.* p. 4.

¹⁶ *Ibidem.* p. 4.

¹⁷ Salienta-se, antecipadamente, que a definição da capacidade financeira não é a mais precisa para os fins visados no PRL Nº 3, razão pela qual se aponta como mais acertado o termo capacidade contributiva subjetiva. Nesse sentido, ver: VIEIRA, José Roberto. Capacidade Contributiva e Igualdade (item 3). *In: A Extrafiscalidade da Lei 12.715/2012 e a Capacidade Contributiva: A Convivência do Lobo e do Cordeiro. Revista de Direito Tributário.* São Paulo, RT, nº 118, 2013, p. 18-42, especificamente p. 22-26.

fundamental.¹⁸ Dessa forma, sob a justificativa de que os alunos do ensino superior têm a capacidade de conciliar trabalho e estudo¹⁹, sustenta que “apenas o direito ao ensino fundamental (e não superior) gratuito estaria protegido de reformas, por conta da necessidade de se manter um ‘mínimo existencial’”.²⁰

Contudo, o deputado reconhece, em seu parecer, que existem alunos do ensino superior em condições de pobreza e adverte que esses devem continuar a usufruir do benefício da gratuidade.

Não obstante, conclui pela inexistência de inconstitucionalidade material que obste a PEC 206/19, por meio da alegação de que: “Mesmo que adotemos, portanto, a teoria da vedação do retrocesso e que entendamos que os direitos sociais são cláusulas pétreas – o que eu não faço – a presente PEC ainda é plenamente viável”.²¹

Proposições essas que passarão a ser examinadas e questionadas no desenrolar do presente trabalho. Sendo necessário, para isso, estender-se ao estudo do modelo de estado adotado pela Constituição de 1988, com ênfase em suas implicações hermenêuticas, e ao regime jurídico do serviço público de educação superior.

¹⁸ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: **Parecer do Relator N° 3**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2311513&filename=Parecer-CCJC-2023-08-14. Acesso em: 15 nov. 2024. p. 6.

¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

²⁰ *Ibidem*, p. 6.

²¹ *Ibidem*, p. 7.

3. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA: UMA NOVA ABORDAGEM HERMENÊUTICA

Destarte, para melhor compreensão hermenêutica do sistema constitucional brasileiro (imperiosa ao estudo de reformas constitucionais), cumpre examinar o modelo de estado adotado pela constituição e suas origens, com o propósito de compreender tanto sua organização política quanto suas diretrizes fundamentais, as quais devem nortear a interpretação do texto constitucional.

Nesse sentido, expõe-se o modelo de Estado Social de Direito, que emerge com o propósito deliberado de intervir na ordem econômica, diminuindo as desigualdades sociais geradas pelo liberalismo, que, por muito tempo, orientou a visão (predominantemente) imposta ao Direito Público.

Ou seja, um Estado Constitucional que aspire a atuar como um Estado Social não poderia negligenciar a aplicação fundamental do princípio solidariedade. Devendo, em benefício da sociedade civil, promover a justiça social nas relações econômicas, a fim de reduzir desigualdades substanciais por meio da implementação de políticas públicas capazes de promover uma igualdade concreta e material.²²

Passe-se, desse modo, a exigir do Poder Público ações positivas, especialmente no que diz respeito às ações voltadas para os cidadãos mais vulneráveis, cuja omissão estatal somente colabora com a manutenção de circunstâncias materialmente desiguais, intensificando-as.²³

O Estado Social, dessa forma, deve visar a “*desinstitucionalizar padrões de valoração culturais que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam*”,²⁴ com intuito de priorizar o ideal de isonomia em seu sistema jurídico. Com isso, atribui-se ao Estado uma função substancial voltada a democratizar a economia por meio de uma alocação mais eficiente dos recursos, em atendimento às necessidades dos socialmente vulneráveis.²⁵

Tal opção constitucional por um modelo de Estado Social, inclusive, pode ser evidenciada mediante uma “leitura moral” da Constituição de 1988, método este de autoria de

²² DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, 2008.

²³ FARIA, Luzardo; VASCONSELOS, Matheus. A gratuidade no ensino superior público à luz da igualdade material. In: GABARDO, Emerson (Coord.); HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito, igualdade e justiça**. Curitiba: Editora Íthala, p. 65-92, 2018.

²⁴ FRASER, Nancy. “Reconhecimento sem ética?”. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. p.109. Disponível em: scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70. Acesso em: 15 nov. 2024.

²⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Ronald Dworkin, que objetiva democratizar o sistema constitucional ao passo que o aproxima dos interesses populares. Para o autor, a interpretação das normas constitucionais deve ser realizada levando em consideração os princípios morais e filosóficos da sociedade na qual a norma incide.²⁶

Nesse sentido, expressamente dedicando aos direitos das minorias especial proteção, a Constituição da República Federativa do Brasil preconiza, em seu art. 3º, como diretrizes fundamentais: (i) a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento nacional; (iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e (iv) a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou distinção. Diretrizes essas que devem nortear a interpretação de todas as demais normas constitucionais.

