HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS A
EFETIVAR O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL**

CURITIBA

2005

HIRMÍNIA DORIGAN DE MATOS DINIZ

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS A
EFETIVAR O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL**

**Monografia para fins de atendimento parcial
aos requisitos para obtenção do Título de
Especialista em Direito Público junto à
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Mauro Sérgio Rocha (Mestre)

CURITIBA

2005

**Monografia para fins de atendimento parcial aos requisitos para obtenção do
Título de Especialista em Direito Público junto à Universidade Federal do Paraná**

Sumário

Introdução	04
Capítulo 1 – O controle jurisdicional da discricionariedade	
1.1 – Conceito de discricionariedade	09
1.2 – Função administrativa: discricionariedade e faculdade	10
1.3 – Discricionariedade vinculada do ato administrativo	12
1.4 – O controle jurisdicional e a separação dos Poderes	13
Capítulo 2 – O dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais	
2.1 – Conceito de políticas públicas	30
2.2 – Políticas públicas, discricionariedade e omissão	33
2.3 – O direito público subjetivo à educação infantil	36
2.4 – A efetivação dos direitos sociais como dever do Estado	55
Capítulo 3 – A ação civil pública como instrumento processual para a tutela jurisdicional das políticas públicas	
3.1 – Ação civil pública e políticas públicas	59
3.2 – A judicialização como garantia da efetividade dos direitos sociais	65
3.3 – A responsabilização judicial do Administrador omissor	69
3.4 – Espécies de provimentos jurisdicionais	72
Conclusões	73
Bibliografia consultada	75

Introdução

Defrontamo-nos, diariamente, com a violação de direitos fundamentais dos cidadãos: prostituição infanto-juvenil, crianças esmolando, trabalhando precocemente, perambulando, subnutridas, exploração de todas as ordens.

Com facilidade, percebe-se que a causa deste estado de fatos, que os faz originar-se e que assim os mantêm, é a violência da omissão.

A ausência de estratégias públicas – invisível até recentemente aos olhos dos estudiosos políticos, igualmente menosprezada pelos operadores do direito – assumiu o seu verdadeiro *status* de grande responsável pelo desencadeamento da violência social.

A omissão, pelo Poder Público, no estabelecimento e implementação das políticas públicas em detrimento da efetivação dos direitos sociais, em desobediência à Carta Constitucional de 1988 não pode ser justificada, equivocadamente, como uma questão de discricionariedade administrativa.

Na gestão de seus poderes, o Administrador Público atuará de forma vinculada e/ou discricionária. Entretanto, não é a ele – Administrador Público, que cabe estabelecer a verdadeira extensão desta discricionariedade.

O Estado de Direito, como tal, tem seu fundamento basilar na legalidade. Dela decorre toda normatividade, regramento e delimitação da discricionariedade.

Assim, tem o Administrador Público o dever de promover e dar efetividade aos direitos sociais através de implantação das políticas públicas, segundo a ordem de prioridade estabelecida pelo ordenamento legal.

Nesta acepção, a discricionariedade ganha conotação de *dever*, e não de *poder*, a medida em que deve o Administrador Público, no exercício de sua função discricionária, perseguir uma série de finalidades normativamente ordenadas e, obrigatoriamente, alcançá-las.

Desta concepção de discricionariedade, automaticamente, afasta-se a idéia de abstração, já que as hipóteses são previamente estabelecidas pela Constituição Federal

e pela legislação infraconstitucional, cujos aspectos, igualmente, encontram-se perfeitamente delimitados.

Importante, aqui, invocar a teoria da Separação dos Poderes, erigida sob a ideologia e premissa do sistema de freios e contrapesos: quem legisla não executa, quem executa não julga e quem julga não legisla.

Portanto, não poderia caber ao Poder Executivo, por si, estabelecer quais situações seriam próprias à atividade dita discricionária, porquanto deve esta estar previamente definida por outro Poder, o Poder Legislativo.

Assim é que se pretende demonstrar, neste estudo, que o Poder Judiciário deve, tranqüilamente, exercer o controle da Administração Pública, sem que isso resulte ou configure ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

Na segunda parte, o estudo avança das premissas da possibilidade do controle jurisdicional para a conceituação de políticas públicas, a partir do que é que estabelecemos a amplitude e discricionariedade do Administrador, delimitando a sua zona de decisão.

A preocupação, aqui, repousa nas noções de dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais coletivos. Ou seja, demonstrar que inexiste livre arbítrio ao Administrador Público em implementar, ou não, políticas públicas em favor da coletividade. Isto porque, os direitos sociais coletivos, especialmente aquele relativo à educação infantil, estão previstos pela Constituição Federal e, portanto, tornam-se uma obrigação para o gestor público.

O estudo deste capítulo encerra-se com a análise dos aspectos concretos da responsabilização do Administrador Público nos casos de configuração de omissão na implementação de políticas públicas.

E, finalmente, já em caráter conclusivo, abordamos a instrumentalização, através da via jurisdicional, da garantia da efetividade dos direitos sociais.

