

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

NATASHA KOLINSKI VIELMO

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS
POLÍTICAS EDUCACIONAIS**

**CURITIBA
2014**

NATASHA KOLINSKI VIELMO

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS
POLÍTICAS EDUCACIONAIS**

Monografia apresentada como Requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

NATASHA KOLINSKI VIELMO

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS POLÍTICAS EDUCACIONAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2014.

RESUMO

O Estado Pós-Moderno tem assento na proteção não apenas dos direitos fundamentais, como também nas prerrogativas sociais dos indivíduos. Para concretização dos direitos sociais é necessária a formulação e implementação de políticas públicas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse contexto, a discricionariedade do administrador ganha importância, na medida em que eleger as prioridades a serem atendidas. Entretanto, em se verificando omissão na prestação do serviço público de forma voluntária, cabe verificar, por meio da análise da teoria geral do ato administrativo discricionário, aplicada ao contexto de Estado Pós-Moderno, as hipóteses que autorizam o controle excepcional pelo Poder Judiciário. Diante desta eventual intervenção, o presente trabalho objetiva verificar ainda, por meio da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal no agravo regimental no recurso extraordinário nº 436.996-6, o posicionamento da mais alta Corte brasileira a respeito do emprego da discricionariedade na efetivação do direito social à vaga em creche e pré-escola para crianças de até cinco anos.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Direitos Sociais. Políticas Públicas. Controle Judicial. Direito à vaga em creche e pré-escola.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	- Artigo
AG. REG.	- Agravo Regimental
CF	- Constituição Federal da República
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	- Edição
Min.	- Ministro
Rel.	- Relator
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1INTRODUÇÃO	6
2DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	8
2.1ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
2.2ATO ADMINISTRATIVO.....	9
2.3ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	10
2.4CLASSIFICAÇÃO EM ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS	13
2.5FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE	15
2.6DISTINÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE.....	17
2.7LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO.....	17
2.8CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....	20
2.9PARÂMETROS PARA CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO	22
3CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	26
3.1ESTADO PÓS-MODERNO	26
3.2DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.3DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	29
3.4NÚCLEOS DE IRRADIAÇÃO E NORMAS PROGRAMÁTICAS	31
3.5POLÍTICAS PÚBLICAS	32
3.6PAPEL DO JUDICIÁRIO	35
3.7CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	36
4CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL – ART. 208, IV, CF	40
4.1DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: EDUCAÇÃO INFANTIL	40
4.2DIREITO À VAGA EM CRECHES PÚBLICAS CONFORME ENTENDIMENTO DO STF	41
4.3REFLEXÕES ACERCA DO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO AUTUADO SOB O Nº 436.996/SP	45
5CONCLUSAO	51

1 INTRODUÇÃO

No Estado Pós-Moderno a atuação estatal não é mais pensada tão somente sob a ótica da contenção de limites para preservação dos direitos individuais, mas também para realização dos deveres de cunho prestacional assumidos pela nova ordem social.

Nessa esteira, a reiterada omissão do administrador na materialização dos direitos sociais, mediante a formulação/implementação de políticas públicas, remete à discussão acerca da possibilidade do Judiciário, a pretexto de preservar a conformidade com os preceitos fundamentais, interferir no mérito do ato discricionário.

Pela concepção tradicional adotada por expressiva parte da doutrina, os atos administrativos discricionários seriam imunes ao controle judicial. Não obstante, é inquestionável que toda essa liberdade atribuída ao agente estatal deve ser exercitada de modo compatível com os princípios constitucionais, daí vir à tona um novo desafio: a ressignificação da discricionariedade administrativa.

Em verdade, muitas vezes estes atos que envolvem maior liberdade de escolha ao administrador são viciados e não estão comprometidos com o interesse público. Assim, se faz imperioso o controle pelo Judiciário para não se permitir que atos administrativos possam ser praticados em conflito com os valores do ordenamento e não estejam sujeitos a controle.

Dessa feita, ao passo que a intervenção tem sido expandida, o Judiciário consagra-se como garante da aplicação da Constituição. Porém, é preciso igualmente superar os entraves do princípio da separação dos poderes, como ainda verificar em que hipóteses o Judiciário está autorizado a interferir no mérito administrativo.

Dentro deste panorama de controle judicial das políticas públicas, o direito à educação, um dos mais evidenciados pela Constituição, se acentua como um dos ramos mais propensos à prolação de decisões no sentido da sindicabilidade de políticas públicas, mormente quando se fala em garantia à vaga em creche ou pré-escola. Portanto, imperiosa também a análise do direito à educação infantil à luz do posicionamento do STF.

Desta feita, este trabalho foi dividido em três capítulos. No capítulo inicial, realiza-se uma análise superficial da teoria geral do ato administrativo com a finalidade de melhor entender o ato administrativo discricionário e os parâmetros autorizadores de controle judicial.

Em seguida, segue-se à apreciação dos direitos fundamentais de natureza social, bem como as consequências do seu advento para o Estado e o Poder Judiciário, que provocado em razão de lesão a direito fundamental, deverá exercer o controle da discricionariedade conferida ao administrador, integrando a ordem jurídica.

No capítulo final, pontuar-se-á, brevemente, acerca do direito fundamental à educação infantil com vistas a permitir uma análise crítica do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do controle judicial das políticas públicas para garantia de vaga em creche, considerando-se os aspectos abordados nos capítulos um e dois.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo inicial, far-se-á breve análise acerca da teoria geral do ato administrativo com vistas à melhor compreensão da discricionariedade e das hipóteses de controle judicial do mérito.

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrar no exame do ato administrativo, convém analisar o conceito apresentado pela doutrina para a expressão “Administração Pública”.

Desde logo, destaque-se a difícil tarefa a que se propõem os estudiosos, haja vista a complexa atuação da Administração Pública no Estado Brasileiro. Assim, de maneira didática, desmembram o conceito de um lado pelo ângulo organizacional/subjetivo, e de outro pelo sentido funcional/objetivo.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro o viés subjetivo da Administração Pública consiste no "(...) conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado¹".

Já o aspecto funcional, esclarece Odete Medauer,

(...) significa um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo, ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo².

Logo, é possível depreender que a função administrativa compreende as atividades desenvolvidas pelo Estado, que não se enquadram no âmbito de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, para satisfação dos interesses coletivos, seja mediante o fomento, a polícia administrativa ou por meio da prestação de serviços públicos.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

² MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

Feitas essas pontuações, passa-se a análise de um dos modos pelo qual a Administração Pública, aqui entendida no seu aspecto subjetivo, expressa suas decisões, a saber, através dos atos administrativos³.

2.2 ATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, consigne-se que o ato administrativo

(...) em relação às práticas do Estado absoluto, configura importante conquista, por inserir, entre a vontade da autoridade e um efeito sobre direitos dos indivíduos, um conjunto de preceitos destinados justamente a disciplinar essa atuação e prefixar esses efeitos⁴.

Com isso, os indivíduos não mais ficam subjugados à vontade do administrador, vez que estes últimos agora também se encontram submetidos ao princípio da legalidade, decorrente do Estado de Direito, de maneira que, em suas ações, devem respeitar os parâmetros anteriores fixados para concretização do ato e considerar ainda os interesses em confronto e as possíveis consequências de suas ações.

Desta feita, Zanella di Pietro define como ato administrativo “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário⁵.”

Pois bem. Consoante se extrai do conceito colhido, os atos administrativos compreendem: a) uma exteriorização do pensamento por parte de algum órgão de quaisquer dos Poderes, ou seja, os atos também podem ser editados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, quando no exercício de competência administrativa; b) que se submetem a regime jurídico administrativo, caracterizado pela existência de prerrogativas e restrições da Administração Pública, diferente dos atos de direito privado; c) que produzem efeitos desde já, ao oposto das leis; d) respeitando-se o

³ Segundo José Cretella J., os atos administrativos são “manifestações concretas da vontade da Administração, emanadas de agentes credenciados que as exprimem”. CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 49.

⁴ MEDAUER, 2013. p. 152.

⁵ DI PIETRO, 2011.p. 198.

princípio da legalidade, que serve de norte ao direito administrativo; e) e, por fim, comportando controle judicial.

No que tange aos efeitos, podem ter por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado⁶, assim como impor obrigações a eles ou a si própria. Entretanto, ressalva Hely Lopes Meirelles sempre "(...) *visando a produzir algum efeito jurídico*, o que o distingue do fato administrativo, que, em si, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito" (grifo nosso)⁷.

2.3 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Para o aperfeiçoamento do ato administrativo e a produção de efeitos válidos, faz-se necessário a conjugação de alguns elementos.

Dentre eles, ressalvada a divergência doutrinária quanto à nomenclatura, bem como quanto ao elenco do rol que o compõe, constam para o ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o que dispõe o art. 2º, da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), serem os seguintes: sujeito competente, objeto, forma, motivo e finalidade, razão pela qual adoto a referida terminologia.

Conforme bem explica Meirelles, "tais componentes, pode-se dizer, constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão⁸".

No que tange inicialmente ao sujeito, este deve ser não apenas capaz, nos termos da lei civil, como ainda competente, ou seja, aquele "(...) representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos"⁹.

Para se verificar o preenchimento deste elemento, "(...) em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competências consta da Constituição

⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a. p. 159.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 159.

⁸ Ibid., p. 161.

⁹ MEDAUER, 2013. p. 154.

Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis¹⁰. Verificado o desatendimento destas atribuições previamente fixadas pelo direito positivo, restará caracterizado vício de competência¹¹.

O objeto, por sua vez, consiste naquilo “que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica¹²” e deve ser lícito, possível, certo (quanto ao tempo, lugar e destinatários), além de moral. Nesse sentido, Medauer expõe:

O objeto há de ser lícito, isto é, o resultado pretendido deve ser aceito pelo ordenamento, porque pautado na lei; moral - conforme os princípios éticos e a todas as regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração; possível- referente a algo realizável de fato e de direito¹³.

Em seguida, o elemento “forma” consiste no modo pelo qual o ato se exterioriza. É bem verdade que

A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, a ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente¹⁴.

