

# Abertura Constitucional e Segurança Jurídica: uma Primeira Leitura sobre o PLS 349/2015 à Luz do Direito à Educação

*Opening Constitutional and Legal Security: a First Reading about PLS 349/2015 in a Perspective of the Education Law*

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz\*

## Sumário

1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional. 2. A Construção da Norma a Partir da Lei. 3. A Ameaça à Segurança Jurídica. 4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação. 5. Segurança Jurídica. 6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação. 7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões. 8. Participação Social. 9. Conclusão. Referências. Anexo.

## Resumo

O presente ensaio trata da transição do positivismo jurídico ao pós-positivismo, contexto em que o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma. Nesse cenário de inegável fluidez, observa-se a elástica discricionariedade conferida ao intérprete, assim como os critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação, sobretudo na hipótese de conflito entre normas. Diante dessas inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições inspiradas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizarem sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa. A proposição legislativa de que se trata atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de conceito indeterminado, integrantes de seus princípios basilares.

## Abstract

*This essay deals with the transition of legal positivism to the post-positivism, the context in which the right takes on a new dimension in relation to the interpretation of the*

\* Doutoranda em Educação pela UFPR. Mestre em Direito pela PUC/PR. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná.

*rule. In this undeniable fluidity scenario, there is the bigger discretion given to the interpreter, as well as to personal criteria that can be used in the exercise of weight, especially in the event of a conflict between rules. Given these concerns, the Senate Bill nº 349/2015 includes, in the Law of Introduction to the Brazilian Law Rules, provisions based on legal certainty and efficiency in the implementation of public law, promoting, with the expectation to minimize jolts the transposition of the concept of a legal model closed and self-sufficient for the current model that strives for conceptual openness and strong evaluative load. The legislative proposal that it affects greatly the implementation of the right to education, as composed of extreme openness of standards, drawn from its basic principles.*

**Palavras-chaves:** Pós-positivismo. Interpretação da norma. PLS nº 349/2015. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segurança jurídica. Direito à educação.

**Keywords:** *Post-positivism. Interpretation of the rule. PLS nº 349/2015. Introductory Law to Brazilian Law Rules. Legal certainty. Right to education.*

### 1. A Contextualização do Tema na Nova Hermenêutica Constitucional

O Direito, sob a égide do pensamento do positivismo jurídico, estava circunscrito aos limites da lei (texto), estabelecidos dentro de parâmetros de objetividade e de racionalidade, utilizados para a subsunção do fato à norma. As regras, dotadas de concretude elevada, esgotavam seu objeto de estudo.

A interpretação das regras, ao contrário da interpretação dos princípios, que será vista a seguir, submete-se à denominada lógica do “tudo ou nada”, segundo a qual, diante de um caso concreto, o operador do Direito deverá avaliar qual a regra que incide naquela hipótese e, em consequência disso, as demais regras, em aparente conflito, restam naturalmente afastadas do campo de incidência. Em suma, apenas uma regra é aplicada ao fato concreto, enquanto as demais são excluídas.

Tal avaliação funda-se em sistemática preestabelecida no ordenamento jurídico e, nesse sentido, a lei situada em patamar superior prevalece sobre a que se encontra em patamar inferior (critério hierárquico), a lei cronologicamente mais recente prevalece sobre a mais antiga (critério temporal) e, por fim, a lei especial prevalece sobre a geral (critério da especialidade).

Trata-se de ambiente relativamente seguro e, de certa forma, previsível, pois seria possível antever o conteúdo de provimentos judiciais. Por outro lado, constitui-se em sistema de restrita abertura com o processo político e social, pois o Direito encontra-se adstrito à regra e, assim, tudo para além dela é concebido como metajurídico e, portanto, imune à sua cognição<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Para uma defesa do positivismo jurídico, harmonizando-o com o novo pensamento constitucional, ver: BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público* – 59, p. 240-247.

Na contemporaneidade, o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma, promovendo, como se verá, verdadeira separação entre texto e norma, na medida em que o primeiro passa a ser apenas o ponto de partida e, assim, o atingimento da norma dar-se-á percorrendo-se o caminho da interpretação.

O Novo Código de Processo Civil bem assimilou esta transformação, como, por exemplo, quando dispõe que o Ministério Público deixa de intervir como “fiscal da lei” (CPC/1973, art. 83) para atuar na “defesa da ordem jurídica” (NCPC, art. 176) ou quando estabelece que a ação rescisória deixa de se fundar na violação literal de “disposição de lei” (CPC/1973, art. 486, V) para veicular a discussão quanto à manifesta violação à “norma jurídica” (NCPC, art. 966, V).

