

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

RAYANNE RODRIGUES FREIRE

AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO E SUA VIOLAÇÃO AOS
DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

SOUSA

2016

RAYANNE RODRIGUES FREIRE

AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO E SUA VIOLAÇÃO AOS
DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^a Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira

SOUSA

2016

RAYANNE RODRIGUES FREIRE

AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO E SUA VIOLAÇÃO AOS
DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Monografia apresentada ao curso de
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de
Campina Grande, como exigência parcial
da obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof^a Vaninne Arnaud de Medeiros Moreira

Examinador interno

Examinador interno

Ao Divino Pai Eterno, pelo dom da vida.
Aos meus pais e à minha irmã, por todo o
apoio e amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus eterno e todo poderoso, por ter me concedido saúde e força para superar os desafios e pela fé que guia os meus caminhos.

Aos meus pais, por terem me suportado nesta estressante jornada acadêmica, durante esses cinco anos passei por muitas provas e foi graças à ajuda e ao amor deles que hoje tenho forças para concluir este curso.

À minha irmã, pelo companheirismo e apoio, pelos empréstimos que nunca receberei, pelas roupas que jamais voltarão para o meu guarda-roupa e principalmente pelo laço afetivo que vem nos unindo a cada dia que passa.

Às amigas que fiz durante esse curso, em especial Thaís, Kathleen, Stella, Hosana e Tom, pela parceria dentro e fora da universidade, pessoas pela qual nutro um sincero apreço na esperança de que esta amizade ultrapasse as barreiras da distância física que esse fim de curso trará.

À minha orientadora, pela sua disponibilidade e por me acolher sem hesitar nesta reta final, pela sua prestatividade mesmo diante de problemas pessoais e pela paciência dedicada à revisão deste trabalho.

Ao meu namorado, parceiro de caminhada, que teve de me aturar em momentos estressantes ao longo dessa jornada, por sempre me trazer a paz que necessito.

À minha avó materna, pelas noites mal dormidas em oração pelo meu futuro e pelo amor incondicional.

Às minhas tias Márcia e Cristina, que sempre acreditaram no meu potencial, pessoas que mesmo distantes não deixaram de transmitir o amor que eu tanto precisava.

Finalmente, àqueles que direta ou indiretamente participaram da minha formação, o meu muito obrigada.

*“Eu o livrarei, porque a mim se apegou.
Eu o protegerei, pois conhece meu nome
Ele me invocará e eu responderei
Na angústia estarei com ele
Eu o livrarei e glorificarei
Sou saciá-lo de longos dias
E lhe farei ver a minha salvação.”
Salmo 91: 14-16*

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor trouxe à legislação pátria uma inovação que há muito já se esperava, uma vez que os direitos transindividuais sempre foram realidade em todas as épocas, desde o surgimento do Estado. Tal diploma legal definiu de forma objetiva o que seriam esses direitos, tema este que era tão controvertido anteriormente. O marco fundamental na difusão dos direitos transindividuais no Direito Brasileiro foi sua classificação no Código de Defesa do Consumidor, dividindo-os em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em consequência do reconhecimento do direito coletivo, se fez necessário o desenvolvimento da chamada tutela coletiva no âmbito processual, possibilitando que ações possuam as mesmas situações-problema e sujeitos sejam compactadas em um único processo, de forma a garantir a economia processual e o devido processo legal. Os direitos transindividuais possuem proteção jurídica, de modo que a sua violação deve ser reparada imediatamente, mesmo que esse ato tenha sido praticado por um administrador público, por se tratar de uma necessidade fundamental e universal. Na educação, por exemplo, a ausência de políticas públicas que possam aumentar o seu desenvolvimento, acarreta responsabilidade ao administrador omissor. A implementação de políticas públicas na educação é essencial para a construção de uma sociedade inclusiva e igualitária, de modo que a omissão por parte da Administração é passível tanto de controle judiciário como de fiscalização pelo Ministério Público e deve ser zelado primordialmente por este ser de interesse coletivo e necessário para o crescimento social e econômico de toda a Nação. O objetivo geral deste trabalho é analisar a omissão de políticas públicas na Educação enquanto violação aos direitos transindividuais. Para tanto, a metodologia utilizada foi o método de abordagem dedutivo, como método de procedimento o histórico-evolutivo e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e a jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos transindividuais, Omissão Administrativa, Educação.

ABSTRACT

The Consumer Defense Code brought native country's legislation an innovation that have for long been expected since the transindividual rights have always been true in all ages from the state of emergence. This statute defined objectively which would be these rights, a topic that was so controversial before. The key milestone in the trans-rights spreading in Brazilian law was its classification under the Consumer Protection Code, dividing them into diffuse rights, collective and homogeneous individual. As a result of the recognition of collective rights, it was necessary the development of the so-called collective protection in the procedural framework, enabling that the actions would have the same problem situations, and subjects are compressed into a single process in order to ensure procedural economy and due lawsuit. The transindividual rights have legal protection, so that their violation must be repaired immediately, even if the act was committed by a public official, by the fact that it is a fundamental and universal need. In education, for example, the absence of public policies that can increase their development entails responsibility to the neglectful administrator. The implementation of public policies in education is essential to building an including and equal society, so that the omission by the administration is of liability of both judicial review and supervision by the Public Ministry and should be nurtured primarily because this is of collective interest and necessary for social and economic growth of the entire nation. The aim of this study is to analyze the failure of public policies in education as a violation to transindividual rights. Therefore, the methodology used was deductive approach method, as a method of historical-evolutionary process and as research techniques bibliographic and jurisprudential

Keywords: Transindividual rights, Administrative Oversight, education.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Dos direitos transindividuais.....	12
2.1 Evolução Histórica dos Direitos Transindividuais.....	12
2.2 Espécies de Direitos Transindividuais.....	15
2.3 A educação como direito coletivo.....	16
3. Políticas públicas no Brasil.....	20
3.1 Conceito de Políticas Públicas	21
3.2 Evolução Histórica das Políticas Públicas.....	23
3.3 Princípios norteadores das Políticas Públicas.....	25
3.4 O ciclo de políticas públicas e a participação popular	27
4. O poder judiciário como forma de controle de políticas públicas.....	32
4.1 Controle judicial na elaboração e execução de políticas públicas...32	
4.2 O princípio da reserva do possível.....	35
4.3 Controle Social na execução de políticas públicas	38
5. A omissão administrativa no direito a educação.....	41
5.1 O vício da discricionariedade e a omissão administrativa.....	42
5.2 A omissão e o ultraje ao princípio da proporcionalidade.....	44
5.3 Análise jurisprudencial da omissão administrativa.....	47
6. Conclusão.....	52
Referências.....	54

1. INTRODUÇÃO

A evolução dos direitos transindividuais tem contribuído significativamente para o desenvolvimento da tutela coletiva como meio de prevenção e repressão dos ilícitos que atentarem contra os direitos sociais, o que na sociedade atual é de extrema importância a sua efetivação.

A carência da normatização dos direitos sociais afetou por muito tempo a sociedade brasileira, principalmente a classe dos menos favorecidos. Com o aumento da concentração da população nas cidades, em decorrência da Revolução Industrial, o proletariado começou a clamar pela solução dos problemas relacionados com a educação, a saúde pública e a moradia, dentre outros.

Foi longa a jornada em busca da normatização do direito a educação, o que só veio ocorrer efetivamente no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mas, apenas a constitucionalização não tem sido suficiente, pois muitos outros problemas ainda impedem a garantia deste direito.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) trouxe uma normatização do que na realidade já existia, isso porque a terceira dimensão de direitos já trazia a ideia de proteção aos direitos coletivos. Assim, o CDC reconheceu a existência desses direitos e estabeleceu as suas espécies.

Nesse contexto, tem-se o direito a educação como um direito coletivo protegido constitucionalmente e que alcança toda a população brasileira, e que deve ser garantido por meio de políticas públicas que assegurem a sua aplicação e o seu acesso. É dever do Estado a promoção da efetiva aplicação dessas políticas públicas, de modo que, no caso de sua omissão deverá ser responsabilizado.

Além da problemática da omissão estatal, outro problema ainda ronda a concretização do referido direito, que é a falta de recursos financeiros, isso porque, a educação como um direito fundamental de natureza social, tem sua efetivação condicionada à ação de políticas públicas, que por sua vez depende da existência de recursos. E essa ausência de recursos tem sido a justificativa que a administração vem invocando para se eximir de sua responsabilidade, esse vício, como será visto adiante tem sido amplamente combatido.

O princípio da separação dos poderes garantido pela vigente Carta Magna tem se revelado o grande sustentáculo do constitucionalismo. Dessa forma, o Poder Judiciário tem sido buscado pela sociedade para garantir a proteção de direitos

fundamentais, pois diante da omissão ou ação negligente dos demais Poderes, é ele quem garante a sua efetivação.

Assim, o Poder Judiciário vem assumido papel de destaque no controle de políticas públicas, em especial no âmbito educacional, reprimindo a discricionariedade arbitrária do Poder Público e exigindo a atuação deste mediante a correta aplicação dos recursos públicos.

Esse estudo tem como objetivo geral é analisar a omissão de políticas públicas na Educação enquanto violação aos direitos transindividuais. Enquanto os objetivos específicos consistem em: Discutir acerca da evolução dos direitos transindividuais e sua inserção na sociedade; Identificar a Educação como um direito transindividual; Explicar como a ausência de políticas públicas interfere no desenvolvimento de uma educação de qualidade; e Enfatizar a importância do controle do Poder Judiciário na atuação discricionária da Administração Pública ao agir na efetivação de políticas públicas.

Para que fossem alcançados os objetivos supracitados, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, segundo o qual a análise se faz dos aspectos gerais para os aspectos científicos pertinentes à temática proposta. No concernente aos métodos de procedimento se optou pelo método histórico-evolutivo, analisando a evolução dos institutos trabalhados, quais sejam o histórico das políticas públicas no cenário brasileiro, dispendo acerca da evolução dos direitos transindividual, bem como ressaltando a importância do direito à educação para a sociedade atual

Como técnica de pesquisa foi adotada a documentação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com subsídio da doutrina nacional, de artigos científicos, revistas jurídicas, o posicionamento dos tribunais, consistindo num trabalho de revisão bibliográfica a fim de reforçar a visão de que quais aspectos há omissão estatal, no concernente a instituição de políticas públicas, visando à efetivação do direito transindividual à educação.

