

Denise Souza Costa*

A omissão da administração pública para a concretização do direito fundamental à educação

Resumo: O artigo se propõe a analisar a questão da omissão da administração pública na concretização do direito à educação e seus efeitos jurídicos e fáticos. Sugere a utilização do princípio fundamental à boa administração pública como instrumento contra a inoperância do Estado no cumprimento de seus deveres prestacionais.

Palavras-chave: Omissão. Efetividade. Direito à educação.

The omission of public administration on the effectiveness of education right

Abstract: The article aims to examine the public administration's liability in the effectiveness of the right to Education and its legal and factic effects. the Fundamental principle of a good Public Administration as an instrument against the State failure in the compliance of its benefit obligations.

Key words: Omission. Effectiveness. Right to education.

Considerações iniciais

O Estado Constitucional caracteriza-se pela passagem da legalidade para a juridicidade que amplia a abrangência de aplicação das normas para além da mera aplicação da lei. Se exige que a administração pública cumpra suas funções de promotora dos direitos sociais. Para tanto, utiliza-se a interpretação tópico-sistemática das normas constitucionais, no cenário do Estado Constitucional brasileiro, para determinar em que condições essas normas jurídicas deverão ser aplicadas a situações concretas, com o fim de atingir maior eficácia na concretização dos direitos sociais.

Desse modo, cabe uma releitura das ações do Estado, por meio da análise das atuais posturas doutrinárias e jurisprudenciais, à luz do direito fundamental à boa administração pública como instrumento contra a

* Especialista e Mestre em Direito Público pela PUCRS. Consultora da Unesco no programa de governança solidária local da Prefeitura de Porto Alegre. E-mail: denisecosta.mac@gmail.com.

omissão do Estado. Portanto, na busca de respostas e soluções, é preciso aprofundar o tema da omissão da Administração Pública na execução dos deveres prestacionais e na garantia da efetividade dos direitos sociais, em particular em relação ao direito fundamental à educação.

1 Omissão educacional

O conceito, materialmente aberto dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, e a sua aplicação direta e imediata contempla uma nova dimensão ao sentido do direito, que migra de uma supremacia meramente formal para uma dimensão material, com a finalidade da concretização dos bens jurídicos e dos interesses tutelados.¹ Dessa forma, o Direito assume uma função promocional, pois deixa de ser mera estrutura para assumir-se funcionalmente.

No Estado Constitucional dos direitos sociais,² cuja legitimidade se fez paradigma dos Estatutos Fundamentais,³ a Administração Pública passa

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 351.

² O referido Estado Constitucional dos direitos sociais corresponde ao chamado “Estado Constitucional dos direitos fundamentais”, referido por Paulo Bonavides, que se caracteriza pela forma mais “inovadora” de Estado, que é o Estado Social. “O vendaval político-doutrinário que açoitava o Estado Constitucional do Liberalismo acabou por envelir os alicerces do Estado de Direito de inspiração individualista e burguês. Despontou, então, a proposta de um modelo de Estado Constitucional em que o teor social das instituições se tornava a nota mais predominante de sua caracterização. A passagem do antigo ao novo Estado marcava, por igual, o começo de uma época constitucional, derivada da ruptura dos princípios de legalidade e da legitimidade que andaram conjuntos numa bem-sucedida linha de harmonia e equilíbrio, enquanto o Estado Liberal pôde manter incontestável a hegemonia do ascendente burguês no seio da sociedade de classes. [...] Quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado Constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 36).

³ Sobre as transformações do Estado e a passagem da legalidade para a legitimidade, Bonavides assevera que “No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade por fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição, na essência; é sobretudo sua normatividade. Ou, colocando em outros termos: a legalidade é a observância das leis e das regras (características do Estado Liberal, em que prevaleciam os direitos da primeira geração e a lei era tudo); a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios. Ambas se integram na juricidade e eficácia do sistema, fazendo-o normativo; sendo, tocante a essa normatividade, os princípios, o gênero; as leis e as regras, a espécie. A regra define o comportamento; e a conduta, a competência. O princípio define a justiça; a legitimidade, a constitucionalidade” (Ibidem, p. 36).

a ser responsável, por força constitucional, de promover, garantir e proteger os direitos fundamentais, como ente a serviço dos cidadãos, exercendo suas atividades em obediência aos limites impostos pela ordem constitucional e pelo sistema de normas vigentes.