A Constituição Federal de 1988 reúne uma série de normas dirigentes¹, estabelecendo, por meios destas, mandamentos aos Administradores Públicos, sendo exigível destes a implantação de políticas públicas harmônicas com as novas diretrizes constitucionais.

Por outro lado, as restrições orçamentárias levam os administradores a elegerem prioridades, valendo-se do poder discricionário que lhes é conferido.

Questiona-se se a prestação jurisdicional poderia tutelar matérias atinentes às políticas públicas, notadamente, no que concerne às omissões, sem ingressar na margem² discricionária do administrador.

Assim, o trabalho cingir-se-á a três diretrizes pontuais, que nortearão e delimitarão os estudos: (i) a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao administrador público a adoção de certas políticas públicas, especialmente em relação àquelas direcionadas à efetivação do direito à educação infantil; (ii) a possibilidade de o administrador público ser responsabilizado por suas omissões e (iii) a ação civil pública como o instrumento processual adequado para a tutela jurisdicional das políticas públicas.

O estudo, assim, aborda os três temas, que funcionam como premissas para a conclusão ao final apresentada. A temática está desenvolvida em três respectivos capítulos.

O primeiro – A possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao administrador público a adoção de certas políticas públicas – aborda a conceituação de discricionariedade, com especial enfoque ao binômio “poder/dever”, a discussão sobre se a discricção deve ser do ato administrativo ou de seus aspectos, e o controle jurisdicional da Administração Pública e a separação dos Poderes.

O segundo – O dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais coletivos, especialmente aquele relativo à educação infantil – preocupa-se com

¹ Sobre constitucionalismo dirigente v. Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público, págs. 61-62, transcrevendo Canotilho.

² A qual, creio, já está razoavelmente reduzida pela participação social, popular, conselhos, etc. Neste sentido, ver Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, ob. cit., pág. 62, nota 72.

a conceituação de políticas públicas, a amplitude da discricionariedade do administrador, o ato omissivo em prejuízo do interesse público e a conseqüente responsabilização judicial do Administrador omissor.

E, por fim, o terceiro – A ação civil pública como o instrumento processual adequado para a tutela jurisdicional das políticas públicas – enfrenta a questão da judicialização como garantia da efetividade dos direitos sociais, bem como questões relativas à legitimidade e espécies de provimentos jurisdicionais.

O que se controverte no atual cenário entre a doutrina, operadores do direito e administradores públicos é a natureza da discricionariedade exercida por estes últimos. É clássica a resistência de grande facção de publicistas em continuar conceituando discricionariedade como um *poder* do administrador público, ignorando o quadro normativo a que foi subjugado o Estado de Direito.

Desta resistência, surge outra, que é a negação da intervenção do Poder Judiciário, nos atos ditos advindos de uma competência discricionária, fruto de um *poder* do administrador e, portanto, segundo aqueles, não sujeitos ao controle jurisdicional, uma vez que daquela resultaria para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe a apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos.³

De outro lado, os defensores do caráter meramente funcional da atividade administrativa, pregam a necessária submissão da administração à lei, transformando o chamado “poder discricionário” em, simplesmente, “dever de alcançar a finalidade legal”, ou seja, “dever discricionário”. Partindo desta premissa, toda vez que a finalidade legal não for atingida, emerge a legitimação do controle pelo Poder Judiciário.

Neste contexto de confrontos, a proposta é o estudo do controle jurisdicional das políticas públicas, especialmente aquelas destinadas a efetivar o direito à educação infantil, buscando-se a conceituação de discricionariedade do Administrador Público e

³ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello. Discricionariedade e controle judicial. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pág. 9.

a possibilidade do controle, em razão do dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais, sem que isso afronte o sistema de divisão de poderes.⁴

⁴ Nesse sentido, ver ROUSSEAU, O contrato social e, ainda, Afonso Rodrigues QUEIRÓ, *in* Reflexões sobre a teoria do desvio do poder.

Capítulo 1 – O controle jurisdicional da discricionariedade

1.1 – Conceito de discricionariedade

Ao esclarecer o conceito de discricionariedade, Seabra FAGUNDES o faz através da comparação com a competência vinculada:

A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que a distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, finalidade, e forma), no praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex.: advertir apenas, ou proibir) ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade, e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.⁵

E, nesta conceituação, é seqüenciado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou opção.⁶

Partindo destes conceitos, pode-se afirmar que, longe de ser a atividade discricionária um ato de liberdade do administrador, reversamente, encontra-se ela em nosso sistema duplamente condicionada, quer pelo ordenamento jurídico, quer pelas exigências do bem-comum (interesse público, social ou coletivo).

⁵ RDA 14/52.

1.2 – Função administrativa: discricionariedade e faculdade

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a atividade administrativa é essencialmente sublegal e, necessariamente, uma relação de subsunção. Assim, posto isto, já se vê que o “poder” discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente *arbitrio*, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas. Ademais, a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias, sempre. A busca destas finalidades tem o caráter de *dever* (antes do que “poder”), caracterizando uma função no sentido jurídico.

