

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

OTÁVIO EMER TORELLY PEREIRA

**O Controle da Omissão Administrativa na Realização de Políticas Públicas
visando à Promoção do Direito à Educação**

Porto Alegre

2010

OTÁVIO EMER TORELLY PEREIRA

**O Controle da Omissão Administrativa na Realização de Políticas Públicas
visando à Promoção do Direito à Educação**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Juarez Freitas

Porto Alegre

2010

Dedico este trabalho à minha mãe
Mara Regina de Carvalho Emer, a
mais fiel e paciente incentivadora,
com todo amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, ao Professor Juarez Freitas pela orientação neste trabalho e grande atenção a mim dedicada.

Aos meus pais pelo amor e incentivo em relação a todas questões da minha vida.

À Cristina, pela amizade, companheirismo e amor.

Aos colegas e amigos com os quais tive a sorte de nutrir profunda amizade ao longo de cinco anos de estudos, pelos debates e pelas incontáveis horas felizes juntos.

Aos familiares e amigos pelos bons momentos juntos.

“A vida, se souberes viver, é longa.(...)pequena é a parte da vida que realmente vivemos. Pois todo restante não é vida, mas somente tempo”

Sêneca

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade e necessidade do controle judicial de políticas públicas e omissão administrativa, em especial quando em relação ao direito à educação. Em princípio, foca-se na questão conceitual das políticas públicas. Segue-se a verificação das possibilidades de controle judicial. Na segunda metade, trabalha-se com questões relativas à omissão administrativa. Em seguida, são feitas algumas definições acerca da vinculação e normatividade em relação aos princípios e regras, tanto teoricamente quanto aplicado ao caso do direito à educação. Por fim, a jurisprudência relacionada ao tema é estudada.

Palavras-chave: Políticas públicas. Omissão administrativa. Direitos Sociais. Direito à educação. Controle Judicial.

ABSTRACT

This paper analysis the possibility and necessity of judicial control over public policies and administrative omission, especially when regarding the right to education. At first, the paper focuses on the conceptual issue of public policies. Then, it verifies the possibility of judicial control. On the second half, the paper works on issues related to administrative omission. Subsequently, some definitions are done about bonding and regulation related to principles and rules, both theoretically and applied to the matter of right to education. In the end, the jurisprudence related to the matter is studied.

Key Words :: Public policies. Administrative omission. Social rights. Right to education. Judicial control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL	12
1. DA RELEVÂNCIA DO TEMA DA CONCEITUAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O CONTROLE E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO	12
1.1. Da conceituação interdisciplinar	15
1.2. Do processo de judicialização das políticas públicas	18
1.3. Da conceituação jurídica das políticas públicas e sua diferença em relação à Ciência Política	21
2. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	26
2.1 Da possibilidade de controle judicial das políticas públicas como fenômeno jurídico	26
2.2. Questão da judicialização das políticas públicas e separação dos poderes	29
2.3. Questão da reserva do possível	33
PARTE II – EDUCAÇÃO E OMISSÃO ADMINISTRATIVA	36
1. OMISSÃO ADMINISTRATIVA	38
1.1. A omissão como vício da discricionariedade	40
1.2. Da omissão como afronta ao princípio da proporcionalidade	Erro!
Indicador não definido.	
2. O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DE SUA NORMATIVIDADE E APLICABILIDADE NO BRASIL	48
2.1. A estrutura normativa dos direitos sociais	51
2.2. – Direito à educação e análise jurisprudencial	60
CONCLUSÃO	64
BIBLIOGRAFIA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a questão das políticas públicas que promovem o direito à educação e eventual omissão estatal em relação a estas, bem como a possibilidade de controle judicial nestes casos. A partir desta definição da matéria trabalhada, define-se como objetivo esclarecer questões conceituais e práticas acerca de políticas públicas, omissão estatal e direitos fundamentais (em especial os relativos à educação).

A intenção desta monografia não é apresentar qualquer visão com pretensão de definitiva, ou mesmo inovadora. Contudo, tendo em vista a natureza do tema aqui tratado, indispensável posicionar-se frente a algumas discordâncias doutrinárias.

Por muito tempo, imperou no Direito brasileiro o dogma da total impossibilidade de controle dos atos administrativos chamados discricionários. O tema era tratado de maneira a dividir tais atos em dois extremos: os vinculados e os discricionários. A evolução dos estudos acerca da matéria passou a apontar que a vinculação e discricionariedade são apenas extremos de um longo espectro, sendo que todos atos administrativos estariam situados em algum lugar entre estes dois extremos.

Desta forma, o que se tem não são mais atos controláveis ou não, mas sim atos mais ou menos controláveis. A evolução no entendimento do assunto afastou discussões acerca da possibilidade do controle de atos realizados pela Administração que eventualmente resultassem em afronta a direitos subjetivos da população.

Porém, ainda não há a mesma unificação de entendimentos frente à possibilidade de tais restrições a direitos da população ocorrerem não por ação estatal, mas sim por omissão. Ninguém duvida que o Estado, através de seus atos, pode eventualmente restringir indevidamente direitos fundamentais. Há que se definir de maneira mais precisa até que ponto estas restrições também podem ser percebidas não quando o Estado age para tal, mas sim quando deixa de agir.

Neste mesmo sentido, deve-se enfrentar a questão do controle judicial da omissão. Seguindo a mesma linha de pensamento supracitada, é evidente que,

quando o Estado, através de ações, restringir indevidamente direitos fundamentais, cabe ao Judiciário o controle; porém, qual o papel do Judiciário se estas afrontas não são provenientes de ações, mas da falta delas? Imaginar um controle judicial que impõe a realização de algo por parte da Administração Pública não seria uma afronta a separação dos poderes? E, em sentido parecido, como ficaria a questão da reserva do possível?

Estendem-se tais considerações ao caso das políticas públicas. Sem dúvida, há restrição ao direito à educação cada vez que o Estado deixa de realizar prestações positivas para efetivar tal direito. Cabe então definir quais pontos das políticas públicas podem ser controlados pelo judiciário, o que inevitavelmente passa pela análise dos pontos em que há vinculação as normas e os em que há maior discricionariedade das políticas públicas.

Quanto ao caso da educação, antes de tudo deve-se fazer uma análise do que exatamente forma os contornos de tal direito. Sem dúvida, a Constituição da República Federativa do Brasil fez previsão de tal direito, mas no que isto vincula a Administração? A resposta passa pelo entendimento da normatividade e da consequente vinculação das normas da Constituição, em especial em relação à polêmica relativa às regras e princípios. O que compõe a estrutura normativa dos direitos fundamentais, em especial os sociais? Afinal, frente à possibilidade de controle das políticas públicas realizadas pela Administração em função da falta de efetividade de um direito constitucionalmente previsto, deve-se indispensavelmente entender a sua estrutura, ou seja, exatamente quais normas compõem e vinculam este direito.

Por fim, o caso específico do direito à educação pode ser entendido a partir de uma análise jurisprudencial, tendo em vista que o tema tem ganhado espaço nas discussões do judiciário, frente ao seu caráter controverso. A percepção de como a jurisprudência vem entendendo o dever de prestação positiva do Estado frente ao direito constitucional à educação servirá como ilustração das presentes correntes de pensamento acerca do tema.

Assim, a partir da necessidade de responder estas indagações, este trabalho propõe uma análise conceitual de políticas públicas, em especial em relação ao controle judicial destas, da omissão administrativa e da normatividade relacionada aos direitos fundamentais, em especial os sociais, enquanto aborda a

questão da educação a partir de uma perspectiva que favorece majoritariamente a análise jurisprudencial.

PARTE I – POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL

1. DA RELEVÂNCIA DO TEMA DA CONCEITUAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O CONTROLE E EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Não é de hoje que a temática da promoção do direito à educação merece olhar mais atento. Não se quer dizer com isso que a importância da educação, em termos conceituais, tenha sofrido com alguma desatenção indevida; muito pelo contrário, ao longo de todo o processo de evolução histórica do pensamento, diversas foram as correntes que reconheceram, na educação, pilar essencial à evolução. No Século XVIII, por exemplo, o iluminismo já reconhecia o inquestionável papel desta na formação humana. Immanuel Kant, um dos principais filósofos de tal movimento, já explicitava que “o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele”¹. Logo, não é a valorização da educação em si que se apresenta como problema, visto que há muito tempo já se sabe o caráter definidor desta para o homem.

Atualmente, a questão que se impõe e merece melhor análise é a necessidade de uma visão atualizada do tema, afinada com as necessidades atuais da sociedade e, acima de tudo, em harmonia com o pensamento jurídico corrente. Muito foi feito, neste sentido, ao longo das últimas décadas, em especial no Brasil. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), dando status de direito social à educação, além de sua faceta individual, consolidou um avanço expressivo para o aumento da efetividade deste direito. Desta forma, passou a ser dever da Administração Pública, através das políticas públicas, a promoção da educação.

Porém, ao mesmo tempo em que, por obra da CRFB/88, o direito à educação foi elevado a um patamar mais destacado, o que consistiu em marco positivo na efetivação deste, foram trazidos para o mundo jurídico diversos novos conceitos e ideias, que antes pertenciam a outras ciências. O que são políticas públicas sob a ótica do Direito, ou ainda, qual sua conceituação jurídica? Até que ponto as decisões da Administração Pública já foram vinculadas previamente pela CRFB/88? Como fica o confronto entre a necessidade de realizar tais políticas públicas e o princípio

¹ KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia*. 3. ed. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 15.

da reserva do possível? E, em tema que parece mais relevante (talvez em função de sua natureza eminentemente prática), como fica a questão da omissão administrativa em promover a educação?

Inegável é que tais temas ainda permanecem nebulosos, não sendo possível definir contornos nítidos da obrigação da Administração Pública na promoção do direito à educação, ou mesmo afirmar, sem qualquer dúvida, o papel do Judiciário na efetivação deste mandamento constitucional. Assim, para poder haver entendimento da questão, mostra-se indispensável o estudo destes novos conceitos, em especial as mudanças do início do século XX, que introduziram uma nova forma de atuação estatal.

Por um lado, este grupo de novos conceitos, que antes não pertenciam ao mundo jurídico, consiste em prova inegável da abertura do Direito para a interdisciplinaridade (a questão das políticas públicas, por exemplo, é típica da Ciência Política e da Administração Pública)². Tais conceituações nasceram em áreas que por muito tempo foram estranhas ao Direito enquanto Ciência. Thiago Lima Breus, sobre o problema da conceituação, comenta que “em regra, as políticas públicas representam uma temática complexa, uma vez que, como mencionado, não possuem uma raiz ontologicamente jurídica, mas sim derivada de um âmbito de preocupação de ordem política e, por conseguinte, dinâmica”³.

Patrícia Helena Massa-Arzabe identifica este intercâmbio conceitual entre a Ciência do Direito e diversas outras, destacando que o sistema jurídico não mais está reduzido a regras jurídicas, o que faz com que o Direito importe para si um campo de estudo que já vinha sendo desenvolvido na Ciência da Administração, Economia, Filosofia e Ciências Sociais⁴. Maria Paula Dallari Bucci identifica que este processo de busca, em áreas alheias ao Direito, por soluções para demandas sociais só se tornou possível com o fim da caminhada positivista, que, desde o início do Século XIX, encarregou-se de firmar o Direito como campo autônomo⁵. Com o fim

² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

³ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*. Curitiba: Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 2006, p. 182.

⁴ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 56.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

de tal movimento, o Direito, já consolidado como Ciência, pode ter maior confiança em explorar outras áreas, sem medo de descaracterizar-se.

Contudo, o que surge como grande necessidade atual não é apenas resgatar os conceitos de outras ciências, mas trabalhar na busca de uma definição essencialmente jurídica para tais fenômenos. Cabe então elucidar o que é política pública para a Ciência Política e no que implica o seu processo de constitucionalização e incorporação/transformação pelo Direito.

1.1– Da conceituação interdisciplinar

No caminho para encontrar uma definição jurídica para as políticas públicas, mostra-se indispensável explicitar a origem de sua conceituação, com definições provenientes da Ciência Política. Somente a partir da análise da ideia inicial será possível adaptar a conceituação para o mundo jurídico.