A divisão dos capítulos foi feita de maneira a facilitar o entendimento do leitor, dispendo sobre a evolução história no que diz respeito às políticas públicas no Brasil, seus aspectos conceituais, fazendo uma análise principiológica, de modo que ao final, será feita um estudo jurisprudencial do tema, afim de que seja demonstrado qual o atual posicionamento dos tribunais brasileiros a respeito da omissão administrativa, traçando um paralelo com o que foi explicitado anteriormente.

2. DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Sabe-se que o Direito sempre procura acompanhar a evolução da sociedade, mesmo que de forma lenta e burocrática, ele está atento às transformações culturais, científicas e tecnológicas. Assim, o Direito deve estar aberto às mudanças que vem ocorrendo, a fim de enquadrá-las no campo formal, de modo a regular os conflitos que vierem a surgir.

Os direitos transindividuais tem sua origem marcada pelos conflitos sociais surgidos nas últimas décadas, foram graças a eles que a luta pela garantia dos direitos coletivos passou a ser reconhecida e concretizada pelo Estado.

Não existe um conceito concreto firmado pela doutrina acerca dos direitos transindividuais, isto por que da sua própria nomenclatura já traz uma noção sobre o que vem a serem tais direitos, o prefixo “trans” significa além e “individual” que pertence a uma só pessoa.

Assim, direitos transindividuais são algo que estão além da individualidade de cada um, muito maior que o direito de um indivíduo em si, eles transcendem da órbita privada em nome da proteção coletiva, por isso também são chamados de direitos coletivos *lato sensu*, um conjunto de indivíduos que participaram de um mesmo ato ou fato jurídico possuem o mesmo direito gerado.

De acordo com o artigo 81 do Código de Defesa do consumidor os direitos transindividuais são divididos em difusos, individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*.

2.1 Evolução Histórica dos Direitos Transindividuais

A luta pelos direitos fundamentais como forma de garantia e proteção a todas as pessoas de forma geral, por serem inerentes ao ser humano, aliada à evolução e ao desenvolvimento social permitiu a consagração de direitos antes não reconhecidos. Com a evolução da sociedade, o Estado cresce, desenvolve-se e aumenta a sua responsabilidade por prestações positivas.

Sendo assim, a luta pela aceitação dos direitos fundamentais pode ser averiguada pelo que a doutrina divide em quatro gerações de direitos. Segundo Bonavides ¹:

A expressão *geração de direitos* deve-se a Karel Vasak, que apresentou, em 1979, no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos humanos.

Ressalte-se que a terminologia geração, tem caído em desuso pela doutrina, que passou a utilizar a expressão dimensão, pois novos direitos tendem a complementar os direitos já existentes e não excluí-los. “Geração” transmite a ideia de que um direito foi superado por outro, o que não deve ser aceitável, visto que direitos conquistados jamais poderão ser excluídos.

A primeira dimensão de direitos surgira com o intuito de contrapor o Estado Absolutista no final do século XVIII. Com seus ideais liberais compreendiam os direitos civis e políticos. Exemplos clássicos de tais direitos é a participação política do povo, o direito à liberdade, à vida, o envolvimento entre o povo e a religião, dentre outros.

Bonavides ² ainda acrescenta:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.

Os direitos de segunda dimensão tiveram início com a Revolução Industrial, diante da insistente exigência da classe trabalhadora pelo reconhecimento dos direitos sociais. Aqui não se proclamava a queda do Estado, mas tão somente que este reconhecesse os direitos positivos, colocando-os em prática por meio de políticas públicas.

O proletariado exigia que o Estado tomasse iniciativa e fizesse algo para garantir melhores condições na educação, no trabalho, na saúde, previdência e assistência social, direitos estes que naquela época estavam entregues “às moscas”,

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 563.

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 517.

pois o desenvolvimento da indústria em prol do lucro parecia ser o objetivo crucial do Poder Público.

Marmelstein³ comparou simetricamente as duas primeiras dimensões de direito. Segundo ele:

“Os direitos de primeira dimensão tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda dimensão funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.”

É na terceira dimensão de direitos o marco fundamental do surgimento dos Direitos Transindividuais. Com os ideais de solidariedade e fraternidade não mais se encontra aquele espírito individualista, os direitos transcendem o indivíduo em favor da coletividade. Eles buscam a proteção do meio ambiente, o direito à comunicação, a busca pelo progresso, a autodeterminação dos povos, dentre outros.

Bonavides⁴ ao dissertar sobre esse tema afirma:

“Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

Os conflitos sociais foram uma ferramenta importante para o surgimento dos direitos transindividuais. Havia a necessidade de uma proteção mais ampla e igualitária que envolvesse a população como um todo e não os interesses de um particular. Assim, o Estado ouviu o clamor popular e reservou a devida atenção para essas necessidades do seu povo, o que dificilmente teria ocorrido se cada um lutasse pelo que lhe fosse conveniente.

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor é certamente um grande acontecimento que consagrou de vez os direitos coletivos no ornamento

³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008. p.50

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

jurídico brasileiro. Isto porque em seu art. 81, parágrafo único, cuidou de dividir tais direitos em três espécies.

2.2 Espécies de Direitos Transindividuais

De acordo com o Diploma Consumerista em seu artigo 81, parágrafo único, os direitos transindividuais foram divididos em três grupos: difusos, individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*. Os direitos difusos são marcados essencialmente por sua indivisibilidade, uma vez que, pertencem à coletividade como um todo, não podendo abarcar apenas um único indivíduo. O elo que liga seus titulares indeterminados é tão somente as circunstâncias de fato.

Estes são os que possuem maior gama de transindividualidade dentre os apontados pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja, os direitos difusos são mais abrangentes que os coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Segundo Fadel⁵, os direitos difusos podem ser caracterizados:

“a) a transindividualidade, vale dizer, a circunstância de ultrapassarem a esfera pessoal do indivíduo pelo fato de não pertencerem exclusivamente a ele, mas eventualmente a todos, podendo ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar; b) a indivisibilidade, ou seja, não podem fragmentar-se, pois interessam a toda coletividade e não apenas a um ou alguns de seus membros; c) a indeterminabilidade dos titulares respectivos, na medida em que estão não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se o seu sujeito; d) a circunstância de se ligarem seus titulares por um simples fato, e não necessariamente em decorrência de relação jurídica.”

Diferente da espécie anterior, nos direitos individuais homogêneos não se encontrou mais aquela indivisibilidade, pelo contrário, aqui sua característica marcante é a divisibilidade plena entre seus sujeitos determinados.

Moreira⁶, chamou essa espécie de direitos acidentalmente coletivos, pois embora possua uma transindividualidade artificial, já que sua origem é a mesma, é possível identificar individualmente seus titulares e tornar seu objeto divisível, de modo a possibilitar a recomposição individual.

⁵ FADEL, Sérgio Sahione. **Ação Civil Pública**. Verbis, Rio de Janeiro. nº 2, ago/set. 1996.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de direito processual. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, p. 195-196, 1984.

Nas lições de Lenza ⁷:

“Por seu turno, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência a da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular.”

Note-se que não é requisito desses direitos a solução igualitária entre seus titulares, portanto, em relação aos conflitos entre os indivíduos, tais serão resolvidos individualmente e com resultados diferentes.

O principal aspecto que diferencia os direitos coletivos *strico sensu* dos direitos difusos, visto que ambos são indivisíveis, diz respeito à titularidade, pois os direitos coletivos têm como titulares as pessoas integrantes de um determinado grupo, categoria ou classe, de modo que estes titulares estão ligados por uma relação jurídica base entre eles ou com a parte contrária. Já nos direitos difusos, há uma indeterminação absoluta dos titulares, não podendo ser exercidos individualmente. De acordo com Benjamin e Marques

“Não estão necessariamente vinculados ou organizados em torno de entidade associativa (sindicato, associação de consumidores, etc.), pois a relação jurídica base pode ocorrer em relação ao fornecedor (exemplo, contrato padrão de plano de saúde), ou seja, à ‘parte contrária’, como deixa claro o parágrafo único, II, do artigo 81.” ⁸

Desta forma não é só o vínculo associativo que constrói o liame jurídico base, mas também a vinculação com o fornecedor, e ainda essa relação deve se dar antes da lesão, de modo que a sua tutela ocorrerá na orbita dos direitos difusos.

2.3 A educação como direito coletivo

A Declaração Universal dos Direitos Humanos defende o direito à educação, especificando em seu artigo 26 que o referido direito deve ser disponibilizado de forma gratuita e aplicável a todos de forma essencial e obrigatória.

⁷ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 76.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 386

A educação como direito coletivo tem por objetivo aplicar novos conhecimentos, medidas comportamentais, habilidades e atitudes que direcionam o indivíduo para que possa se adequar a grupos e comunidades. Através de um ou mais agentes que tem a função de educador, cria e apresenta novos estímulos que tem por propósito reforçar atividades que induz a mudança e adequação social. Através desse processo de aprendizagem, o educador insere na sociedade um indivíduo que adquire novos conhecimento e novas habilidades para uma boa adequação dentro da sociedade.

Como mostra a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 26 de dezembro de 1996), em seu artigo 2º, onde define educação como: “dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”. Tendo como finalidade: “o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

O art. 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional determina que:

“A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

O título II da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 6º prevê que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção á maternidade e á infância, a assistência aos desamparados (...)”.

O artigo 205 do mesmo diploma legal estabelece acerca do direito à educação, prevendo que é assegurado a todos e dever do Estado e que deve ser: “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”.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se observar que é nítida a importância da educação como forma de direito social por se tratar de um direito fundamental resguardado pela própria Constituição Federal e tem por seu papel essencial a prestação do Estado perante tal propósito.

No mesmo sentido Novellino⁹ destaca:

“O atendimento aos direitos sociais exige prestações positivas dos poderes públicos, razão pela qual são denominados direitos de promoção ou direitos prestacionais. A sua implementação é feita mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.”

O direito a educação tem sua aplicabilidade à iniciativa do Estado através de Políticas Públicas concretas. Por se tratar de um direito subjetivo público tem por esta a razão de sua essência como direito primordial ao homem seja de forma individual ou coletiva. Em nenhuma hipótese poderá ser denegada pelo ente público, tendo em vista sua importância como princípio fundamental e indispensável à coletividade, promulgados e determinados por atos internacionais, constitucionais e de normas comuns.