Assim, em Direito, *função* vem imbuída de uma noção de situação jurídica caracterizada por um prévio comando normativo, que determina uma *finalidade a cumprir* e que, portanto, deve ser obrigatoriamente atendida, consumada por alguém, entretanto, no interesse de outrem – aqui, a coletividade – sendo que aquele sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal tarefa, de tal missão, de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio, que está a seu cargo promover. Daí a natureza clara e distinta entre função e faculdade. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o, sim, porque a lei assim lhe determina, porque é um dever fazê-lo.⁷ Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever.*

⁶ Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pág. 306.

⁷ Nota do autor: “Para o conceito de função vide Guido Falzone, *Il Doveri di Buona Amministrazione*, A. Giuffrè Editore, 1953, Parte I, Cap. I”, *in ob. cit.*, Discricionariedade e controle judicial, pág. 14.

Assim, pode-se afirmar, com absoluta segurança, que na Ciência do Direito Administrativo, como enfatiza o autor, erradamente, e até de modo paradoxal, existe um esforço e resistência indizíveis no sentido de articular-se os institutos do direito administrativo – inobstante ramo do direito público – em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser cumprida. E é nada mais em razão desta finalidade que alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de ‘*doverosità*’, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio de atingir esta finalidade, para obter o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém um certo poder *instrumental*, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, *como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.

Assinala, ainda, o professor que, tomando-se consciência deste fato, ou seja, deste *caráter funcional da atividade administrativa* (por isso se diz ‘função administrativa’), percebe-se que o ‘poder discricionário’ reduz-se, simplesmente, no *dever de alcançar a finalidade legal*, por força da submissão administrativa à lei. Que, somente a partir destas premissas é que se poderá dimensionar e entender que o que há, em realidade, é um dever discricionário.⁸ E, uma vez devidamente entendido que os poderes são meros veículos instrumentais que possibilitam aos sujeitos darem atendimento aos deveres, ter-se-á da discricionariedade, provavelmente, uma visão totalmente distinta daquela que se tem ainda contemporaneamente.

E conclui que, a idéia corrente de discricionariedade busca enfatizar a noção de “poder”. De conseqüência, inevitável é o raciocínio de que o agente público – quando a lei lhe outorga aquilo que se denomina *discricionariedade* – dispõe da faculdade, de um poder de fazer escolhas livres, na suposição de que dentre as

⁸ Nota do autor: “Para Giuseppe Fazzio, ‘a emanação de um ato discricionário comporta o exercício de um dever tendo por conteúdo um poder’ (Sindicabilità e Motivazione degli Atti Amministrativi Discrezionale, A. Giuffrè Editore, 1971, pág. 16”, *in ob. cit.* Discricionariedade e controle judicial, pág. 15.

alternativas comportadas pela norma em *abstracto*, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto. Logo, urgente é a necessidade de se adequar esta noção ao próprio direito positivo, refazendo-a.⁹

1.3 – Discricionariedade vinculada do ato administrativo

Seguindo-se este raciocínio, é oportuno trazer à baila outro contexto abordado por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que estabelece questão pontual na interpretação do significado de discricionariedade. Registra, assim, que, embora seja comum falar-se e ouvir falar-se em “ato discricionário”, em verdade, a expressão dever ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”. E conclui mais, que o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, sendo o ato apenas o “produto” do exercício dela. Logo a discricção não está no ato, não sendo, portanto, uma qualidade dele.

Tal concepção ganha relevância para que, entendido o conceito de discricionariedade como exclusivamente atribuível a aspectos do ato, possamos afirmar que todo ato emanado da Administração é vinculado, dado que a Administração só pode cumprir a lei, e que esta é sua razão de ser, posto que toda situação de fato – que será convertida em comportamento do administrador público – foi pré-traçado pela regra de Direito, prescrevendo-se, ainda, o dever de adotar perante ela um comportamento já estabelecido de antemão.

Assim é que, afastada a idéia de “poder”, bem como a idéia de “ato” discricionário, entendendo-se, com melhor propriedade, o dever do administrador público em cumprir estritamente a lei, por meios, aspectos (como prefere Celso

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 2.ª ed., págs. 12-16.

Antônio BANDEIRA DE MELLO) ou circunstâncias discricionárias (ora outorgando-lhe competência para ajuizar sobre o momento mais adequado para fazê-lo, ora permitindo-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autorizando-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre, pelo menos, duas alternativas abertas pela norma aplicanda), mais próximos estaremos da adequação do instituto da discricionariedade ao próprio direito positivo.

1.4 – O controle jurisdicional e a separação dos Poderes

Num primeiro estágio de análise, certo é afirmar-se que não estão os atos administrativos imunes ao controle jurisdicional. Aliás, como lembra Mauro Sérgio ROCHA em substancial trabalho¹⁰, “não é de hoje que se admite, ainda que excepcionalmente, o exame do mérito do ato administrativo”.

Themístocles Brandão CAVALCANTI, neste particular, leciona: “O exame dos motivos quando o ato é motivado, o desvirtuamento dos objetivos para atender a um interesse (sic) privado, o desvirtuamento dos limites de apreciação das condições técnicas, a violação da lei são exemplos que justificam a intervenção judicial”.¹¹

Para nosso sistema jurídico, propriamente, Hely Lopes MEIRELLES lembra¹²: “[...] erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração”.