Ademais, tal modelo de Estado implica transformações no Direito Administrativo, pois a aplicação dos recursos estatais tem por objetivo assegurar a todos a obtenção de vantagens equivalentes, alinhando as ações da Administração Pública a um ideal de inclusão.²⁷

Acontece que a necessidade de mitigar as sensíveis desigualdades que marcam a sociedade brasileira, por sua vez, pode demandar soluções diferenciadas em face dos grupos sociais destituídos de recursos, excluídos ou marginalizados.²⁸

Assim, conforme leciona Daniel Wunder Hachem, observa-se o surgimento de uma nova abordagem hermenêutica no Direito Administrativo brasileiro, fundamentada não só na promoção da igualdade material pelo Estado, como também na concepção de redistribuição através da intervenção estatal, bases jurídico-ideológicas de uma “Administração Pública Inclusiva”.²⁹

É justamente neste contexto, pautado pelo modelo de Estado Social de Direito, que os direitos sociais foram elevados pelo constituinte à categoria de direitos fundamentais. Bem como o direito fundamental social à educação, disposto no art. 6º da Constituição³⁰ e,

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

posteriormente, no art. 205³¹, no qual se reafirma que “o Poder Público deve manejar todas as ferramentas jurídicas de que dispõe para satisfazer as necessidades sociais relativas à educação”.³²

³¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será 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”.

³² BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 14.

4. O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR SOB A ÓTICA DA IGUALDADE MATERIAL

Por mais divergentes que sejam as definições a respeito do serviço público, elege-se, no presente trabalho, a noção conceitual sobre o serviço público que se constrói a partir da Constituição da República Federativa do Brasil.³³ Pois, embora a Constituição não traga uma definição precisa de serviço público, essa prevê referenciais a serem adotados na conceituação do instituto.³⁴

Trata-se (i) do critério subjetivo ou orgânico, no qual o serviço público pode ser compreendido como atividade vinculada ao Estado (enquanto complexo de órgãos, agentes e meios do poder público) ou por quem lhe faça às vezes; (ii) do critério objetivo ou material, especialmente relevante para os fins do presente trabalho, no qual o serviço público se entende como função desempenhada pela Administração Pública de caráter prestacional, por meio do oferecimento de utilidade ou comodidade fruível pelos administrados; e, por fim, (iii) do critério formal, o qual submete o serviço público a um regime específico de direito público, cujas normas são voltadas ao atendimento do interesse público, e que obriga a Administração Pública a garantir a permanência de seu funcionamento a todos os cidadãos.³⁵

Ou seja, a prestação de serviços público é uma atividade de caráter econômico, responsável por promover a satisfação das necessidades coletivas básicas que se enquadrem na proteção constitucional especial destinada aos direitos fundamentais – por meio da organização e destinação de recursos escassos.³⁶

Sendo assim, o direito fundamental social à educação superior resguarda íntima conexão com os serviços públicos, não só porque a educação superior, quando ofertada pelo Estado,³⁷

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

³⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 32.

³⁶ GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço Público e Direitos Fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008.

³⁷ Adota-se aqui a tese de Alexandre dos Santos de Aragão, na qual a educação “quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas, e quando exploradas pelo Poder Público são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário de todos os demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade

consiste em um serviço público, mas também porque o serviço público “exerce papel de protagonismo na concretização direta dos direitos fundamentais sociais”.³⁸ Por essa razão, a constitucionalidade material da PEC 206/19 deve ser examinada à luz do regime jurídico dos serviços públicos.

Justificada a análise do regime jurídico dos serviços públicos, passa-se a abordar o conjunto de normas integrantes desse regime que afetam diretamente o cerne deste trabalho: a (im)possibilidade jurídica de cobrança de taxa de mensalidade nos cursos de graduação da educação pública superior.

Ocorre que não só a Constituição, como também o Código de Defesa do Usuário do Serviço Público (art. 4º)³⁹ convergem a respeito da necessidade de que os serviços públicos e o atendimento ao usuário sejam realizados de forma adequada.

Desse modo, a expressa previsão constitucional e infraconstitucional sobre a *forma* como se deve ocorrer o serviço público demonstram uma expressiva preocupação do poder constituinte e, posteriormente, do poder legislativo, em garantir o serviço público adequado. Por conseguinte, identifica-se o serviço público adequado como direito fundamental, de modo que sobre esse incida todas as características atinentes à condição jusfundamental.⁴⁰

Nesse sentir, adota-se o posicionamento de Daniel Wunder Hachem acerca da definição de serviço público adequado:

[...] não se trata de um serviço qualquer, mas de um serviço adequado, em conformidade com princípios específicos a serem previstos na ordem jurídica, logicamente com o fito de alcançar a finalidade a que essa atividade se propõe, que é permitir a todos o acesso a esses bens e serviços úteis e escassos (e, portanto, econômicos) mesmo quando eles não estejam disponíveis no mercado.⁴¹

Assim, expõe-se também os princípios que compõem o direito fundamental ao serviço público adequado, quais sejam: (i) generalidade; (ii) modicidade; (iii) continuidade; (iv)

estatal”. Para mais, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 177.

³⁸ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 60.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Código de Defesa do Usuário do Serviço Público**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública: “Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 133.