Ademais, os atos administrativos demandam publicidade para que deles tenham conhecimento não apenas os cidadãos, como também os órgãos da Administração e os de controle. Destarte, justifica Marçal Justen Filho,

(...) as regras de forma do ato administrativo não se orientam à defesa dos interesses da Administração Pública. Ao contrário, a disciplina sobre a forma dos atos administrativos destina-se a garantir o controle das competências administrativas e dos poderes estatais. Mas a disciplina quanto à forma não pode ser um obstáculo à realização da função administrativa¹⁵.

Por outro lado, para a perfeição do ato no que concerne ao elemento forma, não basta apenas a sua regularidade em si, como também o adimplemento dos

¹⁰ DI PIETRO, 2011.p. 205.

¹¹ Lucia Valle explica que "(...) vício de competência existirá sempre que houver uso desconforme ou ausência de permissão legal para a prática de determinado ato". FIGUEIREDO, 2001. p. 180.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 397.

¹³ MEDAUER, 2013. p. 155.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 398.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 408.

requisitos previstos nas fases preparatórias e as condições para sua exteriorização/comunicação. "Não há dúvida, pois, que a observância das formalidades constitui requisito de validade do ato administrativo, de modo que o procedimento administrativo integra o conceito de forma¹⁶".

E mais. "Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato (...) ¹⁷".

Ressalve-se, apenas, a diferença existente entre motivação, contida no elemento forma, e motivo, elemento autônomo do ato. Isso porque, conforme mais a frente será tratado, o motivo consiste em forma de vincular a discricionariedade administrativa, pelo que, à luz da Teoria dos motivos determinantes, uma vez enunciada as razões que dão causa ao ato, a sua validade fica "engessada" aos motivos indicados como seu fundamento de tal maneira que, se constatado que falsos ou inexistentes, implicarão na sua nulidade.

Pois bem. Pode-se definir motivo como as "(...) as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo¹⁸". O pressuposto fático "(...) corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato¹⁹", enquanto o elemento de direito está consubstanciado no dispositivo de lei que o fundamenta.

Importante mencionar que, nada obstante inexista previsão em lei do motivo ensejador do ato,

Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal²⁰.

Quanto à finalidade do ato, embora alguns estudiosos afirmem ser elemento vinculado (na medida em que todo ato administrativo tem como objetivo o alcance

¹⁶ DI PIETRO, 2011, p. 210.

¹⁷ Ibid., p. 210.

¹⁸ MEDAUER, 2013, p. 156.

¹⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 212.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 401.

do interesse público), há entendimento diverso defendendo, para cada ato, a previsão em lei de uma finalidade clara e precisa²¹.

Por fim, com o fito de diferenciar os elementos motivo e finalidade, Justen Filho explica o ato administrativo como uma etapa no processo de causa e efeito: “O ato administrativo é efeito, no sentido de ser produzido por certas causas. Mas ele também é causa, uma vez que gera consequências jurídicas²²”. Logo, pode-se extrair do exposto que o motivo antecede a prática do ato, enquanto a finalidade o sucede.

2.4 CLASSIFICAÇÃO EM ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

Partindo da análise dos elementos do ato administrativo, a doutrina os classifica, quanto ao grau de liberdade/autonomia do gestor, em: vinculados e discricionários.

Em síntese, explica que

(...) no ato vinculado todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência²³.

Entretanto, imperioso desde já ressaltar a inadequação da expressão “atos discricionários”, tendo em conta que a discricionariedade não é atributo de nenhum ato. O que se verifica, de fato, é o exercício de um juízo discricionário. Ainda assim, por ser esta a nomenclatura consagrada pela doutrina para a identificação dos atos praticados no exercício da apreciação discricionária, insisto em adotá-la neste estudo.

Feitas as ressalvas iniciais, em conformidade com essa classificação, Medauar explica que haverá "poder vinculado, também denominado competência

²¹ Neste sentido: JUSTEN FILHO, 2013, p. 449 e BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 410.

²² JUSTEN FILHO, 2013, p. 411.

²³ DI PIETRO, 2011, p. 218.

vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica²⁴.

Nestas hipóteses, as indicações legais direcionam o gestor público a apenas um sentido, ou seja, a uma única solução possível, das quais ele “não pode se afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa²⁵”. Portanto, não há espaço para apreciação subjetiva e todos os elementos do ato, anteriormente analisados, são rigorosamente depreendidos da lei. Nesse sentido, Justen Filho pondera para o fato de que “quanto maior o grau de vinculação, tanto menos complexa se torna a atividade administrativa²⁶”.

Por outro lado, “é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito²⁷”. Mais ainda. Afirma-se que a discricionariedade consiste em uma liberdade onerosa: ao administrador é permitido escolher, mas dentre as soluções possíveis, deve optar pela que melhor satisfaça o mandamento legal²⁸.

Então, resume Celso Antônio Bandeira de Mello,

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar²⁹.

Ao conjunto de tais critérios utilizados pelo administrador para a tomada de decisão no caso concreto denomina-se mérito administrativo. Logo, “(...) poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato³⁰”.

Isso porque, o mérito administrativo dos ditos atos discricionários traduz o juízo de conveniência e oportunidade da escolha: “A conveniência significa a

²⁴ MEDAUER, 2013, p. 124.

²⁵ MEIRELLES, 2013, p. 177.

²⁶ JUSTEN FILHO, 2013, p. 262.

²⁷ DI PIETRO, 2011, p. 218.

²⁸ Celso Antônio afirma que “apresenta feições de dever-poder; não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal”. BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 250.

²⁹ *Ibid.*, p. 414.

³⁰ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 165.

possibilidade de determinar o conteúdo de certa providência. A oportunidade consiste na ponderação quanto ao momento em que determinada providência será adotada³¹.

Por fim, justamente porque "(...) no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência³²", é que Justen Filho deduz não ser mais admitida "(...) a ideia de ato discricionário e se reconhece que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público"³³.

Destaque-se ainda que na prática administrativa, "(...) são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, por isso melhor levar em conta o poder dominante no exercício do poder"³⁴.

2.5 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

Primeiramente, faz-se necessário apontar que o pressuposto teórico para a existência deste instituto jurídico "discricionariedade" é o Estado Pós-Moderno e Democrático de Direito.

A uma porque nos Estados autoritários, "(...) sobressai a ideia de escolha livre, subtraída no seu conteúdo a toda disciplina legal, baseada somente em apreciações subjetivas da autoridade³⁵", o que, consoante previamente exposto, não encontra correspondência no exercício da competência discricionária.

Nessa esteira, com o Estado de Direito a discricionariedade surge pela necessidade de um "(...) instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade"³⁶.

Ademais, com a atribuição pelo Estado Pós-Moderno de complexos deveres à Administração Pública, deve à ela permitir uma margem de autonomia/liberdade

³¹ JUSTEN FILHO, 2013, p. 258.

³² DI PIETRO, 2011, p. 218.

³³ JUSTEN FILHO, op. cit., p.101.

³⁴ MEDAUER, 2013, p. 124.

³⁵ Ibid., p. 126.

³⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 241.

para obtenção solução mais adequada ao caso concreto. "Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providencia ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada³⁷".

Com efeito, é incontroverso que o êxito no desempenho de tais funções estaria prejudicado caso a lei, de forma prévia e absoluta, previsse a solução correspondente para cada hipótese e restringisse a ponderação no caso concreto. Nesse contexto,

Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que a Administração, que é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, está em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da compostura destas mesmas situações³⁸.

E mais. Além de não ser desejável, seria impossível suprir, pela via legislativa, todas as situações com as quais o administrador poderia se deparar. Por consequência, a "(...) vedação imposta à função legislativa de esgotar, por meio de comandos individuais e concretos, a matéria pertinente à função administrativa no concerto das funções estatais (...) ³⁹" visa nada menos do que a própria preservação do Estado de Direito.

Ante o exposto, afasta-se, portanto, qualquer alegação de que a atribuição de determinado grau de autonomia ao gestor público configura defeito na produção da lei. Pelo contrário, "as normas produzíveis em virtude da competência discricionária são decorrência do modo como a competência legislativa foi concretamente exercida⁴⁰" e encontram fundamento para sua existência nas razões elencadas.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 440.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, loc. cit.

³⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e Razoabilidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008, p. 3.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, 2013, p. 251.

2.6 DISTINÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

O ato administrativo que se perfez no exercício da competência discricionária não se confunde com o ato arbitrário. Até porque, "se a Administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo⁴¹".

E não encontra correspondência porque o poder discricionário deve respeitar parâmetros para seu exercício, "(...) daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei⁴²". Em outras palavras, "(...) ao agir arbitrariamente o agente estará agredido a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei⁴³".

Na análise comparativa de José Cretella Júnior,

Denomina-se discricção a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito⁴⁴.

Em síntese, Meirelles descreve discricionariedade como a "(...) liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente à lei⁴⁵".

2.7 LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO PARA CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO

De início, importa assentar a legitimidade do Poder Judiciário para o controle externo dos atos da administração em razão do princípio da inafastabilidade, contido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que impõe: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

⁴¹ MEDAUER, 2013, p. 125.

⁴² DI PIETRO, 2011, p. 214.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 436.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 52.

⁴⁵ MEIRELLES, 2013, p. 179.

Como bem explica Medauer, este princípio que fundamenta "a proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos⁴⁶". Dito de outro modo,

(...) a noção de Estado de Direito implica o reconhecimento da supremacia da Constituição e das leis, e sua imposição aos exercentes do poder, cujo manuseio encontrará limites na consagração de direitos e garantias individuais e coletivos, assegurados por uma jurisdição independente, a qual se subordinam todos, mormente o Estado (...)⁴⁷.

Logo, é exatamente para proteção de direitos reconhecidos pelo ordenamento que ao Judiciário é dado conhecer de qualquer lesão ou ameaça, ainda que advinda de outro Poder. Na prática, "segue-se que um ato gravoso, provenha de quem provier, pode ser submetido ao órgão judicante a fim de que este afira sua legitimidade e o fulmine se reputar configurada ofensa a um direito⁴⁸".

Outra não poderia ser a conclusão: "Se o Judiciário deve conhecer de qualquer lesão a direito, ipso facto, é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando⁴⁹".