Assim como preconiza os Direitos Sociais presente no título II da Constituição Federal, no que se trata de direito a educação, tem por principal titular o Estado por seu dever de proporcionar aos cidadãos a atender o que rege o princípio do Estado Democrático de Direito, assim como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da Máxima efetividade, por estes assim permitir o desenvolvimento humano e social, através da função social que o Estado tem de garantir a cidadania.

A educação é essencialmente um direito difuso, pois em seu bojo encontram-se características próprias dos direitos transindividuais, tais como a indivisibilidade, indeterminabilidade e seus titulares são ligados por uma situação de fato. Em relação à indivisibilidade e indeterminabilidade, a própria Constituição federal aponta implicitamente ao proclamar em seu art.6º que o direito à educação é aplicável a todos e não apenas um sujeito individual e determinado.

Nesse diapasão, a educação é o pilar principal do desenvolvimento humano, das instituições e do próprio Estado, porém, diante à carência por parte do Estado em proporcionar aos cidadãos a efetivação desse direito fundamental e difuso, vem-se notando o desrespeito aos preceitos constitucionais vigentes, no qual demonstra assim, por sua omissão, que a educação não consegue abranger em sua totalidade o efeito que deveria produzir como direito transindividual coletivo, mas sim submetido a interesses individuais ligados a uma mesma relação jurídica da coletividade.

⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008, p. 372.

Preocupado com os baixos Índices de Desenvolvimento da Educação Básica no Brasil, está sendo implantado em todo território nacional o Ministério Público pela Educação (MPEDUC). Esse projeto possui dentre outros objetivos, fiscalizar a execução de políticas públicas instituídas pelo MEC. Ele está sendo executado por meio de parcerias entre o Ministério Público dos Estados e o Federal.

O projeto será executado de forma que o primeiro passo é analisar os problemas existentes em cada escola através de um questionário sobre a estrutura física, alimentação escolar e situação pedagógica, que será direcionado aos gestores das escolas. Em seguida, é realizada uma audiência pública com a participação da comunidade local onde serão discutidos os aspectos negativos das escolas, e então, os Promotores de Justiça em conjunto com os Procuradores da República vão pessoalmente às escolas para analisar a sua situação.

Feita essa visitação, serão elaboradas recomendações direcionadas aos gestores públicos para que eles tomem as devidas providencias no prazo estipulado. Se findo este prazo e não sendo cumpridas as recomendações, poderá ser concedido um novo prazo, e se mesmo assim não surtir efeitos deverá ser ajuizado uma ação judicial como maneira inquisitiva de obrigação de fazer. Superado todo esse processo é marcada uma segunda audiência pública, com o intuito de mostrar à população os resultados positivos que a aplicação do Projeto trouxe para as escolas daquela região.

Grande parte da população ainda vive sem acesso as informações básicas fundamentais para o crescimento e desenvolvimento humano, isso ocorre principalmente pela falta de condições socioeconômicas que assola todo o país. Esse é um dos fatores que causa o principal aumento da desigualdade tanto no crescimento econômico quanto no social.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Em meados de 1920, o Brasil era um país completamente rural, onde a sua população vivia no campo e a economia era controlada basicamente pela agricultura, nesse cenário foram necessários 70 anos para que o desenvolvimento industrial ganhasse suas proporções, de modo que o êxodo rural passou a ser um problema.

Grande parte da população, que antes vivia nos campos, começou a se mudar para a cidade em busca de emprego e melhores condições de vida, o que contribuiu para o desenvolvimento de uma série de problemas, tais como as péssimas condições de trabalho e a exploração do trabalho infantil.

Esses problemas de plano, não foram percebidos pelo Estado, que se preocupava exclusivamente com a economia, somente com a conquista pelos direitos sociais que o papel das políticas públicas veio a tomar essa dimensão.

Assim, com a promulgação da Constituição de 1988, foram formalmente previstos os direitos sociais que os classifica como programáveis, em seus artigos 193 a 232, sendo função do Poder Público a garantia de sua efetivação por meio de políticas públicas.

Importante ressaltar, que as políticas não encontram previsão exclusivamente na Constituição Federal, encontram-se distribuídas em todo ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser encontradas em leis, medidas provisórias, decretos e até mesmo nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos.

Como exemplo pode-se citar a Lei 10.172/01, que implementa o Plano Nacional de Educação ¹⁰, demonstrando o campo de atuação de políticas públicas na educação:

Em síntese, o Plano tem como objetivos: a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública e democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes. Considerando que os recursos financeiros são limitados e que a capacidade para responder ao desafio de oferecer uma educação compatível, na extensão e na qualidade, à dos países desenvolvidos precisa ser construída

¹⁰ BRASIL. Plano Nacional de Educação - **PNE/Ministério da Educação**. Brasília, DF: INEP, 2001.

constante e progressivamente, são estabelecidas prioridades neste plano, segundo o dever constitucional e as necessidades sociais.

1. Garantia de ensino fundamental obrigatório de oito anos a todas as crianças de 7 a 14 anos, assegurando o seu ingresso e permanência na escola e a conclusão desse ensino. Essa prioridade inclui o necessário esforço dos sistemas de ensino para que todas obtenham a formação mínima para o exercício da cidadania e para o usufruto do patrimônio cultural da sociedade moderna. O processo pedagógico deverá ser adequado às necessidades dos alunos e corresponder a um ensino socialmente significativo. Prioridade de tempo integral para as crianças das camadas sociais mais necessitadas.

2. Garantia de ensino fundamental a todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria ou que não o concluíram. A erradicação do analfabetismo faz parte dessa prioridade, considerando-se a alfabetização de jovens e adultos como ponto de partida e parte intrínseca desse nível de ensino. A alfabetização dessa população é entendida no sentido amplo de domínio dos instrumentos básicos da cultura letrada, das operações matemáticas elementares, da evolução histórica da sociedade humana, da diversidade do espaço físico e político mundial e da constituição da sociedade brasileira. Envolve, ainda, a formação do cidadão responsável e consciente de seus direitos e deveres.

3. Ampliação do atendimento nos demais níveis de ensino - a educação infantil, o ensino médio e a educação superior. Está prevista a extensão da escolaridade obrigatória para crianças de seis anos de idade, quer na educação infantil, quer no ensino fundamental, e a gradual extensão do acesso ao ensino médio para todos os jovens que completam o nível anterior, como também para os jovens e adultos que não cursaram os níveis de ensino nas idades próprias. Para as demais séries e para os outros níveis, são definidas metas de ampliação dos percentuais de atendimento da respectiva faixa etária. A ampliação do atendimento, neste plano, significa maior acesso, ou seja, garantia crescente de vagas e, simultaneamente, oportunidade de formação que corresponda às necessidades das diferentes faixas etárias, assim como, nos níveis mais elevados, às necessidades da sociedade, no que se refere a lideranças científicas e tecnológicas, artísticas e culturais, políticas e intelectuais, empresariais e sindicais, além das demandas do mercado de trabalho. Faz parte dessa prioridade a garantia de oportunidades de educação profissional complementar à educação básica, que conduza ao permanente desenvolvimento de aptidões para a vida produtiva, integrada às diferentes formas de educação, ao trabalho, à ciência e à tecnologia.

4. Valorização dos profissionais da educação. Particular atenção deverá ser dada à formação inicial e continuada, em especial dos professores. Faz parte dessa valorização a garantia das condições adequadas de trabalho, entre elas o tempo para estudo e preparação das aulas, salário digno, com piso salarial e carreira de magistério.

5. Desenvolvimento de sistemas de informação e de avaliação em todos os níveis e modalidades de ensino, inclusive educação profissional, contemplando também o aperfeiçoamento dos processos de coleta e difusão dos dados, como instrumentos indispensáveis para a gestão do sistema educacional e melhoria do ensino.¹¹

¹¹ BRASIL. Plano Nacional de Educação - **PNE/Ministério da Educação**. Brasília, DF: INEP, 2001.

3.1 Conceito de Políticas Públicas

As políticas públicas surgem como um meio de compensar a inércia estatal no que diz respeito à execução e prevenção dos direitos sociais, o que não ocorreu durante os séculos XVIII e XIX, onde o Estado preocupava-se apenas com o desenvolvimento industrial e a segurança pública.

Com o desenvolvimento do ideal democrático, as obrigações do estatais passaram a ser cada vez mais diversificadas, de modo que seu objetivo atualmente é a promoção do bem-estar social.

Para a garantia desse bem-estar, é necessário que o poder público atue nos mais variados campos, como educação, saúde, lazer, segurança, transporte, meio ambiente, de modo que haja um equilíbrio social e é aí que entram as políticas públicas, como instrumento de aplicação desses direitos sociais.

Desta forma, as políticas públicas são um conjunto de planos, metas e ações elaboradas pelos governos das três esferas em busca do interesse público e da garantia do bem-estar social. Repare que esse bem-estar não é estabelecido pela sociedade, aja vista que não há como ela se expressar integralmente, por isso que ele só pode ser estabelecido pelo governo. Nesse sentido aponta Bucci ¹²:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”

Todo o processo de elaboração e aplicação das políticas públicas deve ser feito com qualidade, já que o desenvolvimento social e econômico de um Estado se dá em decorrência da execução de políticas públicas eficientes. A respeito, Rodrigues ¹³ expõe que:

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹³ RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *Políticas Públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011, p.24.

[...] a eficácia das políticas públicas depende do grau de eficiência da gestão – o que, por sua vez, implica não apenas a qualidade dos gestores para exercer seu ofício público, mas também um ambiente de atuação que favoreça a governança democrática e a responsabilização política”

Ressalte-se que o Estado não é responsável somente pela execução de políticas públicas, ele também deve exercer o dever de fiscalizador, de forma a garantir que elas sejam realmente implementadas, longe de qualquer irregularidade.

Os grupos sociais exercem significativa importância no processo de elaboração de políticas públicas, isto porque, é em decorrência dos seus apelos aos membros do legislativo, que é possível chegar ao executivo e aí sejam atendidas as suas necessidades.

3.2 Evolução Histórica das Políticas Públicas

Com a Revolução Industrial, consubstanciada no século XVIII, a sociedade passou por significativas mudanças, isto porque, com o desenvolvimento das indústrias e conseqüentemente o surgimento das máquinas, a vida no campo deixou de ser suficiente, pois a cidade grande oferecia empregos e a melhora na qualidade de vida.

Em razão desse êxodo rural, houve superlotação nas cidades, que ocasionou em uma série de problemas sociais, surgiu-se uma nova classe social, a dos proletariados e era com a exploração de sua mão de obra que se erguia as indústrias. Os trabalhadores eram submetidos a condições precárias no trabalho, sem falar que a exploração de crianças e mulheres eram uma atividade altamente lucrativa, pois o salário destes eram relativamente menores do que se comparado com dos homens.