Os direitos sociais, em sua dimensão prestacional, dependem da atuação positiva da Administração Pública em vários sentidos: criando as políticas públicas, gerindo os recursos a elas destinados e medindo os resultados obtidos. Para cumprir suas atividades jurídicas e sociais, o Estado necessita exercê-las através de seus agentes públicos. A ação da Administração Pública, como ação do Estado, traduz-se em atos de seus funcionários que, no desenvolvimento das suas funções, podem causar dano ao patrimônio de terceiros.⁴ Neste caso, o Estado responderá por esses danos, por ser responsável pelas atividades exercidas em seu nome.⁵ Essa afirmação só pode ser aceita por se estar diante de um Estado Democrático de Direito, em que as normas são válidas para todos, dentro de um sistema aberto de princípios, regras e valores, consagrando os direitos fundamentais. Por essa razão, o processo deve ser completo e contínuo, não pode ser feito parcialmente, visto que, na medida em que os direitos vão sendo concretizados, novas exigências vão surgindo e há necessidade de aperfeiçoá-los. Exige-se, assim, uma ampliação do conteúdo do dever constitucional de planejamento das políticas públicas,⁶ especialmente da educação.

Entretanto, a crescente omissão do Estado/Administração em promover, garantir e proteger os direitos fundamentais mostra uma face perversa da realidade, pois revela que a formalização dos direitos sociais e o desenvolvimento econômico não foram capazes de suprir as suas demandas. Na área social, não houve o mesmo avanço, obtido pelas grandes transformações científicas, mercadológicas e tecnológicas. A concretização material dos direitos sociais revela-se, ainda hoje, insuficiente na redução das desigualdades e na exclusão dos menos favorecidos. Na prática, estes não usufruem de muitos dos direitos formalizados nas constituições contemporâneas e, diante de uma crise global, os primeiros direitos a serem restrin-

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007. p. 15.

⁵ Sobre a Teoria do Risco Administrativo, ver FILHO, Romeu Felipe Bacelar. Responsabilidade civil da administração pública – Aspectos relevantes. In: FREITAS, Juares (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 314.

⁶ A autora assevera que as políticas públicas atuam de forma complementar para viabilizar a efetividade dos direitos sociais, “preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26).

gidos são os direitos sociais. Enfrentar os paradoxos tecnoeconômicos trazidos consigo, globalizando,⁷ de um lado, e excluindo, de outro, é o maior desafio do Estado Constitucional contemporâneo, da comunidade mundial e dos governos democráticos na atualidade.

A inoperância ou a omissão da Administração Pública caracteriza-se por uma medida retrocessiva de um direito fundamental, concretizado em nível legislativo. Por isso, a omissão da Administração Pública jamais poderá atingir o núcleo essencial do direito fundamental à educação, a ponto de reduzi-lo à mera previsão legal, sem condições de concretização. Dessa forma, cabe à Administração Pública uma atuação mais ativa, no sentido de que todas as suas condutas (comissivas ou omissivas) devam ser legítimas, não podendo resultar em danos aos administrados. Sob essa nova ótica do Estado Constitucional, não se aceita mais a discricionariedade pura da Administração Pública.⁸ A vinculação do poder público à Constituição e aos princípios administrativos obriga-o, na tomada de suas decisões, a justificar a escolha dos pressupostos de fato, de renda e de poder,⁹ com a finalidade de efetivar, na maior medida possível, os direitos fundamentais dos cidadãos.

Sendo assim, enquanto as desigualdades sociais não forem mitigadas, mediante políticas públicas eficientes e eficazes, caberá à pessoa de direito buscar sua tutela no Poder Judiciário. Entretanto, a sindicabilidade dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário deve ser a última *ratio*, para a garantia da materialização dos direitos sociais, pois a prerroga-

⁷ O autor, ao analisar os efeitos da globalização, ressalta que “Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão” (BAUMAN Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 9).