Mas não é só. Além de estar legitimado, conforme visto, ao controle dos atos por conta do princípio da inafastabilidade, também não há que se falar em violação do princípio da separação dos poderes.

Não se desconhece do tradicional entendimento de que

(...) este poder do Estado, em princípio, conforme a estrita observação do princípio constitucional da tripartição dos Poderes (art. 2 da CF/88), não poderia interferir na análise de critérios subjetivos (mérito: critérios de conveniência e oportunidade) do ato emanado por entes do Poder Executivo, apenas tendo a capacidade de revisão dos aspectos legais-objetivos⁵⁰.

Entretanto, tal posicionamento não merece acolhida. Primeiramente, como se sabe,

⁴⁶ MEDAUER, 2013, p. 440.

⁴⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 23.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 974.

⁴⁹ FIGUEIREDO, 2001a, p. 210.

⁵⁰ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

A separação de poderes é orientada a impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que "o poder controle o próprio poder". Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco⁵¹.

Portanto, se o poder detém o poder, não se cogita de indevida interferência.

Além disso, a teoria da separação dos poderes no Estado Pós-Moderno passou por uma nova conformação, agregando para além das premissas do Estado liberal, de modo que o objetivo do controle não visa apenas garantir os direitos fundamentais de primeira geração, mas também "(...) o desiderato de realização de direitos fundamentais de segunda e outras gerações, com o propósito de assegurar a igualdade substancial entre os cidadãos⁵²". Logo, há uma maior flexibilização do princípio da separação dos Poderes por necessidade institucional.

Adicione-se a este contexto de "Estado Pós-Moderno" a nova função atribuída ao Judiciário: o controle de constitucionalidade que lhe reserva a última palavra nos atos praticados por outros Poderes. "Este é, sem dúvida, o prelúdio da admissão do controle judicial de quaisquer atos de governo que, materializados, vulnerarem a Constituição⁵³". A partir de então, como explica Medauer, se "existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força⁵⁴".

Por fim, adota-se o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo para quem

(...) o controle jurisdicional [da Administração] é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, com influência da Constituição americana, sobretudo de Marshall, do *judicial review*, aparece na Constituição da República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado do Direito⁵⁵.

Superada esta discussão, passo a analisar as formas de controle do ato administrativo.

⁵¹ JUSTEN FILHO, 2013, p. 113.

⁵² CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁵³ Ibid., p.74.

⁵⁴ MEDAUER, 2013, p. 443.

⁵⁵ FIGUEIREDO, 2001b, apud FRANÇA, 2010, p. 112.

2.8 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Desde logo, consigne-se que não há qualquer restrição quanto ao controle de legalidade exercido pelo Judiciário. Nas palavras de Miguel Seabra Fagundes, essa autorização permite

(...) remontar do exame do ato material ao do ato administrativo que lhe serve de base, do exame do ato administrativo ao da lei que o autoriza, indo até a Constituição, para verificar se o legislador ordinário se conteve nos limites constitucionais⁵⁶.

Ressalte-se, tão somente, que “por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado⁵⁷”.

Porém, ao Poder Judiciário é dado o exercício não apenas do controle de legalidade, como também de mérito: “o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir⁵⁸”.

Entretanto, tradicionalmente entendia-se não estarem os atos administrativos discricionários sujeitos a controle de mérito. Com efeito, a simples

(...) referência a “ato discricionário” atrairia o espírito para mero exame da dicção legal e para sua insidiosa resultante, qual seja: a de que se a lei conferiu discricção, “o ato possui tal caráter” e o Judiciário não pode interferir, pena de se estar se substituindo ao administrador e sonogando-lhe uma liberdade que a lei lhe outorgou⁵⁹.

Muito em função deste posicionamento, se estabeleceu um

(...) nítido divisor de águas entre os atos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia a Administração Pública a rigorosa subsunção, e os atos chamados discricionários, em que a concreção da norma ficaria a critério de conveniência e oportunidade administrativas⁶⁰.

⁵⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

⁵⁷ MEIRELLES, 2013, p. 744.

⁵⁸ DI PIETRO, 2011, p. 218.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 1005.

⁶⁰ FIGUEIREDO, 2001a, p. 208.

Ocorre que "o entendimento alargado da competência discricionária leva a situações absolutamente insustentáveis na prática e de grande ameaça para o Estado Democrático de Direito em sua faceta substancial⁶¹".

E é justamente nestes casos em que o ato administrativo, a pretexto de ser exercido sob juízo de conveniência e oportunidade, ultrapassa os limites da autonomia concedida, e, por consequência, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello

(...) o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicioso e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção dentro dos limites de liberdade efetivamente inferidos pelo sistema normativo⁶².

Caso contrário, se não fosse o caso de admitir o controle jurisdicional do mérito administrativo,

(...) o Estado brasileiro seria, então, um Estado de Direito – mas nem tanto, porque subordinado à impermeabilidade da valoração pessoal dos seus agentes, cuja conduta e vontade estariam acima do substrato constitucional que o agasalha. Seria um Estado de concepção tripartida, assentado sobre os pilares do Direito necessário a tal sustentação, entretanto gerido por artérias paralelas de poder, suficientes ao livre escoamento da vontade, impune em sua formação⁶³.

Assim, considerando os argumentos expostos é possível assentar que, nada obstante a opção escolhida pelo administrador seja, em regra, insuscetível de controle pelo Judiciário, existirão hipóteses em que, respeitada a excepcionalidade, o ato administrativo será suscetível de revisão, até porque, conforme previamente explicitado, ao gestor é conferida uma liberdade onerosa.

O que se pretende, pois, não é o descarte do juízo de conveniência e oportunidade do administrador, mas também não é o caso de, "(...) categorialmente, alçá-lo, sob a forma de discricionariedade administrativa, à condição de instituto próprio do Direito Administrativo, erigido à intangibilidade do próprio Direito⁶⁴".

⁶¹FIGUEIREDO, 2001a. p. 241.

⁶²BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.1007.

⁶³RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**: Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

⁶⁴Ibid., p.168.

Preciosas são as lições de Phillip Gil França para quem “tanto a insuficiência quanto o exagero de zelo quando se trata da sindicabilidade do mérito dos atos administrativos são ações disformes à necessária adequação legal e ao direito⁶⁵”.

Com isso, "(...) pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade (...)”⁶⁶.

Neste sentido, conclui Justen Filho:

(...) cabe o controle para verificar se o administrador escolheu nos limites da competência recebida. Defeitos formais podem ser identificados, tal como se passa, por exemplo, quando o administrador não tiver observado o procedimento administrativo necessário. Mas também existem defeitos de mérito suscetíveis de revisão. Assim se configurará, por exemplo, quando a decisão for desarrazoada, arbitrária ou destituída de qualquer aptidão de realizar de modo adequado a finalidade buscada⁶⁷.

Ao término, frise-se que hoje “há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988⁶⁸”.

2.9 PARÂMETROS PARA CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Conforme exposto, o Poder Judiciário está autorizado a controlar os atos administrativos, porém de forma excepcional. À luz desta constatação, "o tratamento doutrinário e jurisprudencial do poder discricionário vem evoluindo no sentido de circunscrevê-lo dentro de parâmetros, com vistas a direcioná-lo ao atendimento verdadeiro do interesse da população, impedindo abusos⁶⁹". Logo, pertinente analisar quais os parâmetros utilizados para determinar estar o ato administrativo suscetível de revisão judicial.

⁶⁵ FRANÇA, 2010, p. 127.

⁶⁶ DI PIETRO, 2011, p. 219.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, 2013, p. 261.

⁶⁸ MEDAUER, 2013, p. 443.

⁶⁹ Ibid., p. 129.

Primeiramente, a discricionariedade administrativa encontra-se limitada pelos próprios elementos do ato deixados à decisão do administrador, com maior ou menor grau de juízo de conveniência/oportunidade.

Para tanto, construíram-se teorias relacionadas intimamente com tais elementos, dentre elas: a dos motivos determinantes, do abuso de poder e do desvio de finalidade, as quais se encontram intimamente ligadas aos elementos do ato administrativo.

Pela teoria dos motivos determinantes, "uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam⁷⁰". Daí ser possível apreciar os pressupostos de fato e de direito que motivaram o ato, "de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade⁷¹".

Já a teoria do desvio de finalidade/desvio de poder se apresenta nas situações em que a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diverso do fixado em lei. Consiste, então, no "mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado⁷²".

Sobre o tema, Justen Filho reflete:

Usualmente, o controle quanto às finalidades dos atos administrativos faz-se apenas sob um enfoque negativo. Ou seja, é inválido o ato administrativo incompatível com a realização do interesse público. No entanto, uma democracia republicana exige mais do que isso. É necessário que o ato administrativo seja apto a promover as finalidades prestigiadas pelo direito, refletindo uma concepção de bem público satisfatória com os valores fundamentais e com as necessidades coletivas⁷³.

E ainda, a teoria do abuso de poder, que por sua vez, incide nos casos em que "um sujeito se vale da competência de que é titular para além dos limites necessários, atuando de modo a lesar interesses alheios sem que tal corresponda a algum benefício para as necessidades coletivas⁷⁴".

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 408.

⁷¹ DI PIETRO, 2011, p. 213.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, op. cit, p. 410.

⁷³ JUSTEN FILHO, 2013, p. 449.

⁷⁴ Ibid., p. 452.

Todavia, "além dos requisitos de competência, forma, motivo, fim, em geral verificados depois da edição de medidas, a doutrina contemporânea volta seu interesse para o processo formativo da decisão⁷⁵".

Tem-se insistido, portanto, a respeito da necessidade de adequação dos atos administrativos aos princípios gerais de direito e aos princípios constitucionais da administração e do direito administrativo. Até porque não se pode esquecer que o sistema brasileiro é estruturado em princípios.

Neste sentido, Medauer explica que "o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo⁷⁶".

A respeito, brilhante os dizeres de José Roberto Oliveira no sentido de que

(...) a validade do ato produzido no exercício de discricção não requer apenas obediência a todos os pressupostos e elementos que a legalidade (em sentido restrito) tenha estipulado para a emanção do ato. Postula que o sistema juridicize por completo a norma administrativa individual que ingressa no ordenamento pela verificação do nexó de causalidade jurídica suficiente em cada circunstância singular que exige o agir administrativo⁷⁷.

