

## O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À EDUCAÇÃO<sup>1</sup>

Felipe Dalenogare Alves<sup>2</sup>

Maitê Damé Teixeira Lemos<sup>3</sup>

### RESUMO

O artigo apresenta os resultados de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida sob a temática do controle jurisdicional das políticas públicas objetivando a efetivação dos direitos sociais, em especial a educação, no Estado Democrático de Direito, a qual teve por objetivo principal a análise da legitimidade do Poder Judiciário para o exercício deste controle, tanto na fase de implantação, como na implementação das políticas públicas, sob um viés constitucional contemporâneo. Assim desenvolveu-se um estudo analisando as particularidades dos direitos fundamentais sociais frente à dignidade da pessoa humana e os objetivos traçados à República, sob um viés de direito público subjetivo conferido à educação básica, além de um breve estudo acerca das etapas de implantação e implementação das políticas públicas, finalizando com o estudo sobre a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas em ambas as etapas, frente a argumentos como intervenção indevida nos demais Poderes e discricionariedade administrativa.

**Palavras-Chave:** Controle jurisdicional de políticas públicas; Direito subjetivo à educação; Direitos Sociais; Implantação e Implementação de Políticas Públicas.

### ABSTRACT

The article presents the results of a bibliographical research developed under the theme of judicial control of public policies aiming at the implementation of social rights, in particular the education, Democratic State of Law, which had as main objective the analysis of the legitimacy of the judiciary to exercise this control, both in the implementation phase, as in the implementation of public policie sunder a constitutional contemporary bias. So a study analyzing the particularities of the social fundamental rights against the dignity of the human person and the strokes to the Republic, under a public subjective right bias given to basic education, as well as a brief study about the deployment steps and implementation of public policies, ending with the study on the role of the Judiciary in the control of public

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultado das pesquisas desenvolvidas no âmbito do Grupo de Estudos “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof<sup>ª</sup>. Pós-Dr<sup>ª</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal.

<sup>2</sup> Pós-graduando *lato sensu* (Especialização) em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós-graduando *stricto sensu* (Mestrado) em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof<sup>ª</sup>. Pós-Dr<sup>ª</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal. Email: felipe@estudosdedireito.com.br.

<sup>3</sup> Mestre e Doutoranda em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – RS – Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Prof<sup>ª</sup>. Pós-Dr<sup>ª</sup>. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. E-mail: maite.dtl@hotmail.com.

policies at both stages against undue intervention in the arguments as other powers and administrative discretion.

**Keywords:** Judicial control of public policies; Entitlement to education; Social Rights; Deployment and implementation of public policies.

## **Introdução**

O presente artigo apresenta o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sob a temática do controle jurisdicional das políticas públicas como uma necessária intervenção à efetivação dos direitos sociais, em especial a educação, no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo principal analisar a legitimidade do Poder Judiciário para tal, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo.

A satisfação dos direitos sociais, utilizando-se da tutela jurisdicional, vem ganhando, com um crescente processo de judicialização, contorno especial a partir da consolidação do Estado Democrático de Direito, estabelecido sob a aura constitucional contemporânea, com o propósito principal de satisfação dos direitos fundamentais e garantia da dignidade humana.

Frente a isso, a Constituição Federal estabeleceu a tripartição dos poderes, os quais, independentemente e de forma harmônica, são responsáveis pela implantação e implementação das políticas públicas, nos limites das competências constitucionalmente estabelecidas. Assim, tem-se que os objetivos e direitos fundamentais que orientam a Constituição dispõem de plena força normativa, vinculando todos os Poderes constituídos.

O direito à educação básica, além de estar previsto no rol petrificado dos direitos sociais, é explicitado na Carta Fundamental como um direito público subjetivo. Com efeito, ao explicitá-lo como um direito subjetivo, o constituinte deixou clara a possibilidade de o indivíduo fazer valer judicialmente o direito fundamental à ação positiva que lhe foi concedido, pois como já mencionava Pontes de Miranda, “nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la”.

Assim, o Poder Judiciário, ao exercer o controle das políticas públicas, através de decisões em ações individuais ou coletivas, estaria comprometendo a separação e a independência dos poderes? Estaria adentrando na esfera de competência dos poderes legislativo e executivo, caracterizando o fenômeno conhecido como ativismo judicial? Há a possibilidade de determinação judicial da política pública a ser implantada para a fiel concretização do direito?