¹⁰ Mauro Sérgio ROCHA. O princípio da eficiência e conseqüente lei de responsabilidade fiscal como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público. Congresso Nacional do Ministério Público, 2001.

¹¹ RDA, Seleções Históricas, pág. 450.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 26.ª ed., pág. 112.

Ressalve-se, porém, que resistência sempre houve à evolução desta idéia, fazendo com que pressupostos de conveniência e oportunidade remanescessem como exclusividade do Administrador Público.

Entretanto, o inconformismo surge em muitas vozes, a despeito da rigidez da interpretação, que conduziu, até então, à equivocada conclusão de limitação do controle aos aspectos meramente formais.

A exemplo disso, afirma Mauro Sérgio ROCHA: “No entanto, poder-se-á alçar novos horizontes, afirmando-se que o controle judicial não se limita aos pressupostos formais dos atos discricionários. Ora, o controle meramente formal, por óbvio, não permite a verificação da substância, onde, necessariamente, concentra-se a eficiência e a moralidade do gestor da coisa pública. Parece evidente, *data venia*, que o posicionamento da doutrina brasileira se liga aos ideais expostos pelo direito gaulês, sítio em que, sabidamente, prepondera o chamado contencioso administrativo.¹³ Ocorre, porém, que a Constituição Federal abraçou o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário¹⁴ e, seria crível, admitir que a autoridade judicante verificasse, no plano concreto e, com os olhos voltados ao princípio da razoabilidade¹⁵, a motivação contida no ato administrativo impugnado. *In casu*, por certo, não haveria violação ao princípio da tripartição dos poderes e sim, a observância inarredável do chamado sistema de freios e contrapesos. Repisamos: essa fiscalização ou controle, no que se refere aos atos discricionários, não deve, portanto, ater-se sobre a superfície do ato, pois é exatamente no seu núcleo que se verificam a moralidade e a eficiência, daí a quebra da posição doutrinária tradicional”.

¹³ Nota do autor: MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, pág. 47, descreve a lição de Trobatas, sobre o contencioso administrativo e jurisdição administrativa, fornecendo-se os seguintes conceitos: “Entende-se por contencioso administrativo o conjunto de litígios que podem resultar da atividade da Administração. O contencioso administrativo é, pois, mais amplo que a jurisdição administrativa, porque, se a maior parte dos litígios suscitados pela atividade da Administração Pública são levados diante da jurisdição administrativa, apenas alguns litígios são levados diante da jurisdição judiciária – Entende-se por jurisdição administrativa o conjunto de tribunais grupados sob a autoridade do Conselho de Estado. A jurisdição administrativa se distingue, assim, da jurisdição judiciária, isto é, dos tribunais grupados sob a autoridade da Corte de Cassação.” (Droit Public et Administratif, 1957, p. 140).

¹⁴ Nota do autor: “Art. 5.º, inciso XXXV, CF”.

¹⁵ Nota do autor: “Neste particular: BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996”.

Colaciona, ainda, o autor, os ensinamentos de CAIO TÁCITO¹⁶ que afirma que “[...] para a validade do ato da Administração, faz-se necessário que os motivos do administrador sejam razoáveis e que o seu objeto seja proporcional à finalidade declarada explícita ou implicitamente na norma”.

O que se busca, segundo o autor, é o aproveitamento máximo dos recursos públicos, ou seja, seria a maximização dos resultados aliada à minimização de sacrifícios: “Tal situação, levará o administrador público a realizar um amplo planejamento, isto é, extinguindo quaisquer condutas negligentes e culminará com a aplicação dos recursos públicos às reais necessidades da coletividade. A prioridade será o bem-estar do povo e não a próxima campanha eleitoral”.

Importante, ainda, trazer à colação a lição de Miguel REALE¹⁷: “[...] não se pode recusar ao juiz, ao apreciar a legalidade de um ato administrativo, o poder de analisá-lo em seu conteúdo ou concreção, para verificar se efetivamente a lei foi atendida em seus ditames axiológicos, isto é, nos fins que constituem a razão de sua vigência. Digna de encômios é, por conseguinte, a jurisprudência que, vencendo preconceitos inspirados por falta de compreensão do princípio da distinção dos poderes, salvaguarda não só a faculdade, mas o dever que tem o magistrado de ‘apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração’¹⁸, por ser possível ‘o controle judicial do ato administrativo também pelo seu aspecto intrínseco (motivos ou razões) para evitarem os abusos e injustificáveis lesões de direitos individuais’¹⁹”.

Aliás, já decidiu o TASP²⁰: “ATO ADMINISTRATIVO – Multa aplicada com exagero pelo fisco – Redução – Faculdade do Judiciário de examinar pelo mérito os atos do Poder Público – Aplicação do art. 141, § 4.º, da Constituição Federal.”²¹ Em

¹⁶ Nota do autor: “Vinculação e Discricionabilidade Administrativa. RDA 205/125”.

¹⁷ Revogação e anulamento (sic) do ato administrativo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pág. 105.

¹⁸ STF. RE 17.126. Diário da Justiça, 12.02.1954, pág. 629, já citado por Caio Tácito.