Foi somente durante a Revolução Francesa, em 1789 que a população começou a se voltar contra as desigualdades sofridas e a organizar movimentos reivindicatórios exigindo que o Estado garantisse a tão chamada justiça social, com melhores condições no trabalho, acesso à saúde, educação, dentre outros.

Nota-se, portanto, que já começara a surgir uma nova classe de direitos: os direitos sociais. Desta forma a Constituição Francesa de 1791, atendendo ao clamor popular, já veio apresentando indícios dessa transindividualidade, ao estabelecer no antepenúltimo parágrafo do Título I que: “será criado e organizado um

estabelecimento geral de assistência pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos que não tenham podido encontra-lo”.

No século XX, após a Segunda Guerra mundial, já se pode encontrar uma política do bem estar social, tendo como referência a Constituição do México em 1917 e Constituição de Weimar (Alemanha 1919), que marcou o constitucionalismo social, consubstanciando o chamado Estado do Bem-estar (Welfare state), garantido padrões mínimos de saúde, seguridade social, educação, habitação e renda a toda a população.

No Brasil não foi adotado a política do bem-estar social, no entanto, pode-se dizer que houve uma simetria entre a situação descrita e a Ditadura Vargas (1930-1945), onde foram estabelecidas uma série de políticas assistenciais, o que o tornou conhecido como o pai dos pobres. Conforme aponta Gonçalves :

No Estado Social, é evidente o ativismo estatal no que tange à promoção das políticas públicas. Mas com a crise deste modelo, notada a partir dos anos 70 e aprofundada durante a década de 1980, surgem, vigorosas, as teorias neoliberais. Para elas, a adoção do Estado do Bem-estar Social é o inverso do que se propõe: buscando proteger o cidadão das desgraças da sorte, o Estado aparentemente benfeitor, acaba produzindo um inferno de ineficácia e clientelismo, pesadamente pago pelo mesmo cidadão que à primeira vista procurava socorrer.¹⁴

Portanto, os ideais neoliberais começaram a se difundir, de modo a combater o Estado comunista, o que resultou na restrição dos direitos sociais e como consequência o crescimento da exclusão social.

No Brasil, os direitos sociais estiveram presentes em todas as suas constituições, desde a do Império até a de 1988, o diferencial entre elas se dá na intensidade que tais direitos foram tratados. De modo que foi somente na Constituição de 1988, sob a influência do Pacto Internacional das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos que foi estabelecida de forma efetiva os direitos fundamentais e sociais, além das políticas públicas e sua forma de instrumentalização. Bucci¹⁵ em sua obra, acertadamente aponta:

¹⁴ GONÇALVES, Alcindo. **Políticas públicas e a ciência política**. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.78

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org). **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo:Saraiva, 2006, p.10

A Constituição brasileira de 1988 foi carregada com os direitos compreendidos na tarefa de redemocratização do país e sobrecarregada com as aspirações relativas à superação da profunda desigualdade social produzida ao longo da sua história. O desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização das oportunidades sociais e da eliminação da situação da subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população.¹⁶

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 trouxe no em bojo, mais especificamente do artigo 5º ao 17 matéria relativa aos Direitos e Garantias Fundamentais de modo que no artigo 5º diz respeito aos direitos e garantias individuais e coletivas, e a partir do 6º os direitos sociais começam a ser tratados, prevendo os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º CF/88), regulando a associação profissional ou sindical (art. 8º CF/88), o direito de greve (art. 9º CF/88), dispondo sobre a nacionalidade (arts. 12 e 13 CF/88), até os direitos políticos (art. 14 ao 17 CF/88).

3.3 Princípios norteadores das Políticas Públicas

As políticas públicas estão diretamente vinculadas aos princípios que compõem a Administração Pública, são aqueles princípios previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Neste enfoque, serão tratados detalhadamente três desses princípios, quais sejam, o da legalidade, o da publicidade e o da eficiência.

No que diz respeito ao princípio da legalidade, dispõe a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Em termos práticos, isso quer dizer que o administrador público só pode atuar de acordo com o que a lei dispõe, ou seja, é a lei que limita e manipula a atuação do administrador.

Vale ressaltar, que não se pode confundir com a aplicação do princípio da legalidade no campo privado, onde uma pessoa pode fazer tudo que não seja contrário à lei, repare que no campo administrativo o administrador só pode fazer aquilo que a lei “manda”, já no privado uma pessoa pode fazer tudo que a lei não proíbe.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org). **Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.10

A respeito desse tema, o professor Mello ¹⁷ esclarece:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradição jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativos – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através de uma norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive as minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.

Desse modo, para que seja editada a política pública é necessário que ela esteja fundada em prévia previsão legal, de modo que seja a lei a encarregada pela sua definição e estruturação, ou seja, a lei é seu único indicador. Ao contrário do que dispõe no campo privado, onde é suficiente a não proibição legal, aqui só é possível à edição de uma política pública se a lei previamente autorizar.

O princípio da publicidade é de imprescindível aplicação no campo das políticas públicas, de maneira que todos os atos decorrentes da aplicação de políticas públicas devem ser públicos, garantido uma maior transparência para que o povo tenha acesso a tudo que esteja acontecendo.

Em um país onde o Regime de governo é a democracia, como é o caso do Brasil, faz-se de grande importância que a população esteja por dentro do que acontece com a gestão pública, uma vez que, “todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos” (art. 1º, parágrafo único CF/88).

Segundo Meirelles ¹⁸:

A publicidade, como princípio da Administração Pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008. p. 57

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.89.

Usualmente, o princípio da publicidade é instrumentalizado por meio da publicação dos atos públicos em diário oficial, no entanto, esse meio embora cumpra a legalidade, não abrange toda a população, isto porque, nem todos tem acesso a esse meio, o que o torna relativamente eficaz.

No que diz respeito ao princípio da eficiência, tem-se que o exercício da atividade administrativa por meio de seus agentes públicos deve ser realizado da maneira mais eficaz possível, de modo a se voltar à obtenção de melhores resultados com os meios disponíveis. No âmbito das políticas públicas, a obtenção de seus objetivos deve ser abarcada de meios eficientes, com o aprimoramento de recursos financeiros e sua aplicação gerando resultados positivos, obedecendo à lei e aos princípios previamente estabelecidos, além de buscar a efetivação do bem comum.

Enfatiza Marinela ¹⁹ que:

A eficiência abrange a efetividade e a eficácia, de modo que, exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional e consistente na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público.

O progresso nacional possui direta relação com implementação de políticas públicas, que é efetivada pelo desempenho do Estado diante de concepções traçadas pela Administração Pública, o que faz necessário que haja a direta execução do princípio da eficiência como meio de materialização da Constituição Federal.

3.4 O ciclo de políticas públicas e a participação popular

O processo de elaboração e execução das políticas públicas recebe o nome de ciclo de políticas públicas, e é ele que organiza de forma esquemática a vida de uma política pública, de modo que suas fases (ciclos) são interligadas, sendo sua divisão apenas uma forma didática de facilitar a percepção, nesse sentido

¹⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 44.

complementa Massa–Arzabe ²⁰ “se verifica um processo de retroalimentação, onde avaliação não é feita ao final, mas ao curso da execução”.

Ressalte-se que esse ciclo de políticas públicas nem sempre reproduz a verdadeira ação de uma política pública, isso porque, os ciclos muitas vezes são expostos de maneira embaralhada e a sequência não segue o mesmo roteiro. Mesmo com esse óbice, o ciclo de políticas públicas é de grande importância, pois além de ajudar a organizar as convicções, ainda servem de norte para os seus elaboradores (políticos e administradores), daí a sua grande utilidade.

Antes de se tornar um bem comum para o povo, as políticas públicas passam por vários ciclos durante a sua elaboração, são eles: agenda, formulação de políticas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

Na agenda temos a fase de formação, onde são apresentados os problemas e os objetivos imediatos são designados, para que um problema entre na agenda é necessário que ele seja de interesse público, considerado necessário e possível de ser resolvido. Os atores políticos (partidos políticos, agentes políticos, ONGs, e etc.) são quem identificam o problema, demonstram interesse na sua solução e lutam para que eles integrem a agenda.

Ainda que o problema seja inserido na agenda, isso não significa que ele será analisado de maneira prioritária dentre os demais, para tanto, é necessário, antes de mais nada, que haja mobilização popular, que a não resolução dessa questão custe mais caro que a própria resolução, além também da vontade política.

Depois, há a necessidade que o problema é inserido na agenda, tem-se a o ciclo de Formulação de Políticas, é aqui onde são desenvolvidas alternativas para a solução desse problema, é elaborado um “programa de compromissos” e são estabelecidas o conjunto de atividades. Os atores que estão relacionados com a elaboração abordam os possíveis resultados esperados e quais os objetivos, assim, quanto mais concreto for o objetivo mais eficaz será o processo.

Segundo Massa-Azarbe:

É importante vincar que os órgãos e instâncias diretamente envolvidos na execução da política, assim como entidades do setor privado, nas hipóteses de convênios ou parcerias não agem em livre discricionariedade, mas

²⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva 2006. p. 70

guiados e vinculados numa perspectiva ampla, pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, e numa perspectiva estrita, pelos princípios diretrizes e objetivos imediatos e mediatos traçados na política pública²¹

É na tomada de decisões que os problemas são equacionados, os objetivos e as táticas para solução são externalizadas, para tanto, é feito um levantamento dos recursos disponíveis e traçadas a metas de execução, tudo isso segundo o cronograma elaborado dentro dos parâmetros de avaliação. Assim, é nessa fase onde estão explicitadas as escolhas políticas da autoridade redatora, independente do nível hierárquico que ela si situe.

Na referida fase, a tomada de decisão é norteada por alguns modelos, cada um com suas especialidades, sendo os que mais se destacam nesse cenário: racional, incremental, análise misturada e irracional.

No modelo racional, difundido por Hebert Simon (1916-2001), tem-se que a tomada de decisão deve ser feita de maneira racional, dotadas de lógica e objetividade, onde em um primeiro momento o objetivo apto a resolver o problema é determinado, para depois estabelecerem as estratégias para sua execução, sendo escolhida a mais razoável. Já o modelo incremental, Charles Edward Lindblom defende que a escolha dos objetivos é condicionado a certos valores, podendo a sua execução sofrer intervenções, pois cada um os atores envolvidos tem sua própria opinião e percepção, de modo que a decisão é pautada de concordância de todos, o que dá maior credibilidade ao acordo.