Diante deste contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, relacionando a postura intervencionista do Judiciário diante das políticas públicas às funções dos demais Poderes do Estado, aos benefícios advindos à sociedade e à necessidade da prudência do julgador, seja monocrático, seja de órgão colegiado, ao adotar uma postura ativista.

Por outro lado, argumentos como a impossibilidade de controle na fase de implantação da política pública, sob pretextos como invasão de mérito administrativo e intervenção em competência dos demais poderes, deixando o destinatário do direito subjetivo desprovido de medidas estatais eficazes, não merecem prosperar, pois o Judiciário, neste caso, deve cumprir os preceitos constitucionais.

## **1. O Direito Fundamental Social à Educação e seu status de direito público subjetivo**

O direito à educação encontra-se petrificado no art. 6º da Constituição Federal, no rol de direitos fundamentais sociais. Estes, tidos como direitos fundamentais de 2ª dimensão, referem-se aos direitos relativos à igualdade, também denominados de direitos prestacionais ou direitos positivos, uma vez que exigem uma prestação positiva por parte do Estado, para que se atinja sua consecução.

Segundo Cara (2010, p. 48), “la mayoría de las Constituciones han optado por no garantizar los derechos sociales como derechos subjetivos”. Na Constituição Federal de 1988, entretanto, demonstrando a preocupação com a

dignidade humana, o art. 208, § 1º, garante o acesso à educação básica<sup>4</sup> - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - como um direito público subjetivo. Observa-se que ao explicitar a educação como um direito subjetivo, o constituinte deixou clara a possibilidade de fazer valer judicialmente o direito fundamental à ação positiva que lhe foi outorgado.

Ainda, no sistema jurídico brasileiro, este direito subjetivo arrume caráter transindividual de postulação, vez que poderá não apenas o indivíduo postulá-lo em nome próprio, mas um grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público (art. 5º, da LDB).

Mesmo que se saiba que a educação básica integra o mínimo existencial a qualquer ser humano dotado de vida, nunca é demais destacar o caráter de direito fundamental da educação, como direito social que é, como bem destaca Sarlet (2009, p. 482-483):

Embora aparentemente estejamos diante de uma obviedade, o fato de existirem segmentos da doutrina, ainda que bem intencionados e mesmo amparados em argumentos de relevo, que estejam negando a condição de autênticos direitos fundamentais dos direitos sociais (existe até quem negue a própria existência dos direitos sociais!) torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma leitura constitucionalmente adequada da própria fundamentação (inclusive filosófica) tanto da assim designada fundamentalidade quanto do próprio conteúdo dos direitos sociais.

Os direitos sociais emergem do denominado Estado Social, qual seja um Estado voltado ao bem estar da sociedade. Neste modelo, o Estado atua como uma espécie de mediador das relações, garantindo direitos como saúde, habitação, saneamento, educação, lazer, trabalho, repouso, greve, direito de associação bem como o direito de sindicalização.

Este modelo de Estado, indubitavelmente, por ter que desempenhar ações positivas, ocasiona reflexos vultosos na Administração Pública, principalmente

---

<sup>4</sup> Necessário apontar que o Constituinte, originalmente, previu o ensino fundamental como direito público subjetivo, o que, diante do processo de evolução social, avançou-se à educação básica, com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 59/2009, publicada no D.O.U. de 12 nov 09, dando nova redação ao art. 208, I, substituindo a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino fundamental para a educação básica.

pela necessidade de o Estado realizar políticas públicas que venham a garantir a efetivação dos direitos sociais insculpidos na Constituição.

Importante destacar que o Estado brasileiro, até a ordem constitucional contemporânea, não deu a devida atenção aos direitos sociais, embora, dentre eles, a educação fosse o que tivesse os olhos voltados do Estado com maior atenção. Ressalta-se que a perspectiva referente à educação, embora possa ser contestada, vem, gradativamente, ganhando novos rumos, principalmente no tocante à garantia de acesso, por meio do processo de judicialização.