¹⁹ TASP, RT 251/671.

²⁰ RT 275/670. Relator Young da Costa Manso (São Paulo, 11 de fevereiro de 1958).

²¹ Refere-se à Constituição Federal de 1946, que em seu artigo 141, § 4.º afirma que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual”; observa-se, porém, a aplicabilidade do

regra, a autoridade judiciária deve examinar os atos administrativos unicamente sob o aspecto da legalidade; mas, e sobretudo em face do artigo 141, § 4.º, da Constituição da República, é possível o controle judicial do ato administrativo também pelo seu aspecto intrínseco (motivos e razões), para se evitarem os abusos e injustificáveis lesões de direitos individuais”.

Quanto ao exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista. Aliás, Celso Antônio destaca a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seria suficiente para subtraí-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão. Com efeito, concordamos com o eminente autor quando afirma acreditar que, em casos desta ordem, o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluidas; corresponderia atribuir-lhes uma significação ‘mágica’. Afinal, tais palavras não têm condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de fabricar um universo de fantasias, como sucede nas histórias e contos infantis. Para o agente público não há ‘abracadabras’, justamente porque o Judiciário pode comparecer sob o apelo dos interessados a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano de legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais. Apoderado o sentido das palavras legais e do próprio espírito que lhes anima o enunciado, em trabalho que se aprofunda até o ponto em que surjam dúvidas ou imprecisões não elimináveis totalmente, o Judiciário estabelece o confronto entre o ato administrativo e as imposições que lhe caberia atender. Para tanto, coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros realmente se subsumem ao enunciado normativo. Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificado do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há

mesmo preceito na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, inciso XXXV, onde determina-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu a serem perseguidos. É, pois, em casos que comportam discricionariedade administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

E conclui Mauro Sérgio ROCHA que se vislumbra, dentro dessa nova ótica constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário, em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Constitucional, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública. E adverte que não se deve esperar que este posicionamento (possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários), seja aceito e, com amplitude, pelos Tribunais. Lembra da necessidade de se fazer a provocação destes fenômenos pelas Instituições legitimadas, confirmando-se o fato de que a realidade se impõe sobre os fenômenos jurídicos, com a intensidade necessária para sua evolução e adequação à dialética social. Em conformidade com a nova ótica constitucional, especialmente o inciso XXXV do artigo 5.º e *caput* do artigo 37 (com redação atribuída pela EC 19/98), permite-se ao Poder Judiciário a observância irrestrita da eficiência e moralidade da administração, interferindo, inclusive, no mérito do ato administrativo.

O professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da discricionariedade em sua monografia “Discricionariedade e Controle Jurisdicional” é quem, parece-nos, o faz com maior proficiência a temática, sobretudo, com especial abordagem à questão do controle jurisdicional da discricionariedade sob a ótica do princípio da separação dos poderes. Neste contexto, registra que o Estado do Direito encontra-se sujeito aos parâmetros da legalidade, seja na seara constitucional, em um primeiro plano, seja aos termos da lei, bem como, num terceiro momento, adstrito à também necessária harmonia com atos normativos inferiores. Feitas estas considerações, introduz o professor as figuras de Jean Jacques Rousseau e

Montesquieu, na qualidade de precursores do Estado de Direito – este, resultante da confluência de duas vertentes de pensamento.

Assim, o Estado de Direito repousa na idéia de igualdade, sustentada na soberania popular – a quem pertence todo o poder, formatando a democracia (Rousseau). E, continuando, todo aquele que recebe parcelas de poder deferidas pelos indivíduos que compõem o todo social, tende a abusar desta delegação sendo, pois, necessária a elaboração de fórmulas de contenção, de limites. Logo, conclui ele, a clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário atividades estatais – especialmente as administrativas (aqui entendido, em particular, o Poder Executivo) limitem-se ao cumprimento da vontade geral – que é previamente estabelecida pelo Poder Legislativo e que, por sua vez, serão julgadas por quem nem as faça, nem as execute. Ou seja, é o princípio da tripartição, mantida a interdependência, contudo.

É a transcrição do lecionado:

Assim, deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio [sic] do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em qualquer de suas funções, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício de “poder” discricionário.

A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos – Estado e indivíduos. Se fossem buscadas as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poder-se-ia encontrar a seguinte matriz: O Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau.²²

Com efeito, prossegue o autor, o pensamento de Jean Jacques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a

²² Nota do autor: “Disse Afonso Rodrigues Queiró: ‘Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu’ (Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder, Coimbra Editora, 1940, p. 8)”, *in* ob. cit. Discricionariedade e controle jurisdicional, págs. 10-11.

origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia da soberania popular, é a idéia de democracia.²³

De outro lado, analisando o pensamento do barão de Montesquieu, a quem o professor classifica como acima de tudo pragmático, sentencia que se fundava na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indesmentida e cuja procedência realmente não admite contestação, isto é: todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, sua clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.²⁴

Lembra o autor que “a confluência dessas duas ordens de pensamento (de Rousseau e de Montesquieu), dessas duas concepções políticas, haveria de se juridicizar [sic] em um modelo, que é o conhecido como Estado de Direito. Nele, por força do fato de que todo poder emana do povo – e o Texto Constitucional brasileiro o afirma no art. 1º, parágrafo 1º (‘Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’) – e por força da tripartição do exercício do poder (art. 2.º), as atividades estatais, maiormente as administrativas, nada mais são do que o cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, de seguida, na lei.”²⁵

²³ Nota do autor: “El Contrato Social, tradução espanhola, Editorial Maucci, Barcelona, especialmente capítulos I e II”, *in* ob. cit. discricionarietà e controle jurisdicicinal, pág. 11.