Um ponto inicial para encontrar uma definição por parte da Ciência Política pode ser encontrado no trabalho de Celina Souza. Para a autora, as políticas públicas são destacadas em três pontos: em um primeiro momento, devem ser entendidas como um equilíbrio entre receitas e despesas dentro de um orçamento; como segunda característica, seria o caminho para abandonar a prática das políticas keynesianas e restringir a política aos gastos; finaliza o conceito de políticas públicas com uma relação entre os países desenvolvidos e os emergentes⁶. De qualquer maneira, o que parece importante ressaltar do conceito é que as políticas públicas estariam ligadas à atuação da Administração Pública, que dominaria o processo decisório acerca da conveniência de cada uma das políticas, prevalecendo uma análise orçamentária, conforme explicitado na primeira característica apontada.

Isto fica ainda mais claro no conceito formulado por Flávio Barcellos Guimarães, que explicita:

“Política Pública é um conjunto de ações estudado, planejado e organizado pelo governo, com ou sem a participação dos setores privado e não-governamental, voltado para resolução de problemas específicos ou simplesmente para o desenvolvimento da sociedade.”⁷

Guimarães é bastante elucidativo ao assinalar que as políticas públicas são pensadas e executadas pelo governo. Dessa forma, o conceito fornecido pelo autor acerca das políticas públicas segue o mesmo padrão do oferecido por Celina Souza, traçando uma vinculação, no máximo, ao orçamento. Fora deste aspecto limitador, a política pública seria ato governamental, dotado de grande discricionariedade.

⁶ SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. IN Sociologias nº 16. Junho/dezembro 2006, p. 25-45.

⁷ GUIMARÃES, Flávio Barcellos. *Guia de políticas públicas para o desenvolvimento econômico municipal*. Sebrae, 2009, p.12.

Outra não é a posição de Antonio Sérgio Araujo Fernandes; o autor acredita que o conceito de políticas públicas pode ser visto sob dois aspectos principais, um administrativo/técnico, intrinsecamente livre, e outro aspecto político, relacionado ao processo decisório. Assim, Fernandes destaca a importância política das decisões, explicitada na atividade partidária eleitoral⁸. Em outras palavras, o ponto destacado pelo autor, na busca por um conceito de políticas públicas, seria uma relação forte com os partidos políticos e questões eleitorais. Deste pensamento é possível concluir que a definição dada por este autor também aponta como característica a discricionariedade do governo/administração na escolha da política mais recomendável.

A mesma questão é resumida com bastante simplicidade por Alcindo Gonçalves. O autor afirma que, com a análise das políticas públicas, “percebe-se que elas tendem a focalizar o Estado como o agente central de sua promoção, constituindo-se sistematicamente em ações de governo”⁹.

Enfim, os autores ligados à Ciência Política apresentam este traço comum, qual seja, ligar fortemente o conceito de política pública à ação governamental, dando ênfase à discricionariedade no processo decisório. Há publicações¹⁰ que chegam a afirmar inclusive que política pública é a soma das ações, metas e planos traçados pelo governo, com a finalidade de alcançar o interesse público e o bem-estar da sociedade, cabendo aos dirigentes públicos selecionar prioridades que entendam ser condizentes com a expectativa social, expondo a ideia de que as escolhas acerca da promoção destes interesses sociais caberiam exclusivamente a um juízo feito pelo governo.

A análise dos conceitos fornecidos pela Ciência Política evidencia que não é nenhum exagero supor que, no processo decisório acerca da conveniência de uma política pública, a única limitação seria eventualmente o orçamento. Dessa maneira, conforme a concepção encontrável em tal Ciência, a discricionariedade da Administração Pública seria bastante elevada.

⁸ FERNANDES, Antonio Sergio Araujo. *Políticas públicas: definição evolução e o caso brasileiro na política social*. IN: Humberto Dantas e José Paulo Junior (orgs). *Introdução à política brasileira*. São Paulo: Paulus. 2007, p. 203.

⁹ GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e a ciências política*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

¹⁰ SEBRAE. *Políticas públicas – conceitos e práticas*. Série políticas públicas, vol. 7. Belo Horizonte: Sebrae, 2008, p. 5.

Considerando que o processo de judicialização das políticas públicas é algo relativamente recente, apenas aparecendo em Constituições no início do Século XX, fica fácil entender o porquê ainda há esta crença disseminada na sociedade (inclusive entre os juristas) de que as políticas públicas comportam máxima liberdade por parte daqueles que a executam. Este era o conceito anterior, formulado pela Ciência Política, e ainda não foi substituído por um conceito jurídico aceito unanimemente na Ciência do Direito, que ainda diverge sobre certas definições. Ao que parece, a questão centra-se na falta de reflexão sobre as implicações representadas pela recente positivação, de maneira que ainda se entende a política pública, inclusive a transformada em norma, da mesma forma que a Ciência Política a concebia antes, ou seja, como atos de governo, com a mais alta discricionariedade.

Parece claro que o tema não pode mais ser encarado desta maneira. É normal que cada Ciência tenha uma conceituação própria de cada instituto. Por exemplo, se um jurista e um economista fossem perguntados sobre a definição de um contrato, divergiriam sobre diversos detalhes. O jurista provavelmente daria ênfase para aspectos relativos à validade do contrato, sua forma, entre outros. O economista explicitaria caminhos negociais através deste. Da mesma forma, é normal que a Ciência Política tenha preocupação maior com o processo decisório das políticas públicas, isto é, com a porção discionária; enquanto isto, cabe ao jurista a análise de outros pontos, como a validade e o papel da norma na orientação da política.

No entanto, o conceito de políticas públicas foi incorporado de maneira peculiar pelo Direito; logo, deveria receber atributos característicos do Direito. Não é possível, no mundo jurídico, ainda dar ao tema o tratamento construído pela Ciência Política, baseada em pressupostos próprios. Assim, para melhor compreender o tema, importante entender como se deu o processo de judicialização das políticas públicas, com sua positivação pelas Constituições do início do século XX. Além disso, merece atenção a questão da norma que faz uma previsão prestacional, o que acaba por ser a diferença entre uma política pública como conceito jurídico ou político.

1.2 - Do processo de judicialização das políticas públicas

Conforme explicitado, o fenômeno de judicialização das políticas públicas é recente, destacando-se marcadamente o começo do século XX como a origem de sua positivação. Assim, importante entender esta transformação, que traz uma noção antes pertencente à outra ciência e introduz no Direito. Neste sentido, o objetivo deve ser tentar decifrar como os novos conceitos e a nova ciência adaptaram-se um ao outro. Pode-se destacar, já de início, que a questão envolve a análise da norma que faz previsão das políticas públicas, afinal é a positivação destas que impulsiona o intercâmbio conceitual. Somente através do enfrentamento destes temas será possível chegar a um conceito jurídico de políticas públicas.

Enfim, a questão das políticas públicas ganhou novos contornos com a grande transformação ocorrida no Direito, no início do século XX. Até aquele momento, as Constituições limitavam-se a tratar da estruturação do poder e das liberdades públicas. Neste período anterior, o Estado adotava postura abstencionista, respeitando as liberdades individuais. Esta ideia de atuação estava em consonância com as Constituições da época, uma vez que a previsão apenas de liberdades individuais reclama por prestações negativas do Estado, ou seja, pela sua abstenção.

Estes direitos individuais que demandam abstenção, prestações negativas, são chamados de direitos fundamentais de primeira geração. Do fim do período revolucionário do século XVIII até o início do século XX, este era o modelo adotado. Bonavides explicita sua concepção de direitos de primeira geração da seguinte forma:

“São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”¹¹

A partir do século XX, inicialmente com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (no Brasil com a Constituição de 1934) foram previstos constitucionalmente os chamados direitos sociais, ou direitos fundamentais de segunda geração (que são os que interessam para o tema aqui tratado). Luís Roberto Barroso define estes direitos como “direitos sociais,

¹¹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

econômicos e culturais – direitos sociais, tanto de índole trabalhista como os denominados direitos prestacionais, traduzidos na exigibilidade de determinadas prestações positivas por parte do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social, habitação, saneamento”¹². Assim, ao contrário das liberdades individuais que demandavam uma prestação negativa ou, em outras palavras, uma não interferência, estes novos direitos demandam ação do Estado.

A partir deste momento, operou-se uma profunda transformação no universo jurídico, uma vez que as Constituições deixaram de limitar-se à estruturação de poder e à previsão de liberdades individuais. O Estado não mais podia ter uma posição abstencionista, adotando, a partir de então, um enfoque prestacional, de maneira a cumprir as obrigações que surgem com os direitos sociais¹³.

Hewerston Humenhuk descreve com precisão a forte mudança no papel Estatal, no início do século XX:

“Então, na esfera dos direitos fundamentais da segunda geração, esta marca uma nova fase dos direitos fundamentais, não só pelo fato de estes direitos terem o escopo positivo, mas também de exercerem uma função prestacional Estatal para com o indivíduo.

(...)

Emergem assim, um novo conteúdo dos direitos fundamentais: as garantias institucionais, ao qual, são inerentes das instituições de Direito Público e compõe suas formas e organização, bem como limites ao arbítrio do Estado para com os direitos de segunda geração.”¹⁴

Esta mudança acerca da concepção do papel do Estado só foi possível com a previsão destes direitos fundamentais de segunda geração na carta constitucional. Foi a positivação em si que consistiu em grande marco. Neste mesmo sentido, foi a existência de uma norma acerca da necessidade de políticas públicas que marcou a mudança. Sem dúvidas já existiam prestações positivas do Estado antes da previsão constitucional. Assim, não houve inovação quanto à possibilidade de promoção das políticas públicas, pois estas sempre foram realizadas. A grande

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 520-521.

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

¹⁴ HUMENHUK, Hewerston. *A teoria dos direitos fundamentais*. Joaçaba, 2002, p. 5-7. <<http://jusvi.com/artigos/690>>. Acesso em: 19 de setembro de 2010.

novidade foi a inserção de normas, no contexto constitucional, que vincularam a Administração à realização de tais políticas públicas.

Antes, as políticas públicas existentes eram fruto de um juízo de conveniência da Administração Pública. A partir desta nova perspectiva, passaram a existir novas políticas que eram originadas não por um juízo de conveniência administrativa, mas por vinculação ao mandamento da norma.

Então, inegável a importância da norma. Ao apontar os principais motivos para a mudança ocorrida na perspectiva estatal, seria impossível não destacar esta questão. A grande alteração ocorrida no início do século XX não foi exatamente a criação de algo que até então inexistia; muito pelo contrário, conforme explicitado neste o início, a política pública é tema muito mais antigo, tratado originalmente por outras Ciências. A inovação ocorrida no tema veio exatamente da sua positivação.

A incorporação do conceito de políticas públicas ao Direito (além de sua transformação) é resultado da existência da norma. Não existisse a norma que faz previsão da política pública, a questão não teria se judicializado; pelo contrário, continuaria como antes das Constituições do início do século XX, ou seja, com prestações subordinadas a juízos de conveniência da Administração Pública.

Dessa maneira, importa ressaltar os aspectos mais relevantes da norma instauradora política. A norma que prevê política pública, no contexto constitucional, aponta desde logo os princípios e diretrizes que a nortearão, ainda que o faça de maneira um tanto genérica. A partir da previsão constitucional, cria-se a obrigação de prestação do Estado e a garantia individual de acesso a tal direito. Na legislação infraconstitucional, a positivação das políticas públicas incorpora elementos bastante definidos, tais como finalidade da política, princípios reitores, diretrizes, forma de organização e gestão, ações governamentais, com atribuição de deveres e competência e identificação das fontes de custeio¹⁵.

Percebe-se que, uma vez positivadas em forma de norma, os contornos das políticas públicas já ficam muito bem definidos previamente. No momento que a norma já estabelece diretrizes, competências, fonte de custeio e diversos outros elementos, o aspecto discricionário fica bastante esvaziado.

¹⁵ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

1.3 Da conceituação jurídica das políticas públicas e sua diferença em relação à Ciência Política

Tendo em vista as conclusões formuladas anteriormente, pode-se chegar a uma conceituação jurídica mais precisa. Contudo, antes de adentrar em maiores especificações sobre a formação do conceito jurídico, há uma última consideração que merece ser levantada previamente. Conforme explicitado até aqui, o conceito originário de políticas públicas não é da Ciência do Direito; inclusive, os juristas ainda encontram grandes dificuldades em apontar as mudanças conceituais provenientes do processo de judicialização. Logo, não é possível imaginar que a definição jurídica atual corresponda a algum conceito típico do Direito. A questão, por envolver diversas áreas, tem natureza complexa, não sendo possível classificá-la como pertencente direta de alguma categoria já existente.