O déficit do Estado com a sociedade brasileira, em se tratando de prestações positivas, ou seja, de políticas públicas objetivando a concretização dos direitos fundamentais sociais – com a educação em especial, não é de hoje. Frente a isso, a sociedade (organizada), passou a desempenhar importante papel neste processo de concretização, diante do que se vê, hoje, o importante papel das entidades confessionais, conforme destaca Meksenas (2002, p. 108-109):

Nos momentos de ausência das políticas públicas com fins sociais, algumas instituições preencheram, ainda que de forma débil, o vazio deixado pelo Estado. No Brasil foi o caso do catolicismo, que dos tempos coloniais até à atualidade ofereceu forma de educação, ideias e valores manifestos nos rituais de solidariedade em várias comunidades no país [...]. Muitos desses rituais de solidariedade foram reelaborados pelas religiões afro-brasileiras como forma de resistência cultural dos trabalhadores e também produziram laços de partilha. Da Colônia à República, as ações institucionais da Igreja católica apareceram no cuidado com os órfãos, viúvas, ou na atenção médica das Santas Casas, das coletas e da distribuição de esmolas.

Daí se vê o papel da própria comunidade, com a ausência do Estado, na concretização dos direitos fundamentais sociais. Tão grande a deficiência do Estado em proporcionar aos cidadãos brasileiros o direito à educação, que a Constituição Federal prevê a possibilidade de destinação dos recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, que comprovarem finalidade não lucrativa, aplicando seus excedentes financeiros em educação e assegurarem a destinação de seu patrimônio, em caso de encerramento de suas atividades, a outra de mesmo gênero (comunitária, confessional ou filantrópica) ou ao próprio poder público.

Mesmo que a comunidade tenha função importante no papel de concretização, é indiscutível que cabe ao Estado efetivar os direitos sociais. Esta efetivação ocorre por meio das políticas públicas. A Constituição Federal de 1988

(art. 211) estabelece competências – em regime de colaboração – aos entes federativos, no tocante às políticas públicas educacionais.

Merece destaque, ainda, que ao Município só é permitida a atuação em outros níveis de ensino – superior, por exemplo – quando estiverem plenamente atendidas as necessidades de sua área de competência e com recursos de investimento acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 11, V, da LDB).

Diante destas responsabilidades constitucionalmente atribuídas, o que deve se ter em mente é que os direitos sociais e, no caso deste estudo, em especial a educação, conforme elenca Barreto (2012, p. 3) “constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional”. Diante deste contexto, não poderia ser diferente, pois, como destacam Leal e Bolesina (2012, p. 16-17)

[...] o reconhecimento histórico – e jurídico – dos direitos fundamentais se presta para aclarar a razão de por que eles podem ser vistos [...] como direitos que não podem ser entregues à boa vontade da maioria, configurando direitos subjetivos a serem pleiteados, mormente, em face do Estado.

Desta forma, é necessário apontar que as políticas públicas, diante da ordem constitucional contemporânea, calcada na dignidade da pessoa humana, devem ser implantadas e eficientemente implementadas, sob pena de se caminhar em direção ao retrocesso social, pelo não atendimento dos direitos fundamentais conquistados, conforme será demonstrado a seguir. Assim o Estado não as concretizando, ensejará razões, de fato e de direito, para que o Poder Judiciário, guardião e intérprete final da Constituição, intervenha e exerça o controle jurisdicional das políticas públicas.

## **2. Breves considerações acerca da implantação e a implementação de Políticas Públicas**

Embora se saiba que não há um conceito pronto e acabado de políticas públicas, Leal (2006, p. 58) as define como uma “ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública”. Essas ações, conforme

elencam Leal e Lemos (2012, p. 834), são resultantes de um processo de planejamento, de orçamento e de execução.

Assim, como apontado no tópico anterior, embora o Estado possa se utilizar da sociedade organizada (instituições comunitárias, confessionais e filantrópicas), ele é o protagonista na concretização do direito social à educação, a fim de que, efetivamente, se tenha uma sociedade que vise o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Ao se tratar de políticas públicas, embora a maior parte da doutrina, terminologicamente, não faça distinção (entre implantação e implementação), vislumbra-se a existência de duas fases principais: a previsão ou formulação (implantação) e a execução (implementação).

Na fase de implantação de uma política pública para efetivar o direito a educação, é possível visualizar, por exemplo, a construção de uma escola pública ou a destinação de bolsas de estudo em instituições privadas quando houver falta de vagas em cursos regulares da rede pública na localidade do educando.