Nota-se que no modelo de análise misturada (mixed-scanning), como o próprio nome já sugere, há um misto de características presentes nos dois modelos anteriores, estabelecendo o que Etzioni chamou de “racionalidade bidimensional”, onde as decisões são feitas baseadas na lógica racional, sem deixar de mão o caráter incremental de contrapor as opções disponíveis. Em contrapartida, no modelo irracional também conhecido como lata de lixo, a tomada de decisão passa por um processo ambíguo e imprevisível, na qual as oportunidades propostas são tratadas como latas de lixo, pois os atores simplesmente cospem problemas e soluções.

Passado o ciclo de decisão, institui-se o ciclo de implementação, onde toda a teoria de objetivos e metas é colocada em prática, aqui deve ser respeitados tudo

²¹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva 2006. p. 80.

aquilo que foi especificado no plano de metas (princípios, prazos e diretrizes) e sua atuação está condicionado aos recursos econômicos disponibilizados, devendo ainda, ser ouvida a opinião pública.

Finalmente, tem-se o ciclo de avaliação, que deve ser feita observando dois enfoques: avaliação do procedimento e avaliação do impacto. Na avaliação do procedimento é analisada a fase de execução da política pública, enquanto que na avaliação de impacto é investigado os resultados da implementação da política pública, apontando os problemas indesejados trazidos.

É na fase da avaliação onde a participação popular começa a ganhar espaço, pois é de extrema importância a cooperação dos principais beneficiários das políticas públicas. Nesse contexto, o cidadão se enquadra no papel de ator político ao participar de conflitos que dizem respeito os recursos públicos e a destinação de bens.

Com implementação da Constituição Federal de 1988, se pôde constatar um novo paradigma na execução de políticas públicas no Brasil, no concernente à integração do cidadão. Com a delegação de certas competências da esfera federal para os governos estaduais e municipais, a ação das políticas públicas passou a ser aplicada de forma mais abrangente, pois, o governo municipal consegue detectar os problemas de seu município de forma mais detalhada que o governo federal.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um montante de normas que demonstram a adesão de institutos participativos no âmbito administrativo:

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

[...]

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

[...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

III - participação da comunidade.

[...]

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

[...]

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.

Dessa forma, um resultado satisfatório da aplicação de determinada política pública, não está vinculado apenas a iniciativa estatal, é de grande valia também a participação popular, só assim a tão primada eficiência administrativa será atingida. Por isso que se devem buscar meios que transmitam a aceitação da coletividade, gerando em consequência uma harmonia entre o Estado e a sociedade.

4. O PODER JUDICIÁRIO COMO UMA DAS FORMAS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O tema Controle judicial de políticas públicas, ainda é de cunho controverso, por isso, a discricionariedade administrativa não será abordada nesta pesquisa, mas ao se espelhar no reconhecimento de aspectos vinculados a ela, pode-se encontrar uma trajetória incontroversa e plácida, sem perder a sua devida importância na temática.

Como o conceito de políticas públicas já foi amplamente discutido em tópicos anteriores pode-se trilhar um caminho bem mais tranquilo, pois já foram explicados os elementos que interligados ensejam controle do Poder Judiciário.

Os elementos que constituem as políticas públicas já foram minuciosamente explicitados na Constituição Federal, onde dispõe os fundamentos que ditam seu objeto e os instrumentos aptos a sua concretização, assim, ao prever que determinada política pública atingirá um evento futuro, determina-se que a discricionariedade não tem vez no que diz respeito a finalidade da política pública, pois isto já foi decidido no plano legal. Ressalte-se que não é só obrigação da Constituição, várias leis já passaram a firmarem em seus textos objetivos, diretrizes e metas.

No entanto, cabe um alerta: mesmo que contenha alguns de seus elementos, a política pública não é lei. Por isso elas não se confundem uma lei jamais será política pública, da mesma forma que uma política pública jamais será uma lei. Nesse sentido, tem-se que o controle de validade de uma não traz vinculação com o da outra, mesmo que a lei traga alguns elementos da política pública.

Assim, por exemplo, determinada norma legal que foi elaborada no quadro de certa política pública, pode ter sua constitucionalidade questionada e até mesmo ser declarada inconstitucional, sem que a política pública também seja e vice-versa.

4.1 O Controle judicial na execução de políticas públicas

Como a efetiva positivação dos direitos sociais, a atuação do Poder público passou a ser intensificada, pois para a elaboração e execução de políticas públicas sua iniciativa e desempenho eram de extrema importância. Assim, a execução de

políticas públicas estava adstrita somente a discricionariedade do administrador público, não estando subordinado a nenhum controle externo.

Nas lições de Melo ²²:

A discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de ausência de indicação explícita do pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente, pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para a inteligência dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é - e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato.

De forma gradativa, começaram a surgir meios de consumação de um controle exercido pelo Judiciário, no entanto, esse controle não de dava de maneira efetiva, pois estava vinculada a atuações governamentais, sua atuação dependia do desejo político do estado.

Os juízes e Tribunais até a Constituição de 1988, só aplicavam o que estivesse expressamente previsto na Constituição, evitavam intervir nas políticas públicas e para declarar a inconstitucionalidade de uma lei dispunha de bases rígidas, tal meio de atuação do judiciário ficou conhecido na doutrina como autocontenção judicial.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Poder Judiciário começou a mudar sua postura, isto porque, constitucionalmente passou a ser função do Poder Judiciário o controle de ação ou omissão que fosse contrária a lei, além do disposto no artigo. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

Nesse enfoque, o controle judicial de políticas públicas, que também pode ser conhecido como judicialização de políticas públicas, se dará em três fases: na fase de elaboração, de execução e de avaliação.

No que concerne ao controle nas fases de elaboração e execução de políticas públicas, a problemática é um tanto controvertida, pois para tanto é necessário adentrar no mérito de discricionariedade do administrador. No Brasil, o

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.17.

controle judicial na fase de avaliação já se encontra consolidado, ganhando suas devidas dimensões com a Lei 8.429 (Lei de improbidade administrativa) e tendo início a partir do controle de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

O controle judicial na fase de avaliação não interveem no juízo de conveniência e oportunidade do administrador, isto porque, ao descumprir a Constituição há uma ilegalidade e não discricionariedade.

Desta forma, é indubitável a importância da atuação do Poder Judiciário no contexto político-jurídico do Estado brasileiro, pois a desigualdade se dá de maneira alarmante neste país, e é de extrema importância a modificação dessa realidade social. Além do mais, o judiciário é um instrumento necessário à concretização o princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode negar, pois fazer isso é ir contra o sentimento de solidariedade que permeia toda a teoria dos direitos humanos.

No campo da educação, tem-se que quando o cidadão se vê impedido de exercer sua direito à educação, se busca a atuação do Judiciário para que ele garanta a efetivação desse direito por meio do controle de políticas públicas. Essa tutela pode se dar de forma individual ou coletiva, como por exemplo, na ação civil pública.

Atualmente, o mecanismo judicial mais usado para controlar as políticas públicas são as ações coletivas, em especial a ação civil pública prevista na Lei 7347/85 que tem o Ministério Público como um de seus titulares. No âmbito da ação civil pública o controle de políticas públicas só poderá ser efetivado se o direito social vier explicitamente apontado na Constituição Federal ou em lei ordinária.

Trazendo para o campo prático no âmbito da educação, no inciso IV, artigo 208 da Constituição Federal, tem-se que é garantida a “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade”²³. Essa garantia nem sempre é cumprida e é dever do Judiciário intervir para que ele seja cumprido.

Em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário²⁴ nº 464143/SP:

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 464143/SP**, Relator Min. Ellen Gracie, publicado em 19/02/2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7242798/agregno-recurso-extraordinario-re-464143-sp>>. Acesso em 01/03/2016.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.

Esse controle jurisdicional de políticas públicas interfere principalmente na atuação do Executivo, pois as suas ações são arroladas de disponibilidade financeira e previsão orçamentária. No entanto, de tempos se observa que o executivo não observa mínimos requisitos para a garantia da educação, dando prioridade a outras demandas.

Nesse ponto é importante fazer uma ressalva sobre o questionamento que surge: Esse controle judicial na execução de políticas públicas não caracterizaria uma restrição à função administrativa do Poder Executivo?

Assim, ao analisar esta indagação, vêm em mente duas possíveis respostas. Em um plano imediato, se essa atuação do judiciário se dá somente para reduzir as competências dos demais poderes, por óbvio não seria visto com bons olhos, mas a segunda resposta vem em complemento da primeira, de modo que o poder judiciário está atuando nos limites de sua competência e ao buscar meios de controle das políticas públicas, ele está fazendo apenas o que lhe é devido, não configurando intervenção ilícita no campo de atuação dos demais poderes.

Agora se o poder judiciário atuando no campo de suas atribuições, extrapolar os meios de controle, aí sim poder-se-ia dizer que há realmente algo errado, já que, o controle judicial deve se dar na medida certa, não ultrapassando seus limites.

4.2 O princípio da reserva do possível

O princípio da reserva do possível de origem alemã, parte da premissa que os direitos sociais devem ser executados na medida do possível, condicionados à favorável disponibilidade econômica, isso implica dizer que o direito fundamental da educação só poderá ser efetivado se houver recursos econômicos disponíveis.

Em resumo, esse princípio controla a discricionariedade de atuação do Estado nas matérias que se referem à proteção e garantia dos direitos fundamentais e sociais, condicionando a atuação estatal à disponibilidade dos recursos públicos existentes.

Em se tratando dessa norma constitucional de natureza programática, o direito à educação colide com a falta de recursos e na forma de o administrador público escolher quais matérias são prioridade durante a elaboração do orçamento. É necessária a previsão orçamentária para que os direitos sociais possam ser trabalhados de maneira adequada e com os seus devidos recursos, ocorre que essa premissa vem limitar a atuação do Estado, pois ele só pode agir em conformidade com o orçamento disponível.

Trata-se de um verdadeiro meio de amenizar o dever do Estado, o que não deve ser visto com bons olhos, já que a própria Carta Magna dispõe expressamente em seu artigo 6º, que a educação é um direito social, o que reflete em obrigação do Estado a sua garantia e em consequência sua inclusão efetiva no orçamento público.