⁴¹ *Ibidem*, p. 126.

regularidade; (v) eficiência; (vi) segurança, (vii) atualidade e (viii) cortesia, nos termos do artigo 6º da Lei Federal Nº 8.987/1995.

Isto posto, cumpre verificar os princípios específicos atinentes à gratuidade *irrestrita* na prestação do serviço público de educação superior: o princípio da universalidade (ou generalidade) e o próprio princípio da gratuidade em estabelecimentos oficiais, bem como a possibilidade da restrição deste em atendimento ao princípio da igualdade material.

Preliminarmente, o princípio da universalidade não tem sobre o seu conteúdo normativo significativas divergências doutrinárias. De acordo com Adriana da Costa Ricardo Schier, tal princípio tem por finalidade garantir a maior extensão possível da oferta de serviços públicos aos interessados, indicando que esses devem ser ofertados a todos os cidadãos.⁴² De forma similar, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que é o princípio “por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público”.⁴³

Não obstante, visando a mitigar possíveis dissonâncias com as diretrizes constitucionais, faz-se necessário averiguar a compatibilidade do princípio da universalidade com a adoção de tratamentos diferenciados por parte dos prestadores de serviço público de educação superior.

Sendo assim, haja vista que as acepções supracitadas sobre a universalidade dos serviços públicos não levam em consideração algumas hipóteses excepcionais que a Constituição prevê (cuja explicitação será realizada em sequência), entende-se como mais precisa, para os fins deste trabalho, a definição adotada por Marçal Justen Filho, na qual a universalidade “significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado”.⁴⁴

Harmonicamente, Marçal Justen Filho ainda defende que “não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições”.⁴⁵ Logo, na hipótese de efetiva disparidade de condições fáticas entre os sujeitos de direito, deve-se aceitar “como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados”.⁴⁶

⁴² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. f. 47. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 678.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024, p. 411.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

No tocante ao serviço público de educação, a universalidade também se relaciona com o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a fim de que os cidadãos usufruam dos serviços disponibilizados de maneira equitativa.⁴⁷

Por essa razão, acredita-se que o princípio da universalidade decorre do elemento material dos serviços públicos, haja vista que a universalização também se fundamenta nos princípios que estruturam a ordem econômica, bem como a justiça social (artigo 170, caput) e a diminuição das desigualdades sociais e regionais (artigo 170, VII).⁴⁸

Ademais, ao contrário da maioria dos serviços públicos, o serviço de educação, por força de preceito constitucional, está igualmente sujeito ao princípio da gratuidade. O art. 206, IV, da Constituição, pois, prevê expressamente que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

Ou seja, a educação pública (atualmente) não só deve ser prestada a todos os cidadãos brasileiros, como também deve ser prestada de forma gratuita aos que usufruam de estabelecimentos oficiais. De tal sorte que seria possível cogitar a “existência de um *princípio da universalidade da gratuidade do ensino público*”.⁴⁹

Parece lógico deduzir, nesse contexto, que o ordenamento jurídico não poderia permitir que o Estado prestasse o serviço público de educação de forma gratuita para algumas pessoas, mas para outras não. Pois, à primeira vista, o princípio da universalidade proibiria qualquer forma de discriminação – a despeito do critério adotado.⁵⁰

Todavia, segundo Luzardo Faria e Matheus Vasconcelos, tal interpretação pode ser questionada em virtude tanto das principais diretrizes da Constituição Federal quanto das cláusulas do Estado Social de Direito e da Administração Pública inclusiva.⁵¹ Passa-se, dessa forma, a buscar uma interpretação das normas do regime jurídico do serviço público de educação superior mais coerente com o sistema constitucional brasileiro, sob a ótica da igualdade material.

⁴⁷ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

⁴⁸ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 64.

⁴⁹ FARIA, Luzardo; VASCONCELOS, Matheus. A gratuidade no ensino superior público à luz da igualdade material. In: GABARDO, Emerson (Coord.); HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito, igualdade e justiça**. Curitiba: Editora Íthala, p. 65-92, 2018. p. 73.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

Para isso, cumpre recordar que o princípio da igualdade se projeta em múltiplas dimensões, podendo ser compreendido em seu aspecto formal ou em seu aspecto material. O princípio, em sua dimensão formal (ou negativa), corresponde a igualdade formal dos sujeitos de direito, conforme prevê o art. 5º da Constituição: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”; proibindo, por conseguinte, discriminações legais indevidas.

Já a dimensão material do princípio, por sua vez, tendo em conta a existência de situações injustas de desigualdades sociais que devem ser superadas, promove o direcionamento das atividades administrativas para reduzi-las, como é da lógica inerente ao Estado Social. Assim, o aspecto material da igualdade exige uma “discriminação positiva” por parte do Poder público, circunstância essa que constitui um avanço em relação a faceta formal da igualdade.⁵²

Segundo Daniel Wunder Hachem, as cláusulas do Estado Social afastam o princípio da igualdade de sua abordagem liberal do século passado, a qual ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social na concessão de direitos. Admitindo, desse modo, medidas que destoem da igualdade formal em nome da igualdade substancial, pontualmente.⁵³

Razões pelas quais se entende que o princípio da universalidade é compatível com a adoção de tratamento diferenciado aos cidadãos – nas hipóteses em que a efetiva igualdade material entre os sujeitos de direito o demande.⁵⁴ Desta feita, conclui-se, por ora, que (abstratamente) é política e juridicamente possível, em virtude dos valores consagrados pela Lei Maior, a restrição da gratuidade de um serviço público para determinadas classes economicamente vulneráveis da população.