Para o exercício interpretativo, mostra-se determinante o caráter normativo assumido pelos princípios, os quais, dotados de maior grau de abstração e mais elevada carga valorativa, comparativamente às regras, conferem coerência ao sistema jurídico. Veiculam valores não estáticos tendentes a orientar o trabalho do intérprete.

A aplicação dos princípios submete-se à lógica da ponderação, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio sobre o mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual podem se dar em uma extensão maior ou menor, já que a plasticidade de que são dotados propicia-lhes a cedência para a superação do conflito decorrente de eventual colisão entre eles.

Em outras palavras, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem, mas harmonizam-se e, assim, diante do caso concreto, deverá ser verificado qual deles merece maior consideração, já que inexistente prévia hierarquização. É por isso que, ao interpretar-se principiologicamente, faz-se, antes de tudo, um juízo de valor.

Conforme aborda Luiz Roberto Barroso: “O Direito, a partir da segunda metade do Século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondia ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade”<sup>2</sup>. Ingressa-se, pois, na era das interpretações.

## 2. A Construção da Norma a Partir da Lei

Surge, portanto, o ordenamento jurídico mais aberto, propenso a conferir maior espaço às normas principiológicas e, assim, recomendar ao intérprete a utilização da argumentação jurídica, como ferramenta de trabalho, conectada com variados ramos do conhecimento. É este o campo de estudo de Habermas:

[...] o discurso jurídico não pode mover-se autossuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente;

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito<sup>3</sup>.

Para esse novo paradigma, exerceu enorme relevância o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional. Sem prejuízo do espaço da supremacia formal da Constituição, passa ela a ser a porta de entrada de todos os ramos do direito, conferindo unidade e harmonia ao sistema, por meio do que se denomina *filtragem constitucional*.

Seria o mesmo que dizer que o ordenamento jurídico, como um todo, deve ser lido e interpretado, sempre, a partir da Constituição, de forma a realizar a reinterpretção dos institutos infraconstitucionais à luz da lei maior. Ao assim proceder, verifica-se, previamente a aplicação da norma, se ela se mostra compatível com a Constituição, além de conferir-lhe alcance, ajustando-a às finalidades constitucionais<sup>4</sup>.

A interpretação conforme a Constituição insere-se, exatamente, nessa sistemática. A partir dela, faz-se a leitura da norma infraconstitucional em função do sentido constitucionalmente definido, o que se dá, por exemplo, por meio da exclusão, pelo Poder Judiciário, de determinadas interpretações incompatíveis com o texto constitucional, empregando-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

O novo cenário é naturalmente mais rico, pois a incorporação de normas de elevado teor valorativo representa a sensibilidade do ordenamento jurídico a tudo que se obteve, ao longo do tempo, por meio de legítimas conquistas políticas e sociais. Ressalta-se que a aplicação do princípio sempre envolve um juízo de valor e daí sua legitimidade e importância para o Direito.

### 3. A Ameaça à Segurança Jurídica

O outro lado da história estampa a inegável fluidez de normas que veiculam princípios e, nessa condição, expõem-se à elástica discricionariedade conferida ao intérprete, assim como aos critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação na hipótese de conflito entre normas.

Carlos Ari Sundfeld já anunciava a suposta crise gerada pela imprevisibilidade ou descontrole de um direito excessivamente principiológico, imprimindo, nas respectivas decisões, inaceitável dose de subjetivismo:

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do *excesso* (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do *superficial* (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiámos a cansar. Novos amores virão<sup>5</sup>.

Outro recorte deste novo cenário refere-se ao fato de que a interpretação constitucional envolve todos os órgãos estatais e, para além disso, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição<sup>6</sup>. A pluralidade de intérpretes, portanto, torna a norma tanto mais legítima, quanto fluida.

Diante deste quadro, não se pretende, por óbvio, afastar, por completo, a flexibilidade interpretativa, o que se daria por meio de equivocado resgate de premissas estritamente positivistas, fundadas na concepção de que a resposta do direito está contida objetivamente na lei, mas, sim, estabelecer balizamentos que definam, a partir da lei, mas para além dela, quais seriam as interpretações possíveis.