Assim, ao Estado é incumbido o dever de garantir a presença mínima dos direitos fundamentais, de modo que havendo omissão do poder público no que diz respeito à aplicação de políticas públicas, é garantido ao cidadão o acesso ao poder judiciário a defesa de seu direito público subjetivo.

Não raro, esse princípio é utilizado como artifício pelos políticos, que durante a campanha eleitoral fazem várias promessas, mas quando acabam as eleições e o povo o torna eleito, ele invoca a “reserva do possível” para se livrar de suas próprias promessas. Nesse sentido Appio²⁵ aponta que no Brasil as políticas públicas têm sido utilizadas como instrumentos de propaganda eleitoral do governo eleito, mas que no campo prático acaba gerando uma insatisfação popular, quando o governo retira da manga a carta da reserva do possível.

O Poder Judiciário precisa ficar de olhos abertos para que essa desculpa de falta de recursos não seja apenas uma justificativa para o inadimplemento dos deveres da própria Administração Pública.

²⁵ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2005. p.75.

Esse é o entendimento da jurisprudência dominante, conforme aponta decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ²⁶ em sede do Mandado de Segurança, processo nº 107020740134430011:

MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE MUNICIPAL - MENOR CARENTE - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ECA - EDUCAÇÃO: DIREITO FUNDAMENTAL - MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL - PREVALÊNCIA DO DIREITO DA MENOR, POIS HÁ DIREITOS ACIMA DO ORÇAMENTO - PRECEDENTES DO STF. - O Ministério Público tem legitimidade para impetrar mandado de segurança em nome de crianças e idosos (ECA e Estatuto do Idoso), estando o Município legitimado para responder aos termos do pedido, isoladamente ou em conjunto com o Estado e a União (art. 7º e 201, IX, da Lei 8.069/90)- Não pode o Município erguer barreiras burocráticas, ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o acesso de menores carentes em creches públicas, até porque a educação é direito fundamental, assegurado pela Constituição Federal e não pode ser restringido (art. 208, IV, da CF), o que torna ilegal o ato de autoridade que nega a matrícula em creche. - A cláusula chamada pela doutrina de "reserva do possível" e aqui invocada pelo Município, nasceu de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao julgar caso em que se discutia direito ao ensino superior. - Aqui, inversamente, o que se discute é o "mínimo existencial", ou seja, o direito à creche, que, segundo o STF, não se submete a previsões orçamentárias nem "a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública

Ressalte-se que esse mínimo existencial enfatizado na decisão, não tem o condão de vincular o que é dever do administrador público ao mínimo, visto que, é sua obrigação garantir em caráter máximo as regras constitucionais, em especial os direitos fundamentais. É cobrado o mínimo apenas em situações onde a falta de recursos financeiros é devidamente justificada.

Segundo Goes ²⁷, magistrado deve agir com base no princípio da razoabilidade ao se deparar com a colisão de normas: Direito Fundamental versus Previsão orçamentária. Devido ao fato de ambas estarem no mesmo nível de hierarquia, deve o juiz dar prioridade ao direito fundamental, pois axiologicamente falando ele prevalece à norma orçamentária.

²⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Mandado de Segurança, processo 107020740134430011 MG 1.0702.07.401344-3/001(1)**. Relator Wander Marotta. Publicado em 25/07/2008. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961106/107020740134430011-mg-1070207401344-3-001-1>> Acesso em 20/03/2016.

²⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 112.

É claro que em decorrência da impossibilidade financeira comprovada não se pode falar em controle judicial, porque isso contraria a lógica da realidade ao exigir o que de fato é impossível e não havendo mérito por consequência não pode existir controle. Por isso que falta de recursos é uma realidade que judiciário não pode deixar de lado.

4.3 Controle Social na execução de políticas públicas

Não é de hoje que a sociedade clama pelo direito de participação no processo de políticas públicas, registros dispõem que no Brasil esses movimentos sociais começaram a surgir na década de 70 e todos eles rogavam pela criação instrumentos que possibilitassem o controle social de políticas públicas.

Com o controle social é possível que o poder de decisão, no que diz respeito a gestão de políticas públicas, seja dividido entre o Estado e a coletividade, trata-se de um mecanismo garantidor da cidadania, mantendo vivo o espírito democrático. Desta forma, a coletividade poderá interferir nas políticas públicas, de modo que essa interferência se dê em harmonia com o Estado na escolha do que é urgente e também no desenvolvimento de programas de ação dos governos municipal, estadual e federal.

Esse controle pode ser feito em qualquer momento, desde a fase de exposição das políticas até a fase de fiscalização, acompanhando o exame do estado da gestão, analisando o andamento das ações e onde serão aplicadas as verbas reservadas para a execução das políticas públicas.

A coletividade tem essa restrição das ações governamentais como um direito que lhe foi garantido com a promulgação da carta magna de 1988 e normatizado em diversas leis específicas, como por exemplo, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8.742/93), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8069/90), e dentre outras. Tais leis dispõem previsão sobre a existência de foro de consulta e deliberação do cidadão, em especial com a instituição no executivo federal, estadual e municipal, os conselhos de políticas públicas.

A cooperação da coletividade, com a sua participação em debates, conversas com o governo e concretização do controle social, é de grande importância para que essas políticas satisfaçam o que é prioritário para a sociedade,

além de representar um avanço nas camadas de qualidade de serviço, execução e fiscalização do capital público.

Com a efetivação do controle social, as políticas públicas vão ganhando força e tornando-se cada vez mais eficientes ao tratarem das necessidades do povo. Como por exemplo, quando a sociedade se preocupa com os problemas de uma escola de determinado bairro, o resultado qualitativo passa ser positivo com relação à atuação da política pública naquela instituição de ensino.

Havendo esse controle a gestão pública passa a ser mais democrática, pois os integrantes da comunidade deixam de serem meros coadjuvantes na execução das políticas e os gestores públicos tomam decisões levando em consideração as exigências sugeridas pela própria comunidade, deixando de lado suas próprias convicções.

Os Orçamentos Participativos, as Conferências e os Conselhos de Gestão de Políticas Públicas, são meios de grande importância para a efetivação do controle social, são zonas de discursão e consenso entre os gestores e a sociedade. Ressalte-se que eles não são as únicas ferramentas de exercício do controle social, como os fóruns e associações, que são espaços autônomos desenvolvidos para a reunião de vários segmentos da comunidade, para discutir quais prioridades serão apresentadas ao gestor.

De acordo com Maciel ²⁸:

Os Conselhos são espaços privilegiados para o exercício político, uma vez que representam, do ponto de vista da lei, uma iniciativa que possibilita o estabelecimento de novos fóruns de participação e novas formas de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil. Os Conselhos são investidos de prerrogativas deliberativas e fiscalizadoras.

Os Conselhos de Gestão são ferramentas de garantia de controle social, que tem competência para dispor sobre políticas públicas, autorizar projetos, supervisionar ações e o emprego dos recursos, além de aprovar ou reprová-las as contas prestadas pelo governo, podendo inclusive, formular normas. Esses Conselhos não dependem da vontade das gestões vigentes para garantir sua existência. Já as demais zonas, como por exemplo, os Orçamentos Participativos e

²⁸ MACIEL, C. A. B. **Políticas Públicas e Controle Social: encontros e desencontros da experiência brasileira**. Revista Intercâmbio dos Congressos de Humanidades, v. 1, n. 1, 2010. p 12.

as Conferências, tem sua implementação condicionada a discricionariedade dos governos, bem como o seu funcionamento e sua continuação.

Os espaços autônomos também revelam sua importância ao pressionar, monitorar, expor publicamente determinado tema, mesmo que seja necessário convocar a atuação do Ministério Público, para que sejam realizadas auditorias com o objetivo de penalizar atividades ilegais praticadas pelo poder público.

Para que o controle social de políticas públicas seja realmente concretizado, é importante que sejam ultrapassados certos desafios que embaraçam a plena execução dessa garantia. Antes de qualquer coisa, deve ser superado aquele autoritarismo político que tanto assombrou a História brasileira, porque teoricamente os governos acabam aderindo a participação popular, mas na prática a realidade acaba acontecendo a situação inversa. O mesmo deve ser aplicado para a coletividade, que muitas vezes clamam pela sua participação, mas na hora de materializar esse direito jogam toda a responsabilidade nas mãos do gestor.

É importante também que as zonas de controle social vigentes ganhem forças e sejam aperfeiçoadas com a cooperação da coletividade e do Estado, além disso, deve ser primado à transparência e o acesso aos conteúdos das políticas.

De acordo com Silva ²⁹

A concepção de controle social requer ainda um maior esclarecimento para poder superar limitações que impedem um exercício democrático. Isto não significa afirmar que será possível chegar a um momento em que este controle se efetivará sem sofrer embates, pois isto seria negar as contradições que constituem uma sociedade capitalista pluralista. Entretanto, nos marcos da sociedade atual, é necessário descobrir como transformar espaços institucionalizados em possibilidades cada vez maiores de construção, expressão e defesa de um projeto ético-político. ³⁰ (SILVA et al., 2009, p.263)

É de extrema importância que todos os integrantes da sociedade tenham conhecimento de que o referido controle é um direito que deve ser exigido. Para que após as eleições, a participação popular seja cobrada, a fim de que se faça possível à exposição dos problemas que a coletividade tem enfrentado, havendo uma cooperação entre a sociedade e o Estado, sendo conservado o caráter democrático e superando as desigualdades.

²⁹ SILVA, V. R. DA et al. **Controle social no Sistema Único de Assistência Social: propostas, concepções e desafios**. Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 7, n. 2, p. 263.

5. A OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO A EDUCAÇÃO

Diante de tudo que foi exposto, sabe-se que é dever do Estado assegurar a implementação de políticas públicas que garantam a vasta execução do direito a educação, já que se trata de um direito fundamental de segunda dimensão, sendo, pois, intrínseco a todos os indivíduos.

A educação compõe o grupo de direitos que integram o mínimo existencial de um indivíduo, no entanto, o grande obstáculo que assombra a sua eficácia é a dificuldade na determinação de seu conteúdo. Embora a sua normatização não seja um problema, o óbice está na sua efetivação, pois constitui um grande desafio a transformação de um direito considerado fundamental de eficácia direta e imediata, em direito materializado.

Com a constitucionalização dos direitos sociais, a garantia, execução e proteção dos direitos fundamentais passaram a ser responsabilidade da Administração Pública, passando a ser constitucionalmente um ente à disposição da coletividade, desempenhando o seu papel subordinada aos limites expostos pela ordem constitucional e pelo conjunto de normas correntes.