Diante dessa constatação, há de se examinar os limites jurídicos materiais impostos ao poder de reforma constitucional do direito à educação superior, com base na previsão do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição,⁵⁵ a fim de avaliar as teses desenvolvidas pelo PRL Nº 3 quanto à possibilidade jurídica de edição da PEC 206/19.

⁵² ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

⁵⁴ A respeito do critério discriminatório a ser adotado no tratamento diferenciado, adota-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto aos requisitos necessários para que o critério seja juridicamente válido. Nesse sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 22. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-22.

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

5. LIMITES JURÍDICOS MATERIAIS AO PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO SUPERIOR

A Constituição da República Federativa do Brasil é considerada uma constituição rígida, eis que exige procedimento especial para sua modificação, de modo que o procedimento de reforma constitucional seja mais complexo do que a edição de normas infraconstitucionais e, por conseguinte, dificultando-o.⁵⁶

Nesse contexto, denota-se três procedimentos que têm por finalidade modificar a constituição: a mutação constitucional (procedimento informal), a revisão constitucional e a emenda constitucional (ambos procedimentos formais).⁵⁷ Este último constitui objeto mediato do presente trabalho.

Nos termos do art. 60 da Lei Maior, a competência para elaborar emendas constitucionais é reservada (entre outros) ao Congresso Nacional,⁵⁸ sendo tal competência derivada do poder constituinte originário; concerne-se, por conseguinte, a um poder constituinte derivado reformador ou a uma competência constituinte derivada.

Com isso, frisa-se que a ideia de uma Constituição imutável é inconcebível, pois obstaria qualquer forma de manutenção do texto constitucional, o qual deve ser capaz de acompanhar as transformações da realidade fenomênica, sob o risco de que a norma constitucional se torne *engessada* em face da *realidade fluida*.⁵⁹

Não obstante, à possibilidade de reforma constitucional são impostos limites de naturezas diversas, restringindo o poder constituinte derivado reformador. Conforme classifica Ingo Wolfgang Sarlet, existem limites formais, limites circunstanciais (ou temporais) e limites

⁵⁶ ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional, in: **Revista de Direito Constitucional e Internacional (Revista dos Tribunais Online)**, n. 35, abr./jun. 2001.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

⁵⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

materiais – estes responsáveis por garantir de forma objetiva a manutenção dos conteúdos da Constituição considerados essenciais.⁶⁰ Daí sua especial relevância ante a análise da cobrança de taxa de mensalidade nas universidades públicas para alunos que com essa possam arcar.

Desse modo, se, por um lado, é necessário evitar o *engessamento* das normas constitucionais, de tal sorte que as concepções do constituinte originário não sejam definitivas e, por conseguinte, incapazes de acompanhar as transformações das circunstâncias fáticas; por outro, os limites materiais implicam a proibição de reformas constitucionais que modifiquem o “conteúdo central da decisão política fundamental”, protegendo o núcleo da Constituição de 1988.⁶¹

Ademais, cumpre salientar que a existência de forma expressa de “cláusulas pétreas” na Constituição de 1988 (como frequentemente se denominam os limites materiais à reforma constitucional), em nenhuma hipótese exclui outras limitações de mesma natureza, as quais podem ser qualificadas, por sua vez, como limites materiais implícitos.⁶²

Sobre o tema, leciona Paulo Ricardo Schier que a Constituição da República confere especial proteção aos direitos fundamentais, haja vista que (i) os define como auto-aplicáveis; (ii) cria uma cláusula de abertura a tais direitos; e (iii) prevê, para a proteção das posições jurídicas jusfundamentais, imensa gama de garantias processuais, de modo que “o sistema de proteção dos direitos fundamentais no Brasil vem coroado com a inserção dos direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas.”⁶³

Desse modo, diversamente ao que se sustenta no PRL N° 3 da CCJC, filia-se neste trabalho à parcela da doutrina que defende a inclusão do conteúdo dos direitos fundamentais sociais na disposição dos “direitos e garantias individuais” do rol expresso de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da CRFB),⁶⁴ para que os direitos sociais gozem do mesmo nível de proteção.

Consonantemente, Ingo Wolfgang Sarlet argumenta em favor da paridade de força normativa entre limites materiais expressos e implícitos:

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 10-11, out./dez. 2003.

⁶¹ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 14-15, out./dez. 2003.

⁶³ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campo de Tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 6, n. 6, p. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶⁴ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil**. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 151-152.