#### 4. O PLS 349/2015 e Seus Reflexos no Direito à Educação

Dentro dessa ordem de inquietações, o Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, da autoria do Senador Antonio Anastasia, pretende incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 30.12.2010), disposições fundadas na segurança jurídica e na eficiência na aplicação do direito público, promovendo, com a expectativa de se minimizar os sobressaltos, a transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o atual modelo que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa.

É nesse sentido que, em uma primeira aproximação, o Projeto nº 349/2015 busca, valendo-se de entendimentos que já se encontram relativamente sedimentados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o aprimoramento significativo do controle dos atos administrativos e das políticas públicas, de tal sorte que a abertura dada ao sistema conte com parâmetros, senão previsíveis, ao menos pautados por critérios mais homogêneos.

A proposição legislativa de que se trata, atinge sobremaneira a aplicação do direito à educação, já que composto por normas de abertura extrema, extraídas de seus

<sup>5</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

<sup>6</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002. p.12-13.

princípios basilares como a liberdade de ensinar (CF, art. 206, II) e a gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI). Especificamente em relação à educação básica, submete-se ao princípio da prioridade absoluta (CF, art. 227, *caput*) outro conceito igualmente aberto.

Além disso, a prestação pública ou privada dos serviços educacionais é objeto de intensa regulamentação infralegal por órgãos administrativos, como ocorre com o Conselho Nacional da Educação e seus congêneres nos demais entes federativos. Desta forma, porque lida com conceitos abertos e com regulamentação administrativa, o PLS 349/2015 interessa ao direito e à educação.

Passa-se a destacar alguns potenciais reflexos que parecem mais relevantes.

### 5. Segurança Jurídica

Os comandos previstos no Projeto dirigem-se às decisões administrativas, provenientes dos órgãos de controle (a exemplo dos tribunais de contas) e também judiciais. Seu fio condutor reside na segurança jurídica que se espera das decisões, conferindo-lhes, tanto quanto possível, previsibilidade.

Max Weber, em trabalho publicado no ano de 1923, tratava das premissas para a existência de empresas comprometidas com as necessidades cotidianas e, entre elas, estaria a observância de um direito que denomina de racional ou calculável:

*Para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas. Ni en la época de la polis helénica, ni en los estados patrimoniales de Asia, ni en los países occidentales hasta los Estuardos pudo garantizarse tal cosa. La arbitrariedad de la justicia regia, con su otorgamiento de mercedes, trajo constantes perturbaciones en los cálculos peculiares de la vida económica [...]*<sup>7</sup>

Em suma, busca-se a certeza quanto às normas jurídicas e a estabilidade das relações entre Administração-Administrado. Conforme aborda Almiro do Couto e Silva:

O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p.289.

<sup>8</sup> SILVA, Almiro do Couto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

Destaca-se da respectiva exposição de motivos do PLS 349/2015 que: “O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional”.

Em decorrência direta do princípio da segurança jurídica, estabelece-se a preferência pela utilização de regra de transição, na hipótese de a decisão proferida a partir de norma indeterminada impor “dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova” (art. 22, *caput*).

A não definição espontânea do regime de transição autoriza o interessado a “negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso” (art. 22, parágrafo único).

Preocupação idêntica encontra-se presente na sistemática do controle abstrato da constitucionalidade, quando os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são modulados e, assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringe os efeitos da declaração ou fixa termo inicial para sua eficácia (Lei nº 9.868/1999, art. 27).

Ainda em paralelo com a sistemática do controle abstrato de constitucionalidade, especificamente quando trata da ação declaratória de constitucionalidade, o Projeto institui a ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública (art. 24), com a necessária atuação do Ministério Público (art. 24, parágrafo único).

No campo da educação especial, vislumbra-se a pertinência da incidência de tal sistemática de transição, quando se considera a mais atualizada interpretação existente sobre a matéria, a partir da princiologia da educação inclusiva e, inclusive, das convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Sobre o tema, definiu-se a interpretação de que o atendimento educacional, com todas as especificidades, voltado às pessoas com deficiência, dar-se-á na rede regular de ensino (STF. ADI 5.357/DF. Rel. Min. Edson Fachin).

Entretanto, a implementação dessa nova diretriz deverá, necessariamente, contar com regra de transição, pois não seria razoável a reestruturação de toda a rede de atendimento especializado, inserindo-a no âmbito do ensino regular, em curto espaço de tempo, sem as necessárias acomodações de múltiplas ordens.