Sob outro viés, permite-se ainda o controle dos atos considerados desarrazoados, "(...) para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei⁷⁸".

Registre-se apenas a diferença existente entre a noção daquilo que se entende por racional e o padrão de conduta razoável para cada ato administrativo: "O "racional", nesse sentido, diz respeito à construção da decisão, ao passo que o "razoável", além disso, investiga o seu conteúdo em face da pauta axiológica que informa a regra de competência, e a sua integração sistemática no ordenamento⁷⁹".

Igualmente, faz-se plausível o controle dos atos que se mostrem atentatórios à moralidade, levando-se em consideração os padrões de homem comum.

⁷⁵ MEDAUER, 2013, p. 129.

⁷⁶ Ibid., p. 127.

⁷⁷ OLIVEIRA, 2008, p. 11.

⁷⁸ DI PIETRO, 2011, p. 220.

⁷⁹ OLIVEIRA, op. cit., p.27.

Por último, também se tem defendido o atendimento das normas procedimentais e processuais que regulam determinada situação, com destaque para o princípio do devido processo legal.

Com efeito, diante das situações apontadas o Poder Judiciário encontra amparo para, quando necessário, adentrar no mérito administrativo.

Ocorre que, conforme se demonstrará, nem sempre que a Administração Pública deixar a cargo do gestor o exame de conveniência e oportunidade da decisão estará configurada efetivamente a discricionariedade no caso concreto.

Sobre isso, Bandeira de Mello faz importante ressalva:

Não há como correr-se de erronias na matéria sem se aperceber que a discricionariedade, na regra de direito, é apenas uma suposição, pois só irrompe ante o caso concreto, só se revela e se dimensiona à vista dele e que, de conseguinte, o juiz necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia, *in casu*, real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o ato efetuou⁸⁰.

Isso porque, da análise do caso concreto é sempre possível reduzir a fluidez dos mandamentos legais, retornando-se à previsão da lei e interpretando-se em conjunto o que for objetivamente apreensível. Nestes casos, realizado o “processo de intelecção” e constatado que “a melhor solução é inquestionavelmente uma única, a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária⁸¹”.

Portanto, observado pelo Judiciário que, embora não fosse caso de discricionariedade a autoridade administrativa optou por escolha diversa da que seria a melhor solução possível, faz-se igualmente imperativo o exercício de revisão do ato.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p.1005.

⁸¹ FIGUEIREDO, 2001a, p. 242.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste capítulo, serão analisados os direitos sociais, sua eficácia e o impacto causado com o seu surgimento não apenas para o Estado, que passa a atuar positivamente para implementação dos núcleos de irradiação e efetivação da igualdade substancial, como ainda para o próprio magistrado que, excepcionalmente, constatando existência de lesão aos direitos subjetivos por conduta comissiva ou omissiva do Estado, deverá intervir no âmbito de discricionariedade do administrador, seja na execução, seja na formulação de políticas públicas.

3.1 ESTADO PÓS-MODERNO

Para compreender os direitos sociais, há que se analisar primeiramente o contexto em que se inserem.

Como se sabe, o Estado Liberal, que antecedeu o atual modelo de Estado, caracterizava-se por uma conduta preponderantemente passiva, em que os direitos sociais, que demandam uma prestação positiva do Estado, sequer eram pensados. Nesse sentido, Maria Goretti dal Bosco ensina:

As formas de elaboração das políticas públicas, no período compreendido entre o advento do Estado Liberal e o Estado Social, têm raízes no paradigma estrutural-funcional-liberalismo, cuja concepção de sociedade era a de um conjunto de indivíduos isolados, iguais diante da lei, que desenvolviam relações sociais com base em normas internas próprias, não infringidas pelo poder estatal em qualquer dos níveis. O mercado encarregava-se de estabelecer, de forma automática, a ordem econômica, independente de ação do Estado, ao qual estava reservada apenas uma atuação subsidiária, destinada a assegurar direitos naturais reconhecidos pela Constituição⁸².

Em razão desta visão propagada, apenas em 1919, por meio da Constituição de Weimar, foi finalmente institucionalizada a nova geração de direitos. Conforme explica Osvaldo Canela,

⁸² DAL BOSCO, Maria Goretti. Discricionariedade em políticas pública. Curitiba: Juruá, 2007, p. 247.

Após as deletérias consequências da Primeira Guerra “Mundial (1914-1918), novos direitos foram acrescentados à norma fundamental alemã, relativos ao trabalho, à educação, à cultura e à previdência. O Estado, pois, estava reorganizado em função da sociedade e não mais em função do indivíduo. Iniciava-se o Estado Social⁸³.

Porém, apenas com o término da 2ª Guerra Mundial e a “Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os diversos países signatários passaram a intensificar os movimentos de implantação de programas que pudessem viabilizar a consecução dos direitos fundamentais sociais⁸⁴”.

Destaque-se que “no Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores⁸⁵”.

Com esta transição do Estado Liberal para o estágio atual, a visão individualista deixa de ser tolerada, passando-se a ser dele exigido uma interferência ativa na promoção da igualdade substancial mediante a efetivação dos direitos sociais. Diante dessa mudança de paradigma, igualmente o ordenamento jurídico brasileiro “teve de ajustar-se ao compromisso constitucional de atuar pelo bem comum de todos os cidadãos, na esteira do que dispõe o art. 3º da Constituição Federal⁸⁶”. Daí concluir-se que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula⁸⁷”.

Note-se ainda que a assunção de uma série de atribuições pelo Estado, as quais anteriormente não precisava fazer frente, causou um expressivo aumento da máquina pública e das respectivas despesas para custeio⁸⁸.

Portanto, considerando todo o exposto, pode-se afirmar que o Estado Pós-Moderno consiste na síntese da proteção não só dos direitos fundamentais de defesa, já abarcados no Estado Liberal, como também deve se comprometer a implementar os direitos de natureza social. Em outras palavras, o Estado atual é o reflexo da “síntese dos valores da personalidade individual, típicos do liberalismo, e

⁸³ CANELA JUNIOR, 2011, p. 115.

⁸⁴ Ibid., p. 78.

⁸⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 287.

⁸⁶ CANELA JUNIOR, op. cit., p. 133.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 564.

⁸⁸ DAL BOSCO, 2007, p. 135.

dos valores sociais no sentido histórico concreto que a palavra **social** adquire desde o segundo terço do século XIX⁸⁹.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar ao exame específico dos direitos sociais, imperioso fixar as premissas comuns a todos os direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva, os direitos fundamentais

(...) são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular.⁹⁰

Mais ainda. Para Gilmar Ferreira Mendes “os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva.”⁹¹ Por conseguinte, forçoso concluir que esses direitos, além de serem exigíveis do Estado, também assentam a base do ordenamento jurídico brasileiro e determinam as diretrizes para as políticas públicas nacionais.

Ante a essencialidade dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet recorda que a própria Constituição Federal de 1988 acentuou a importância destes, incluindo-os em posição de relevo no texto constitucional.

⁸⁹ DAL BOSCO, 2007, p. 247.

⁹⁰ AFONSO DA SILVA, 2007, p. 180.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 413.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.⁹²

Neste contexto, e considerando ser objetivo da República Federativa do Brasil a salvaguarda dos bens institucionalizados, resta incontroverso o caráter prioritário dos direitos fundamentais para o Estado atual. Daí concluir que “devem ser atendidos com absoluta preferência, porque envolvem discussão acerca da dignidade do ser humano e constituem o pilar do sistema ético de referência de todo o sistema normativo⁹³”.

A *contrario sensu*, em se verificando que o poder estatal não atuou para produzir a necessária irradiação destes direitos, configura-se não só lesão ao direito subjetivo do cidadão, como ainda violação da própria Constituição. Tal lesão ocorre quando o titular não dispuser do bem da vida, mas também “(...) a mera previsão abstrata do direito fundamental, sem a concessão material do bem da vida, implica igualmente lesão e, portanto, sujeita o Estado à obrigação de satisfazê-lo⁹⁴”.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Atento aos ensinamentos de Alexandre de Moraes,

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal⁹⁵.

⁹²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 79.

⁹³CANELA JUNIOR, 2011, p. 44.

⁹⁴Ibid., p. 42.

⁹⁵MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 201.

Pois bem. Desde logo se verifica que, diferentemente dos direitos de defesa, os quais são classificados em direitos de 1ª geração e visam a proteção da igualdade e liberdade, exigindo conduta negativa do Estado, os direitos sociais ou de 2ª geração “encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem⁹⁶”.

Por consequência, "(...) são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade⁹⁷".

Sob este aspecto, sua efetivação é, na verdade, pressuposto para o “gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade⁹⁸”.

Assim, de acordo com o preceituado pelo art. 6º da Constituição Federal de 88, o rol dos direitos sociais, também conhecidos como difusos⁹⁹, compreende: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

E tal como qualquer direito fundamental, também os direitos sociais “constituem direitos constitucionais subjetivos, dotados de eficácia plena e de exigibilidade imediata, na forma do que dispõe o art. 5, §1º, da Lex Legum¹⁰⁰”. É que, se os direitos sociais juntamente com os demais direitos fundamentais formam uma unidade, "(...) a admissão de que determinados direitos fundamentais, sobretudo os sociais, não possuem plena eficácia representa a declaração de que o cidadão brasileiro não possui o direito à integralidade da dignidade humana¹⁰¹".

Por fim, tomando-se por empréstimo a conclusão de Moraes,

⁹⁶ SARLET, 2012, p. 284.

⁹⁷ MENDES, 2010, p. 823.

⁹⁸ AFONSO DA SILVA, 2013, p. 289.

⁹⁹ Nesse sentido, Osvaldo Canela explica: "Ante, pois, a indiscutível indeterminação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que se encontram eles no rol dos interesses e direitos difusos". CANELA JUNIOR, 2011, p. 141.

¹⁰⁰ Ibid., p. 90.

¹⁰¹ Ibid., p. 59.

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício¹⁰².

É que, se entre Estado e sujeito há uma relação obrigacional, tão logo reste caracterizada a lesão, nascerá a pretensão.