Sobre este processo de formulação da política pública, incidirá, a conveniência e a oportunidade do Poder Público, pois, acredita-se que o gestor fará a seguinte pergunta: qual a política mais conveniente e oportuna para se efetivar o direito a educação? A resposta deve se originar, além da participação popular, de estudos que levaram em conta aspectos estatísticos como demanda, estratégias geográficas e inúmeras outras que incidam sobre a decisão, inclusive no tocante aos recursos, sejam eles econômicos, materiais, pessoais, dentre outros. O Poder Público, pois, terá uma série de subsídios que poderão apontar o caminho na implantação da política mais adequada à efetivação do direito à educação.

Dessa forma, o Executivo, se bem intencionado, pode ser auxiliado, por exemplo, pelos denominados Conselhos de Gestão, Conselhos de Educação, dentre outros, uma vez que contam com a participação de diversos segmentos da sociedade organizada (entidades de classe, associações, representações de bairros), contribuindo para o diagnóstico das prioridades relativas à educação.

O Legislativo, nessa fase, principalmente no tocante a elaboração e votação dos projetos de leis (sobretudo de natureza orçamentária), possui papel fundamental na elaboração das políticas públicas. A função do legislador ao

aprovar o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) está intrinsecamente relacionada à definição e priorização das ações governamentais, com a alocação responsável dos recursos orçamentários.

Em suma, na fase de implantação da política pública, há incidência de discricionariedade administrativa e assim tem que ser, pois, como ensina Faria (2007, p. 286) “a liberdade conferida ao administrador público pelo legislador decorre, principalmente, do fato de que ele está mais próximo da realidade social em virtude das atribuições constitucionais da Administração Pública”. Não se trata, porém, de uma discricionariedade desmedida, mas aquela que atenda aos critérios de razoabilidade e cumpra os parâmetros mínimos estabelecidos na Constituição Federal.

Essa discricionariedade deve considerar que, no tocante a educação, a Constituição Federal, além de petrificá-lo no rol dos direitos fundamentais sociais, instituiu normas que orientam a alocação dos recursos necessários à satisfação das prestações correspondentes. Assim, existe para o Estado uma obrigação constitucional expressa, objetivando destinar percentual dos recursos para a satisfação do ensino obrigatório. Se esta alocação de recursos não se verificar nos termos da Constituição, tem-se uma cristalina violação ao comando constitucional.

A implementação, por sua vez, vislumbra-se como a fase na qual, implantada a política pública, esta será colocada em prática, ou seja, o planejamento e a decisão do poder público ganharão vida e se tornarão atos concretos. Esta implementação é contínua e gradual, não podendo caminhar em direção ao retrocesso social. Por exemplo: construída a única escola pública de ensino médio do município, esta não poderá ser fechada pelo Estado, sob pena de retroceder-se em um direito fundamental conquistado. Nessa fase, se deve, além de realizar a manutenção do sistema já implantado, gradualmente, objetivar a sua melhoria, sob pena de não se conseguir atender a demanda que se estruturará.

Assim, implementação pode ser visto como o processo que visa alcançar os objetivos traçados para a política, com o desenvolvimento de ações sustentáveis para atingi-los. Estas ações consistem no planejamento, organização e



aparelhamento do Estado, colocando em ação todos os recursos (materiais, financeiros, tecnológicos e humanos) necessários à consecução. Caso isso não ocorra, a política idealizada caminhará em direção ao colapso, como se observa na falta de estrutura para a oferta de um ensino público de qualidade.

Por fim, embora juridicamente possa até se admitir, como faz Appio (2006, p. 167), que não há “uma separação estanque entre formulação e execução de políticas públicas”, para fins metodológicos e, sobretudo, para desencadeamento das ações do Estado, é possível identificar estes dois momentos distintos, o que, mesmo que possa ser considerado singelo, gera debate no tocante ao controle jurisdicional. Nestes casos, poderá o Judiciário determinar ao Executivo que implante esta ou aquela política? Ou esta definição cabe ao administrador, em juízo de adequação à conveniência e oportunidade da Administração? Estas são as questões que se pretende discutir a seguir de forma que, ainda que não se apresente uma resposta pronta e acabada, pretende-se auxiliar no debate acerca da atuação do Poder Judiciário no âmbito das ações do Poder Público.

### **3. O controle jurisdicional das políticas públicas diante da ineficiência do Poder Público**

Na hipótese do Poder Público não implantar as políticas necessárias, deixando de elaborá-las (ou elaborando de maneira inadequada) ou, ainda, deixando de cumpri-las (ou cumprindo de forma ineficaz), abre-se espaço para a análise e discussão acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da tutela dos direitos sociais.