⁸ Segundo posição esclarecedora de Juarez Freitas, “mínua o espaço da discricionariedade, substituída, pouco a pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente, sem sucumbir a particularismos contrários à ideia de universalização, de sorte que toda discricionariedade resta vinculada aos princípios fundamentais, donde se extrai a inexistência de discricionariedade pura (p. 26). (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 202). Para Dworkin, questões jurídicas e morais estão interligadas, por isso critica os “positivistas” (que fundados nas ideias de Kelsen que defendia que a moral é extrajurídica e que não se pode ter argumentos não jurídicos, para validar uma norma, por isso teria considerado os princípios, normas extra legais), sendo assim sustenta que não há discricionariedade, pois os juízes sempre vão fundamentar suas decisões com base nos princípios, dentro de uma sistema jurídico aberto. Defende a tese de que toda fundamentação tem que se dar no interior de um sistema lógico-formal, no qual proposições são deduzidas de proposições.

⁹ Paulo Bonavides ressalta a importância da utilização da metodologia interpretativa da Nova Hermenêutica, para se ter o domínio dos fenômenos políticos e constitucionais de nossa época (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31).

tiva de formular e executar políticas públicas reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Deve haver maior eficiência nas ações do Estado/Administração, a fim de que não aumente, cada vez mais, a intervenção do Poder Judiciário, para a garantia de efetivação dos direitos sociais.

Essas novas posições jurídicas e doutrinárias, inseridas pelo Estado Constitucional contemporâneo, deveriam ser suficientes para impedir que o próprio Estado/Administração fosse o causador do dano ao cidadão, especialmente, em relação a direitos que já trazem densidade normativa necessária de direito subjetivo público, como é o caso do direito fundamental à educação.

Nesse contexto, sustenta-se a urgente quebra de paradigmas das funções do Estado/Administração e do próprio sentido de responsabilidade extracontratual do Estado e do Direito Administrativo, na busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais, mais, especificamente, o direito fundamental à educação.

2 O direito fundamental à boa administração pública como instrumento contra a omissão e inoperância do Estado

O direito fundamental à boa administração, em nosso sistema jurídico, se identifica a par dos parâmetros gerais de atuação da Administração Pública, expressos no art. 37, *caput*, e no § 3º, da CF, e de outros preceitos normativos de controle social do poder, direcionando a gestão pública à melhora na concretização dos direitos fundamentais e na satisfação dos interesses da coletividade.

A releitura da responsabilidade extracontratual do Estado/Administração vai prestigiar o Direito Fundamental à boa Administração Pública, como instrumento contra os casos de omissão do Estado, isto é, do não exercício devido de suas competências discricionárias. Nas palavras de Juarez Freitas, quando o exercício da discricionariedade administrativa resultar viciado por inoperância, por arbitrariedade, por omissão, configurará responsabilidade extracontratual do Estado.¹⁰

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64.

Juarez Freitas,¹¹ em inovadora posição, define que cabe ao Estado/Administração executar as políticas públicas à luz do:

direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Completa, lecionando que a esse direito corresponde “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem [...]”,¹² como o princípio da eficiência¹³ nas políticas públicas.

A partir dessas ponderações, entende-se que uma das melhores formas de reduzir as distorções sociais existentes é a execução de políticas públicas à luz do direito fundamental à boa administração. Assim, desloca-se o eixo da discussão da ausência de políticas públicas, para aquela da eficiência na execução destas políticas, que se configura no dever geral do poder público em empregar todos os meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis para a realização dos direitos fundamentais.

A educação, vista como um direito social que depende de prestação do Estado para ser concretizado, exige um esforço transdisciplinar para se efetivar. Constatamos, porém, que a previsão constitucional, que o sistema de leis relacionadas e os tratados internacionais ainda não têm sido suficientes para lhes garantir a efetivação. No Brasil, a omissão estatal em relação à concretização do direito fundamental à educação tem sido corrigida por decisões judiciais, o seu efeito imediato, todavia, se restringe ao titular do direito subjetivo que foi satisfeito. Essas decisões formam jurisprudência, mas não têm o poder de irradiar seus efeitos para toda a coletividade.