Neste sentido, a corrente que classifica as políticas públicas como “norma” parece não ser a mais acertada. Não se quer com esta afirmação diminuir a importância da norma para o conceito; muito pelo contrário, conforme colocado anteriormente, foi exatamente a faceta normativa das políticas públicas que deflagrou o processo de judicialização (não existisse a positivação, não haveria o conceito jurídico, pois o assunto ainda seria exclusivo das Ciências Políticas). Contudo, uma vez que há outros elementos que integram o conceito, a política pública não é apenas categoria normativa, por mais importante que esta seja.

Maria Paula Dallari Bucci trata sobre o equívoco da teoria que considera política pública como norma:

“Outra hipótese de trabalho seria entender a política pública como categoria normativa.

A Lei, como categoria jurídica, caracteriza-se pela generalidade e abstração. Embora tenha uma dimensão teleológica, isto é, vise atingir um fim, isso não lhe confere, necessariamente, endereço certo.

As políticas, diferentemente das leis, não são gerais em abstratas, mas ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados.”¹⁶

A autora completa seu pensamento lembrando da diferenciação feita por Dworkin, colocando que “princípios são proposições que descrevem direitos;

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos”¹⁷. Isto demonstra que as políticas públicas realmente são uma categoria apartada das normalmente tratadas pelo Direito, ainda que a visão dworkiana mereça algumas restrições que oportunamente serão explicitadas.

Uma definição mais acertada, ainda que mais complexa, é a que entende políticas públicas como “atividade”. Fábio Konder Comparato afasta desde logo a conceituação como “norma” e traça este novo entendimento:

“A primeira distinção a ser feita, no que diz respeito à política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é norma, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões (...)

Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como atividades, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.”¹⁸

Esta é uma primeira noção que fica bastante clara: a norma passa a ser elemento integrante da definição jurídica de políticas públicas, mas não sua totalidade. O conceito jurídico de políticas públicas obrigatoriamente deve abordar seu aspecto normativo, mas não fica restrito a apenas isto. Além disso, parece muito adequado o entendimento de que a política, enquanto conceito jurídico, é um conjunto de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Não se trata mais de uma categoria que cuida de ordenar o já estabelecido, como a ideia clássica de norma, mas sim de guiar as ações atuais para um futuro objetivado; ou ainda, em outras palavras, trata-se de uma ordenação perspectiva, que exige não só uma norma definidora de conduta e organização, mas também que indique diretrizes e metas que devam ser buscadas¹⁹.

A partir dos ensinamentos supracitados, pode-se chegar a uma conclusão do que é política pública enquanto conceito jurídico: é o conjunto de atos,

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.90.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. IN: MELLO, Celso Antonio (org.). *Estudos em homenagem a Geralda Ataliba*. São Paulo; Malheiros, 1997, v.2, p. 353-354.

¹⁹ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

normas e decisões políticas que, através de metas, diretrizes e objetivos comuns, ordenam a situação social presente em direção a um futuro almejado, que representa a finalidade da política. Este conceito aproxima-se muito da ideia de “atividade” proposta por Comparato, com ênfase maior nos aspectos presentes na norma.

Enquanto definição em abstrato, o conceito jurídico de política pública pode parecer uma mera adaptação em resposta a sua positivação, não sendo mais do que uma “importação” do conceito da Ciência Política. Porém, isto seria um engano. Se, por um lado, a Ciência Política dá ênfase muito grande ao processo decisório da Administração Pública, o Direito dá maior enfoque para seu novo caráter dentro do ordenamento. A diferença fica ainda mais clara quando se faz uma análise comparativa das características de cada conceito.

A grande diferença entre os dois conceitos está em uma característica bastante singela, em que os dois têm posições contrárias. Conforme amplamente explicitado, a Ciência Política entende que as políticas públicas comportam o mais alto grau de discricionariedade; chegou-se a dizer que cabe exclusivamente aos administradores elencar as prioridades para alcançar o dito “futuro almejado”.

Neste ponto, o conceito jurídico não poderia ser mais antagônico. Uma vez que existe uma positivação de normas, que colocam as metas, diretrizes e objetivos da política pública para encaminhar a sociedade para o “futuro almejado”, o espaço para atos e decisões discricionárias do administrador resta drasticamente reduzido.

Cabe uma pequena elucidação prévia: não é correto entender que se trata de um caso de vinculação total à norma, pois isto não existe. Não é possível conceber como existentes nem a discricionariedade nem a vinculação em suas formas puras ou totais. Esta diferenciação pode ser encontrada de maneira bastante clara na obra de Juarez Freitas:

“De sorte que toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais(...) Quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário.

(...)

Mas convém, desde logo, precisar aspecto relevante: igualmente merece ser refutada a tese da discricionariedade nula. São erros curiosamente complementares, extremidades do espectro que se encontram. Não se realiza em nenhuma província do Direito a

subsunção automática da regra ao caso. Implausível sustentar a única solução correta.”²⁰

Assim, não se quer aqui sugerir que a existência de uma norma que prevê a política pública obriga a sua vinculação total. Mas é inegável que, uma vez que os mais diversos elementos da política já estão positivados, o espaço para discricionariedade fica reduzido.

Esta diferença entre o conceito da Ciência Política e do Direito é crucial. A partir desta simples característica distinta, abre-se uma perspectiva totalmente nova para o controle das políticas públicas.

Andréas J. Krell, neste tema, adota posição extrema:

“A condenação do Executivo, em sede de ação civil pública, a realizar obras de saneamento e prestar serviços públicos sociais com efetividade, não pode ser obstruída mediante invocação do princípio da separação dos Poderes, da falta de recursos financeiros ou da pretensa invasão do “mérito” dessas decisões. **Nesses casos, a discricionariedade dos órgãos governamentais foi reduzida a zero, visto que as próprias normas legais constitucionais estabelecem, de forma expressa, os deveres de implementação das respectivas políticas públicas,** cabendo ao Judiciário corrigir as omissões dos outros Poderes estatais.”²¹ (sem grifos no original)

Tal posição ilustra claramente o novo paradigma para interpretação das políticas públicas, ainda que de forma exagerada. Como dito, em nenhum momento a discricionariedade quanto às políticas públicas pode ser reduzida a zero; contudo, com este novo conceito jurídico do tema, sem dúvidas o espaço para decisões discricionárias foi reduzido.

A conceituação jurídica das políticas públicas pode parecer sem aplicabilidade prática, visto que já existia outro conceito anterior, que o Direito tratou de copiar inicialmente. Contudo, a formulação judicializada do conceito abre novas perspectivas, em especial no que diz respeito ao seu controle. A partir da identificação de diversos elementos vinculados pode-se ampliar sua sindicabilidade. Não se quer com isso invadir o espaço discricionário da administração, mas garantir que estes elementos com maior vinculação, como as metas, objetivos, finalidade,

²⁰FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10-11.

²¹*Discricionariedade administrativa e proteção ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 136.

fonte de custeio, forma de organização e gestão sejam cumpridos em conformidade com sua previsão constitucional e legal.

2- CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1– Da possibilidade de controle judicial das políticas públicas como fenômeno jurídico

Antes de discutir alguns pontos específicos da questão do controle das políticas públicas (em especial os argumentos contrários), cabem algumas considerações prévias. Inegável é que se trata de tema com grande caráter controverso, o que justifica alguma explicação anterior.

Conforme supracitado, o processo de judicialização e, em especial, de positivação das políticas públicas traz uma nova perspectiva no que diz respeito ao seu controle judicial. Sem entrar na questão do controle da discricionariedade administrativa (tema que, por si só, seria suficiente para justificar uma pesquisa própria), mas sim se baseando na identificação de elementos vinculados, pode-se trilhar um caminho bem mais tranquilo e incontroverso e não menos importante no tema.

No mesmo sentido do que já foi amplamente explicitado anteriormente, a conceituação jurídica de políticas públicas possibilita definir este caminho mais tranquilo, visto que explicita diversos elementos vinculados, que devem ser controlados pelo Judiciário. Marcelo Figueiredo aponta o especial papel de nossa Constituição e seus moldes programáticos na possibilidade de controle judicial das políticas públicas:

“Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática (ou dirigente) – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. **Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhada no texto constitucional**, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema contém.

É dizer, a Constituição é um importante elemento de referência e validade para o desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nos diversos segmentos e atividades por ela regulados, **traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados.**”²² (sem grifos no original)

Este tema é bastante delicado e merece elevada atenção. Em outras palavras, o autor diz que os fundamentos da política pública já estão desenhados no

²² FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo: PUC-SP, 2007, p.16.

texto constitucional, que traça elementos que já vinculam o que deve ser desenvolvido e concretizado com tal política. Cabe ressaltar que este não é apenas papel da Constituição; diversas leis já trazem no seu texto os elementos vinculantes já citados aqui, como diretrizes, metas e objetivos. Neste sentido, se uma norma prevê que a política pública terá determinado fim, ou seja, almejará alcançar certo futuro, não há espaço para discricionariedade quanto ao objetivo da política pública, pois este já foi definido no plano legal.

Contudo, deve-se aqui lembrar o alerta já feito: a política pública não é norma, ainda que esta aponte diversos dos seus elementos. A questão ganha central importância no que diz respeito ao tema do controle; a Constituição ou a Lei podem definir diferentes aspectos da política pública, mas uma nunca se confundirá com a outra, ou seja, norma nunca será política pública e vice-versa. Seguindo esta linha, o controle de validade da política pública não se confunde com o da norma que traz alguns de seus elementos.

Determinado diploma legal pode trazer diversas previsões de políticas públicas, estabelecendo metas, diretrizes e fontes de custeio absolutamente válidas, o que não quer dizer que a realização das mesmas terá igual validade. Uma vez que não se confundem, a norma pode muito bem estar totalmente de acordo com os parâmetros exigíveis para sua validade, ao passo que a política pública, por não seguir de maneira correta os elementos traçados na norma, não será válida. O contrário também é verdadeiro; é possível que a norma trace metas, diretrizes, fontes de custeio ou objetivos inválidos, o que não necessariamente implica na invalidade da política pública.

Esta linha de pensamento leva às mesmas conclusões definidas por Fábio Comparato:

“A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.

De onde se segue que o juízo de validade de uma política- seja ela empresarial ou governamental- não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos

administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais”.²³

Feitas estas breves considerações, destacam-se as seguintes conclusões: o controle das políticas públicas pode ser feito pela identificação de seus elementos vinculados; e ainda que a previsão destes aspectos que carecem de discricionariedade seja feita pela norma, o controle de validade desta não se confunde com o da política pública.

Vencidas estas questões, há dois pontos específicos que merecem melhor análise, visto que são os principais argumentos contrários ao controle: a preocupação com a judicialização das políticas públicas e o reflexo disto para separação dos poderes, criando o dito “governo de juízes”; e a teoria da reserva do possível.

2.2– Questão da judicialização das políticas públicas e separação dos poderes

²³ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. IN: MELLO, Celso Antonio (org.). *Estudos em homenagem a Geralda Ataliba*. São Paulo; Malheiros, 1997, v.2, p. 354.

A questão da transferência da sede de controle das políticas públicas ao Judiciário e as implicações disto na separação dos poderes aparece em parte da doutrina como um dos grandes argumentos contrários a tal prática. Sem dúvidas não é possível dilatar a competência do Judiciário, de maneira a tornar inexistente o núcleo essencial de atribuições conferidas a outros poderes. Assim, não caberia ao Judiciário substituir-se ao administrador público nas escolhas e no exercício da discricionariedade administrativa²⁴.

Mas, se a crescente interferência judiciária no controle de políticas públicas pode configurar uma limitação ao exercício da função administrativa pelo Executivo, como justificar tal prática? O primeiro ponto que parece merecer resposta imediata é que, se assim o for, ou seja, se a prática judiciária realmente subtrair competências de outros poderes, não há justificativa para esta. Obviamente, o Judiciário deve cuidar do que é competência sua; logo, a argumentação deve ser no sentido de tentar mostrar de que maneiras o controle judicial das políticas públicas não configurará uma intromissão indevida nos outros poderes, e não tentando justificar um controle excessivo.

Exposto preliminarmente tal ponto, é necessário admitir que, havendo controle demasiado, realmente haverá algo errado. O que se quer é o controle na medida correta, jamais passando dos limites atribuídos ao próprio poder.

Porém, parte da doutrina usa este argumento para tentar afastar toda e qualquer forma de controle. Ora, se por um lado não cabe ao judiciário avançar no exercício da função administrativa, por outro é imprescindível que exerça o efetivo controle dos elementos vinculados das políticas públicas.