O cidadão, destinatário do direito à educação, ao não conseguir exercê-lo ou exercendo de forma insatisfatória, ineficiente, busca no Poder Judiciário, como um grito de socorro, o controle das políticas públicas, seja diretamente, de forma individual, seja de forma coletiva, principalmente diante da evolução e aparelhamento de instituições como a Defensoria Pública e o Ministério Público, uma vez que detém as ferramentas necessárias ao controle, como ressalta Leal (2011, p. 22):

[...] a ideia de Estado Constitucional amplia significativamente a natureza política e os compromissos comunitários dos Poderes Estatais, pois igualmente vinculados aos objetivos e finalidades da República,

compromissados com os valores positivados pela cidadania através do Poder Constituinte originário. Da mesma forma, legitima diversos outros espaços e atores para os efeitos de controle e concretização destes preceitos constitucionais, instituindo instrumentos arrojados para tanto, como (no Brasil) Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data*, Mandado de Injunção, Sistema de Controle de Constitucionalidade Concentrado e Difuso, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental etc.

O Poder Judiciário, quando acionado, não pode deixar de atuar e fazer valer o Direito e, mais do que isto, a própria concretização da Constituição. Cabe ao Estado à realização de ações positivas visando à efetivação do direito à educação, sendo passível, em caso de omissão (implantação e implementação) dos demais Poderes, de controle jurisdicional. Este controle, fruto do processo de judicialização dos direitos sociais – e de questões de natureza política que normalmente não chegavam ao Poder Judiciário –, é polêmico e leva Leal e Bittencourt (2010, p. 310) a afirmarem que pode ocasionar “a ascensão do Poder Judiciário que, na qualidade de ‘último intérprete da Constituição’, acaba por atuar como ‘regente republicano das liberdades positivas’”.

Não há de se negar que o controle jurisdicional das políticas públicas traz reflexos, principalmente, ao Executivo, pois todas as ações prestacionais são pautadas em previsão orçamentária e disponibilidade financeira. Ocorre que, não raro, se observa que o executivo não cumpre os objetivos mínimos destinados à educação, priorizando outras demandas. O que não se pode admitir, por exemplo, é vultosos gastos em publicidade governamental, ao invés dos investimentos constitucionais à educação.

Por outro lado, resta o seguinte questionamento: quem deve pagar a conta pela ineficiência do Estado? O cidadão, destinatário do direito? Não se pode coadunar com a invocação de normas infraconstitucionais – lei orçamentária e lei de responsabilidade fiscal, por exemplo – para o descumprimento de preceitos constitucionais. Sob este prisma, merecem destaque as palavras de Grinover (2010):

Observe-se, em primeiro lugar, que não será suficiente a alegação de falta de recursos pelo Poder Público. Esta deverá ser provada, pela própria Administração, vigorando nesse campo quer a regra da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicável por analogia, quer a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que flexibiliza o art. 333 CPC, para atribuir a carga da prova à

parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los.

Mas não é só: o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública (a construção de uma escola ou de um hospital, por exemplo). Para tanto, o par. 5º do art. 461 CPC servirá perfeitamente para atingir o objetivo final almejado.

Esta intervenção do Judiciário se dá diante da má gestão das políticas públicas pelo Executivo, que, encoberto pela escassez de recursos, seleciona uma política em detrimento de tantas outras, não podendo o Judiciário, diante do histórico processo de judicialização, ficar inerte, sem nada fazer.

Para isso, necessária se faz a observância das possibilidades e limites de atuação do Poder Judiciário na luta de superação desse cenário inconstitucional de pouca efetividade das políticas públicas, pois, um ativismo desmedido, sem limites, acaba servindo de argumento contra a própria causa, como destaca Appio (2006, p. 71):

Ao formular políticas públicas que atendem a suas prioridades pessoais, através da “interpretação adequada da Constituição”, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas consequências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, neste contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento de delicado equilíbrio necessário à democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada se difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de poder político junto a um único órgão.

Diante disso, se observa que parte da doutrina, como o próprio Appio (2006, p. 151) tende a não admitir o controle judicial na fase de implantação da política pública. Já outra parte da doutrina, no caso de uma política pública inexistente ou ineficaz, o admite, destacando que “apesar da discussão sobre a invasão do Judiciário na competência legislativa, neste caso, a atuação da jurisdição se dá como uma forma efetiva e estratégica de garantia dos direitos fundamentais” (LEAL; LEMOS, 2012, p. 842).