3.4 NÚCLEOS DE IRRADIAÇÃO E NORMAS PROGRAMÁTICAS

Em razão do conteúdo das normas que disciplinam as diretrizes para irradiação/implementação dos direitos sociais, sua positivação se dá, em geral, mediante o emprego das normas programáticas. Conforme explica Ingo,

(...) a maior parte das normas definidoras de direitos fundamentais a prestações estão contidas em dispositivos que, pela sua formulação, melhor se enquadram na categoria das normas de cunho programático, já que, de regra, limitam-se a enunciar programas, fins, tarefas para o Estado ou ordens de legislar¹⁰³.

Até porque, consoante ilustra Vanice Regina Lírio do Valle "(...) a constitucionalização do inteiro conteúdo de políticas públicas determinaria a fossilização do texto constitucional e dos direitos que ele cogitasse garantir por intermédio da atuação do Estado¹⁰⁴". E ainda, se justifica pela circunstância "(...) de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como - em muitos casos - da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica¹⁰⁵".

Quanto à sua eficácia, Canela entende que, enquanto os direitos fundamentais sociais são plena e imediatamente aplicáveis, os núcleos constitucionais possuem eficácia limitada. Nos dizeres do autor, "os núcleos

¹⁰² MORAES, 2013, p. 202.

¹⁰³ SARLET, 2012, p. 300.

¹⁰⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 63.

¹⁰⁵ SARLET, op.cit., p. 293.

constitucionais de irradiação, notadamente concentrados no Título VIII da Lex Legum, é que detêm força principiológica das normas programáticas e dependem de normas integradoras¹⁰⁶. Com efeito, afirma que a norma integradora não se destina a garantir a eficácia do direito fundamental social, que como visto, já plenamente aplicável.

Em conformidade com Sarlet, as normas programáticas

apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao Legislador¹⁰⁷.

Todavia, para o referido autor, até as normas programáticas são dotadas de certa eficácia, sob pena de não passarem de meras proclamações. Daí afirmar que “(...) mesmo as que fixam programas ou tarefas para o Estado, possuem o caráter de autênticas normas jurídicas, no sentido de que mesmo sem qualquer ato concretizador se encontram aptas a desencadear algum efeito jurídico¹⁰⁸”.

Portanto, não há que se falar em eficácia limitada aos direitos fundamentais sociais, apenas, eventualmente, dos núcleos de irradiação que ainda não foram objeto de concretização pelo legislador.

3.5 POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, o tema políticas públicas encontra-se, como previamente justificado, intrinsecamente relacionado com o novo paradigma de Estado cujo ideal social proclamado demanda desejável grau de intervenção.

Pode-se definir políticas públicas como o conjunto de práticas e normas que

(...) constituem os mecanismos estatais de efetivação dos direitos fundamentais, mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos. O Estado, como sujeito passivo da obrigação, as satisfaz por

¹⁰⁶ CANELA JUNIOR, 2011, p. 63.

¹⁰⁷ SARLET, 2012, p. 292.

¹⁰⁸ Ibid., p. 293.

meio da atuação concreta das formas de expressão do poder estatal¹⁰⁹.

Para tanto, são competentes à tarefa de formulação das políticas públicas de irradiação dos direitos tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo.

Ocorre que, em meio a impossibilidade de satisfação simultânea de todos os núcleos de irradiação de direitos sociais elencados no comando constitucional, cabe ao Estado a definição das prioridades/políticas públicas a serem empreendidas, ocasião em que “o tema da discricionariedade do administrador vem à tona, avaliando os vários interesses concorrentes¹¹⁰”.

Arthur Sanchez Badin resume que a adoção de uma política pública decorrerá de escolhas a respeito dos fins que o Estado pretende atingir e por quais meios: “Quais fins são socialmente relevantes? Quais meios (recursos orçamentários, instrumentos jurídicos etc.) serão dedicados à consecução desses fins?”¹¹¹.

Mas ainda. Como se sabe, a depender do desenho constitucional de cada Estado, os campos de atuação eleitos devem variar.

As definições de políticas públicas relacionam-se com o perfil institucional que cada Estado desenha para si, através de seu ordenamento, e esta questão exerce influência significativa nos resultados substanciais do processo políticos, pois, conforme as regras definidas, haverá vantagens ou desvantagens para os diferentes participantes do processo¹¹².

Além disso. Consoante Wilson Liberati consiste também no exame dos

(...) valores e de recursos disponíveis; é dizer, como se desenvolvem umas ou outras políticas dependerá do juízo de valor coletivo acerca do que se considere que é mais ou menos desejável socialmente e, por conseguinte, dos critérios empregados no momento de se estabelecerem as prioridades dos recursos disponíveis¹¹³.

Então, pode-se afirmar que a formulação de uma política pública compreende as seguintes fases:

¹⁰⁹ CANELA JUNIOR, 2011, p. 59.

¹¹⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90.

¹¹¹ BADIN, Arthur Sanches. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 12.

¹¹² DAL BOSCO, 2007, p. 248.

¹¹³ LIBERATI, op. cit., p. 91.

1) reconhecimento do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação de política pública; 4) escolha da política pública deve ser implementada; 5) implementação da política pública eleita; 6) análise e avaliação da política pública executada. Traçar e executar uma política pública, observados esses elementos, é estabelecer uma escolha, dentre múltiplas situações a exigirem atenção do poder público, em relação a qual seja a prioridade de ação, com a enunciação do que se vai realizar, objetivos pretendidos e indicadores que permitam, no momento certo, a avaliação¹¹⁴.

Desta feita, caberá precipuamente ao legislador o processo de escolha das políticas de intervenção. "O legislador será o artífice da fixação das políticas públicas necessárias à comunidade e definirá os critérios de preferência na escolha dos serviços e atividade mais urgentes para a população¹¹⁵".

Porém, para o Estado Brasileiro, como esclarece Canela,

(...) uma política, entendida como programa de ação, somente será pública se atender ao bem comum, ao interesse público. O interesse público está expressamente estabelecido no art. 3 da Constituição Federal. Uma política será pública, portanto, se atender aos objetivos do Estado¹¹⁶.

Com efeito, a própria Constituição orienta que as políticas de intervenção formuladas deverão propiciar: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminações.

Por outro lado, de nada adianta tão somente a formulação de políticas públicas se ao sujeito não for garantido plena irradiação material do direito social. "Em última análise, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos, mediante a implementação material, e não meramente formal, dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais¹¹⁷".

Finalmente, as políticas públicas "(...) se constroem a partir do signo da multiplicidade, e não de ser entendidas numa perspectiva de continuidade, de projeção para o futuro de efeitos e obrigações¹¹⁸", como explica Vanice, para quem multiplicidade implica na pluralidade de instrumentos lançados por todos os níveis de governo, os quais se veem unidos pela ideia de programa em desenvolvimento/implementação.

¹¹⁴ VALLE, 2009, p. 87.

¹¹⁵ LIBERATI, 2013, p. 91.

¹¹⁶ CANELA JUNIOR, 2011, p. 58.

¹¹⁷ Ibid., p. 85.

¹¹⁸ VALLE, op. cit, p. 37.

3.6 PAPEL DO JUDICIÁRIO

A transição do Estado Liberal para o Pós-Moderno implica em igual conformação na atuação do Poder Judiciário.

Isso porque, consoante Badin,

Os chamados direitos humanos de "primeira geração exigiam, sobretudo, prestações negativas por parte do Estado e, por isso, o instrumental teórico positivista desenvolvido pela dogmática jurídica do Estado liberal era perfeitamente adequado para efetivá-los: o controle jurisdicional dos atos administrativos limitava-se a aferir se o Estado não descumpriu seu dever de omissão - ou seja, de não ferir as "liberdades públicas" - e de respeitar os "limites da lei"¹¹⁹.

Por óbvio que no referido estado de coisas haveria um comprometimento da "concepção da atividade judiciária, alinhando-a a dois parâmetros de atuação: o afastamento de qualquer conteúdo político às decisões judiciais e a absoluta subordinação à atividade do Poder Legislativo"¹²⁰.

Na medida em que o Estado de Bem-Estar Social normatiza programas de ação governamental, elegendo fins socialmente desejáveis e subordinando-os à retórica dos direitos, todo o arsenal institucional do direito liberal, dentre eles a dogmática jurídica e o primado da inafastabilidade da revisão judicial, passa a ser posto a serviço da efetivação desses novos compromissos (ou direitos)¹²¹.

Faz-se necessário, pois, uma atualização dos conceitos jurídicos sob a ótica do Estado dirigente, bem como uma releitura do papel do magistrado. A respeito, Canela pontua

(...) que o magistrado, exercitando atividade jurisdicional em um Estado do bem-estar social, deve redimensionar o seu foco de análise, investigando o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição da República (art. 3). A Constituição deverá receber uma leitura finalística, de tal forma que o art. 2, matriz do princípio da independência e da harmonia entre os poderes, deverá ser obrigatoriamente revisitado¹²².

¹¹⁹ BADIN, 2013, p. 78.

¹²⁰ CANELA JUNIOR, 2011, p. 114.

¹²¹ BADIN, op. cit., p. 16.

¹²² CANELA JUNIOR, op. cit., p. 88.

Deduz, pois, que cabe também ao Judiciário, porque igualmente vinculado aos objetivos do Estado, o compromisso de efetivação dos direitos sociais, contribuindo com os demais poderes para concretização da igualdade substancial. Nos dizeres de Canela, "ao adotarem um sistema ético de referência, os órgãos jurisdicionais podem se concentrar na tarefa constitucional de realização das políticas públicas, vinculando-as aos altos objetivos do Estado"¹²³. De outro passo, a omissão do Judiciário permitiria a existência de lacunas no sistema e o desatendimento dos propósitos estatais.

3.7 CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O reconhecimento de direitos subjetivos pelo Estado trouxe consigo a discussão acerca da possibilidade da concessão ou não destes direitos pelo Judiciário, nos casos em que não forem satisfatoriamente efetivados pelos outros poderes competentes. Acrescente-se ainda ao debate o fato de que o campo da implementação de políticas públicas é uma esfera destacadamente discricionária. Diante destes aspectos, Canela sugere o desencadeamento de uma crise metodológica na medida em que

(...) o Poder Judiciário foi chamado a decidir a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das demais formas de expressão do poder estatal, muita vezes envolvendo a análise dos critérios de escolha do administrador em cotejo com a finalidade do ato administrativo¹²⁴.