## **6. Efeitos da Decisão e a Necessidade de Motivação**

Outro balizamento a ser observado volta-se à necessidade de se atentar para a consequentialidade prática decorrente da aplicação de valores jurídicos abstratos (art. 20, *caput*), a ser demonstrada mediante criteriosa motivação, na qual deverá ser evidenciada “a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas” (art. 20, parágrafo único). Em síntese, busca-se exigir daquele que decide

o sopesamento no processo decisório, não somente dos efeitos de sua decisão, isoladamente considerada, como também dos potenciais reflexos no correspondente contexto econômico-social.

A norma concebida no Projeto vai ao encontro do pensamento de Habermas, segundo o qual “a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”<sup>9</sup>.

No que diz respeito à motivação, há inevitavelmente que se reportar aos requisitos da fundamentação da sentença judicial, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, os quais são naturalmente aplicáveis aos processos judiciais e supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (NCPC, art. 15).

Nesse sentido, considera-se não fundamentada a decisão que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (NCPC, art. 489, §1º).

O preceito tem direta aplicação no controle judicial sobre as políticas públicas na área da educação. Tome-se, por exemplo, a questão da matrícula na educação infantil, dever do Estado e direito subjetivo das crianças. Qualquer medida que represente intervenção nesta política pública há que apontar, no caso concreto, a relevância da medida a ser aferida à luz do mínimo existencial e da prioridade absoluta que ostenta em detrimento de outros segmentos.

Ana Paula de Barcellos trata desta inafastável priorização de certos direitos, em decorrência de expressa previsão constitucional, opondo-se, portanto, à incondicional discricionariedade do administrador público na formulação das políticas públicas:

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2º ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p.287.



Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo<sup>10</sup>.

Além disso, deve-se adentrar nos ajustes necessários nas respectivas propostas orçamentárias, identificando possíveis alocações para fazer diante das despesas que se pretendam ver assumidas.

A matéria encontra evidente fundamento constitucional, destacando-se que a atual concepção acerca das leis orçamentárias confere-lhes caráter impositivo. Vale dizer, as leis orçamentárias determinam destinações de recursos e não simplesmente as autorizam<sup>11</sup> (STF. STA 175-Agr/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010), pois, antes de mais nada, concretizam decisões fundamentais tomadas anteriormente. Em relação ao tema, Ana Paula de Barcellos assim se posiciona:

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais<sup>12</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal apresentasse resistência em efetivar o controle concentrado da constitucionalidade em relação às leis orçamentárias<sup>13</sup>,

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005, p.92.

<sup>11</sup> A superada concepção autorizativa do orçamento implica concessão de certa margem de liberdade ao administrador público para, inclusive, não empregar a totalidade das verbas previstas para determinada política pública.

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.816.

<sup>13</sup> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei nº 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que têm objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de

esse entendimento vem sendo revisto pela própria Corte. Nesse sentido: “Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta” (STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003)<sup>14</sup>.

Por fim, deve-se elencar os variados meios para se obter o mesmo resultado, a ser definido sempre a critério do administrador. No caso da educação infantil, tomada como exemplo, a universalização pode ser buscada pela construção de novas unidades de ensino, pela ampliação das já existentes, por meio de parcerias com o setor privado etc.

## 7. Restrições Orçamentárias à Efetividade das Decisões

O PLS 349/2015, ao acrescentar o art. 21 à Lei de Introdução às Normas, exige que, na interpretação jurídica, seja considerada a finitude dos recursos financeiros e, a partir daí, obtenha-se o equilíbrio entre a reserva do possível (“obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”) e o mínimo existencial (“direitos dos administrados”).

Compreende-se o mínimo existencial como:

um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna*, em ordem a assegurar à *pessoa* acesso efetivo ao *direito geral de liberdade* e, também, a *prestações positivas originárias* do Estado, viabilizadoras da *plena fruição* de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011).

Ou para Clèmerson Merlin Clève:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados

inconstitucionalidade não conhecida. (STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001). No mesmo sentido: STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.

<sup>14</sup> No mesmo sentido: i) STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008; ii) STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008).

seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipol das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino<sup>15</sup>.

Por óbvio, as matérias abrangidas pelo direito à educação integram o denominado mínimo existencial, considerando-se, para tanto, sua indispensabilidade para formação intelectual e social, ao preparo para a cidadania, para a inserção no mercado de trabalho, enfim, de forma ampla para a própria dignidade.