A título exemplificativo para o debate, merece destaque a decisão judicial em uma Ação Civil Pública<sup>5</sup>, por meio da qual associações educacionais postulavam que o Judiciário determinasse ao Município de São Paulo a construção de unidades de educação infantil em número suficiente para atender 736 crianças (cálculo concreto, que instruíra a inicial), bem como determinasse ao réu a apresentação de um plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil suficientes a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, indenizando as crianças e familiares cujo direito à educação e ao trabalho vem sendo violado, por danos morais, materiais e difusos, em valor a ser judicialmente arbitrado.

A juíza indeferiu a petição inicial, considerando ser impossível juridicamente o pedido formulado, julgando extinto o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, I, c/c. art. 295, I e seu § único, III, do CPC.

Analisando-se a fundamentação da decisão, observam-se argumentos como “não é dado ao Poder Judiciário determinar a maneira pela qual se concretizarão os direitos constitucionalmente garantidos, sob pena de ingerência indevida nos atos do Poder Executivo”; “tais pedidos invadem, indiscutivelmente, o âmbito da discricionariedade atribuída ao Poder Executivo na formulação e execução de suas políticas públicas”; “a obrigação do Município é a de fornecer vagas suficientes para todas as crianças que dela necessitarem, de acordo com sua conveniência e oportunidade” e “a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública não alcança, tampouco permite, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a indevida ingerência em atos exclusivos da Administração. O princípio da separação funcional dos poderes (Art. 2º, Constituição Federal) deve ser mantido”.

Observa-se que todos os argumentos utilizados referem-se à impossibilidade do controle da discricionariedade e separação dos poderes. Assim, percebe-se a tendência do Poder Judiciário em abster-se de determinar políticas específicas, concretas, mas determiná-las de forma abstrata. Ou seja, o juiz se abstém de

---

<sup>5</sup> Ação Civil Pública. Processo n.º 583.02.2008.150735-6. Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro. AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA, PESQUISA E INFORMAÇÃO; INSTITUTO DE CIDADANIA PADRE JOSIMO TAVARES; CASA DOS MENINOS; CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO (CDHEP) e ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE INTERESSES À HUMANIDADE JD. EMÍLIO CARLOS E IRENE promovem AÇÃO CIVIL PÚBLICA x MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

determinar a implantação de políticas específicas ao executivo (Ex: não determina que sejam construídos estabelecimentos de ensino para alocar o quantitativo de crianças que estão fora da escola, simplesmente, quando faz, determina que estas sejam alocadas no sistema de ensino).

No caso citado, se demonstrado substancialmente o déficit de vagas e o descaso do poder municipal com a educação, restaria cristalina a ineficiência da política pública atual para atender a demanda, o que não deixaria alternativa ao Judiciário senão atuar como indutor e determinar a construção de novas escolas ou, caso o executivo não dispusesse de recursos orçamentários para o momento, os incluísse no próximo orçamento. Embora se admita que na fase de implantação “é possível que se encontrem decisões mais ativistas do Judiciário”, que podem, em alguns casos, até mesmo, extrapolar certos limites existentes para “atuar na escolha pública, interferindo em espaços que tradicionalmente são compreendidos como sendo pertencentes ao poder discricionário”, deve-se considerar, entretanto, que, “em razão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em caso de não haver política pública, deverá – quando demandado – haver uma atuação do Judiciário no sentido de determinar essa criação”. (LEAL; LEMOS, 2012. p. 842).

A questão que deve ser levantada é: se restasse de plano comprovado que se trata de um sistema educacional totalmente ineficiente, em que se percebe o inchaço das salas de aulas – quase comparadas às galerias penitenciárias – e uma comprovada parcela de crianças sem escola, deveria abster-se o judiciário de determinar a construção de uma escola por tratar-se de “uma escolha” do administrador em qual a melhor forma de propiciar vagas escolares, se, na prática, se saberá que a medida a ser adotada será nenhuma? A resposta mais adequada, parece seguir os ensinamentos de Palu:

No Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, a um governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base de apoio parlamentar. *E somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada aos atos de governo.* (PALU, 2004, p. 82 *apud* FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 71). (Grifos originais).