A releitura da responsabilidade civil do Estado, feita à luz do Direito fundamental à boa administração, vem ao encontro da nova postura,

¹¹ Ibidem, p. 23.

¹² Ibidem, p. 22.

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário – uma visão geral. *Interesse Público*, n. 44, p. 50-51, 2007. Em relação ao princípio da eficiência, o autor assevera que “o que se procura verificar é a existência – ou não – de uma relação mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento. [...]. A doutrina especializada visualiza na eficiência um dever geral da Administração otimizar o emprego dos meios disponíveis para, com eles, obter os melhores resultados possíveis relevantes para o interesse público. Não obstante a economicidade, isto é, a relação custo/benefício sob uma perspectiva financeira, será sempre um aspecto importantíssimo a ser examinado no contexto da eficiência”.

assumida pelo Estado Constitucional contemporâneo, nesta visão dialógica do Estado/Administração. Assim, cabe à Administração Pública uma atuação mais ativa no sentido de que todas as suas condutas (comissivas ou omissivas) têm que ser legítimas, não podendo resultar em danos aos administrados. Sob esta nova ótica do Estado, não aceita mais a discricionariedade pura da Administração Pública. A vinculação do poder público à Constituição e aos princípios administrativos obriga-o, na tomada de suas decisões, a justificar a escolha dos pressupostos de fato, de renda e de poder.

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico resultou na mudança de paradigmas em todos os ramos do Direito, especialmente do Direito Administrativo. É exatamente a supremacia da Constituição que propicia a impregnação de toda atividade da Administração Pública pelos princípios, regras e valores nela previstos, ensejando uma releitura da disciplina pela ótica constitucional.¹⁴ Paulo Bonavides diz que o novo Estado de Direito pertence aos direitos fundamentais e primordialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais; é mais o Estado da legitimidade do que propriamente da legalidade em sua versão clássica. É um Estado em busca de meios para aparelhar fins.¹⁵ O Princípio da proporcionalidade tornou-se um desses meios e veio a ser uma nova garantia constitucional que tanto protege o cidadão contra as demasias do poder estatal quanto contra sua inoperância.¹⁶

Muitas vezes, diante de todos os Direitos Fundamentais albergados na Constituição, ocorrerão momentos em que a Administração Pública terá que decidir qual bem jurídico deverá proteger. Mas, em nenhuma destas circunstâncias, um Direito Fundamental deve suprimir inteiramente o outro, na colisão de exercícios. Juez Freitas assinala que o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos Direitos

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 85. Ver também: MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 980.

¹⁵ Sobre o tema, Juez Freitas amplia a visão do Princípio da Proporcionalidade, quando diz que "Força notar que o princípio da proporcionalidade não estatui simplesmente adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente dá prioridade indevida a um deles, em detrimento imotivado de outro" (FREITAS, Juez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

¹⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 20.

Fundamentais.¹⁷ Agindo assim, de maneira proporcional e justificando suas escolhas, poderá a Administração Pública assegurar a proteção efetiva do núcleo indisponível dos Direitos Fundamentais de todas as dimensões e a eficácia dos princípios constitucionais, tendo em vista que a vinculação do Princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos Direitos Fundamentais.

Uma das importâncias capitais do Princípio da Proporcionalidade se verifica pela sua função de tentar conciliar o direito formal com o direito material, a fim de promover e efetivar, de forma eficaz e eficiente, as transformações sociais. Não basta apenas a existência formal dos direitos, este paradigma foi superado com o advento do Estado Social. A nova forma de Estado de Direito, o Estado Constitucional, exige do poder público a satisfação material dos Direitos Fundamentais, admitindo sempre a necessidade de se fazer uma ponderação entre a melhor escolha, sem que ao Estado seja impingido o fardo de segurador universal.