Em princípio, não foram grandes as dificuldades com relação ao controle dos atos comissivos, especialmente porque, como recorda o renomado autor ora citado,

A doutrina da invalidade dos atos administrativos e o exame de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo são campos férteis para a solução dos inúmeros problemas oriundos das condutas comissivas dos agentes públicos no exercício de políticas públicas (...)¹²⁵.

¹²³ CANELA JUNIOR, 2011, p. 112.

¹²⁴ Ibid., p. 80.

¹²⁵ Ibid., p. 82.

Entretanto, há um enfrentamento maior da doutrina no que tange às situações que demandariam conduta ativa do Estado, porém este se omite, violando os compromissos constitucionalmente assumidos, em um ato de negação a si próprio.

Não havendo a oferta e o exercício desses direitos, não se opera a proteção integral prometida no texto legal. Sendo esse direito garantido na Constituição, mas não colocado à disposição do cidadão ou colocado de forma indevida ou precária, incide a omissão do Estado¹²⁶.

A diferença entre ambos reside no fato de que "enquanto as condutas comissivas dos agentes públicos, violadoras dos objetivos do Estado, necessitam de invalidação, as condutas omissivas demandam integração¹²⁷".

À luz desta crise, surgiram três correntes preponderantes, as quais Liberati bem resume:

A primeira corrente entende que o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas imediatamente, em relação ao Estado, para proteção dos direitos fundamentais, assim que violados ou ameaçados de violação, sem perquirir qualquer condição. A segunda corrente entende que o Poder Judiciário não pode intervir nas políticas públicas, porque esse assunto não é da sua competência, mas do Legislativo e do Executivo, obrigando-se a observar a independência dos Poder constituídos. A terceira corrente defende a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, desde que haja recurso financeiro suficiente, para financiar a políticas *sub judice*, e que os direitos violados pertençam àquele núcleo essencial de direitos fundamentais, sem os quais a dignidade da pessoa humana sofreria séria diminuição¹²⁸.

Pois bem, nada obstante este tema venha a ser melhor abordado no capítulo seguinte, mencione-se, desde já, que a terceira corrente é a que tem sido adotada com preponderância pela jurisprudência, especialmente pela concepção de que o Judiciário, quando atua no suprimento da ausência do legislador ou da Administração, deve ser visto com uma das funções da soberania do Estado¹²⁹.

Além disso, como explicitado, a polêmica é acentuada em razão da ampla margem de escolha atribuída aos poderes Legislativo e Executivo.

Essa avaliação dos chamados atos discricionários realizados pelo administrador público ganha relevância porque, no âmbito da definição de políticas públicas, embora estas devam estar previstas na legislação

¹²⁶ LIBERATI, 2013, p. 100.

¹²⁷ CANELA JUNIOR, 2011, p. 87.

¹²⁸ LIBERATI, op. cit., p. 158.

¹²⁹ DAL BOSCO, 2007, p. 396.

específica (lei orçamentária anual, planos plurianuais e lei de diretrizes orçamentárias, entre outros), o nível de liberdade do agente público é significativo¹³⁰.

Em meio a esse contexto em que de um lado há a expressa determinação constitucional para efetivação dos direitos sociais como objetivo do Estado e de outro a sua constante violação, é imperioso elaborar um novo conceito de discricionariedade, adequado aos novos tempos, que permita, excepcionalmente, o controle judicial das políticas públicas e o primado dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, Dal Bosco pretende

que todos os atos da Administração não apenas se submetam aos princípios orientadores da administração pública, especialmente os da eficiência e da moralidade, mas possam também ser revisados pelo poder Judiciário, e anulados sempre que seus objetivos não coincidam com os princípios e com o interesse público¹³¹.

Nessa esteira, admite-se não só o controle da execução/implementação de políticas públicas, como também de sua formulação.

Na primeira hipótese, a matriz do controle é o contraste com a própria política pública existente, à vista de sua aptidão a determinar a já referida auto-vinculação. Não se tem aqui atuação substitutiva do Judiciário, mas ao contrário, função jurisdicional típica de reconduzir o poder à trilha de funcionamento que ele mesmo estabeleceu. Já no segundo caso - em que não se cogita de reforço jurisdicional à auto-vinculação, mas sim de uma decisão de caráter nitidamente substitutivo, inequivocadamente se estará numa seara sujeita a um ônus argumentativo maior, sem o que não se terá por legitimada a decisão¹³².

Porém, como já antecipado,

(...) em que pese a importância de um controle jurisdicional rápido e eficaz, este se constitui, ao menos do ponto de vista teórico, em mecanismo subsidiário de atuação. O que a Constituição deseja é que os poderes por ela instituídos desenvolvam ordinária e satisfatoriamente as funções - e nesses termos, o controle judicial é algo que se apresenta como alternativa secundária¹³³.

Mesmo porque, admitir a possibilidade de revisão das políticas públicas não significa permitir a intervenção da jurisdição arbitrariamente, ou seja,

¹³⁰ DAL BOSCO, 2007, p. 309.

¹³¹ Ibid., p. 308.

¹³² VALLE, 2009, p. 106.

¹³³ Ibid., p. 85.

“indistintamente nas políticas públicas devolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas¹³⁴”.

E ainda. Quando necessário lançar mão da atividade corretiva do Estado, esta deve ser bem dimensionada, tendo em conta igualmente todos os princípios que orientam a atividade pública, bem como os demais parâmetros de controle do ato discricionário, já elencados no item “9” do capítulo “2”. Isso porque é evidente que ao integrar a conduta decidindo o caso apresentado o Judiciário desenvolve políticas públicas, oportunidade em que também deverá “harmonizar-se com os critérios de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade que informam o ordenamento jurídico¹³⁵”.

Finalmente, não se desconhece o fato de que “temas que envolvem aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico¹³⁶”, todavia, contra isso pesa o fato de que “não está claro que as demais instituições candidatas a fazer as mesmas escolhas não tenham seu desempenho ainda mais comprometido por suas próprias limitações¹³⁷”.

¹³⁴ CANELA JUNIOR, 2011, p. 148.

¹³⁵ Ibid., p. 162.

¹³⁶ LIBERATI, 2013, p. 171.

¹³⁷ BADIN, 2013, p. 100.

4 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DA EDUCAÇÃO INFANTIL – ART. 208, IV, CF

Neste capítulo far-se-á breve estudo acerca do direito fundamental à educação infantil, incluindo a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do controle judicial das políticas públicas para garantia de vaga em creche mediante o entendimento firmado no paradigmático voto do Ministro Celso de Mello nos autos de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996-6/São Paulo.

4.1 DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO: EDUCAÇÃO INFANTIL

O direito à educação encontra-se previsto no art. 6º da Constituição Federal juntamente com os demais direitos sociais. De acordo com o art. 205, consiste em direito de todos e dever do Estado e será promovido com vistas ao “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Dentre as formas de efetivação do direito à educação, é dever do Estado garantir “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade” (art. 208, IV, CF e art. 54, IV do ECA), sendo que será oferecida em creches ou entidades equivalentes, no caso de crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para crianças de 4 a 5 anos (art. 30 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 9394/96).

A Lei 9394/96, no art. 29, traçou os objetivos da educação infantil do seguinte modo:

A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

No tocante à competência, a educação constitui atribuição comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos moldes do art. 23, V, da Carta Magna, porém, em se tratando de programas de educação infantil e ensino fundamental, que serão aqui tratados, é competência prioritária dos Municípios (art. 30, VI e art. 211, §2º, ambos da CF).

De igual forma, a Lei 9394/96, no art. 11, V, incumbiu o Município de

(...) oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino (o grifo é nosso).

Nesse aspecto, destaque-se que o percentual mínimo da receita resultante de impostos a ser aplicada pelo Município, anualmente, na manutenção e desenvolvimento do ensino é de vinte de cinco por cento (art. 212 da CF).

4.2 DIREITO À VAGA EM CRECHES PÚBLICAS CONFORME ENTENDIMENTO DO STF

No âmbito das políticas educacionais, o tema da impossibilidade de acesso à creches municipais é dos mais férteis à prolação de decisões relativas ao controle jurisdicional de políticas públicas.

Destaque-se que os primeiros casos tratando do dever de oferta de vaga em creche e pré-escola chegaram ao STF em 2004, por meio dos Recursos Extraordinários nºs 401.673 e 411.518. Todavia, a ambos o Relator, Min. Marco Aurélio, negou seguimento sob o fundamento formal de que a discussão era de natureza infraconstitucional. Com efeito, não adentraram ao tema da controlabilidade dos programas de ação na área de educação.

Foi apenas por ocasião do julgamento conjunto dos Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário nºs 410.715 e 436.996, em 22 de novembro de 2005, que restou expressa, por decisão de mérito da Segunda Turma do STF, a possibilidade de controle nas políticas de educação infantil.

Por terem conteúdo idêntico, serem de mesma relatoria e se revelarem emblemáticos para o controle das políticas públicas, especialmente no tocante à garantia do direito à creche, passa-se a análise do voto do Ministro Celso de Mello nos autos de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário autuados sob o nº 436.996/São Paulo.

Pois bem. Nos referidos autos, o agravante, Município de Santo André, sustentou que a garantia pelo Judiciário da matrícula de crianças em creches envolveria questões de orçamento e disponibilidade do erário, de maneira que, uma vez concedida, configuraria indevida ingerência no Poder discricionário do Executivo, violando o art. 2º da Constituição Federal.

Ao iniciar o voto, o Ministro Celso de Mello se dedica à análise do direito à educação, ressaltando: a) o direito à educação é prerrogativa constitucional indisponível, deferida a todos, mas especialmente às crianças, por força dos artigos 205, 208, IV e 227 da Constituição; b) o direito à educação é direito social/de segunda geração, o que implica em um dever de prestação positiva, ou seja, a criação pelo Estado de condições para o pleno acesso ao sistema educacional que, no caso de crianças, consiste no atendimento por creche e pré-escola; c) ser opção constitucional dos novos ordenamentos que assinalam um modelo de Estado que anseia por justiça social, solidariedade e dignidade humana.