[...] pelo fato de serem necessária e diretamente extraídos de uma Constituição concreta, aos limites materiais implícitos pode (e deve) ser atribuída a mesma força jurídica dos limites expressos, razão pela qual asseguram à Constituição, ao menos em princípio, o mesmo nível de proteção.⁶⁵

Isso, no entanto, não significa dizer que a proteção constitucional, mediante cláusulas pétreas, dos direitos *fundamentais* sociais vede toda e qualquer intervenção restritiva desses direitos – já que, conforme orienta Paulo Ricardo Schier, a limitação é, sim, possível, contanto que respeitado o núcleo essencial do direito restringido.⁶⁶

Assim, uma vez que afastada a possibilidade de considerar o conteúdo dos direitos fundamentais absoluto, passa-se, então, a analisar (a) o mínimo existencial em matéria educacional, (b) o conteúdo do núcleo essencial do direito fundamental social à educação superior e (c) o princípio da vedação ao retrocesso social – a fim de verificar se a gratuidade *irrestrita* dos serviços públicos de educação superior estaria (ou não) protegida por limitações materiais à reforma constitucional.

Nesse contexto, no que diz respeito a guiar e vincular o poder constituinte reformador, exercem papel de destaque o princípio da dignidade da pessoa humana e a categoria do mínimo existencial – o qual se entende, para os fins deste trabalho, como o mínimo de prestações materiais indispensáveis a uma existência digna e, por conseguinte, saudável do indivíduo,⁶⁷ de tal sorte que se garanta as condições necessárias para seu desenvolvimento autônomo.⁶⁸

Nesse sentido, adverte-se que, no tocante ao *critério mínimo* de efetivação dos direitos fundamentais, a ponderação não é permitida; devendo ser utilizada, nesses casos, tão somente com o objetivo de “extrair dos direitos fundamentais sociais (direitos *prima facie*) o mínimo existencial em matéria de cada direito fundamental social”.⁶⁹

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 2, p. 18, out./dez. 2003.

⁶⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campo de Tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 6, n. 6, p. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989.

⁶⁸ Para melhor compreensão das características que compõem a noção de mínimo existencial, ver: BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil**. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 155-159.

⁶⁹ *Ibidem*, f. 157.

Harmonicamente, Robert Alexy defende que o direito ao mínimo existencial é o único “direito subjetivo definitivo vinculante” *prima facie* e, com isso, assume caráter de regra. Dessa forma, não está sujeito à ponderação.⁷⁰

Em se tratando especificamente do direito fundamental à educação, os contornos do mínimo existencial possuem vinculação diferenciada a depender do nível de educação em análise: educação fundamental, média ou superior.⁷¹

Quanto ao ensino fundamental, não restam dúvidas a respeito do caráter definitivo do direito à educação por meio da prestação estatal gratuita, já que a própria Constituição, em seu art. 208, I, dispõe que:

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.⁷²

Em comum acordo, também Emerson Garcia preconiza a inclusão da educação fundamental na categoria de mínimo existencial, pois, além de suas características intrínsecas, a educação fundamental é indispensável à concretização de outros direitos imprescindíveis a uma vida digna.⁷³

O ensino médio, por sua vez, apesar de ser alvo de divergências doutrinárias, também compõe o mínimo existencial, haja vista que a Lei Maior (art. 208, I) obriga o Estado a “garantir a educação básica” como um todo, não realizando qualquer distinção entre ensino fundamental e ensino médio, de modo que este pode (e deve) ser compreendido como um complemento necessário daquele.

Entretanto, bem como pontuam Daniel Wunder Hachem e Alan Bonat, independentemente à associação do ensino médio ao mínimo existencial, a Constituição dispõe sobre a necessidade de que seja garantido o acesso a todos os níveis da educação básica, obrigatória e gratuitamente. Até porque em momento algum a Constituição se refere

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de *Theorie der Grundrechte*, p. 502.

⁷¹ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

⁷² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁷³ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 5, n. 57, 2004.

(expressamente) ao conceito do mínimo existencial, nem tão pouco o coloca como critério de exigibilidade judicial para prestações estatais referentes a direitos sociais.⁷⁴

Não obstante, os autores ainda afirmam que é o acesso ao ensino médio que possibilita o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico do indivíduo, elementos imprescindíveis ao exercício da cidadania.⁷⁵ Razões pelas quais se entende que o ensino médio está profundamente alinhado com os objetivos gerais elencados no artigo 205 da Constituição: “[...] o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.⁷⁶ Portanto, também compõe o mínimo existencial.

Ponto esse no qual, desde já, critica-se a fundamentação do PRL Nº 3 da CCJC que nada afirma sobre o ensino médio, uma vez que se limita a abordar tão somente a educação fundamental e superior.

No caso da educação superior, objeto deste trabalho, demanda-se uma análise mais aprofundada. Nesta perspectiva, é preciso averiguar as divergências entre a educação básica e a educação superior, a partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Ou seja, a análise da contraposição entre os objetivos da educação básica e os objetivos da educação superior, previstos, respectivamente, nos artigos 22⁷⁷ e 43⁷⁸ da LDB, revela uma diferença

⁷⁴ HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016. p. 157. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/750>. Acesso em: 15 nov. 2024.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 158.

⁷⁶ Relembrando: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será 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”.

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Educação. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional: “Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores”.