Assim como as constituições contemporâneas, a meta central da Carta de 1988, em particular, pode ser resumida na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. A simples negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida pelo Estado, que possa ferir o núcleo essencial e a base dos Direitos Fundamentais Sociais, tem como resultado a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos e a conseqüente negação da própria Constituição. Sendo assim, haverá a ofensa à proporcionalidade, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente der prioridade indevida a um deles em detrimento imotivado de outro.¹⁸

A nova leitura da responsabilidade civil do Estado é feita exatamente a partir da exigência de que o Poder Público exerça sua discricionariedade de forma eficiente e eficaz, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição. Neste sentido, há o reconhecimento de que a Administração Pública pode causar danos também por inoperância e omissão, resultando um déficit prestacional em sede de direitos fundamentais. A dúvida, quanto ao alcance da norma constitucional, em relação às

¹⁷ FREITAS, op. cit., p. 64.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63.

condutas omissivas, se dá pela indeterminação do próprio sistema jurídico, em decorrência da equívocidade dos textos normativos referidos por Guastini,¹⁹ do qual decorrerá o poder discricionário, sempre vinculado aos princípios constitucionais, na busca da melhor solução.²⁰

Neste momento, é de grande importância a presença do Poder Judiciário, para corrigir este déficit. Como já foi referido, cabe salientar que estas decisões se restringem aos autores dos processos e não têm a capacidade de beneficiar a todos os titulares do direito tutelado. Por isso, surge a necessidade de uma outra forma complementar, mais abrangente, para corrigir este déficit.

A sistematização de metas e indicadores da realização dos direitos sociais passa, necessariamente, por uma compreensão das diversas dimensões dos direitos sociais, como do controle do orçamento público e dos critérios das decisões administrativas, chegando a uma reflexão sobre a ética dos recursos escassos, em conformidade com os princípios da transparência e moralidade.

A eficácia é entendida como a obtenção de resultados constitucionais adequados, inerente do primado dos Direitos Fundamentais, cujas finalidades constitucionais estão previamente estabelecidas, por isso é indispensável que se tenham critérios razoáveis de aferição dos resultados, para se constatar se estes objetivos foram realmente atingidos, à luz do princípio da eficiência. Há, na doutrina, discussões semânticas a respeito do significado dos termos “eficiência” e “eficácia”, portanto estabelece-se, neste trabalho, que a primeira refere-se ao meio adequado de execução, ou seja, fazer certo as coisas e a segunda, aos resultados, ou seja, fazer as coisas certas.

Em relação ao direito à educação, é eficiente garantir acesso público e gratuito ao maior número possível de pessoas (que necessitem). Ocorre que será eficaz se, deste acesso, resultar um aprendizado de qualidade, capaz de atender aos fins constitucionais do pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho. Se a eficiência expressa uma relação entre conduta e objetivo, tem-se que a enunciação integral da política pública, com seus indicadores de avaliação, fornecerá os dados objetivos que permitirão, no exercício do controle, a aferição do vetor eficiência. É preciso deslocar o eixo da discussão, da

¹⁹ GUASTINI, Ricardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 40, p. 217, 2007.

²⁰ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 8.

ausência da política pública, para aquela da sua eficiência, tendo o princípio da eficiência como parâmetro de avaliação do agir estatal, e políticas públicas, como elemento deste agir.²¹ Note-se que, mesmo diante da relação de interdependência e de complementaridade sistêmica entre os dois princípios, o princípio da boa administração tem maior alcance que o da eficiência, pois vai além da avaliação formal, exigindo resultados objetivos da administração pública, o controle dos seus atos e a participação cidadã, para concretização dos direitos fundamentais sociais.

Diante das posições acima expostas, Eberhard Assmann, em recente artigo,²² analisa e propõe uma reforma do Direito Administrativo. As sociedades se encontram em um processo de mudança e de transformações constantes que geram outras demandas sociais que devem ser solucionadas. Estamos vivendo uma nova fase da Administração Pública, na qual uma de suas funções deve deslocar-se da execução das prestações constitucionalmente estabelecidas, para uma Administração Pública, garantidora da efetiva execução das prestações.²³ O Direito Administrativo deve assumir uma postura mais ampla do que a tradicional, transformando-se em um regime de cooperação, que atua na transversalidade, com a adesão social e participação da comunidade. O tradicional direito de repressão do Poder Público transforma-se em um direito voltado para a eficácia das prestações e dos serviços públicos. Esse novo modelo pressupõe uma adesão social, pois o direito tem de ser o guia dos processos sociais como fator de impulsionamento e não mais de repressão, voltando-se, assim, para o futuro. Dessa forma, a função do Estado transforma-se, por meio de um direito de regulação, em busca da eficiência das suas atividades, que se traduz na “boa

²¹ VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, n. 48, p. 98, 2008.