²⁴ Nota do autor: “De L’Esprit des Lois, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, com notas de Voltaire, de Crevier, de Mably, de La Harpe, etc., págs. 142 e 143. Vale a pena reproduzir literalmente as seguintes passagens: ‘...mais, c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porte a em abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites.’ E pouco além, depois de referir a separação de poderes: ‘Tout seroit perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.’”, *in* ob. cit. Discricionarietà e controle jurisdicicinal, pág. 12.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionarietà e controle jurisdicicinal. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2000, págs.10-12.

É certo que não se inclui, como registra José Carlos Vieira de ANDRADE,²⁶ ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e não se inclui também nas funções da Suprema Corte Constitucional, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas. Pois, como conclui o Ministro Celso de Mello, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdos programáticos.

Neste sentido, o conteúdo do relatório e decisão proferida pelo Ministro CELSO DE MELLO, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 45. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. DJ N.º 84, DE 04/05/2004, P. 12. DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTAO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENCAO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA *RESERVA DO POSSÍVEL*. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO *MÍNIMO EXISTENCIAL*. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, pág. 207, item n.º 05.

LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISAO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2.º do art. 55 (posteriormente reenumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: .. 2. *Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.* O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto < > parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei n. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2.º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidirá o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei n. 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1.º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei n. 10.707/2003) supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei n. 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente a questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: *Art. 1.º O art. 59 da lei n. 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: Art.59..... . 3. Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. . 4. A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3.º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004. (NR).*(grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei n. 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2.º do art. 59 da Lei n. 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei n. 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir

efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas e sempre em benefício da população deste País recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: *DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando e nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. ... - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.*(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles

incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto consoante já proclamou esta Suprema Corte que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política *não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado* (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à *reserva do possível* (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. E que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da *reserva do possível* ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se 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 fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 245-246, 2002, Renovar): *Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas*

depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.(grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da *reserva do possível*, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. E que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.²⁷ Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 22-23, 2002, Fabris): A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado livre espaço de conformação (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e

²⁷ Sublinhamos.

Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.²⁸ (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional n. 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174- 175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892- AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que

²⁸ Sublinhamos.

seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURELIO -ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro *não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)* (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator. Procedência: Distrito Federal. Argte.(s): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Adv.(a/s): Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho. Argdo.(a/s): Presidente da República. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União.

Na seqüência deste entendimento, também a decisão do Ministro CARLOS VELLOSO, em julgamento a Recurso Extraordinário interposto, em que se invoca suposta contrariedade ao princípio da separação dos poderes:

DECISÕES MONOCRÁTICAS – Recurso Extraordinário n.º 352686 – Origem: São Paulo – Relator: Min. CARLOS VELLOSO – DJ 08/11/2004, p. 00053 – Julgamento: 19/10/2004.

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Câmara Especial do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado: "ECA. Ação Civil Pública. Sentença confirmatória da decisão liminar que determinou a matrícula de criança em creche mais próxima à residência. Ofensa a direito fundamental que motiva correção a ser feita pelo Judiciário.²⁹ Inteligência dos art. 208, inciso IV e 211, § 2º, da CF; 54, inciso IV, 208, 'caput' e inciso III e 213, § único do ECA. Apelos providos, em parte, apenas para afastar a condenação no pagamento da verba honorária." (Fl. 125) Rejeitaram-se os embargos de declaração opostos. Daí o RE, interposto pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa aos arts. 2º; 165; 169; 206, I, VI e VII; 208, I e II, redação dada pela Emenda Constitucional 14; e 211, § 2º, primeira parte, todos da C.F., sustentando-se, em síntese, o seguinte: a) contrariedade ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição, dado que o Poder Judiciário, ao determinar a obrigatoriedade de matrícula da população infantil em escassas creches municipais, resta por constranger o Poder Executivo Municipal "(...) ao cumprimento de decisões judiciais inaplicáveis, e absolutamente dependente de recursos financeiros que o Município não tem, e que não podem ser supridos pelo Poder Judiciário(...)" (fl. 145). Ademais, a decisão impugnada ainda ofende o art. 206, VII, da C.F., uma vez que não há como manter o padrão de qualidade no ensino,

²⁹ Sublinhamos.