⁷⁸ BRASIL. Ministério da Educação. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional: “Art. 43: A educação superior tem por finalidade: I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua; III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação; V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração; VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade; VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição; VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares”.

expressiva de finalidades entre tais etapas educacionais. Sendo razoável observar, assim, que os objetivos gerais do direito fundamental social à educação, listados no art. 205 da Constituição, resguardam maior conexão com o ensino fundamental e o ensino médio do que com o ensino superior.

Isso porque, conforme defende Rafaella Brustolin, tais objetivos gerais são extraídos (mesmo que em graus mínimos), justamente, dos objetivos previstos às etapas relativas à educação básica, haja vista que o ensino fundamental auxilia no desenvolvimento pessoal do indivíduo (artigo 32, incisos I a IV da LDB) e o ensino médio prepara o cidadão para o exercício da cidadania, bem como qualifica-o para o trabalho (artigo 35, incisos I a IV da LDB).⁷⁹

Diante disso, a autora afirma que, embora as finalidades adjacentes à educação superior sejam de altíssima relevância, já que promovem a formação profissional do indivíduo e, com isso, a possibilidade de ascensão social, “seria excessivo entender que a educação superior é condição imprescindível para que se viva de forma minimamente digna”, considerando a realidade deste país.⁸⁰

Como bem argui Brustolin, existem diversas funções profissionais desempenhadas por cidadãos de todo o país cuja única exigência é a educação básica completa, a exemplo dos cargos técnicos e dos profissionais liberais.⁸¹ Desse modo, presumir que o ensino superior compõe o mínimo existencial em matéria educacional seria equivalente a entender que a (grande) parcela da população brasileira que não teve acesso ou não optou por concluir o ensino superior viveria aquém de uma dignidade mínima, em prejuízo de seu desenvolvimento autônomo, o que aparenta ser desmedido.

Nessa oportunidade, expõe-se os ensinamentos de Daniel Wunder Hachem e Alan Bonat que, embora também advoguem em favor da não integração do acesso à educação superior ao conteúdo do direito ao mínimo existencial – reconhecem que o acesso à educação superior, enquanto posição jurídica, não deixa de ser assegurado pelo direito fundamental à educação, nem de ostentar caráter jusfundamental⁸².

Ademais, examinado o conteúdo do direito ao mínimo existencial em face das etapas da educação brasileira, segue-se para a análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁷⁹ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 165-166.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 157

⁸² HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/750>. Acesso em: 15 nov. 2024.

Mas salienta-se, antes de mais nada, que a identificação do conteúdo essencial do núcleo ao direito fundamental à educação superior não retira a força vinculante do restante do âmbito de proteção desse direito, pois a força vinculante é inerente a qualidade de direito fundamental como um todo indivisível.⁸³ O conteúdo do direito fundamental à educação superior que extrapola o núcleo essencial, dessa forma, ainda vincula os poderes estatais e os obriga a buscarem sua realização na maior medida possível, enquanto mandamento de otimização.

Ocorre que sobre os elementos essenciais de determinado direito fundamental social (aqueles cuja supressão geraria alteração substancial em seu conteúdo) incide a norma de proibição ao retrocesso social, retirando do campo da liberdade de conformação do legislador a escolha a respeito de concretizar ou não o núcleo essencial de tais direitos⁸⁴. Em que pese a necessidade desse procedimento de diferenciação entre os elementos essenciais e circunstanciais ser balizado à luz do caso concreto, tendo em vista tanto as peculiaridades de cada direito fundamental quanto o contexto histórico atinente à questão em debate.

Não obstante, tal cenário se complexifica na medida em que o dever de legislar para maximizar a efetivação do direito fundamental social à educação superior está sujeito à ponderação em face (i) da disponibilidade de recursos, (ii) das necessidades de realização de outros direitos fundamentais e (iii) da liberdade de conformação do Legislador.⁸⁵

Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres questiona a gratuidade do ensino superior no Brasil, em virtude da insuficiência de recursos orçamentários para tanto, e alega que isso resulta na acumulação de verbas nas universidades públicas, em detrimento da educação básica – que, perante o contexto social deste país, deveria ser prioridade. Desse modo, o autor afirma que esse desequilíbrio orçamentário leva à concentração das classes ricas nas instituições universitárias, enquanto os reais destinatários do direito ao acesso gratuito à educação, as classes desfavorecidas, ficam à mercê de um ensino fundamental sucateado.⁸⁶

Ademais, sobre a opção constitucional pela gratuidade em estabelecimentos oficiais, Rafaella Brustolin defende que:

[...] a disposição da gratuidade consistiu em uma opção do constituinte diante do cenário sociopolítico apresentado à época, com o intuito de democratizar o acesso dos indivíduos pertencentes às camadas sociais mais baixas da população. No entanto, ao mesmo tempo em que dispôs do princípio expressamente, destinou seu alcance apenas

⁸³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 191-221.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989.

aos estabelecimentos oficiais, possibilitando aos particulares a exploração do serviço público por meio da oferta privada do ensino, mediante contraprestação financeira. [...] Daí decorre a noção de que, deste modo, o princípio da gratuidade, embora faça parte do direito à educação superior, não se encontra em seu núcleo essencial, eis que aos cidadãos que utilizam do ensino privado, não fora reservado tal direito.⁸⁷