²² ASSMANN, Eberhard Schmidt. Principes de base d'une réforme du Droit Administratif. *Droit Administratif et Justice Administratif*, mai-juin. 2008, p. 427; ASSMANN, Eberhard Schmidt. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema – INAP*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2003.

²³ Como refere Eberhard Schmid Assmann, “O direito se consagrou pela sua função inerente de estabilidade e segurança, mas não pode correr o risco de fazer obstáculos às reformas necessárias que a sociedade exige ou se ver ultrapassado pelas pressões de mudanças. Pois, a flexibilidade e a abertura a inovações devem obedecer ao sistema jurídico, pela segurança jurídica e pela confiança legítima. Na busca do equilíbrio entre a estabilidade e a mudança, o problema fundamental consiste em determinar as forças motrizes que concretizam as adaptações ou as transformações necessárias na esfera do direito administrativo, que são a jurisprudência, o legislador, a doutrina e o poder executivo (Principes de base d'une réforme du Droit Administratif artigo publicado na revista *Droit Administratif et Justice Administratif*, mai-juin. 2008, p. 427).

governança”, referida por Assmann, ou na “boa administração pública”, nas palavras de Juarez Freitas. A viabilidade do Estado, como garantidor da concretização das prestações inerentes dos Direitos Fundamentais, só será possível se for fundada, cada vez mais, na transversalidade e cooperação de diversos segmentos da sociedade.

No plano internacional, o direito à boa administração está consagrado expressamente no artigo 41 da Carta de Nice, de sete de dezembro de 2000, onde se proclamou a carta dos direitos fundamentais da União Europeia.²⁴ Este texto reflete a concepção de uma verdadeira convivência democrática, contendo direitos, destinados à proteção de todo cidadão, reconhecido como pessoa humana plena,²⁵ o que lhe permite relacionar-se, mediante as ações ou as omissões da administração pública, em termos de igualdade. Poderíamos relacionar esta nova postura de Estado às propostas de Breyer,²⁶ lançadas em seu livro, “Active Liberty”. Quando Breyer se refere à liberdade ativa, sugere um tipo de ligação entre as pessoas e os seus governos, isto é, conexões que envolvem responsabilidades, participação e capacidades. Além disso, a ativa liberdade não pode ser entendida em um vácuo, ela tem que operar (ser aplicada) no mundo real. Neste, institutos e métodos de interpretação devem ser concebidos de modo tal que esta forma de liberdade seja tanto sustentável ao longo do tempo, quanto capaz de traduzir a vontade do povo em políticas sólidas.

Em Porto Alegre, temos um bom exemplo de aplicação do princípio da boa administração por meio do programa de “governança solidária

²⁴ Artigo 41 – Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de, a seu respeito, ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

²⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Direito Fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público* (Belo Horizonte, n. 48, p. 100, 2008). A autora afirma que “desse compromisso finalístico decorre uma nova visão das relações que se venham a empreender entre Estado e cidadão, que não mais se apresenta como um destinatário passivo de decisões discricionárias e muitas vezes insuscetíveis de controle; mas, como sujeito ativo”.

²⁶ BREYER, Stephen. *Active liberty. interpreting our democratic constitution*. 2005, p. 48.

local”.²⁷ Segundo documentos da Prefeitura, a governança solidária local²⁸ é um “estilo de governo do qual todos podem fazer parte: O Estado (em qualquer âmbito municipal, estadual e federal) e a sociedade civil (empresas, organizações do terceiro setor e, principalmente, os cidadãos)”. Coloca-se como ponto fundamental a participação democrática dos cidadãos, por meio do fortalecimento das redes sociais, com o objetivo de promover o desenvolvimento das pessoas e da comunidade. Neste caso, as decisões de políticas públicas não são determinadas pelas elites políticas no poder, mas partem de decisões coletivas que são tomadas nas comunidades. Aqui, o conceito de governança é utilizado tendo como princípio a parceria que se estabelece entre o governo e a comunidade. Cabe ao governo estimular a participação cidadã, o protagonismo social, o fortalecimento do terceiro setor, com a finalidade de existir uma corresponsabilidade na gestão das políticas públicas. Esta concepção, ao considerar o papel estratégico do terceiro setor, como elo entre o poder local e a comunidade, adjetiva como solidária a governança.