tendo em vista a obrigação de colocação de milhares de crianças em algumas unidades de creches, sendo certo que as escolas municipais de educação infantil estão no limite de sua capacidade de atendimento; b) impossibilidade jurídica do pedido, porquanto não se pode pretender que o Judiciário pratique atos de administração, substituindo os critérios de conveniência e oportunidade do administrador público; c) a obrigação do atendimento em creche e pré-escola das crianças de zero a seis anos de idade, previsto no art. 208, IV, da C.F., não está incluída no ensino fundamental, prioridade máxima dos Municípios, nos termos do art. 211, § 2º, da Constituição (redação da E.C. 14/96. Ademais, a Lei 9.424/96 corroborou a obrigatoriedade dos municípios no atendimento do ensino fundamental criando o "(...) Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, mas não da educação infantil" (fl. 149); d) o Poder Público, consoante princípios constitucionais, não está compelido "(...) a agir acima de suas condições (...)" o que se infere das "(...) disposições orçamentárias, impostas nos artigos 165 a 169 da Constituição Federal" (fl. 150); e) não há imposição constitucional de universalização da educação de 0 a 6 anos, o que restou reforçado pela E.C. 14/96 que vinculou recursos do município ao ensino fundamental, sendo ainda certo que "o Poder Público deve optar entre abrigar em creches a população infantil do Município, substituindo a família natural da criança, alocando aqui a totalidade dos recursos financeiros, ou optar pela erradicação do analfabetismo, pela universalização do atendimento escolar, ou melhoria da qualidade do ensino, preparando o educando para o trabalho, nos devidos termos do art. 214 da mesma Constituição Federal" (fl. 152); Admitido o recurso, subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso extraordinário. Autos conclusos em 10.5.2004. Em caso semelhante, RE 402.024/SP, proferi a seguinte decisão: "O acórdão recorrido decidiu: '(...) A matéria debatida nestes autos diz respeito à obrigação da Municipalidade em disponibilizar ou não vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade. Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional nº 14/96, perdeu todo o seu sabor acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da CF que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.' Então, se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais, sendo que por educação infantil há de se entender o ensino de crianças de zero a seis anos de idade, quer com o rótulo de creche ou de pré-escola.³⁰ Aliás, isso é o que está expresso no inciso IV, do art. 54, do ECA que acentuou o dever do Estado em assegurar às crianças de zero a seis anos de idade 'atendimento em creche e pré-escola.' (...)." (Fls. 93/94) Nos embargos de declaração, pretendeu o Município o prequestionamento dos artigos 2º, 206, caput e inciso VII, 208, I e VII e seus parágrafos, e 249, todos da C.F. (fls. 97-98). Sustenta-se, no RE, ofensa aos arts. 2º; 165; 169; 206, I, VI e VII; 208, I e II, redação da EC 14, e 211, § 2º, primeira parte, todos da C.F. Primeiro que tudo, verifica-se o

³⁰Sublinhamos.

não-prequestionamento das questões constitucionais dos arts. 165 e 169 e dos incisos I e VI do art. 206. Esclareça-se que a interposição dos embargos de declaração, vale dizer, a sua simples interposição realiza o prequestionamento de questões que vinham sendo debatidas e que o acórdão se omitiu. É o que deflui das Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal. Examinemos o recurso. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador-Geral, Prof. Geraldo Brindeiro: '(...) 11. Conquanto tenha entendido o E. Desembargador Denser de Sá que a admissibilidade do apelo extremo se restringiria ao art. 211, § 2º é forçoso reconhecer que também o art. 208 foi prequestionado, como se verifica do decisum do Tribunal a quo: 'Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional nº 14/96, perdeu todo o seu saber acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da Constituição Federal que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.' 12. É indubitoso que a questão em tela é normatizada por normas infraconstitucionais, como a Lei 9.424, de 24 de dezembro de 1996 e a Lei 9.394 de 20.12.96, cujo desrespeito não enseja recurso extraordinário, uma vez que a ofensa porventura ocorrente dar-se-ia de maneira reflexa à Constituição Federal, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário, como assentado em pacífica jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 347.205 - São Paulo, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 11.04.2003. 'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO MATÉRIA AFETA À NORMA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO E REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO EXTRAORDINÁRIO. Para que o recurso extraordinário possa ser conhecido, a vulneração à norma constitucional há de ser direta e frontal e não a que exige o prévio exame da legislação ordinária e reexame de provas. Agravo regimental não provido.' 13. No mérito, improcedente afigura-se a alegação de ofensa ao art. 208 da Constituição, porque somente o ensino fundamental seria de observância obrigatória pelo Estado; bem como a apontada vulneração ao art. 211, § 2º, da Constituição, ao argumento de que seria atuação do Município prioritária quanto ao ensino fundamental, que viria em primeiro lugar no texto, e em segundo plano estaria a educação infantil. 14. Ora, o acórdão recorrido não contrariou tais disposições e sim acolheu-as, uma vez que o art. 208, IV, da Constituição expressamente estabelece que 'o dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade'. 15. Por sua vez, o art. 211 determina que 'a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino' e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização. 16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do art. 205, caput, da Constituição da República 'é direito de todos e dever do Estado e da família'. Prescreve, ainda, o art. 227 da Constituição que 'é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.' 17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário.³¹ 18. Ante o exposto, e pelas razões aduzidas, o parecer é pelo não-conhecimento do presente recurso extraordinário. (...)' (Fls. 164-166) O RE é, na verdade, inviável. A uma porque, com a edição da EC 14, de 1996, ficou estabelecido que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil' (C.F., art. 211, § 2º, com a EC 14/96). A duas, não há falar haja o acórdão contrariado o disposto no art. 2º, C.F. É que cabe ao Judiciário fazer valer, no conflito de interesses, a vontade concreta da lei e da Constituição. Se assim procede, estando num dos pólos da ação o Estado, o fato de o Judiciário decidir contra a pretensão deste não implica, evidentemente, ofensa ao princípio da separação dos poderes, convido esclarecer que, conforme lição de Ballardore Palieri, constitui característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à Jurisdição.³² Finalmente, esclareça-se que o acórdão, para julgar procedente a ação, utilizou-se de mais de um fundamento suficiente. É que o acórdão invocou, também, o art. 54, IV, do ECA. Trata-se de disposição infraconstitucional, que não autoriza a interposição do recurso extraordinário, porque integra o contencioso de direito comum, certo que o recorrente não atacou o fundamento infraconstitucional mediante recurso especial. No recurso especial, que não foi admitido, limitou-se o recorrente a alegar ofensa ao art. 535, II, CPC. Incide, no caso, portanto, a Súmula 283-STF. Aliás, em caso similar, AI 410.646-AgR/SP, agravante o Município de Santo André, Relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu o Supremo Tribunal federal: 'EMENTA: Ação civil pública. Garantia de vaga em creche para menor. Ausência de prequestionamento. (Súmula 282 e 356). Fundamento do acórdão recorrido não afastado (Súmula 283). Regimental não provido.' ('DJ' de 19.9.2003) Outros casos similares, RE 411.518/SP e RE 401.673/SP, recorrente o Município de Santo André, Relator o Ministro Marco Aurélio, aos recursos foi negado seguimento, em 03.3.2004 e 26.3.2004, respectivamente. Do exposto, nego seguimento ao recurso." Do exposto, reportando-me ao precedente acima mencionado, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 19 de outubro de 2004. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator – Recurso Extraordinário n.º 352.686-3 – Procedência: São Paulo – Recte.: Município de Santo André – Advdos.: Reginaldo Evangelista Passos e outro – Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo.