Conforme explicitado anteriormente, a própria norma traz consigo elementos vinculantes, como diretrizes, metas e objetivos, fazendo das políticas públicas uma ordenação de esforços em direção a um futuro social almejado. Alguns autores, como Ana Paula de Barcellos, identificam outros elementos como passíveis de controle nas políticas públicas, como prioridades, resultado final, quantidade de

²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo: PUC-SP, 2007, p.31.

recursos e eficiência mínima²⁵. Porém, de certa forma, mesmo estes elementos surgem do comando da norma.

Então, se o controle judicial vem exatamente da existência de uma norma vinculante, deve-se concluir que a interferência judiciária é originada pelos próprios políticos. A inflação legislativa reflete diretamente no Judiciário, aumentando sua área de atuação²⁶. Em outras palavras, o aumento do controle é fruto da produção legislativa crescente a respeito do tema, que, na ânsia de regular a matéria, muitas vezes diminui consideravelmente o espaço discricionário das políticas públicas. Não existissem tantas normas, de produção do Poder Legislativo, que trazem os elementos vinculados das políticas públicas, não haveria o que falar em controle excessivo.

Esta questão realmente é bastante complexa, pois, muitas vezes, é preferível que seja dada maior liberdade à administração, tornando a política pública uma atividade de maior discricionariedade e dando espaço para uma flexibilidade frente às demandas sociais. As políticas públicas concebidas desta maneira, com grande discricionariedade administrativa, permitem maior adaptabilidade frente às queixas sociais, de maneira que a sociedade, de forma organizada, acaba tendo participação decisiva no processo de escolha. Por outro lado, a existência de múltiplas normas vinculando a administração faz com que não exista espaço para a sociedade expressar suas demandas por outra via que não a judicial, visto que a administração pública não teria mais o poder de ouvir as queixas sociais e adaptar as políticas sociais neste sentido, forçando cada pessoa a agir de forma individualizada, fazendo com que cada um entre com sua demanda única e exclusiva, transformando o Judiciário em um balcão de queixas sociais²⁷.

Contudo, de maneira alguma se pode discutir que, frente à existência de normas, cabe ao Judiciário o controle. De fato, conforme o explicitado, em alguns casos o mais indicado é a inexistência de tais normas e a conseqüente diminuição do controle. Porém, este argumento mais serve para demandar um modelo diferente

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 3. Rio de Janeiro: Renovar 2006, P. 35.

²⁶ GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e a ciências política*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.95.

²⁷ GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e a ciências política*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.95.

de políticas públicas do que para negar o controle do atual pois, havendo normas, a alguém deve caber o seu controle.

Se o Legislativo entendesse devido, poderia fazer com que as demandas sociais fossem ouvidas e atendidas pela administração pública, dando maior discricionariedade à administração na realização das políticas públicas. Contudo, cada vez que escolhe pela existência de normas vinculantes das políticas públicas, quer exatamente diminuir esta discricionariedade, fazendo com que o Judiciário herde o papel de responder as queixas sociais. Certo é que, se a administração pública está vinculada pela norma, não resta outro papel ao Judiciário que não seja o controle.

Assim, pode-se dizer que é legítima a preocupação com a crescente interferência judiciária. De fato, é razoável entender que várias políticas públicas seriam mais efetivas se houvesse maior discricionariedade administrativa para realizá-las, ou seja, se não existisse uma norma que as vinculasse. Talvez realmente fosse de maior interesse social que a produção legislativa fosse menor neste sentido, conferindo maior discricionariedade à administração.

Contudo, não cabe ao Judiciário discutir se a positivação desta área é desejável ou não, mas sim reconhecer sua existência e agir de acordo, ou seja, uma vez que tais normas foram produzidas, deve haver controle. Tentar afastar qualquer forma de controle, sob o argumento de que não cabe ao Judiciário avançar sob esta área, que seria apenas administrativa, seria uma contradição com a própria existência das normas. Uma vez que existem elementos vinculados nas políticas públicas, não há o que falar em interferência indevida, pois esta não é mais uma área de atuação administrativa. Tal argumento só seria apto a justificar uma diminuição na atuação não do Judiciário, mas do Legislativo.

Além disso, conforme explicitado, se a política pública comporta grande discricionariedade, a sociedade, de forma organizada, tem como demandar sua realização; mas, no sentido contrário, no que diz respeito aos elementos vinculados das políticas públicas, a sociedade só pode explicitar suas demandas através de cada ação judicial, ainda que de forma individualizada. Inegável é que, sendo a única forma de manifestação para proteção de interesses sociais, o controle judicial é altamente desejável.

Analisando tais considerações, percebe-se que não há o que se falar no dito “governo de juízes”, com o Judiciário adentrando em uma área de

competências que não lhe é própria; ora, nada mais característico do Judiciário do que controlar o cumprimento de uma norma. Assim, se há um poder que infla suas atribuições e diminui a competência da administração é o Legislativo, que, em certos casos, realmente acaba por engessar o Executivo, diminuindo demasiadamente sua discricionariedade. Nestes casos, o Judiciário não faz mais do que seu papel. De qualquer forma, nenhum modelo de política pública é *a priori* melhor que o outro; em alguns casos, determinado direito será melhor efetivado dando-se maior discricionariedade para administração, ao passo que, em outros casos, há necessidade de vinculação como, por exemplo, para garantir a aplicação de um mínimo. De uma forma ou de outra, o que se pode argumentar através desta teoria de interferência indevida de um poder sobre outro não é contra o controle judicial, mas sim pela preferência por determinado modelo de política pública. Este erro é bastante comum; usando um argumento com certo fundamento, os doutrinadores contrários ao controle judicial das políticas públicas acabam “errando o alvo”, atacando o controle em si, quando, na verdade, formulam argumentação que seria contrária à produção legislativa excessiva.

2.3– Questão da reserva do possível

O segundo argumento contrário ao controle judicial das políticas públicas é a chamada teoria da reserva do possível. Tal teoria pode ser dividida em seus aspectos fáticos e jurídicos, conforme ensina Luis Manuel Fonseca Pires:

“De um modo geral, as refutações ao controle judicial podem ser sintetizadas sob o título de teorias das reservas do possível. Teoria esta que se desmembra em aspectos fáticos e aspectos jurídicos.

Sob os aspectos fáticos, diz-se que não há como o Judiciário exigir a implementação de políticas públicas porque há limites materiais aos recursos do Estado: a falta de dinheiro, a carência de número suficiente de profissionais nos quadros da Administração Pública, a ausência de equipamentos são realidades notórias que não devem ser desprezadas.

(...)

Quanto aos aspectos jurídicos, um dos limites que se pretende impor ao controle judicial é o de que os gastos públicos dependem de prévia disposição orçamentária.”²⁸

O aspecto jurídico da teoria da reserva do possível é menos recorrente, visto que é facilmente afastado através do entendimento de que as disposições orçamentárias não vinculam a Administração Pública a apenas uma escolha, mas sim fazem uma listagem genérica de despesas, sem especificação. Dessa forma, não há forte vinculação do Poder Público com tais disposições, visto que estas não especificam sua destinação, cabendo a Administração escolher como melhor aplicar as verbas destinadas a cada área²⁹.

A questão da reserva do possível aparece atualmente como argumento principal para afastar o controle judicial das políticas públicas. Contudo, há que se apontar erros presentes em suas formulações que são quase tão comuns quanto a própria teoria.

Antes de qualquer outra análise, é necessário dizer que, sob o referido aspecto fático da teoria do possível, ou seja, a ausência material de recursos, uma vez havendo a devida comprovação, não haverá possibilidade de controle. De fato, não se pode exigir o impossível. Juarez Freitas expõe que o mérito administrativo, em si, não é controlável, mas sim o demérito³⁰. Assim, não é possível imaginar o

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 287-288.

²⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 288.

³⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.48.

controle quando não há demérito. Não havendo possibilidade material de escolhas diferentes, por falta de recursos, não há demérito na discricionariedade, logo, não pode haver controle.

Com esta constatação pode-se concluir que, sob esta ótica, a teoria da reserva do possível é plenamente aplicável; sem dúvidas, a comprovação da total impossibilidade material de promover execução de uma política pública melhor e mais cara do que a escolhida legitimará a opção discricionária por outra mais barata e menos eficiente. Contudo, impõe-se destacar um ponto da frase anterior: “comprovação da total impossibilidade”.

Assim, não é razoável que a mera invocação da teoria da reserva do possível sirva como uma carta branca para tornar discricionário aquilo que a lei prevê como vinculado. Deve haver, antes de tudo, comprovação. A mera alegação da reserva do possível não é suficiente para afastar a obrigação pública de promover certos direitos. Além disso, o que se busca com tal comprovação é a demonstração de uma ausência de recursos tal que justifique a impossibilidade de execução das políticas públicas de forma mais eficiente.

Dessa forma, não há comprovação de impossibilidade (e, conseqüentemente, não há aplicação da teoria da reserva do possível) quando se verifica que, simultaneamente a alegação de falta de recursos, a Administração Pública empenha quantias exorbitantes de recursos públicos em atividades que não se justificam como máxima prioridade de um Estado social³¹. Em um sistema jurídico como o nosso, em que a própria Constituição aponta a prioridade de investimento em áreas como a educação, não é aceitável a alegação da reserva do possível frente a gastos como os de propaganda de governo, promoções de festas populares, comícios, inaugurações de obras com caráter de promoção pessoal, dentre outros.

Em outras palavras, como justificar a alegação de que não há recursos se, simultaneamente, gasta-se em áreas não prioritárias? Ora, este não é um caso de falta de recursos, mas sim de sua má aplicação. Sem dúvidas, nestes casos não deve prevalecer a teoria da reserva do possível, sendo possível o controle.

Frente a estas considerações, pode-se concluir que o controle das políticas públicas deve ser afastado frente à teoria da reserva do possível, mas apenas quando houver comprovação de verdadeira impossibilidade. Desta maneira,

³¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009, p 288.

não serve a mera alegação, devendo haver uma comprovação material de impossibilidade. Além disso, não restará comprovada a impossibilidade quando houver emprego de recursos públicos em outras áreas não prioritárias, devendo, nestes casos, prevalecer o controle judicial em detrimento da teoria da reserva do possível.

PARTE II- EDUCAÇÃO E A OMISSÃO ADMINISTRATIVA

Até aqui, defendeu-se uma visão atualizada de políticas públicas, fundada na nova percepção destas frente a seu processo de incorporação e transformação pelo Direito. Assim, concluiu-se que é possível identificar uma série de aspectos vinculados das políticas públicas, presentes na norma. Deu-se destaque ao papel desta norma, tendo em vista que foi a positivação que deu início ao processo de judicialização. Contudo, teve-se o cuidado de deixar claro que norma e políticas públicas não se confundem; ainda que o conceito de norma faça parte do de políticas públicas, não corresponde a sua integralidade, existindo outras peculiaridades conceituais típicas de um instituto que não é originário do Direito, mas sim de outra ciência. Por fim, defendeu-se o controle judicial das políticas públicas, definindo quando aplicável ou não os argumentos da reserva do possível e da quebra de separação dos poderes com um “governo de juízes”.

Definidos estes pontos, este capítulo trata de contextualizar os conceitos até aqui tratados com a temática que será desenvolvida, qual seja, o direito à educação e as conseqüências e possibilidades frente a sua omissão. Aqui, será importante definir os contornos legais das políticas públicas que prevêm a efetivação de tal direito, principalmente no plano constitucional. Já se sabe que a norma tem papel de destaque para execução de uma política pública; logo, deve ser respondido quais são as normas que vinculam a administração quanto à efetivação do direito à educação. Além disso, deve-se responder o que fazer quando a Administração Pública omite-se na realização de tais políticas, ou quando estas são insatisfatórias.

Tendo isto em mente, o presente capítulo tratará primeiramente de: A) omissão na realização de políticas públicas, tratando tanto da parte conceitual quanto da sua aplicação no caso da educação; B) direito à educação e suas previsões normativas, que vincularão a Administração Pública e darão base para o controle judicial. Vencidas estas questões, já se terá feito as devidas considerações sobre as temáticas principais aqui propostas: políticas públicas, omissão administrativa e direito à educação. Com este conhecimento firmado, tendo-se uma boa base conceitual, será possível realizar, ao final do presente capítulo, uma análise dos casos mais interessantes e atuais que dizem respeito ao assunto aqui

tratado, a omissão na realização de políticas públicas que promovam o direito à educação.