A atuação da administração, como representante do Estado, é materialmente refletida na ação de seus empregados, que no exercício das funções que lhes são atribuídas podem acabar gerando algum dano ao patrimônio público ou ainda a terceiro usuários ou não usuários do serviço público. Nessa situação, em decorrência a Teoria da Responsabilidade objetiva do Estado, adotada constitucionalmente no art. 37 §6º CF/88, ele será responsabilizado pelos danos que seus agentes causarem, pois estes atuam em nome do próprio Estado.

Deve ser exigida uma dilatação no teor do dever estatal previsto constitucionalmente de elaboração de políticas públicas, em especial no campo educacional, no entanto, vê-se apenas o aumento da omissão administrativa na garantia dos direitos sociais, o que acaba se transformando em uma realidade que vai contra a ordem constitucional, pois o desenvolvimento da economia e a normatização de tais direitos não estão sendo capazes de atender suas próprias demandas.

A omissão administrativa tem sido vista como um retrocesso na História dos direitos fundamentais, sendo materializado no campo legislativo, e por essa razão, não se pode permitir que inoperância da Administração afete a essência do direito á

educação, de modo a restringi-lo apenas a previsão formal, tornando impossível o seu exercício.

Assim, a Administração Pública deve buscar atuar de forma mais ativa, de modo que essa atuação se dê de maneira legítima e cautelosa, para não gerar danos aos seus administrados, sendo intolerável a discricionariedade dos atos administrativos. Essa subordinação do Estado aos princípios administrativos e à Constituição, o vincula a fundamentar na fase de tomada de decisão quais os seus motivos e o capital que será gasto, para que os direitos fundamentais sejam consumados em maior maneira possível.

A a omissão administrativa no que diz respeito à garantia do direito à educação, vem sendo “remendada” pela jurisprudência, que apesar de as decisões judiciais possuírem aplicação imediata, tem sua abrangência restrita ao requerente, titular do direito, não alcançando a coletividade propriamente dita.

O posicionamento jurídico e doutrinário atual, já deveria bastar para evitar que a administração ainda causasse dano ao administrado, em especial no que diz respeito aos direitos que já possuem consistência normativa fundamentada de direito subjetivo, como é o exemplo do direito a educação.

Ressalte-se o caráter urgente à ruptura desse padrão que se segue no exercício das atribuições da Administração e do sentido real da responsabilidade objetiva e extracontratual, nessa jornada de busca pela garantia dos direitos coletivos e fundamentais, em especial o da educação.

5.1 O vício da discricionariedade e a omissão administrativa

A ideia de discricionariedade começou a ser difundida em meados do século VII, durante o período em que o Estado absolutista era dominante, aqui as decisões governamentais eram pautadas basicamente na vontade do monarca, de modo que sua palavra era a lei. A discricionariedade quase não tinha limites, pois sua atuação era ampla, as poucas limitações que existia eram meramente burocráticas e não subestimavam o poder do monarca.

Aos poucos o Estado foi reconhecendo a importância da lei, passando a se submeter aos limites dela, essa mudança foi marcada principalmente pelo advento do Estado Liberal, também conhecido como Estado de Direito, difundido pelas

revoluções burguesas que marcaram os séculos XVII e XVIII. Nesse novo Estado, a discricionariedade era submetida a vontade da lei, pois as leis estavam acima de qualquer coisa, esse modelo estatal, todavia, não prosperou.

Com a queda do Estado Liberal, foi difundido um novo modelo que objetivava a supremacia constitucional, ficando conhecido com Estado Constitucional de Direito, de modo que a discricionariedade administrativa passou a ser eficazmente limitada. Atualmente, prima-se o Estado Constitucional e Democrático de Direito, onde os princípios previstos na própria Constituição Federal são os responsáveis pela limitação e controle da discricionariedade administrativa.

Superado o conteúdo histórico, administrativamente falando, diz-se que um ato é considerado discricionário quando ao administrador lhe é conferido uma margem de escolha, essa margem é atribuída pela própria lei e limitada ao sistema. Saliente-se que esse grau de discricionariedade só é atribuído em maior dimensão ao administrador apenas nos limites de sua competência administrativa, não podendo, jamais, ultrapassar seus limites, sob pena de ser considerada arbitrária, perdendo o caráter discricionário.

Mello ³¹ dispõe melhor sobre esse tema:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

O vício mais utilizado na dinâmica da discricionariedade administrativa é a sua atuação exacerbada, ultrapassando limites, valendo-se de arbitrariedade para atingir determinado objetivo, essa situação onde as condições atribuídas á competência discricionária são extrapoladas é conhecida pela doutrina como arbitrariedade por ação, o que nada tem haver com a omissão administrativa.

Na omissão tem-se o outro lado da moeda, conhecida como “arbitrariedade por omissão”, onde a falta de atuação do administrador passa a gerar uma carência

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pág, 401.

no desempenho da discricionariedade, acaba por deixando de propiciar uma atuação positiva na prestação do serviço.

A Administração Pública não pode se esquivar da sua responsabilidade, se lhe é atribuída determinada atividade eivada de maior discricionariedade ou vinculação, ela tem o dever cumprir integralmente sua obrigação, não ultrapassando seus limites e nem tampouco deixando de atuar, para que não seja caracterizada a arbitrariedade.

Desta forma, o administrador não pode interromper sua atividade para tentar compreender a lógica de determinado direito, deve ele se preocupar com o seu exercício e garantir que seja verdadeiramente efetivado. A administração deve buscar transcender o que é razoável, para que seja garantida a promoção dos direitos dentro dos limites da sua discricionariedade.

Interessante é que em 1930 se utilizavam da discricionariedade para se livrar do controle do judiciário, como por exemplo, nos regimes do nazifacismo, onde a discricionariedade servia como um escudo que imunizava as arbitrariedades que aconteciam, eram violados direitos e interesses, enquanto o judiciário permanecia inerte.

Felizmente, esse escudo já foi rompido e não é mais utilizado hoje em dia, a competência discricionária é atribuída para que seja satisfeita tão somente a finalidade pública, como um dever do administrador, de modo que, a omissão ou o excesso possuem caráter arbitrário e não essencialmente discricionário.

Assim como qualquer atividade administrativa é passível de controle, todo vício de arbitrariedade seja ele por excesso ou falta também o será. Esse controle é de grande importância não só para a esfera administrativa, como também nas demais esferas, pois constitui uma garantia constitucional.

5.2 A Omissão e o ultraje ao princípio da proporcionalidade

Como foi explicitado no tópico anterior, quando o administrador deixa de cumprir com os seus deveres, tem-se o chamado vício de discricionariedade administrativa por omissão. Agora será explicitado como esse vício pode representar um ultraje ao princípio da proporcionalidade, o que acaba sendo mais um ponto que complementa a importância do seu controle.

Primeiramente, é importante apresentar o princípio da proporcionalidade que passou a ser difundido pela Corte Alemã Ocidental. De maneira mais aprofundada, tem-se que deve ser analisado em três panoramas, visto que ele se reparte em mais três subprincípios: princípio da proporcionalidade em sentido estrito, princípio da adequação e princípio da necessidade.

Além disso, deve ser averiguada a sua aplicabilidade, visto que, o referido princípio necessita de um ponto de referência. É impossível se referir à proporcionalidade de maneira abstrata, faz-se imprescindível que exista um parâmetro referencial, pois sua aplicabilidade está condicionada a congruência entre o meio e o fim, de modo que ausente esses elementos não é possível a sua estruturação.

Ao examinar o subprincípio da adequação, deve-se ficar atento ao seguinte questionamento: O meio atinge o fim? Sendo a resposta afirmativa, será possível concluir que o meio escolhido é hábil para desenvolver o fim desejado. Desta forma, e dinâmica desse subprincípio é bastante simples, sendo um meio suficiente para realizar determinado fim, será ele considerado apto.

Já no subprincípio da necessidade, a averiguação deve ser voltada para a busca de outros meios singulares ao do escolhido num primeiro momento, desde que eles possuam a mesma essência, capazes de trazer os mesmos efeitos ao fim, mas causando efeitos mais suaves na restrição de direitos. Assim, dois pontos devem ser analisados: a existência de meios aptos a atenderem um mesmo fim, prevalecendo aquele que violar os direitos fundamentais em menor intensidade.

A aplicação da necessidade é mais complexa do que se imagina, a grande problemática é encontrar sob qual dimensão se deve começar essa averiguação, para então chegar à conclusão que um meio restringe menos direitos que o outro. No caso concreto, o que deve ser analisado além da afronta aos direitos fundamentais é a viabilidade da utilização dos meios, pois muitas vezes a escolha de meios menos restritivos pode acarretar em gastos mais exacerbados. É preciso colocar na balança, de modo que haja um equilíbrio entre os gastos e a restrição de direitos, garantindo por consequência a aplicação da proporcionalidade.

Na proporcionalidade em sentido estrito, o estudo deve ser voltado para verificação dos aspectos positivos e negativos da utilização de determinado meio para alcançar seu fim. Ora, a necessidade de que seja atingido determinado fim

justificaria a utilização de meios que violem direitos? A garantia de um acobertaria a transgressão do outro? O que deve prevalecer, portanto é o custo-benefício.

Passada a análise dos dois primeiros subprincípios (adequação e necessidade), conclui-se que o meio escolhido para a promoção do fim é, na verdade, o que menos represente uma ameaça na restrição de direitos. Agora a indagação que se faz o meio escolhido é realmente necessário? Sendo positiva a resposta, parte-se para o enquadramento do meio sob os aspectos da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade tem em seu núcleo, portanto, voltado para a finalidade de proteção dos direitos fundamentais. Com a cooperação dos seus subprincípios, pode-se concluir que o meio escolhido, de fato, está apto para garantir mais do que promover os direitos fundamentais.

Nesse sentido, algumas dúvidas ainda precisam ser esclarecidas: Deixar de escolher os meios necessários para garantir o interesse público está em conformidade com o princípio da proporcionalidade? A Administração Pública ao se omitir no cumprimento de suas obrigações está optando pelo meio mais pertinente e menos restritivo para atingir seus fins?

A negativa para esses questionamentos é unânime, pois a inércia não deve ser vista como um meio adequado para atingir um fim. A Administração Pública preferiu se omitir à garantir a efetivação de um direito fundamental, deixando de lado a promoção da finalidade pública, caracterizando uma falha grave no exame do subprincípio da adequação.