Nesse sentido, identifica-se como conteúdo essencial do direito fundamental social à educação superior: a promoção do acesso, da democratização, da cidadania e do desenvolvimento do ensino superior, de modo que a gratuidade irrestrita não seja imprescindível para sua concretização.⁸⁸

Desta feita, passa-se para a análise do princípio da vedação ao retrocesso social, visando a avaliar se tal princípio constituiria um limite jurídico ao poder reformador diante de uma escolha política, por parte do Congresso Nacional, que dê preferência a restringir o princípio da gratuidade do serviço público de educação superior aos discentes que se encontrem em condições de hipossuficiência econômica.

De acordo com Adriana da Costa Ricardo Schier, o retrocesso social pode ser compreendido como a negativa de conquistas sociais por meio da revogação de legislação infraconstitucional. Assim, o conteúdo das leis que concretizam direitos sociais somente poderá ser validamente revogado na hipótese de existirem *substitutivos compensatórios*.⁸⁹

Acontece que se trata, conforme exposto, de uma emenda constitucional que não toca no núcleo essencial do direito à educação superior, por mais que possa debilitar a eficácia desse direito. Nesse caso, segundo Luísa Cristina Pinto e Netto, o princípio do retrocesso social poderá ceder na colisão com outros princípios de maior peso, demandado uma resolução adequada deste conflito por meio da técnica da ponderação.^{90 91}

Diante disso, a autora afirma que é possível o retrocesso social que seja reclamado pelo princípio da igualdade em sua dimensão material e que tenha a pretensão de mitigar situações

⁸⁷ BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Especificamente f. 172.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 78, p. 196-212, maio 2019.

⁹⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 193.

⁹¹ Nesse contexto, adverte-se que, imprescindivelmente, a ponderação entre princípios deve ocorrer à luz do caso concreto. Fato esse que demanda uma análise empírica a respeito do perfil socioeconômico dos discentes que atualmente se encontram nos cursos públicos de graduação. Sendo assim, indica-se para melhor e mais aprofundada compreensão sobre o tema: BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020, especificamente cap. 2: Universidades brasileiras: expansão, democratização e financiamento.

de privilégio não justificadas – entretanto, adverte que a medida não deve ser discriminatória em si mesma.⁹²

Em comum acordo, Paulo Otero afirma que o retrocesso pode ter como base a função do Estado de corrigir desigualdades e promover a justiça social em benefício das classes mais desfavorecidas.⁹³ O modelo de Estado Social, pois, “não se coaduna com uma igual distribuição de bens, recursos e oportunidades, impõe que se volte a ação estatal para os mais necessitados”.⁹⁴

Ademais, cumpre recordar que o princípio da proporcionalidade, subdividido nas dimensões da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – a qual consiste na ponderação entre fins e meios –, exerce papel de protagonismo no controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Ou seja, para que o resultado da medida seja proporcional, o retrocesso deve ser determinado tendo em vista a intensidade da restrição do direito social em face do favorecimento do bem a que se visa proteger.⁹⁵

Critério este que não gera óbices à PEC 206/19, uma vez que a taxa de mensalidade nas universidades públicas seria destinada, exclusivamente, aos alunos que com essa poderiam arcar sem prejuízo de sua subsistência – de tal sorte que a intensidade (e extensão) da restrição não atinja os cidadãos que teriam seu acesso à educação obstruído por falta de recursos econômicos. Assim, revelando-se proporcional a medida diante de seus bens protegidos: o acesso democrático ao ensino superior, por meio da igualdade de condições; a redução das desigualdades sociais; e a justiça social.

Por fim, a finalidade visada com o retrocesso precisa ser compatível com a máxima eficácia do sistema de direitos fundamentais e com o sistema constitucional.⁹⁶ Consonantemente, conforme explicado nos capítulos anteriores, o objetivo da restrição da gratuidade dos serviços público de educação superior aos cidadãos economicamente vulneráveis, é, justamente, a consolidação da igualdade material – em prol da realização dos ditames da Administração Pública Inclusiva e do Estado Social Democrático de Direito. Razão pela qual a PEC 206/19 vai ao encontro não só da máxima eficácia do sistema de direitos fundamentais, como também do sistema constitucional.

⁹² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Livraria do Advogado Editora, 2010.

⁹³ OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**, v. 11, Lisboa: Lex, 1993.

⁹⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 208.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁹⁶ *Ibidem*.

Portanto, vez que cumpridos os critérios acima elencados, assiste razão ao PRL N° 3 da CCJC a respeito da admissibilidade da edição da PEC 206/19, haja vista que inexistem limitações materiais que obstem tal reforma constitucional.

6. CONCLUSÃO

Destarte, a partir da análise interpretativa do princípio da universalidade, compreende-se pela possibilidade da Administração Pública ofertar a gratuidade de um serviço público negando-a para determinados cidadãos, na hipótese em que a dimensão material da igualdade demande a adoção de um tratamento diferenciado na sua prestação. Os serviços públicos, pois, devem visar a efetivar as diretrizes fundamentais impostas pelo art. 3º da Lei Maior.