1– OMISSÃO ADMINISTRATIVA

Como não poderia deixar de ser, a Administração Pública passa a existir no contexto social a partir da identificação de sua necessidade para realização da dita “função administrativa”. Sem adentrar profundamente no tema da função, que mereceria destaque em um estudo próprio (o que, aqui, não é o propósito), pode-se adotar o conceito de função administrativa oferecido por Marçal Justen Filho:

“A função administrativa é o **conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direito fundamentais**, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”³² (sem grifos no original)

Através de uma rápida interpretação do conceito, destaca-se que é dado um conjunto de poderes jurídicos para a Administração Pública, na intenção de esta se desincumbir do ônus administrativo. Ou seja, é concedido poder à Administração para que esta possa satisfazer necessidades sociais de promoção de direitos.

Quando exerce suas funções, a Administração Pública deve atender as finalidades e interesses públicos, sempre com o objetivo de realizar uma boa administração. Este é o pressuposto para a delegação de poder à administração: o povo, titular do poder político estatal, delega seu exercício ao Poder Público, na figura da Administração, para que esta, através de sua atuação e do cumprimento de sua função, concretize os direitos previstos pelo ordenamento jurídico e consiga bem servir a sociedade³³.

Indo ainda mais longe na questão, pode-se dizer que só é concedida competência à administração, para que seja possível o cumprimento de um dever. É de onde vem a ideia de poder-dever da Administração Pública, explicada com perfeição por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Onde, então, o lugar para o Poder no moderno Direito Público? O Poder, no Direito Público atual, só aparece, só tem lugar, como algo

³² FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.37.

³³ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária., 2003, P. 66.

ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal”³⁴

E não outra pode ser a posição aqui adotada. De fato, o pressuposto para delegação de poder à Administração Pública é exatamente o cumprimento de suas funções, de seus deveres. De onde, atualmente, é muito presente a ideia de que a competência administrativa é um poder-dever, só sendo concedido poder para que a Administração possa desincumbir-se de um dever.

E é exatamente neste ponto que entra a figura da omissão. Tendo em vista que o pressuposto para delegação de poder à Administração Pública é o cumprimento de suas funções, tão nociva quanto à atuação excessiva ou abusiva é a falta de ação. A omissão não pode ser encarada como mera ausência de exercício de poder, mas falha em cumprir dever.

Dessa forma, quando a Administração Pública deixa de exercer determinada atividade, não está só assumindo uma posição neutra na sua relação com os administrados; muito pelo contrário, está arbitrariamente decidindo que, mesmo tendo recebido o poder para atuar, não cumprirá com os deveres impostos com requisitos para concessão de tal poder.

Percebe-se que a questão da omissão também está ligada intrinsecamente com a dicotomia vinculação e discricionariedade administrativa. Pode-se dizer que a omissão é um dos vícios provenientes da arbitrariedade administrativa pelo mau uso de sua discricionariedade, como será tratado a seguir.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, P.46.

1.1 – A omissão como vício da discricionariedade

A questão da vinculação e discricionariedade já foi, de certa forma, tratada aqui. Já se explicitou que não é mais cabível a visão de discricionariedade e vinculação absolutas ou totais. Em maior ou menor proximidade, sempre haverá vinculação ao interesse público e aos princípios e fins previstos legal e constitucionalmente, bem como sempre haverá necessidade de alguma discricionariedade, por menor que seja, na escolha administrativa, visto que, em nenhum lugar, há subsunção automática.

Apenas para explicitar um conceito, para não trabalhar com estas categorias de escolha administrativa sem antes explicá-las, tem-se por vinculação e discricionariedade:

“(...) o ato administrativo será vinculado quando a margem de escolha de conseqüências se encontrar, por opção do legislador, reduzida a quase zero, sem que se afaste a discricção cognitiva na fixação de conteúdo dos conceitos indeterminados da norma vinculante, tampouco o dever de escrutínio quanto à constitucionalidade.

(...)

Já o ato administrativo discricionário é aquele em que há margem de liberdade para a escolha de conseqüências (válidas *prima facie*), segundo espaço decisório conferido pela lei e nos limites do sistema.”³⁵

De qualquer maneira, entenda-se aqui que a discricionariedade é apenas a concessão de grau maior de liberdade decisória dentro de uma competência administrativa. Esta nunca pode ser exercida fora dos limites razoáveis, pois deixará de ser apenas discricionária; será arbitrária.

O vício mais comum no exercício da discricionariedade, a maneira mais usual de exercer a competência administrativa de forma arbitrária, é o seu emprego em excesso, o qual é chamado por Juarez Freitas de “vício da discricionariedade excessiva ou abusiva”, ou ainda, “arbitrariedade por ação”, situação em que os limites impostos à competência discricionária são ultrapassados³⁶. Este é o caso oposto ao da omissão. O agente público ultrapassa

³⁵ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, P. 360-361.

³⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

os poderes a ele concedidos, ou não os usa para desincumbir-se dos seus deveres, mas sim para fim diverso.

Do outro lado do espectro, temos o problema aqui tratado, a omissão, caracterizado também pelo autor como “vício da discricionariedade insuficiente” ou “arbitrariedade por omissão”, situação em que há inoperância e ausência do exercício da discricionariedade, traduzindo-se no descumprimento de diligências positivas³⁷.

Marçal Justen Filho tem posição bastante semelhante, aduzindo que a natureza funcional de uma competência acarreta na vedação à omissão, então, tendo sido consagrado como obrigatório o atingimento de certo fim, inclusive ao ponto de ser dedicada uma competência estatal para tanto, daí segue a imperiosidade de sua efetiva concretização, de onde se deve concluir que a omissão em sua promoção configura infração à ordem jurídica³⁸. Em outras palavras, se é concedida uma competência, com maior vinculação ou discricionariedade, para que a Administração Pública cumpra um dever, esta não pode fugir de tal obrigação. Abster-se de tentar atingir a finalidade ou dever seria um exercício arbitrário da discricionariedade administrativa.

Neste sentido, não é mais possível entender que a escolha entre agir ou não para efetivar determinado direito é um mero exercício normal da discricionariedade administrativa. Muito pelo contrário, nestes casos a Administração ultrapassa o razoável, indo além dos limites de sua discricionariedade. Curioso notar que, por muito tempo, esta ideia de discricionariedade serviu exatamente como desculpa para fugir do controle Judiciário:

“Essa idéia (discricionariedade) teve campo fértil para progredir além dos limites suportáveis, nos regimes autoritários do nazifascismo, como escudo imunizador de arbitrariedades e fator permissivo da compreensão de direito subjetivos e interesses legítimos, sem reclamo possível ao Judiciário”³⁹

Este entendimento não deve mais prevalecer hoje. Não é possível entender que a discricionariedade possa ser exercida como o dito “escudo

³⁷ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 27.

³⁸ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.35.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, P. 434.

imunizador”. Exerce-se a competência discricionária para atingir uma finalidade pública, um dever; logo, tanto o excesso quanto a falta no exercício da competência não mais são meras discricionariedades; são arbitrariedades.

1.2 – Da omissão como afronta ao princípio da proporcionalidade

Defendeu-se, no item anterior, que a omissão é um vício proveniente do exercício equivocado da discricionariedade administrativa. Assim, foi dito que, ao receber poder sem cumprir o respectivo dever, a Administração Pública acaba não sendo mais discricionária, mas arbitrária. Agora, importante entender como este vício representa uma afronta ao princípio da proporcionalidade, mais um motivo que fundamentará a necessidade de seu controle.

Como não poderia deixar de ser, o presente ponto começa pela explicação do princípio da proporcionalidade. Analisando um pouco mais aprofundadamente o princípio, pode-se dizer que a proporcionalidade diz respeito a três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, além do exame a respeito de sua aplicabilidade.

Quanto à aplicabilidade, tem-se que a proporcionalidade é um princípio que demanda um referencial. Não há como pensar na proporcionalidade em abstrato; sempre são necessários pontos de referência. Isso porque este princípio aplica-se na análise de meio e fim. Sem uma relação meio/fim, não é possível realizar o exame do postulado a proporcionalidade, pela falta de elementos que o estruturam⁴⁰.

O exame da adequação deve responder à seguinte pergunta: o meio realiza o fim? A aprovação no quesito da adequação significa que o meio escolhido é apto para promover o fim visado. Desta maneira, o subprincípio aqui tratado garante que os meios adotados não só estão em conformidade com os fins almejados, mas são aptos a realizá-los⁴¹.

O segundo subprincípio é o da necessidade. Neste ponto, deve ser feita uma análise acerca da existência de outros meios alternativos ao inicialmente proposto, que sejam igualmente adequados, podendo promover igualmente o fim, restringindo os direitos fundamentais em menor intensidade. Desta maneira, dois exames impõem-se: o exame da igualdade de adequação dos meios e o exame do meio menos restritivo. Há que se alertar um ponto relevante, em relação à comparação de adequação: um meio pode ser mais ou menos adequado para

⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.162-163.

⁴¹ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.65.

promoção de um fim, através da análise de aspectos diferentes. O que significa um meio ser mais adequado que outro? Há, no mínimo, três aspectos: quantitativo, qualitativo e probabilístico. Afinal, o meio é mais adequado quando promove mais, melhor ou com mais certeza? Primeiro, há que ser frisado que esta nem sempre é uma análise possível; nem sempre a Administração Pública será capaz de deduzir quais meios são mais adequados em cada aspecto. Além disso, há diversos outros fatores que devem ser levados em consideração, não sendo indicado excluir um meio apenas por este não ser o mais intenso, melhor ou mais seguro⁴².

Diante desta questão, como saber, na análise do princípio da necessidade, em especial no exame de igualdade de adequação dos meios, se estes são realmente iguais ou não? Mais ainda, como saber sob que aspecto deve começar a análise? A questão pode ser estendida ao segundo exame do subprincípio: sob que aspecto deve partir a análise para afirmar se um meio é mais ou menos restritivo que outro? Em ambos os casos, parece correto entender que só há afronta à proporcionalidade, especificamente à necessidade, na escolha de meios manifestamente mais restritivos ou menos adequados que outros. Sempre é possível imaginar, sob alguma perspectiva, um meio que promova o fim de forma mais adequada (pelo menos em algum aspecto) ou que restrinja menos algum direito fundamental⁴³. Assim, para não incorrer no erro de tornar tamanho o controle pela proporcionalidade que não haveria nunca uma escolha que fosse aprovada em seus exames, a comparação feita pelo subprincípio da necessidade deve limitar-se aos casos evidentes.

O terceiro subprincípio contido na proporcionalidade é a chamada proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, a análise deve focar-se na pesagem dos ônus e vantagens na adoção de determinado meio para atingir o fim. Afinal, a importância de atingir este fim justifica a intensidade da restrição aos direitos fundamentais imposta pelo meio adotado? O grau de importância do fim justifica o grau de restrição do meio? As vantagens da promoção de um justificam as desvantagens do outro?⁴⁴

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.165-167.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.170-171.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.173.

Fica evidenciado que este terceiro ponto do princípio importa na execução de uma análise de custo-benefício. Após os exames impostos pelos subprincípios da adequação e necessidade, já se sabe que o meio em questão é apto para promover o fim e, dentre todos meios, este é o que menos restrições causa aos direitos fundamentais (em pelo menos algum dos seus vários aspectos, como probabilidade, intensidade e quantidade, ou alguma combinação destes). A questão neste ponto é, já se sabendo que este realmente é o “melhor” meio para atingir o fim, realmente é desejável sua adoção? Havendo resposta positiva, ou seja, sendo o fim tão importante que justifique as eventuais restrições impostas pelo meio adotado para sua realização, vislumbra-se a aprovação do meio em análise nos três subprincípios da proporcionalidade.

Percebe-se que o princípio da proporcionalidade consiste, em seu núcleo, em uma forma de defesa dos direitos fundamentais. Através de seus subprincípios e exames há a garantia que o meio adotado mais promoverá do que restringirá os direitos fundamentais. Frente a esta constatação, pergunta-se: a omissão, ou seja, a ausência de escolha ou até mesmo de análise de qualquer dos meios existentes para atingir os fins de interesse público respeita a proporcionalidade? Ou ainda, em outras palavras, ao abster-se de cumprir seus deveres, a Administração Pública está escolhendo o meio mais adequado, menos restritivo e de melhor custo-benefício para atingir seus fins?

A resposta, sem dúvidas, deve ser negativa. A omissão administrativa significa que, frente à necessidade de promover um fim público para melhor efetivar um direito fundamental (como a educação, por exemplo), a Administração Pública não escolhe meio algum. Não havendo meio para promover o fim, constata-se a falha já no exame da adequação. Sem dúvida, a inércia dificilmente será um meio adequado para chegar-se a um determinado fim.