Como destacado anteriormente, é certo que a implantação e a implementação de políticas públicas, ordinariamente, não se encontram dentre as atribuições do Poder Judiciário. Ocorre que, na excepcionalidade, demonstrada a omissão ou ineficiência dos demais Poderes no cumprimento de suas competências políticas-jurídicas, vindo a comprometer os direitos fundamentais sociais, mesmo que se admita a existência de um conteúdo constitucional programático, este não é mera promessa inconsequente, ensejando atuação do Judiciário, como guardião da ordem constitucional que é.

Diante disso, por derradeiro, como asseveram Leal e Lemos (2012, p. 838) “há a necessidade de que, no intuito de tornar as políticas públicas eficazes e eficientes, o Judiciário assumira um papel mais ativo, fazendo o controle das políticas públicas, que pode ser tanto na fase de formulação – quando o Judiciário passa a ter uma característica de indutor de políticas públicas – quanto na fase de execução das mesmas”.

## **Conclusão**

Conforme analisado, verifica-se que a inércia do Poder Público em adotar políticas públicas que atendam às demandas da população, principalmente no que se refere ao direito à educação básica – gratuita e obrigatória – resulta em situações extremas, que fazem com que não apenas o indivíduo destinatário do direito social busque socorro no Poder Judiciário, mas também, por ganhar este direito um caráter transindividual, instituições, como Associações, Defensoria Pública, Ministério Público entre outros, busquem a tutela jurisdicional.

Realmente, há de se admitir que determinar por qual meio (política pública) será proporcionada a satisfação do direito social (educação) incide a discricionariedade administrativa, importando em razões de oportunidade e conveniência. Ocorre que, comprovada a ineficiência do Poder Público em adotar as medidas necessárias e, diante da comprovada iminência de que o direito não venha a ser satisfeito, não pode se abster o julgador em determinar medidas que venham a ser eficientes.

Dito de forma prática, se houver a comprovada carência de mais de setecentas vagas para crianças na rede municipal de ensino (como no exemplo

trazido a reflexão), há dúvidas de que a construção de estabelecimentos de ensino se constitui na única medida cabível à satisfação do direito à educação com eficiência? Não há de se admitir, neste cenário, a omissão do judiciário em determinar a construção ou, no mínimo, se, comprovadamente, não houver recursos para o momento, determinar a inclusão no orçamento para o próximo ano, sob argumentos como ingerência na discricionariedade administrativa ou intervenção nos demais Poderes.

Por fim, ressalta-se que o tema é pertinente e instigante, sendo que ainda carece de muitos estudos, representando, o seu enfrentamento, uma efetiva contribuição à academia e à sociedade, uma vez que ténue é a tangente que separa a invasão desmedida de competências, que toda a doutrina refuta, da atividade garantidora dos direitos fundamentais, devendo ser, esta última, a postura adotada pelo Poder Judiciário.

## Referências

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil*. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2006.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: Revista Quaestio Iuris. v. 1. n. 6-9. Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. e. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. 7. v. 7. n., 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BITENCOURT, Caroline Muller. *A função e a legitimidade do Poder Judiciário no constitucionalismo democrático: um ativismo necessário?*. In: REIS, Jorge Renato dos; COSTA, Marli Marlene Moraes da. (orgs). *As Políticas Públicas no Constitucionalismo Contemporâneo*. 2. t. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

\_\_\_\_\_ ; BOLESINA, Iuri. *Três “porquês” a jurisdição constitucional brasileira diante do (aparente) conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível na garantia dos direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas: há mesmo escolhas trágicas?* In: Revista do Direito. n. 38. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2012.

\_\_\_\_\_ ; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O Judiciário como indutor de políticas públicas: cumprimento do dever constitucional ou ativismo judicial? – uma análise a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* In: COSTA, Marli Marlene Moraes da (et al). *As políticas públicas no constitucionalismo contemporâneo.* t. 4. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. *O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais.* In: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo. v. 5. n. 9. Montevideo, 2006.

\_\_\_\_\_. *Quais os limites da jurisdição no Estado Democrático de Direito? Reflexões Preliminares.* In: GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. (orgs). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios modernos.* Curitiba: Multideia, 2011.

MEKSENAS, Paulo. *Cidadania, poder e comunicação.* 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.* In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.



**Como citar este artigo:**

ALVES, Felipe Dalenogare; LEMOS, Maitê Damé Teixeira. *O controle jurisdicional de políticas públicas relativas à educação*. In: Anais do X Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea & VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos. Santa Cruz do Sul: EdUNISC, 2013.