No que se refere à natureza jurídica dos direitos sociais, conclui-se que a Constituição da República Federativa de 1988 os elevou à categoria de direitos fundamentais, dando-lhes aplicabilidade imediata – ponto este no qual, respeitosamente, discorda-se do PRL Nº 3 da CCJC.

Desse modo, diversamente ao que se defende no voto do relator, os direitos fundamentais sociais constituem, sim, limites materiais ao poder constituinte derivado reformador; estando esses, por conseguinte, sob o âmbito de proteção que irradia do conteúdo do §4º do artigo 60 da Constituição.

A proteção especial destinada às cláusulas pétreas, entretanto, não implica absoluta intangibilidade dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, entende-se que o direito ao mínimo existencial é o único direito definitivo subjetivo *a priori*. O que, por sua vez, não gera óbices à PEC 206/19, já que, conforme exposto, seria excessivo acatar o entendimento de que o direito à educação superior compeña o mínimo existencial.

Portanto, apesar de se discordar (em partes) da fundamentação utilizada pelo deputado Kim Kataguiri, concorda-se (no todo) com o posicionamento de que, muito embora seja necessário preservar os elementos essenciais do direito fundamental social à educação, sob pena de incorrer em retrocesso social – o princípio da gratuidade não se encontra em seu núcleo essencial. Fato esse, todavia, que não retira a força normativa do direito fundamental social à educação superior, independentemente do grau a que está se referindo.

Não obstante, há de se acrescentar a tese firmada no voto do relator que, na hipótese de produção normativa que debilite a eficácia de um direito social, sem afetar seu núcleo, o princípio da vedação ao retrocesso social ainda entra em colisão com outros princípios, não sendo possível afastar a proibição do retrocesso social pelo simples fato de se tratar de um elemento circunstancial ao direito fundamental social à educação superior.

Mas, especificamente a respeito da restrição da gratuidade aos discentes economicamente vulneráveis na prestação do serviço público de educação superior – considerando as principais diretrizes da Constituição Federal de 1988 e as cláusulas do Estado

Social de Direito e da Administração Pública inclusiva – é possível admitir que o ordenamento jurídico brasileiro permite que o princípio da igualdade material prevaleça na colisão com o princípio da vedação ao retrocesso social.

Portanto, a proposta de alteração, via emenda constitucional, do regime de gratuidade na prestação do serviço público de educação superior, é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Theorie der Grundrechte, p. 502.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 177.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Código de Defesa do Usuário do Serviço Público**. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: **Parecer do Relator Nº 3**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2311513&filename=Parecer-CCJC-2023-08-14. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 206, de 2019**. Altera o art. 206, inciso IV, e acrescenta § 3º ao art. 207, ambos da Constituição Federal, para dispor sobre a cobrança de mensalidade pelas universidades públicas. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1839017&filename=Tramitacao-PEC%20206/2019. Acesso em: 15 nov. 2024.

BRUSTOLIN, Rafaella. **O princípio da universalidade dos serviços públicos à luz da igualdade material**: repensando a gratuidade do ensino superior público no Brasil. 2020. 269 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://pergamum-biblioteca.pucpr.br/acervo/352348>. Acesso em: 15 nov. 2024.

CLIVERY, Elisa. Acordo suspende tramitação da PEC que prevê cobrar mensalidade em universidade pública. **TV Globo**, Brasília. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/05/31/acordo-suspende-tramitacao-da-pec-que-preve-cobrar-mensalidade-em-universidade-publica.ghtml>. Acesso em 15 nov. 2024.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 31-48, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

FRASER, Nancy. "Reconhecimento sem ética?". In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 70: 101-138, 2007. Disponível em: scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70, p. 109. Acesso em: 15 nov. 2024.

FARIA, Luzardo; VASCONSELOS, Matheus. A gratuidade no ensino superior público à luz da igualdade material. In: GABARDO, Emerson (Coord.); HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito, igualdade e justiça**. Curitiba: Editora Íthala, p. 65-92, 2018.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. Serviço Público e Direitos Fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 11-32, jul./set. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/750>. Acesso em: 15 nov. 2024.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 22. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 21-22.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

OTERO, Paulo. **O poder de substituição em direito administrativo**, v. 11, Lisboa: Lex, 1993.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais e o Problema de sua Proteção contra o Poder de Reforma na Constituição de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 2, out./dez. 2003.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social. 2009. 214 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143672.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 8, n. 78, p. 196-212, maio 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campo de Tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 6, n. 6, p. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234>. Acesso em: 15 nov. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 177, p. 29-49, 1989.

VIEIRA, José Roberto. Capacidade Contributiva e Igualdade (item 3). *In*: A Extrafiscalidade da Lei 12.715/2012 e a Capacidade Contributiva: A Convivência do Lobo e do Cordeiro. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, RT, nº 118, 2013, p. 18-42, especificamente p. 22-26.

ZANDONADE, Adriana. Mutação constitucional, in: **Revista de Direito Constitucional e Internacional (Revista dos Tribunais Online)**, n. 35, abr./jun., 2001