Neste sentido, parte da doutrina aplica ao direito público a ideia de que o princípio da proporcionalidade é composto por ainda mais um subprincípio, o da proibição da proteção deficiente⁴⁵. Não obstante tal constatação, não há nenhuma dúvida que a omissão é afronta direta ao princípio da proporcionalidade, se não contra esta ideia de proibição da proteção deficiente, pelo menos afrontando os subprincípios clássicos, conforme dominante doutrina:

⁴⁵ CHINELATO, João Marcelo Torres. *O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal*. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9889>>. Acesso em 17/10/2010.

“De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos, é violado o princípio da proporcionalidade.

(...) Quando a administração pública não escolhe o momento certo de praticar determinado ato, recolhendo-se numa inércia injustificável, peca por omissão e resta igualmente quebrada a proporcionalidade, agora pela escolha de uma conduta aquém do cumprimento das atribuições associadas à competência”⁴⁶

Dessa forma, indiscutível que a omissão da Administração Pública representa um dos males administrativos mais graves, não podendo mais ser tratado como mero exercício da discricionariedade. Ao deixar de cumprir seus deveres, a Administração não só vale-se de um exercício arbitrário de seus poderes, conforme referido anteriormente, mas afronta diretamente o princípio da proporcionalidade.

Entendidos tais pontos, não resta dúvida que a omissão consiste em grave afronta ao interesse público, devendo ser alvo de controle. No caso específico das políticas públicas na área da educação, mostra-se indispensável à análise das imposições normativas de tais políticas.

Conforme defendido ao longo da presente exposição, as políticas públicas devem ser entendidas a partir de uma visualização de seu conceito mais afinado com os atuais princípios do direito público. Assim, sustentou-se que o conceito de política pública é indissociável a um de seus componentes integrantes: a norma. Assim, havendo uma norma que explicita fins, fontes de custeio, meios e outros pontos, vislumbrava-se uma categoria mais vinculada do que de costume supôs-se. No mesmo sentido, tendo em vista os problemas da omissão administrativa aqui mencionados, tem-se como possível controlar os casos de omissão administrativa na realização de políticas públicas.

Em outras palavras, estabeleceu-se inicialmente os contornos do controle judicial das políticas públicas. Em um segundo momento, definiu-se que a omissão administrativa deve ser combatida, frente a seu caráter arbitrário e contrário a proporcionalidade. Assim, deve-se concluir que a omissão relativa às políticas públicas deve igualmente ser combatida, através do controle judicial. Tendo em vista as conclusões aqui explicitadas, passa-se a analisar o caso da educação e suas previsões normativas, na tentativa de encontrar aspectos vinculados pelas normas

⁴⁶ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.64-65.

que instituem as políticas públicas na área. Além disso, após a identificação das peculiaridades conceituais e normativas das políticas públicas na área da educação, importante a análise de casos em que houve omissão administrativa na promoção destas políticas públicas.

2 – O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DE SUA NORMATIVIDADE E APLICABILIDADE NO BRASIL

Conforme já referido, o Brasil deu um passo decisivo, através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais merece destaque aqui a educação. Sem dúvidas, em sintonia com o que se defendeu até este ponto, a positivação do direito à educação consiste em marco decisivo para definir seus contornos. Natural supor já agora, antes de análise mais profunda, que tal direito é mais intensamente efetivado após sua elevação a um status constitucional.

Neste sentido, ao formular uma conceituação jurídica das políticas públicas, teve-se o cuidado de explicitar o caráter definidor das normas instituidoras das mesmas. Havendo normas, defendeu-se que deveria existir uma vinculação correspondente. Como consequência lógica, havendo normas que demandam prestações positivas, deve haver vinculação ao fazer, ao realizar, sendo totalmente condenável a omissão quanto a estas obrigações.

Porém, através de um mero exercício de lógica, pode-se perceber que estas formulações não resolvem, na prática, nenhum problema. Saber que as políticas públicas carregam extrinsecamente uma forte carga de vinculação, em razão das normas instituidoras, juntamente com o fato de que a omissão neste sentido é condenável, não explica o que talvez seja o mais importante: a que se vinculam exatamente estas políticas públicas? Se é certo que a Administração Pública tem o dever de prestação positiva frente à eventual vinculação, o que especificamente a vincula? A resposta já dada exhaustivamente ao longo desta exposição é que as políticas públicas vinculam-se as normas. Porém, tem-se que esta é uma explicação insuficiente, ainda que correta; apenas incompleta.

Simplemente apontar a vinculação as normas não explica quais são estas, qual o grau de vinculação e, abordando um aspecto tão teórico quanto controverso, o que pode se entender por norma quando falamos de efetivação de direitos fundamentais de segunda geração. Saber que as políticas públicas e a proibição de omissão têm uma vinculação com normas é um primeiro passo; impõe-se agora conseguir responder as peculiaridades desta norma.

A primeira vista, duas hipóteses opõem-se: as políticas públicas e a proibição de omissão destas relacionam-se diretamente com as demandas dos

direitos sociais, explicitados no art. 6º da Constituição Brasileira, ou seja, realiza-se políticas públicas para garantir os direitos ali elencados, sendo tal previsão de direitos a própria norma vinculadora das políticas públicas; ou, em sentido contrário, as referidas previsões constitucionais de direitos sociais em abstrato não vinculam a Administração, apenas aquelas com caráter mais analítico, mais de regra positiva. Denota-se uma oposição entre uma visão afinada com a teoria dos direitos fundamentais e uma ao positivismo jurídico.

Esta questão é central para entender a extensão da vinculação da Administração à norma. Até que ponto os direitos explicitados no artigo 6º da Constituição Brasileira devem ser efetivados? Logicamente, quanto mais investimento público, melhor será a educação, por exemplo. Mas até que ponto os direitos sociais demandam prestação da Administração? Certo é, independente da corrente adotada, que nenhuma limitação a estes direitos pode atingir o núcleo destes direito, o chamado mínimo existencial:

“De qualquer forma, conclui-se, portanto, que a restrição aos direitos sociais somente pode ser pensada até o limite do núcleo destes direitos que pode ser conhecido como mínimo existencial para a dignidade da pessoa humana. Somente assim cria-se uma linha de divisão entre a possibilidade de restrição e a violação a este direito.”

⁴⁷

Respeitando este mínimo, resta claro que é a normatividade dos direitos sociais a grande questão relativa à vinculação das políticas públicas. É para proteger tais direitos que a Administração recebe o dever de realizar tais políticas, juntamente com o poder para conseguir executá-las. Porém, a discussão sobre a estrutura normativa dos direitos sociais não é tema simples nem pacífico.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil tenha um forte caráter analítico, pautado por diversas regras, inclusive no que diz respeito à educação, não se pode afastar a presença de diversos princípios intrínsecos aos direitos sociais. É justamente neste conflito entre regras e princípios, juntamente com a discussão sobre a força normativa destes princípios, que poderá ser entendido a relação de vinculação das políticas públicas e normas. Sabe-se que há vinculação com as normas, em especial às relativas aos direitos sociais; porém, o que são normas relativas a direitos sociais? Aplicando tais indagações a questões

⁴⁷SBRISSIA, Larissa Fischer. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Monografia (trabalho de conclusão de curso) Coordenação de monografias do curso de Direito da Unibrasil, 2009, p. 13.

práticas do presente tema, pergunta-se: A) a Administração Pública, ao promover políticas públicas visando á efetivação do direito à educação, está vinculada apenas as normas apresentadas em forma de regra, notadas claramente no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), seção I (Da Educação), entre os artigos 205 e 214 da Constituição da República Federativa do Brasil; B) está vinculada ao próprio artigo 6º ou; C) há vinculação na sua atuação a todos os princípios constitucionais, que teriam assim normatividade plena? Tal discussão relaciona-se ao conflito entre positivismo jurídico e outras correntes, merecendo melhor análise.

2.1 – A estrutura normativa dos direitos sociais

A questão da normatividade dos direitos sociais, no que diz respeito a sua integração na condição direito fundamental, pode ser explicitada, em breve síntese, em duas grandes bases teóricas que propõem sua caracterização: a teoria externa das restrições e a teoria dos princípios.

A teoria externa das restrições contrapõe-se a teoria interna, que é aquela que entende que as limitações ao um direito ocorrem apenas no plano do próprio Direito, sem influências externa. Sobre a teoria interna:

“Para a teoria interna, o processo de definição de limites ao direito é algo interno a ele. Isso significa que não há interferência de aspectos externos, e, portanto, não há a possibilidade de existência de colisão entre direitos. (...)

Assim, como para a teoria interna não existem influências externas, estes direitos terão sempre a estrutura de regras. A norma será sempre aplicada quando a hipótese prevista por ela ocorrer, e, diante disso, terá validade estrita. O desafio da teoria será de demonstrar como a limitação a estes direitos pode ocorrer a partir “de dentro” destes próprios direitos.”⁴⁸

Percebe-se que a teoria interna pauta-se em duas máximas, na ausência de influência externa ao Direito e na definição de regras como forma exclusiva de produção de direitos. Inseparável a proximidade da teoria interna aos postulados do positivismo jurídico. Assim, para tal teoria, restaria excluída a ponderação para identificação do conteúdo de algum direito, visto que esta só existe em um modelo que admite princípios, o que não seria o caso⁴⁹.

No sentido contrário, a teoria externa admite a interferência de aspectos não exclusivamente do Direito e explicita a necessidade de conferir valor normativo aos princípios. Larissa Sbrissia, sobre a teoria externa, afirma que “conferir normatividade aos princípios e estabelecer a distinção entre regras é um dos maiores desafios à doutrina”⁵⁰.

⁴⁸SBRISSIA, Larissa Fischer. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Monografia (trabalho de conclusão de curso) Coordenação de monografias do curso de Direito da Unibrasil, 2009, p. 10.

⁴⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 62.

⁵⁰SBRISSIA, Larissa Fischer. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Monografia (trabalho de conclusão de curso) Coordenação de monografias do curso de Direito da Unibrasil, 2009, p.11.

Interessante perceber tal dualidade quanto à força normativa dos princípios, pois foi exatamente este ponto que deu origem a crítica de Dworkin ao positivismo jurídico. Em sua crítica a tal corrente, o autor argumenta no sentido de haver uma total incompatibilidade desta com o modelo desenhado de princípios, pois o positivismo jurídico seria um sistema composto exclusivamente por regras⁵¹.

Dworkin expôs o tema em forma de crítica ao positivismo jurídico, afirmando que a polêmica entre esta corrente e a normatividade dos princípios reside basicamente na incompatibilidade entre o reconhecimento de força normativa nos princípios e três dogmas positivistas: a existência de uma regra de reconhecimento, a tese da discricionariedade judicial e a tese que sustenta que somente existe obrigação jurídica quando uma regra estabelecida impõe tal obrigação⁵².

Assim, Dworkin aponta que tais dogmas representariam uma posição do positivismo pela ausência de normatividade dos princípios. Afirma que a regra de reconhecimento implica em uma regra secundária fundamental que estipula a identificação e relação sistemática destas normas jurídicas⁵³, com certa rigidez, o que seria impossível de aplicar aos princípios, pois este carrega consigo uma série de peculiaridades cambiantes que não caberiam em uma regra fixa⁵⁴.

Quanto à questão da discricionariedade judicial, Dworkin aponta que, para os positivistas, o juiz não tem discricionariedade diante de uma regra clara e estabelecida; porém, deveria exercer sua discricionariedade na falta desta regra, uma vez que os princípios não teriam força normativa, e, assim, não seriam vinculantes. O autor defende o contrário da proposição positivista, afirmando haver vinculação não apenas às regras, mas também aos princípios⁵⁵.

Por fim, Dworkin aponta que, para o positivismo, só há obrigação jurídica quanto uma regra estabelecida assim impõe. Logo, em um caso difícil, aquele em que não há regra previamente estabelecida, não haveria obrigação

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.36.

⁵² DWORKIN, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p 30- 31.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 33.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.69.

⁵⁵ DWORKIN, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p 32.

enquanto não fosse criada uma regra a seu respeito (o que poderia ser feito pelo juiz, mas apenas em caráter *ex post facto*). Para o autor isto é incorreto, visto que os princípios também importariam em obrigações, visto que não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la⁵⁶.

No intuito de garantir efetividade normativa não apenas as regras, mas também aos princípios, Dworkin cria uma divisão que muito interessa ao tema aqui tratado. Para ele, tudo que não são regras serão princípios, conferindo a estes um sentido bastante amplo. Ainda afirma que os princípios poderiam ser divididos em: princípios em sentido estrito, aqueles que são um aspecto a ser observado como exigência de valores, como justiça, equidade e moralidade; e determinação de objetivo estatal (*policy*), que é uma proposição de objetivos a serem alcançados para a sociedade⁵⁷.