Estes novos modelos de gestão pública se justificam, uma vez que o Estado esgotou suas reservas financeiras e se tornou incapaz de prestar todos os serviços de sua competência. Dessa forma, busca, na sociedade, capital humano, social e financeiro para complementar e viabilizar as políticas públicas. Sendo assim, ele passa a necessitar não só do aval da sociedade para administrar, mas da participação ativa na escolha das ações que deverá desenvolver, para ter, assim, legitimidade.

Outro aspecto a ser ressaltado são os resultados nefastos, trazidos pela falta de transparência nas ações governamentais e privadas diante da atual crise financeira que assola o planeta. Este fenômeno, tão presente no cenário mundial atual, mostra que a desigualdade do conhecimento e das oportunidades cria imperfeições que prejudicam a competição e o crescimento do indivíduo e, conseqüentemente, de todo o sistema social, além de alimentar o desperdício, abusos e desvios. É um flagrante exemplo da má atuação da Administração Pública na regulação do setor financeiro,

²⁷ PORTO ALEGRE. Disponível em: <www.administradores.com.br/noticias/porto_alegre_apresenta_modelo_de_governanca_solidaria/4197/-41k>. Acesso em: 20 nov. 2009.

²⁸ Por este modelo inovador de gestão pública, Porto Alegre foi escolhida a participar da Expo 2010, em Shanghai, cujo tema é “Melhor Cidade, Melhor Vida”. Por meio do programa especial da governança solidária local, Porto Alegre irá mostrar ao mundo um modelo de administração pública que une gestão e democracia participativa (PORTO ALEGRE. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cs/default.php?reg=115250&p_secao=3&di=2009-10-01>. Acesso em: 20 fev. 2010).

que teve como consequência distorções de mercado, resultando na atual crise sistêmica.

Joseph E. Stiglitz,²⁹ em recente artigo sobre a crise financeira global de 2009, diz que existe uma grande disparidade entre os retornos sociais e os retornos privados. Se não forem alinhados, o sistema de mercado nunca poderá funcionar bem. Estas estruturas de negócio, sem eficiente regulação do poder público, também produziram contabilidades artificiais, com números irrealistas e complexos, de difícil compreensão. A falta de transparência das regras do mercado mundial e a ganância desenfreada encontraram uma forma de gerar ganhos financeiros gigantescos que resultaram em enriquecimento para pequena parcela da população, que já era privilegiada, aumentando as desigualdades sociais. Todas essas fontes de riqueza não geraram, na mesma proporção, benefícios ou avanços sociais para a maior parte da população mundial. Ocorre que este cenário acabou, desencadeando uma crise sem precedentes, que atingiu a todos, ricos e pobres, exigindo-se uma nova ordem econômica mundial, sem que, com isto, se sacrificassem mais ainda os direitos fundamentais.

Devido às múltiplas carências de cada sociedade na prestação dos direitos fundamentais, no Brasil, em um primeiro momento, dever-se-ia priorizar o atendimento às camadas mais carentes da sociedade, tendo em vista o fato de esta parte da população, na maioria das vezes, nem chegar a procurar judicialmente a garantia da concretização de seus direitos, exatamente pela falta de educação, de conhecimento e de autonomia.³⁰

A Constitucionalização do Direito teve efeito transformador também no Direito Administrativo e, conseqüentemente, na Administração Pública. Em relação ao Direito Fundamental à educação, o artigo 205 dispõe, expressamente, que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, que deverá ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade. Neste sentido, sua concretização tem que fundar-se também neste

²⁹ STIGLITZ, Joseph E. Será o fim do neoliberalismo? *Diário Econômico* 09/08. Disponível em: <<http://diarioeconomico.sapo.pt/edicion/diarioeconomico/opinion/columnistas/pt/desarrollo/1145657.h>>. Acesso em: 24 set. 2009.