Nesse sentido, constou da ementa a síntese da primeira conclusão:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola¹³⁸.

Com efeito, considerando a relação obrigacional existente (de um lado o direito público subjetivo à educação que se contrapõe ao dever jurídico social de viabilizar o atendimento em creches e pré-escolas), o Ministro chega à segunda conclusão: o Estado é obrigado a concretizar esse direito, sob pena de frustração de um compromisso constitucional. Mais ainda. Ressaltou que, neste tema, a própria Constituição delineou um programa a ser implementado mediante a adoção de

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014. p. 1.

políticas públicas, de modo que a sua não concretização configura situação de inconstitucionalidade por omissão. Neste aspecto, reiterou que a situação de inconstitucionalidade pode advir não apenas de um comportamento ativo do Poder Público, mas igualmente incidirá em violação negativa se deixar de adotar as medidas necessárias a cumprir o dever de prestação que lhe foi imposto.

Sobre este tema, constou da ementa:

Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade”¹³⁹ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal¹⁴⁰.

Em seguida, o Ministro passa a enfrentar a tese do agravante, rebatendo, primeiramente, que a interferência do Judiciário nas políticas educacionais não viola o princípio da Tripartição dos Poderes.

Para tanto defendeu que, nada obstante o encargo de formular e implementar políticas públicas resida, ordinariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo,

(...) poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame¹⁴¹.

Em seguida, quanto ao tema pertinente à reserva do possível, advertiu que o Estado não pode se furtar do dever de prestação de serviços educacionais sob o argumento da inviabilidade econômica sem que comprove de forma objetiva sua incapacidade econômico-financeira.

Dessa feita, assentou: “a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo

¹³⁹ A nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 prevê o direito à creche e pré-escola às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014, p. 1.

¹⁴¹ Ibid., p. 10.

Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade¹⁴²”.

Mais adiante, o Ministro passa a repelir as afirmações de que a implementação de políticas públicas é atividade discricionária da Administração Pública que não permitiria controle judicial. Isso porque, na visão do Ministro há, na verdade, uma discricionariedade governamental limitada, conforme explica:

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, §2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em “argumentos de natureza política e econômica” (EDUARDO APPIO, “Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil”, p. 233/237, 236, 2005, Juruá) a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris)¹⁴³.

Igualmente, constou da ementa a síntese de seu entendimento, neste particular:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV) não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social¹⁴⁴.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014, p. 11.

¹⁴³ Ibid., p. 12.

¹⁴⁴ Ibid., p. 1.

Por fim, reiterando a primazia dos direitos da criança e do adolescente, conclui que a norma constante do art. 208, IV, da Constituição Federal, impõe ao Estado o dever inafastável de fornecimento de creches públicas e ensino pré-primário, motivo pelo qual negou provimento ao recurso de agravo.

O voto do Ministro Celso de Mello foi acompanhado por unanimidade e tornou-se paradigmático para o tema, o qual, a partir de então, restou pacífico no STF.

4.3 REFLEXÕES ACERCA DO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO AUTUADOS SOB O Nº 436.996/SÃO PAULO.

Conforme verificado, o voto proferido nos autos de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário sob o nº 436.996 abordou pontos essenciais ao tema do controle judicial da discricionariedade administrativa nas políticas públicas destinadas à educação infantil, objeto deste trabalho, pelo que merecem maior desdobramento.

Logo de início, como se apontou, o Min. Celso de Mello, com fundamento nos artigos 205, 208, IV e 227 da Constituição, assentou seu primeiro pressuposto, a saber, a indisponibilidade da educação infantil como prerrogativa constitucional a partir de uma compreensão global e ampla do direito constitucional à educação.

Com efeito, se deve perquirir, mediante um breve retrospecto, as bases estruturantes deste raciocínio desenvolvido pelo Min. Celso de Mello.

Como previamente exposto no segundo capítulo deste trabalho, os direitos **fundamentais** não são assim chamados inadvertidamente, mas sim porque são considerados valores superiores da Constituição, na medida em que constituem um núcleo essencial de direitos sem os quais não há o alcance integral da dignidade da pessoa humana, esta que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF).

Tendo em conta esta ótica da viabilização do mínimo existencial, e considerando que devem ser atendidos com absoluta prioridade, o Constituinte estabeleceu um reforçado regime de proteção dos direitos fundamentais,

determinando sua eficácia plena e imediata e vinculando todos os Poderes ao seu cumprimento.

Pois bem. Esta máxima eficácia e absoluta prioridade, inicialmente reconhecida aos direitos individuais, se estendeu, por trabalho da doutrina e da jurisprudência, também aos direitos fundamentais sociais, haja vista que sua efetividade representa condição para o gozo dos direitos de 1ª geração.

E não seria diferente com o direito social à educação, em que o próprio Constituinte previu ser direito de todos **e dever do Estado** o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF), configurando prerrogativa constitucional de cada cidadão.

Nesse ponto, vislumbra-se efetivamente, como bem apontou o Min. Relator, a clara opção de nossa Constituição em favor de um Estado social, que tem como valor a justiça social, a educação e a cultura.

Mas não é só. A Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente foram mais além no que se refere ao direito dos menores à educação, garantindo-lhes absoluta prioridade, seja na preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, seja na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 227 da CF e art. 4º, ECA), o que revela, em verdade, uma “dupla prioridade” não apenas em razão da natureza do direito à educação, como também pela condição de criança e adolescente.

Ocorre que a Constituição Federal não apenas estabeleceu como prerrogativa de cada um o direito educação e priorizou os menores, como também **expressamente** elegeu os fins sociais desejáveis e elencou as políticas públicas correspondentes, delineando dentre elas, o direito à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Inconteste, então, que a norma contida no art. 208, IV da CF que irradia o direito à educação não é mera norma programática, mas possui plena eficácia.

Portanto, considerando o exposto, não há outra alternativa senão o reconhecimento, de fato, da **indisponibilidade** da educação infantil como prerrogativa constitucional, no sentido de que, estando duplamente privilegiada na Constituição (“irrecusável valor constitucional”), possuindo a máxima eficácia dos direitos fundamentais, e se revestindo de alto significado social, não pode ser violado pelo Poder Público, mas sim, fortemente concretizado.

Assim, desta leitura sistêmica e conglobante da Constituição e considerando a obrigação do Estado em materializar um compromisso constitucional, o Min. Celso de Mello acertadamente ponderou para a hipótese de inconstitucionalidade por omissão caso não fossem criadas as condições objetivas para o efetivo atendimento em creches e unidades de pré-escola.

É que, como igualmente já apresentado, se o exercício do poder estatal, independentemente de qual Poder se trate, é limitado pelo princípio da Supremacia da Constituição, a omissão em adotar as medidas necessárias a cumprir o dever de prestação **que por ela foi imposto**, especialmente em se tratando de direito social que demanda um dever de prestação positiva, desatende aos propósitos do Estado de forma grave.

Destarte, a violação negativa reside no fato de que a falha na relação obrigacional não realiza a plena irradiação material do direito social, permanecendo, tão somente, na mera formalidade. Nessa esteira, uma simples leitura do art. 3º da Constituição Federal, que dispõe sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, revela a tamanha lesão aos compromissos firmados que a ausência de uma vaga em creche gera, configurando flagrante omissão com o núcleo constitucional de irradiação do art. 208, IV.

Todavia, andou novamente bem o STF ao assentar que a eficácia de um direito essencial como este não poderia ser comprometida pela inação do Poder Público, o que deve ser corrigido pelo Judiciário, mormente diante da dimensão política outorgada à Corte.

Nessa oportunidade, bem ressaltou a excepcionalidade da Suprema Corte em formular/implementar políticas públicas, conforme defendido neste trabalho, todavia, assinalou para a incumbência do Judiciário nos casos em que o descumprimento de encargos mandatários comprometer a eficácia e integridade de direitos individuais/coletivos de estatura constitucional.

Mencione-se então que o exercício do controle judicial se dá, em último fim, para preservação da supremacia da Constituição, numa tendência atual do Judiciário em dar efetividade às normas constitucionais.

Veja-se, inclusive, que a atuação do Judiciário é presente tão somente em razão de que o Legislativo ou Executivo não efetivaram as políticas públicas nos moldes da Constituição e tal interferência não existiria se os outros Poderes cumprissem seu papel.

Assim, o controle judicial não se encerra apenas na possibilidade de controle de legalidade, mas, por força dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da separação dos poderes (esta última flexibilizada no Estado Social para o atendimento também de direitos sociais), é igualmente admitido o controle do mérito administrativo, segundo parâmetros, eis que não configura a regra.

Logo, afasta-se a ideia de intangibilidade da discricionariedade e o ato administrativo discricionário que desbordar dos limites conferidos ou não atingir o interesse público (que como visto no Brasil só pode ser atingido se respeitado o disposto no art. 3º da CF), ameaçando o Estado de Direito, deve ser contido pelo Judiciário.

Ocorre que, neste caso, a não disponibilização de vaga em creche não caracteriza, efetivamente, exercício de discricionariedade administrativa, mas de vinculação à norma, especialmente porque a garantia do mínimo existencial não está condicionada ao mérito administrativo.

Constou do voto do eminente Relator que a norma do art. 208, IV, da CF não permitiria ao Poder Público, especialmente o Município, dispor de amplo espaço de discricionariedade, que lhe confira maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício pudesse resultar, com base em alegação de conveniência/oportunidade, a nulificação da prerrogativa constitucional. Com efeito, entendeu-se que a referida norma representaria fator de limitação da discricionariedade.

Explico. Neste caso, há evidente caráter jurídico vinculante conferido ao direito fundamental “garantia de vaga em creche”, portanto, não se tem a aplicação dos critérios meritórios: conveniência (determinação do conteúdo de certa providência) e oportunidade (eleição do momento em que determinada providência será adotada). Logo, existindo mandato expresso, a própria norma de irradiação do direito fundamental vincula a atividade do administrador que é obrigado a agir e, se não agir, omite-se de seu dever. Não há, portanto, qualquer espaço para o “não-fazer” e sobre esse dever não tem lugar qualquer deliberação do administrador. Assim, não há, neste particular, discricionariedade.