Há que se parar neste momento para refletir sobre a ideia de objetivo estatal (*policy*) formulada por Dworkin. Na realidade, o que o autor propõe é um alargamento do conceito de princípio, englobando tudo que não é regra. Desta maneira, o que aqui foi formulado como política pública, para Dworkin, seria entendido como princípio, na modalidade *policy*.

Tem-se aí uma questão interessante. A intenção do autor, com esta formulação, é o reconhecimento dos princípios como normas. Entretanto, o excessivo alargamento do conceito de princípio acaba mostrando-se incompatível com o modelo de políticas públicas defendido ao longo desta exposição.

Esta incompatibilidade entre o modelo dworkiano e o conceito aqui trabalhado de políticas públicas é de fácil compreensão. Dworkin luta pelo reconhecimento dos princípios como norma. Além disso, para o autor, os princípios (que, frise-se, seriam normas), compreendem não só os “principles” (princípio em sentido estrito), mas também as “policies” (a ideia do autor de política pública). Ou seja, para Dworkin, políticas públicas são normas. Tal concepção já foi afastada na argumentação aqui apresentada⁵⁸; políticas públicas não se confundem com normas, ainda que esta seja um dos seus elementos integrantes. Conforme

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p.56.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

⁵⁸ Defendeu-se nesta monografia uma conceituação de políticas públicas semelhante a de “atividade” proposta por Fábio Comparato, afastando a ideia de que estas seriam iguais conceitualmente as normas.

anteriormente explicitado, uma política pública pode ser válida sem que sua norma instauradora o seja; no mesmo sentido, a norma instauradora pode ser completamente válida, mas a política pública que a executa não.

Por outro lado, poderia seguir-se os postulados do positivismo jurídico, afirmando que, se as políticas públicas vinculam-se a normas, estas certamente só podem aparecer em forma de regra. Tal corrente doutrinária aparece em contraponto às formulações dworkianas, explicitando que as únicas fontes capazes de, por si só, criar normas jurídicas são as regras (sob forma de lei):

“O problema das fontes do direito é um dos pontos fundamentais do juspositivismo(...) São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas(...)

Os ordenamentos jurídicos que atingiram certa complexidade e certa maturidade, como os modernos, estabelecem eles mesmos quais são as fontes do direito, o que significa que estabelecem s critérios de validade das próprias normas. De fato, esses ordenamentos não contêm apenas normas que regulam o comportamento dos membros da sociedade, mas também normas que regulam a produção jurídica, isto é, normas que regulam o modo pelo qual deve ser normado o comportamento dos súditos(...) A doutrina jurídica distingue essas categorias de normas, qualificando-as respectivamente como regras de comportamento e como regras de estrutura ou de organização.

A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras

(...)

Geralmente, porém, os ordenamentos jurídicos são hierarquizados, no sentido de que suas fontes se dispõem em planos diversos, hierarquicamente subordinados um ao outro.

(...)

A doutrina juspositivista das fontes assume os movimentos da situação acima descrita, isto é, da existência de ordenamentos jurídicos complexos e hierarquizados, e sustenta que a fonte predominante, quer dizer, a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alta, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas.

(...)

As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídicos diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiros, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferentes, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação de normas jurídicas. Por isto as fontes subordinadas são ditas fontes de conhecimento jurídico e as superiores fontes de qualificação jurídica. **Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de**

qualificação e identifica esta última com a lei⁵⁹ (sem grifos no original)

Percebe-se claramente a posição do positivismo jurídico, ainda que o texto fale sobre fontes do Direito e não especificamente normatividade de direitos fundamentais. Ainda assim, é no sentido de que a única fonte capaz de produzir normas jurídicas é a lei, a regra positivada, que já se percebe uma incompatibilidade entre o modelo positivista e o dworkiano. As outras fontes, como os princípios, não produziram normas por si só, teriam de receber esta qualificação de normas hierarquicamente superiores, as leis. Ou seja, o princípio só apareceria como norma jurídica se uma lei assim dissesse, na verdade convertendo o princípio em regra.

A consequência para as políticas públicas da adoção desta visão do positivismo jurídico é uma vinculação exclusiva com as regras específicas que as instituem. O artigo 212 da Constituição da República Federativa do Brasil, ao fixar os percentuais de investimento para União, Estados, Distrito Federal e Municípios, apresenta-se em forma de regra; assim, para o positivismo jurídico, o artigo 212 tem normatividade jurídica, o que leva a conclusão de que vinculará a atuação da Administração Pública. Já o artigo 206, que estabelece os princípios do ensino, só teria normatividade como regra; em outras palavras, a positivação dos princípios funcionaria como resultado da atuação da fonte de qualificação referida por Bobbio⁶⁰, não havendo normatividade nos princípios referidos em si, apenas no texto legal. Por mais contraditório que pareça, seguindo tal modelo, os princípios enumerados no artigo 206 teriam normatividade sob forma de regra. Eis porque Dworkin formula sua crítica ao positivismo baseado na ideia de que este é um sistema exclusivamente de regras⁶¹.

A posição do positivismo jurídico, por certo, aumentaria a discricionariedade administrativa nas políticas públicas. Ora, conforme amplamente referido, a vinculação nas políticas públicas se dá a partir das normas; em contrapartida, o positivismo jurídico aponta apenas uma fonte, a lei positivada (regra), como apta a criar ou qualificar normas jurídicas. Logo, conforme a visão

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 161-166

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 166

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

positivista, haveria um número muito menor de normas jurídicas vinculando as políticas públicas.

Há que se ressaltar uma última questão quanto ao positivismo jurídico. Conforme supracitado, a explicitação de entendimentos da corrente feita aqui não é no sentido de que, para o positivismo jurídico, um princípio jamais terá normatividade. O que acontece, por certo, é que apenas os princípios devidamente qualificados pelas regras seriam aptos a produzir normas jurídicas. Kelsen explicita possibilidades de normatividade dos princípios, como a seguinte:

“A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, **uma lei pode ser, então, inconstitucional**, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja **em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios** ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.”⁶² (sem grifos no original)

Vale repetir: o positivismo jurídico não afasta totalmente a normatividade dos princípios, mas subordina-os irremediavelmente a qualificação das regras, o que acaba por subverter o próprio sentido estrutural dos princípios, aproximando-os muito mais à nossa concepção de regras.

A questão envolvendo a normatividade dos direitos fundamentais sociais e, no mesmo sentido, dos princípios, também encontra um forte expoente na doutrina de Robert Alexy. Para o autor, seguindo linha semelhante à de Dworkin (ainda que com conceituações um tanto distintas), defende a normatividade dos princípios:

“Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos poder ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”⁶³

A proposta, na mesma forma que a de Dworkin, vai em sentido contrário ao positivismo jurídico, tratando regras e princípios como espécies

⁶² KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87.

diferentes do mesmo gênero, a norma. Entretanto, é necessário fazer as devidas distinções entre o modelo proposto pelos dois autores.

O conceito de princípios formulado por Dworkin é tão único quanto polêmico. Alexy distingue regras e princípios de uma forma bem mais aceita, conferindo ao último uma abrangência muito menor:

“O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (...)

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.
”⁶⁴

É de onde sai a conclusão de que, para Alexy, princípios são mandamentos de otimização e regras, determinações. Assim, reconhecendo a normatividade destas duas espécies, o autor aponta três possibilidades de modelos normativos: um puro de princípios, um puro de regras e um misto⁶⁵, adotando o terceiro. Faz isto porque o modelo puro de princípios não respeitaria as regulamentações de uma Constituição escrita, ao passo que o modelo puro de regras seria incompatível com as formulações de direitos fundamentais⁶⁶.

Trazendo a questão novamente para a temática dos direitos sociais, um possível enfoque quanto ao grau de efetivação destas prestações positivas é entendê-las como princípios. Entendendo-se que os direitos a ações positivas são princípios, ou, nas palavras de Alexy, mandamentos de otimização dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigiriam *prima facie* o cumprimento de todas

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90-91.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.121.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.135.

as ações que favorecessem suas realizações. Assim, tais direitos a prestações seriam mandamentos de ações universais⁶⁷.

A questão é que, se os princípios exigem a máxima efetivação dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, entender direitos sociais como princípios, seguindo a teoria de Alexy, seria ordenar o número máximo de políticas públicas que promovessem tal direito permitido pelas condições fáticas da Administração Pública, em especial as limitações orçamentárias.

Isso geraria uma aparente contradição neste entendimento: por um lado, estes mandamentos de ação universal exigiriam todos os meios que promovem a realização de um princípio, ao passo que, por outro lado, seria impossível, jurídica e principalmente faticamente executar todas ações de promoção⁶⁸.

Esta contradição é superada pela noção de nível de ponderação (Abwägungstufe) e nível de ação (Handlungsstufe). No primeiro verifica-se a necessidade de execução de alguma ação para efetivação de determinado direito, não excluindo, apenas apontando e somando ações possíveis (sendo assim mandados de ações universais), para depois realizar uma ponderação entre as ações verificadas. Já no nível de ação, aplica-se o resultado da ponderação, em que se escolhe ou nenhuma ou uma ação para efetivar o direito. Não havendo nenhuma ação, acontece a restrição completa do direito; havendo uma, surge um mandamento de ação definitiva⁶⁹.

Note-se que a passagem de várias ações para apenas uma ou nenhuma, através de ponderação, é realizada seguindo os postulados do já explicado princípio da proporcionalidade. É bom que se refira aqui também que, além da verificação dos três testes da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), quando se fala em efetivação de direitos sociais é necessário a aprovação em um quarto teste, o de proibição de não-suficiência, que nada mais é do que o lado oposto à proibição de excesso. Assim, deve o administrador, na realização de políticas públicas que efetivem um

⁶⁷ SIECKMANN, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 74

⁶⁸ BOROWSKI, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 75.

⁶⁹ BOROWSKI, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 75.

determinado direito, como a educação, respeitar os limites mínimos que este direito deve ser efetivado⁷⁰.

Enfim, sabe-se da complexidade do tema da efetivação dos direitos sociais frente a tantas possibilidades de entendimento. Vislumbrou-se, conforme supracitado, ao menos três correntes que, uma vez adotadas, mudariam o que se entende por efetivação de direitos sociais e, por conseqüência, o que se entende por vinculação de uma política pública. Certamente cada teoria tem suas vantagens e desvantagens, não sendo a intenção aqui apontar uma posição melhor ou pior que as outras. Contudo, inegável que, da forma explicitada, é a teoria de Alexy que apresenta mais respostas as indagações do tema sem levantar tantas contestações como o modelo de Dworkin ou positivista. Mas, sem dúvida, há como se posicionar a favor de todos, o que só mostra o valor de tais teorias.

Definidas estas questões, impõe-se a análise do tema sob um ponto de vista prático e atual. Assim, já sabendo das peculiaridades da conceituação jurídica e controle das políticas públicas, dos porquês da proibição à omissão e da normatividade dos direitos sociais, cabe analisar alguns casos recentes relativos ao direito à educação, que foram discutidos na jurisprudência nacional.

⁷⁰ MAURER, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 76.

2.2 – Direito à educação e análise jurisprudencial

Ainda que, conforme amplamente referido ao longo da exposição, o direito à educação tenha sido elevado a patamar de destaque frente ao seu processo de constitucionalização, tem-se que muito ainda deve ser percorrido para sua efetivação em grau satisfatório. Se, por um lado, há que se reconhecer as melhoras, por outro se deve perceber que ainda existe um longo caminho por percorrer. Neste sentido:

“Por outro lado, a aposição do direito à educação na Carta Republicana de 1988, ainda que de forma suprema em relação aos demais direitos lá estabelecidos, não foi capaz de extinguir o problema da exclusão ao direito de ensino. Muita embora a CRFB/88 esteja atingindo sua segunda década de existência, pode-se asseverar que a iniciativa tanto governamental quando do terceiro setor para garantir a efetividade das normas internacionais e constitucionais jus-pedagógicas é tímida e aliada à ineficácia da proteção jurídica a esse direito fundamental”⁷¹

Algumas previsões constitucionais do direito à educação merecem destaque. O art. 208, §1º, estabelece que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Por muito tempo discutiu-se se os direitos fundamentais sociais teriam este aspecto de direito subjetivo; a Constituição de 1988 afastou tal discussão, estabelecendo de pronto que, quanto ao ensino obrigatório e gratuito, sempre haverá uma faceta de direito individual. Por outro lado, há que ser entendido que muitos dos artigos constitucionais que tratam do direito à educação estabelecem direitos individuais, indisponíveis pela Administração Pública, não ficando sujeitos a posicionamentos discricionários ou, por vezes, arbitrário do poder público.