Ainda nessa temática, ainda há outro subprincípio apto a garantir a proporcionalidade, é o que a doutrina majoritária intitulou de “proibição da proteção deficiente”, onde aponta que nem a lei e nem o Poder Público podem ser mostrar insuficientes na proteção dos direitos fundamentais. Sobre esse assunto o professor Lênio ³² dispõe o seguinte:

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, a

³² Streck, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p.180.

inconstitucionalidade pode 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 que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Não restam dúvidas, portanto, que a omissão administrativa tem sido vista como desfortúnio de extrema gravidade na Administração e jamais por ser reputado como um ordinário desempenho da discricionariedade. Quando deixa de cumprir com suas obrigações, a Administração Pública viola diretamente o princípio da proporcionalidade, valendo-se de forma arbitrária para atingir os seus interesses.

Desta forma, diante da omissão administrativa, tem-se o ultraje ao interesse público, o que deve ser objeto de controle. Trazendo para a temática central deste trabalho que é a omissão de políticas públicas na educação, percebem-se que é de grande importância que sejam analisadas as exigências legais dessas políticas, devendo verificar se elas estão de acordo com o princípio da proporcionalidade, garantindo o interesse público, violando minimamente os direitos fundamentais, além que atender o binômio custo-benefício.

5.3 Análise jurisprudencial da omissão administrativa no direito à educação

Mesmo tendo sido amplamente defendido ao longo desse trabalho, o direito à educação tem que ser visto como de extrema relevância ao se levar em conta todo o processo que envolveu a sua constitucionalização, deve-se reconhecer que um longo caminho foi percorrido para que fosse garantida a sua efetivação, mas ainda falta muito chão nessa estrada. Isto porque, a simples previsão desse direito na Constituição Federal de 1988 não foi por si só, suficiente para extinguir os problemas que o cercavam.

Antigamente existia uma discussão em torno de o direito à educação ser na verdade um direito subjetivo, mas essa dúvida logo foi dirimida com a promulgação da Carta Magna de 1988, ao dispor, por exemplo, que o ensino gratuito e obrigatório tem essência de direito individual e por essa característica que não são disponíveis ao Poder Público, não podendo ser objeto da sua arbitrariedade.

Essas e algumas outras perspectivas no que tange ao direito à educação foram levantados pelo Superior Tribunal Federal em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP, em litígio que discutia a omissão administrativa no acesso ao ensino infantil para crianças de até 05 anos de idade, a seguir a ementa e alguns pontos relevantes do relatório:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que

lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICCIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados

preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.³³

De acordo com a emenda, tem-se que a educação infantil é garantia constitucional atribuída a crianças de até cinco anos de idade, sendo essencial para o desenvolvimento delas, de modo que a sua matrícula não é só uma opção, pois é fundamental para a sua formação, assim, devendo ser garantido de forma obrigatória o acesso a ela.

Em decorrência da abrangência social e da importância da educação infantil, passou a ser de extrema necessidade que fossem possibilitados meios de garantia do enquadramento de crianças na referida faixa etária em creches e pré-escolas. Esclarecendo que o provimento e o acesso a uma educação de qualidade é dever da Administração e não fica a critério de sua discricionariedade.

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP, Relator Min. Celso de Mello, publicado em 15/09/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos> > . Acesso em 06/04/2016.

Um ponto interessante do acórdão é o relacionado à competência, onde dispõe que o Município é responsável pela educação infantil e fundamental, por isso que a ele é atribuído dever de aplicação de políticas públicas com o intuito de garantir o acesso ao referido direito. Essa competência, inclusive, está prevista no parágrafo 2º, artigo 211 da CF/88.

Celso de Mello, de maneira congruente e razoável aponta o infortúnio que tem ocorrido constantemente em nossa sociedade, que é a violação das disposições constitucionais por parte do Poder Público, este que deveria ser modelo para todos no cumprimento de normas, acaba se perdendo de maneira negligente, revelando um comportamento negativo diante de uma nação, esse fenômeno acabou sendo chamado de fenômeno da erosão da consciência constitucional.

Em outro trecho, o relator destaca que é prerrogativa dos poderes Executivo e Legislativo a elaboração e aplicação das políticas públicas, deixando claro que a intervenção do Judiciário é perfeitamente possível em face da omissão dos demais poderes, de modo que sejam amplamente garantidos os direitos sociais, em especial o da educação, pois a inércia da administração não pode prejudicar o seu acesso.

O relatório também coloca em ênfase o princípio da proibição ao retrocesso, ao dispor que direitos que já foram alcançados não podem ser desfeitos, pois eles foram fruto de grande clamor popular. Desta forma, sendo reconhecido determinado direito pelo Estado, lhe é atribuído o dever de garantia, não podendo ser suprimido ou esquecido. O direito a educação infantil, por exemplo, passou a ser reconhecido pela Constituição, que atribuiu a competência para o Município, este por sua vez não pode se mostrar inerte, nem abolir esse direito, devendo buscar meios concretos de assegurar a execução e proteção dele.

Foi abordado também a questão da reserva do possível apontando que ela não pode ser invocada pela Administração, com o objetivo de se esquivar do dever de implementação de políticas públicas, pois o Poder Público muitas vezes justificava sua inércia em decorrência da ausência de recursos financeiros para efetivar a garantia dos direitos fundamentais. Por isso vem discursão acerca do mínimo existencial que surge para combater esse vício.

Dessarte, o acórdão foi abordado neste trabalho para demonstrar qual o posicionamento da jurisprudência pátria acerca da temática central desta discursão,

ele foi escolhido, pois aborda de forma sucinta os pontos mais relevantes que cercam a questão da omissão de políticas públicas na educação.

6. CONCLUSÃO

Sabe-se que a luta pelos direitos fundamentais como forma de garantia e proteção a todas as pessoas, de forma geral, faz parte da essência de todo cidadão. Direitos que hoje possuem proteção, com a evolução e o desenvolvimento social permitiu que essa adaptação proporcionasse a mudança para garantir direitos antes não vistos. Tudo isso é fruto da evolução da sociedade, o Estado cresce, se desenvolve e aumentam consigo suas obrigações com a população.

O Direito não pode ficar adstrito somente ao que está previsto na norma, ele deve ir mais longe, em busca de meios aptos a materializar o que é teoria, pois só assim estará cumprindo com sua função de ciência social aplicada. Por isso deve sempre caminhar em busca da evolução normativa, cumprindo em primeiro lugar com a sua função social, jamais violando o Estado Democrático de Direito tão aclamado pela atual Carta Magna.

Não restam dúvidas que a constitucionalização dos direitos sociais, resultou em um grande avanço na luta pela garantia do bem estar social. A proteção do direito à educação tem sido uma inovação trazida pela Constituição Federal de 1988, representando uma conquista para a sociedade brasileira, de modo que o Estado deve se preocupar em ofertá-lo para a coletividade da melhor maneira possível.

Por isso, que o Poder Público deve buscar através de políticas públicas meios de garantir esse direito, no entanto, sua eficácia está condicionada a parceria entre a Administração e a coletividade. A fiscalização e a participação do povo no ciclo de políticas públicas tem se revelado de grande importância no êxito de tais políticas.

É dever do Poder Executivo a promoção dessas políticas públicas, que agindo dentro do seu poder discricionário, sem arbitrariedades, elabora metas e prioridades para execução essas políticas, sempre respeitando os princípios da proporcionalidade.

Muitas vezes o Estado se mostra omissos com a sua obrigação de proteção dos direitos fundamentais e sociais, justificando sua incompetência pela ausência de recursos financeiros nos cofres públicos, o que não deve ser visto com bons olhos, pois deve ser reservado o mínimo existencial para promoção dos direitos fundamentais.

Assim, ao mesmo tempo em que foi amplamente defendido o controle das políticas públicas, também foi abordado que a omissão no exercício delas também deve ser passível de controle. Desta forma, a doutrina majoritária tem entendido que a ausência do Poder Público tem representado um uso abusivo da discricionariedade administrativa, o que deve ser combatido.

Por isso que a busca pelo Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais constante na sociedade brasileira, sempre que o acesso ao direito à educação é violado é no Judiciário que as pessoas conseguem a sua proteção. Inclusive, a própria jurisprudência tem se mostrado conivente com essa atitude em face da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Não se pode fechar os olhos e fingir que não existe problema nenhum, pois isso certamente caracterizaria um retrocesso social, por isso que ele tem demonstrado postura ativa na tutela dos direitos fundamentais, pois a lei não pode se resumir somente às falsas promessas de políticos inconsequentes. O Poder Público não pode negar o acesso à educação a ninguém, pois isso vai contra o princípio da isonomia e o Judiciário não assistir a propagação da desigualdade de braços cruzados.

Feita a análise jurisprudencial, pode-se concluir que o entendimento majoritário tem se mostrado a favor do controle de políticas públicas na educação, de modo que deva resultar em uma melhora fática da realidade, devendo alcançar a toda população, sem distinção. O que acaba por representar uma verdadeira evolução do pensamento jurídico, ao combater essa arbitrária discricionariedade da Administração que por muito tempo assombrou a garantia dos direitos coletivos.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos**. In: Temas de direito processual. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei nº 9.394/96 – 24 de dez. 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, 1998.

Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 464143/SP**, Relator Min. Ellen Gracie, publicado em 19/02/2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7242798/agregno-recurso-extraordinario-re-464143-sp>>. Acesso em 01/03/2016.

Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP**, Relator Min. Celso de Mello, publicado em 15/09/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>> . Acesso em 06/04/2016.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Mandado de Segurança, processo 107020740134430011 MG 1.0702.07.401344-3/001(1)**. Relator Wander Marotta. Publicado em 25/07/2008. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5961106/107020740134430011-mg-1070207401344-3-001-1>> Acesso em 20/03/2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição**. Coimbra: Alamedina, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FADEL, Sérgio Sahione. **Ação Civil Pública**. Verbis, Rio de Janeiro. nº 2, ago/set. 1996.

FASSY, Ludmila Fajardo. **Do controle pelo poder judiciário das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**. BDJur, Brasília, DF, 22 maio 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

GONÇALVES, Alcindo. **Políticas públicas e a ciência política**. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

MACIEL, C. A. B. **Políticas Públicas e Controle Social: encontros e desencontros da experiência brasileira**. Revista Intercâmbio dos Congressos de Humanidades, v. 1, n. 1, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (org.). Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5 edição. São Paulo: Malheiros. 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Temas de Direito Processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984,

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

Streck, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1989.