³⁰ Sobre autonomia diz que “Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, construindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana”. Autonomia consiste na qualidade de um indivíduo ser capaz de tomar suas próprias decisões, como a faculdade de determinar a si mesmo (SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32).

novo conceito de gestão cooperativa, integrando a família e a todos os setores da sociedade, com deveres conjuntos com os do Estado, para garantir a efetividade do direito à educação. Isso se fará através da conciliação (1) das funções do Estado em garantir o acesso e a qualidade do ensino; (2) das funções da família (exercendo o pátrio poder fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável),³¹ comprometendo-se em viabilizar o acesso ao local de ensino e cooperar, na medida do possível, com a qualidade do aprendizado; (3) das funções das empresas, organizações civis e terceiro setor, comprometendo-se com ações de cooperação, para a educação e a capacitação das pessoas. Assim, será possível transformar todas as pessoas em cidadãos realmente inseridos no Estado Democrático de Direito, por meio da educação.

Considerações finais

O direito fundamental à educação faz parte do mínimo existencial; todavia, a dificuldade de delimitação do seu conteúdo é um obstáculo à sua efetividade. É um direito altamente regulamentado; no entanto, a previsão formal, por si só, não é garantia de sua concretização. O desafio está exatamente neste ponto: como transformar um direito fundamental de eficácia direta e imediata, como o direito fundamental à educação, em um direito efetivado.

Nesse sentido, no Estado Constitucional contemporâneo, não basta apenas o reconhecimento formal de um direito, exige-se da Administração Pública a satisfação material dos direitos fundamentais, admitindo sempre a necessidade de se fazer uma ponderação entre a melhor escolha, sem que ao Estado seja impingido o fardo de segurador universal. Mas não se aceita que seja um Estado cronicamente omissivo.

Dentro desta busca para delimitar o objeto a ser prestado pelo Estado em atenção à educação dos cidadãos, insere-se outra problemática, a saber, a da possibilidade e necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a concretização das políticas públicas. Na omissão do Estado, há a possibilidade de o magistrado aplicar o Direito como instrumental promocional

³¹ Artigo 226, § 7º da Constituição Federal de 1988. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade responsável e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

rumo ao projeto de sociedade desenhado pelo Estado Constitucional contemporâneo. Esta atuação mais pró-ativa do judiciário deve ser tópicosistemática, demandando uma maior complexidade da atividade hermenêutica, sem, no entanto, configurar violação ao princípio da separação de poderes. Dessa forma, o magistrado não pode dar qualquer conteúdo ao direito em busca de tutela, pois está limitado pela ordem constitucional e pelo sistema de normas vigentes.

Ao prestigiar o direito fundamental à boa administração pública como instrumento contra a omissão do Estado, propõe-se uma nova leitura da responsabilidade civil do Estado. Esta passa a ser feita exatamente a partir da exigência de que o Poder Público exerça sua discricionariedade de forma eficiente e eficaz, sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição. Dessa forma, cabe deslocar o eixo da discussão da ausência da política pública, para aquela da sua eficiência, que se configura no dever geral do poder público em empregar todos os meios disponíveis para obter os melhores resultados possíveis para a realização dos direitos fundamentais.

Referências

- ASSMANN, Eberhard Schmidt. *Principes de base d'une réforme du Droit Administratif. Droit Administratif et Justice Administratif*, mai-juin. 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BREYER, Stephen. *Active liberty*. Interpreting our democratic Constitution. 2005.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: RT, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário – uma visão geral. *Interesse Público*, n. 44, 2007.
- FILHO, Romeu Felipe Bacelar. Responsabilidade civil da administração pública – Aspectos relevantes. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo, Malheiros, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUASTINI, Ricardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. *IP – Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 40, 2007.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STIGLITZ, Joseph E. Será o fim do neoliberalismo? *Diário Econômico* 09/08. Disponível em: <<http://diarioeconomico.sapo.pt/edicion/diarioeconomico/opinion/columnistas/pt/desarrollo/1145657.h>>. Acesso em: 24 set. 2009.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito Fundamental à boa administração: políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 48, 2008.

Recebido em 15/8/2010. Aprovado em 6/9/2010.