Estes e alguns outros aspectos do direito à educação (em especial a infantil) foram abordados pelo STF no Agravo de Instrumento 677274/SP. Do processo, que discutia a educação infantil, na forma de matrícula em creches e pré-escolas, faz-se alguns destaques:

“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)”

⁷¹ BRUNO, Susana. *Eficácia do Direito à Educação*. Campos de Goytacazes: Dissertação (mestrado em Direito) área de concentração de políticas públicas e processo da Faculdade de Direito de Campos, 2007, p.2.

- **Essa prerrogativa jurídica**, em conseqüência, **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 mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.**⁷² (sem grifos no original)

O Ministro começa sua exposição estabelecendo uma posição definitiva: o direito à educação infantil não é disponível para a Administração Pública. No mesmo sentido, já fundamenta seu futuro posicionamento no fato de terem as crianças de até cinco anos de idade a prerrogativa inafastável de matrícula em creches e pré-escolas. Percebe-se aqui nitidamente a existência não de um direito social como mandamento para a Administração, mas a sua transmutação em um direito subjetivo de cada criança.

Segue o Ministro Celso de Mello afirmando que, como conseqüência da formação deste direito subjetivo, à Administração Pública impõe-se um dever de agir, de prestação. Assim, o poder público só terá se desincumbido do ônus imposto

⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 677274/SP, Relator Min. Celso de Mello, pub. 01/10/2008. Disponível em <http://www.prr3.mpf.gov.br/ntc/component?option,com_remository/Itemid,0/func,startdown/id,38/>. Acesso em 10/10/2010.

se tiver criado condições concretas para o efetivo acesso destas crianças à educação, na forma de atendimento em creches e pré-escolas.

Em ponto chave da decisão, o Ministro é claro ao explicitar que a educação infantil, uma vez que indiscutivelmente é direito fundamental da criança, não está sujeita a concretizações incompletas, uma vez que a Administração Pública não tem discricionariedade quanto a isto. Tal entendimento corrobora o aqui exposto, no sentido de que a Administração, ao realizar políticas públicas que envolvem direito previstos em normas, terá sua discricionariedade fortemente reduzida. É exatamente neste sentido o posicionamento do Ministro: a Administração fica vinculada a estes mandamentos positivos, logo, as políticas públicas de educação também estarão vinculadas à total concretização do direito à educação infantil. O Ministro não abre espaço para dúvidas neste sentido, explicitando que a educação infantil não se subordina a juízos de pragmatismo administrativo.

Por fim, o Ministro aponta que, em um primeiro momento, cabe ao Executivo e Legislativo a formulação de tais políticas. Porém, aduz que, sempre que houver omissão por parte destes poderes, não só será uma possibilidade como será uma imposição à atuação do Judiciário, visto que a ausência de políticas públicas que realmente confirmam real efetividade aos direitos previstos na própria Constituição é uma afronta aos direitos de toda coletividade.

A que se ressaltar também que o direito à educação não se resume a mera possibilidade de matrícula. Devem ser garantidos todos os meios para sua concretização. No Agravo Regimental de Recurso Extraordinário 603.575/SC, o Ministro Eros Grau, citando os argumentos formulados pelo Ministro Celso de Mello no Agravo de Instrumento 677274/SP, decide pela necessidade de assegurar o transporte escolar de alunos da rede pública de ensino⁷³.

Também são interessantes alguns dos critérios usados para controle das políticas públicas na área de educação. A Ministra do STF Cármen Lúcia, na análise da ADIN 1.698/DF, usa como base de sua argumentação dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, firmando posição de

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental 603.575/SC, Relator Ministro Eros Grau, pub. 14/04/2010. Disponível em <<http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/Educacao/Jurisprudencia/STF-RE%20603575-SC-Transporte%20escolar.pdf>>. Acesso em 27/09/2010

aprovação das políticas públicas do setor frente à queda do analfabetismo e o aumento da escolaridade de jovens e adultos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS.

1. **Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos.**

2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação.

3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição.

4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente. ”⁷⁴

O entendimento da Ministra Cármen Lúcia mostra ainda mais um fator de vinculação das políticas públicas para a Administração: a efetiva melhora da realidade. Conforme referido, o conceito de políticas públicas engloba a ideia de busca por um futuro almejado. Assim, haverá omissão administrativa se as políticas públicas adotadas pela Administração Pública não se refletir em uma melhora concreta na efetivação do direito em questão.

Assim, explicitadas as principais questões sobre o controle da omissão administrativa na realização de políticas públicas visando à promoção do direito à educação. Vislumbra-se uma área de contornos ainda não muito nítidos, mas que, conforme tendência jurisprudencial e doutrinária, aponta para um caminho de real efetivação do direito a educação.

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.698/DF, Relator Ministra Cármen Lúcia, pub.25/02/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1686912>>. Acesso em 10.10.2010.

CONCLUSÃO

Sem dúvidas, o ponto inicial para entendimento do tema aqui tratado é a conceituação das políticas públicas. Conforme referido, já passa da hora de o Direito tratar as políticas públicas como um conceito verdadeiramente jurídico, como uma categoria própria da Ciência Jurídica, não apenas realizando uma importação do conceito da Ciência Política. A origem histórica explica em parte a resistência à nova conceituação, mas agora que indiscutivelmente este é um assunto que integra o Direito, deve receber tratamento próprio desta Ciência.

O conceito proposto é o de que política pública é o conjunto de atos, normas e decisões políticas que, através de metas, diretrizes e objetivos comuns, ordenam a situação social presente em direção a um futuro almejado, que representa a finalidade da política. Frisa-se que política pública não se resume a norma, mas está indiscutivelmente associada a esta.

A partir desta conceituação, é possível perceber que as políticas públicas, enquanto objeto do Direito, não são mais tão discricionárias como as demais Ciências propõem. A partir desta linha de entendimento, do encontro de ponto vinculados nas políticas públicas, surge uma forte possibilidade de controle judicial de tais políticas.

A questão do controle das políticas públicas obrigatoriamente deve enfrentar dois argumentos contrários: A) a judicialização das políticas públicas, com o chamado “governo de juízes”, seria uma afronta à separação de poderes; B) não caberia ao Judiciário ordenar a realização de prestações positivas à Administração Pública, frente à chamada teoria da reserva do possível.

Conforme referido, ambos argumentos são realmente muito pertinentes, devendo sempre ser levados em consideração na realização do controle. Entretanto, estes não afastam por completo o controle judicial, apenas importam na sua observação. De fato, não se pode imaginar como válido um alargamento de competência do judiciário que afrontaria a separação de poderes, esvaziando a competência do Executivo. Do mesmo modo, não se pode imaginar comandos judiciais que ordenam o que é impossível de ser realizado frente à ausência de recursos.

Contudo, há que se entender que estes argumentos não afastam por completo o controle, apenas ilustram alguns limites ao Judiciário. Não se quer que o

Judiciário invada competência do Executivo, afrontando a separação de poderes, mas sim que cumpra aquilo que é essencialmente seu papel: o controle de normas, neste caso, aquelas que vinculam as políticas públicas. Em relação à reserva do possível, não se quer que a Administração Pública seja ordenada a fazer algo em que não existem condições materiais para ser feito, mas sim garantir que, quando houver recursos e uma vinculação a efetivação de certo direito através de políticas públicas, a Administração deve fazer aquilo a que está vinculada, não esbanjar sua receita com atividades totalmente secundárias. Neste ponto, a questão da reserva do possível resume a ideia de que não se pode alegar tal teoria ao mesmo tempo em que se gasta fortunas com áreas não prioritárias.

Da mesma forma que se defendeu o controle das políticas públicas, sustentou-se que a omissão em relação às mesmas deve igualmente ser controlada. A omissão administrativa, conforme o entendimento mais acertado, representa um vício de discricionariedade abusiva e afronta ao princípio da proporcionalidade. Desta forma, a não realização de políticas públicas, quando há vinculação, representa um dos maiores males modernos em relação à Administração, a inércia. Neste sentido, a ausência de ação deve ser combatida da mesma forma que o seu excesso.

Questão igualmente importante é o entendimento de que normas exatamente vinculam a Administração. Neste sentido, mostram-se indispensáveis os esclarecimentos feitos em relação à estrutura normativa dos direitos sociais e a compreensão da polêmica entre Dworkin e o positivismo jurídico. Para entender a questão aqui tratada, de nada adiantaria saber que as políticas públicas vinculam-se às suas normas previsoras sem estabelecer exatamente quais são estas normas e qual a sua extensão.

Neste ponto, mereceu destaque a teoria de Alexy, que, tendo em vista os entendimentos firmados acerca das políticas públicas, é a que parece mais acertada. A colocação de princípios como mandamentos de otimização e regras como determinações dá resposta plenamente satisfatória a questão do que exatamente vincula a Administração Pública na realização das políticas públicas. Assim, haveria a previsão de política pública para efetivação de um determinado direito, o que seria um mandamento para ação universal. A partir de então, caberia a Administração Pública, através de exame que respeite o princípio da proporcionalidade, transformar este mandamento universal em um definitivo. Deve-

se ter a percepção que, admitida tal teoria, as políticas públicas são entendidas como meios para efetivação de direitos, que seriam os fins. Assim, o tríplice exame da proporcionalidade (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito) deve ser respeitado pela Administração quando esta, frente a um mandamento de ação universal, que oferece o número máximo de possibilidades para efetivação dos direitos (ou seja, o número máximo de meios para chegar a um fim), de fato realiza a escolha, optando por uma política pública dentre todas outras possíveis, criando então um mandamento de ação definitivo. Não pode a Administração realizar a política pública de maneira arbitrária, mas sim escolher aquela que se revela “proporcional”. O que se entende disso é que a norma previsora de política pública vincula a Administração criando um mandamento de ação universal e obrigando a Administração a seguir o postulado pelo princípio da proporcionalidade na escolha de uma política pública. Neste sentido, este ato de escolher uma política pública seria a transformação de um mandamento de ação universal para uma definitiva.

A análise jurisprudencial mostra um quadro amplamente favorável ao controle das políticas públicas de educação. Tem-se no Agravo de Instrumento 677274/SP, julgado pelo STF, um paradigma para futuros entendimentos. Igualmente importante ressaltar que a jurisprudência também entende como fator determinante para o controle das políticas públicas de educação a efetiva melhora da realidade, medida através de dados estatísticos, o que sugere que as políticas públicas também estariam vinculadas a melhora destes dados.

Enfim, estes modernos entendimentos devem ser louvados como reais evoluções do pensamento jurídico. Sem dúvida, estes representam que já se ultrapassou a era em que a discricionariedade administrativa era entendida como escudo para justificar mandos e desmandos por parte do Executivo.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*. Curitiba: Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOROWSKI, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BRUNO, Susana. *Eficácia do Direito à Educação*. Campos de Goytacazes: Dissertação (mestrado em Direito) área de concentração de políticas públicas e processo da Faculdade de Direito de Campos, 2007.

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

CHINELATO, João Marcelo Torres. *O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal*.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de políticas públicas*. IN: MELLO, Celso Antonio (org.). *Estudos em homenagem a Geralda Ataliba*. São Paulo; Malheiros, 1997, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Antonio Sergio Araujo. *Políticas públicas: definição evolução e o caso brasileiro na política social*. IN: Humberto Dantas e José Paulo Junior (orgs). *Introdução à política brasileira*. São Paulo: Paulus. 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo judiciário no Brasil – uma visão geral*. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo: PUC-SP, 2007.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária., 2003.

GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e a ciências política*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUIMARÃES, Flávio Barcellos. *Guia de políticas públicas para o desenvolvimento econômico municipal*. Sebrae, 2009.

HUMENHUK, Hesterston. *A teoria dos direitos fundamentais*. Joaçaba, 2002.

KANT, Immanuel. *Sobre a pedagogia*. 3. ed. Piracicaba: Unimep, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental - O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais, um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. IN: Maria Paula Dallari Bucci (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURER, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. São Paulo: Elsevier, 2009.

SBRISSIA, Larissa Fischer. *A efetividade dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba: Monografia (trabalho de conclusão de curso) Coordenação de monografias do curso de Direito da Unibrasil, 2009.

SEBRAE. *Políticas públicas – conceitos e práticas*. Série políticas públicas, vol. 7. Belo Horizonte: Sebrae, 2008.

SIECKMANN, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. IN Sociologias nº 16. Junho/dezembro 2006.