Nessa perspectiva, os direitos educacionais reivindicam priorização nos orçamentos públicos.

## 8. Participação Social

A democracia participativa (CF, art. 1º) decorre do Estado Democrático de Direito e concretiza-se pela participação mais direta dos cidadãos nas estruturas de poder. De fato, a fiscalização do atendimento das normas que regem o desempenho da função administrativa pode e deve ser amplamente realizada por toda a sociedade. Nessa perspectiva, o princípio da participação busca a aproximação entre a Administração e os administrados, seja no que se refere ao controle da atividade estatal, seja em uma participação mais efetiva nas decisões que afetarão a todos.

Nessa diretriz insere-se o PLS 349/2015, que estimula a participação social ao prever que “a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão” (art. 28).

Tal providência encontra perfeita adequação ao princípio democrático, de matriz constitucional, tendente à descentralização das decisões de diferentes searas, intensificando-se o processo de participação. De fato, pondera Hermes Zaneti Júnior, que para a realização de um Estado democrático, “as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis, e os poderes institucionalizados deverão abrir seu procedimento às luzes desses outros centros decisórios da sociedade civil”<sup>16</sup>.

Afinal, o “primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas”<sup>17</sup>.

A gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI) concentra esses mesmos propósitos de envolvimento da sociedade nos procedimentos deliberativos,

<sup>15</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.

<sup>16</sup> ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014, p.128.

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.77.

sendo absolutamente razoável que se busque a interlocução com segmentos variados quando se pretende, por exemplo, implementar reformas no sistema de ensino, afastando-se, por conseguinte, a imposição de mudanças autoritárias, como aquelas que se operam por medidas provisórias, reservadas as situações de relevância e urgência (CF, art. 62).

## 9. Conclusão

A primeira análise do Projeto mostra o advento de indiscutível avanço no campo do direito público, resgatando-o de uma época em que o direito se resumia à lei (texto), cabendo ao operador, tão somente, aplicá-la de maneira previsível, para a nova dimensão da construção da norma, que apenas parte da lei para atingir a realidade, a representar a superação do paradigma do Direito meramente reprodutor do *status quo* para um Direito capaz de transformar a sociedade<sup>18</sup>. Destaca-se que este processo construtivo exige compreensão, interpretação e valoração, sem, contudo, descurar-se da segurança nas relações sociais. A construção do direito à educação faz parte desse processo.

## Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 240, p.83-103, abr./jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo. *Interesse Público IP*, ano 3, nº 11, p.42-73, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

BORGES, José Souto Maior. *Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. Revista Trimestral de Direito Público – 59, p.240-247.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, nº 22, p.27, jul./dez. 2003.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.129-173.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. reimp. vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Almiro do Couto. *Revisa Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os *clips* e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014.

## ANEXO

### PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349/2015

Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Incluem-se os seguintes artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 1942:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A interpretação das normas sobre gestão pública considerará os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Parágrafo único. Na decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes.

Art. 22. A decisão administrativa, controladora ou judicial que, com base em norma indeterminada, impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou fixar orientação ou interpretação nova, deverá prever um regime de transição, quando

indispensável para que a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. Se o regime de transição não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.

Art. 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

§1º. O compromisso:

I – buscará uma solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes e o prazo para sua efetivação;

§2º. Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime.

Art. 24. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, poderá ser proposta ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, com efeitos *erga omnes*, no regime da ação civil pública.

§1º. Se não for o autor, o Ministério Público será citado para a ação, podendo se abster, contestar ou aderir ao pedido.

§2º. A declaração de validade poderá abranger a adequação e economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

Art. 25. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, não se podendo, com base em mudança posterior de orientação geral, considerar como inválidas as situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Art. 26. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor, aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 27. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

§2º. O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou comportamento praticado no exercício normal de suas competências terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

Art. 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escritas de interessados, a qual será considerada na decisão.

§1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§2º. É obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo.

§3º. Em caso de relevância e urgência, a consulta poderá se iniciar quando da edição do ato, que, se não confirmado na forma deste artigo, deixará automaticamente de vigorar em 120 (cento e vinte) dias.

Art. 29. A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação razoável por benefícios indevidos ou prejuízos anormais e injustos resultantes do processo ou do comportamento dos envolvidos.

§1º. A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§2º. Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 28, que entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data da publicação desta Lei.