Por outro lado, há sim aspectos discricionários na escolha do meio pelo qual o direito à creche e pré-escola será satisfeito, ou seja, a eleição da política pública. Assim, pode-se afirmar que há liberdade de decisão, ante as circunstâncias do caso concreto, acerca da melhor opção a atender o interesse público, que poderia ser,

exemplificativamente, neste caso, a construção de novas creches, a ampliação ou reforma, ou ainda a contratação de mais professores, dentre outras.

Dessa maneira, se o administrador, valorando internamente as condições (apreciação subjetiva), atuar tomando uma decisão válida, dentre várias outras existentes, age no exercício da discricionariedade administrativa e não há que se falar em ilegalidade neste ponto, porque age nos limites da lei.

Diferente é o caso *sub judice*, eis que a decisão do Município de Santo André, ao não garantir a vaga a algumas crianças, não pode ser considerada válida, posto que se afasta da Constituição. Em verdade, agride frontalmente a ordem jurídica, que emitiu uma ordem expressa, se comportando fora do que permite a lei.

Mais ainda. Não se pode alegar agir em exercício da discricionariedade quem agride a ordem jurídica, vez que a discricionariedade não contraria a norma, mas usa de forma inteligente a lacuna propositadamente por ela deixada.

Sob esta dimensão, é que a Corte Constitucional entendeu tratar-se de limitação da discricionariedade, tendo em conta que, de fato, existem aspectos meritórios na eleição da forma pela qual se satisfaz o direito à creche, mas limitada, na medida em que não autoriza a não concretização daquele direito.

Por último, defendeu-se a impossibilidade da cláusula da “reserva do possível” servir de justificativa para a ausência de um serviço público. Nessa lógica, somente não se exigirá do Município a efetivação de um direito que demanda orçamento público se este comprovar, objetivamente, sua incapacidade econômico-financeira. Portanto, deve aparelhar-se a fim de observar os direitos constitucionais, mais ainda porque a receita deve ser empregada prioritariamente nas ações básicas, pouco importando

(...) a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil e a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes (...) ¹⁴⁵.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014, p. 18.

Todavia, como se sabe, embora a Constituição seja expressa nesse sentido, não vem sendo privilegiado a garantia à creche e pré-escola. E nem se está a discutir a qualidade no atendimento, mas a quantidade de vagas oferecidas.

Nesse aspecto, o Min. Celso de Mello inclusive referiu brevemente que a implementação da política pública de garantia de creche e pré-escola faz “cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola (...)”¹⁴⁶.

De fato, a insuficiência de vagas para a educação infantil é fator de miséria e perpetuação da desigualdade social, o que contraria os princípios do Estado Brasileiro.

Por fim, não se desconheça que crianças que experimentam de uma educação infantil de qualidade, notoriamente estão sujeitas a um melhor desenvolvimento das habilidades cognitivas, já que nessa idade os estímulos educacionais podem intervir, com maior intensidade, na formação da personalidade.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014, p. 7.

5 CONCLUSÃO

1. Conforme exposto, o exercício da discricionariedade configura margem de autonomia propositadamente reservada ao administrador que, no Estado Pós-Moderno, deve cumprir complexos deveres sempre com vistas à escolha da providência ótima.

2. O exercício discricionário deve respeitar parâmetros ao seu exercício, dentre eles, a legalidade, motivo pelo qual “liberdade onerosa” não se confunde com arbitrariedade.

3. O Judiciário está legitimado a exercer o controle externo na Administração Pública em razão, primeiramente, da inafastabilidade da Jurisdição, pela qual é dado a conhecer de qualquer lesão ou ameaça à direito, ainda que advinda de uma conduta administrativa.

4. Igualmente, não há que se invocar o princípio da separação dos poderes para limitar a apreciação judicial por conta, não só do controle de constitucionalidade que o Judiciário exerce, mas, mas ainda, em razão da nova conformação que, por necessidade institucional, este princípio sofreu com o advento de um Estado obrigado a efetivar direitos sociais.

5. No que se refere ao controle de legalidade, não há qualquer restrição ao Judiciário em verificar se o legislador se manteve nos limites constitucionais.

6. Já no que tange ao controle do mérito, vem sendo superado o entendimento tradicional de que os atos discricionários não admitiriam interferência do Judiciário, mormente porque representaria grande ameaça ao Estado de Direito se os atos administrativos que, a pretexto de exercerem juízo de conveniência e oportunidade, ultrapassassem os limites concedidos pelo sistema normativo, ficassem intangíveis.

7. Com efeito, excepcionalmente é permitida a revisão dos atos administrativos no exercício da discricionariedade, dentro de alguns parâmetros, sem que isso signifique o seu descarte.

8. Uma das hipóteses autorizadas do controle judicial é a limitação pelos próprios elementos que compõe a estrutura do ato administrativo (sujeito competente, objeto, forma, motivo e finalidade), representada em maior destaque

pela Teoria dos motivos determinantes, do abuso de poder e do desvio de finalidade/de poder.

9. Além disso, é passível de controle o próprio processo formativo da decisão, desde que verificado um descompasso com os princípios gerais de direito, princípios constitucionais da administração e do direito administrativo, arbitrariedades, violação à razoabilidade, à moralidade ou ao devido processo legal.

10. Também terá lugar nos casos em que, embora, a princípio, se tenha deixado a cargo do gestor o exercício da discricionariedade, este não se configure, de fato, no caso concreto.

11. O surgimento dos direitos sociais representou uma mudança de paradigma para o Estado, na medida em que, inserido numa relação obrigacional, deve se comprometer a atuar de forma a satisfazer direitos.

12. Os direitos sociais são também direitos fundamentais, o que significa dizer que são essenciais à ordem constitucional, determinantes das políticas públicas nacionais, de observação obrigatória e dotados de eficácia plena e exigibilidade imediata.

13. Além de demandarem uma prestação positiva, os direitos sociais diferem dos individuais, na medida em que, concebidos na ótica da promoção da igualdade substancial, criam as condições para o gozo efetivo dos direitos de 1ª geração e garantem a integralidade da dignidade da pessoa humana.

14. As políticas públicas eleitas pelo legislador e consubstanciadas nos núcleos constitucionais de irradiação são positivadas por meio de normas programáticas em razão de seu conteúdo. Todavia, não são meras proclamações, estando aptas a desencadear algum efeito jurídico, ainda que não tenham sido objeto de concretização.

15. O tema da discricionariedade é reiterante no aspecto políticas públicas, na medida em que, se é impossível a satisfação espontânea de todos os núcleos constitucionais de irradiação, caberá ao Estado, leia-se Legislativo e Executivo, definir as prioridades que serão espontaneamente satisfeitas, o que a depender do perfil do Estado, dos critérios eleitos e do que se considerar mais desejável, beneficiará/ prejudicará diferentes participantes do processo.

16. Para o Estado Brasileiro, a política pública só se legitima se atender os objetivos do Estado, constantes do art. 3º da Constituição Federal, sendo certo que

a mera formulação de política pública sem a necessária implementação formal também caracteriza grave violação à Constituição.

17. A transição para o Estado Pós-Moderno implicou não só na atualização do conceito jurídico de discricionariedade, como também na conformação do Judiciário e releitura do papel do magistrado, o qual, diferentemente da sua atuação no Estado Liberal, deve agora intervir de forma a controlar a formulação e execução de políticas públicas não efetivadas de forma integralmente satisfatória para o fim de integrar a conduta omissiva.

18. A corrente adotada com preponderância pelo Supremo Tribunal Federal é a que defende a possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas desde que existam recursos orçamentários e os direitos lesados façam parte do núcleo essencial de direitos a garantir o mínimo existencial à vida digna.

19. Ainda que se evidencie omissão ou contrariedade aos núcleos constitucionais de irradiação a legitimar o controle judicial, este deve ser bem dimensionado, levando em conta os parâmetros de controle do ato discricionários já mencionados.

20. No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário autuados sob o nº 436.996 restou pacificado a possibilidade de controle judicial nas políticas públicas para garantia da educação infantil, constantes do art. 208, IV da Constituição Federal, a saber, direito à vaga em creche e pré-escola.

21. A análise do voto do Min. Celso de Mello revelou, através da leitura sistemática da Constituição, que o reconhecimento da indisponibilidade do direito à educação infantil se deu mediante o reconhecimento da dupla prioridade conferida ao menor, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do alto significado social que o amplo direito à educação possui no novo modelo de Estado assumido a partir de 88.

22. Igualmente, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao afirmar que a não concretização do dever que foi imposto desatende aos propósitos do Estado, configurando situação de inconstitucionalidade por omissão por efeito da vinculação do administrador municipal à obrigação de agir do art. 208, IV, da CF, o que limita o exercício da discricionariedade.

23. Também restou afastada pelo STF a tese de violação ao princípio da separação dos poderes, haja vista o comprometimento, pelo Executivo, de um direito de estatura constitucional, bem como se manifestou o repúdio ao argumento da

ausência de recursos como desculpa para a aniquilação de direitos, os quais deveriam ser objeto de ações básicas prioritárias.

24. Restou patente que a ausência de investimentos da educação infantil gera consequências para sociedade e especialmente às crianças que, se tivesse acesso à creche e pré-escola de qualidade, poderiam ingressar em melhores condições no processo de alfabetizando, mormente porque a educação infantil não tem como finalidade apenas a guarda, num viés assistencialista, mas sim objetiva o pleno desenvolvimento das capacidades próprias à sua condição etária.

25. Por fim, verifica-se que estamos longe de alcançar este ideal quantitativo e qualitativo, mas, por enquanto, a visão garantista do Supremo Tribunal Federal, neste aspecto, tem representado, nos últimos anos, um marco evolutivo.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BADIN, Arthur Sanches. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 out. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16.7.1990, retificado em 27.9.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> . Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23.12.1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 436.996-6**, 2ª Turma, Relator: Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005, DJ 03/02/2006.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=343060>>. Acesso em: 19 out. 2014.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na Administração Pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas pública**. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, n.6, Curitiba: 2001.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e Razoabilidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP, 2008.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**: Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.