³¹ Sublinhamos.

³² Sublinhamos.

Capítulo 2 – O dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais

2.1 – Conceito de políticas públicas

Ao tratar do uso da palavra “política”, a autora Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN estabelece que logo surge a idéia de complexo de objetivos, previamente definidos, relacionados com os meios racionalmente possíveis e adequados para atingi-los. Associa, ainda, a expressão “políticas públicas” à noção de estratégia de agrupamentos humanos para a consecução de determinadas finalidades.³³

Por outro lado, como lembra CANOTILHO, não se pode dizer que há um objeto político teoricamente constituído. O objeto político não é dado, mas uma convenção social.

Ao adentrar na definição propriamente dita de políticas públicas, Maria GARCIA³⁴ as conceitua como diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público.

Como reforça Eros Roberto GRAU,³⁵ a própria legitimidade do Estado Social está ligada à realização de políticas públicas que se caracterizam por todas as formas de intervenção do Estado (seja como provedor, gerenciador ou fiscalizar).

Assim, como lembra Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN, o conceito de política pública, com sede constitucional, ultrapassa a mera prestação de serviço público. É um conceito mais amplo de serviço público. Logo, a implementação de políticas públicas, não se resume ao campo jurídico.

Sentencia a autora, em síntese conclusiva, que as políticas públicas são aquelas voltadas para a concretização da ordem social.

³³ FRISCHEISEN, Maria Luiza Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, pág. 76.

³⁴ GARCIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, 1996, págs. 64-67.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, item 1.5 (Políticas públicas e análise funcional do direito). São Paulo: Malheiros, 1998.

Partindo dessas premissas estabelecidas pelos autores retro mencionados, temos que o processo de elaboração e formulação, bem como aquele de efetividade – através da execução dessas políticas, observa um critério que se desenvolve em um certo período de tempo, compreendido num conjunto de decisões que se relacionam com uma variedade de circunstâncias como pessoas, grupos, organizações. Vale dizer, a eleição de necessidades, obedecerá aos costumes e valores de uma dada época, povo, sua cultura, sua história, enfim, aquilo que é fundamental, essencial, em um determinado momento histórico.

Falemos, portanto, de políticas públicas como instrumentos garantidores e promovedores dos direitos fundamentais, constitucionalmente amparados.

Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, na lição de CANOTILHO, em duas fases: a primeira, anterior à Declaração de Virgínia (12.6.1776) e à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26.8.1789), caracterizada por uma relativa cegueira à idéia dos direitos do homem; e outra, posterior a esses documentos, marcada pela chamada Constitucionalização ou positivação dos direitos do homem nos documentos constitucionais.

Anteriormente: a Magna Carta (1215-1225) “carta feudal”, conforme José Afonso da Silva, para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres; a *Petition of Rights* (1628) em que os membros do Parlamento pediam ao monarca o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos; o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), para supressão das prisões arbitrárias; e a *Bill of Rights* (1688) supremacia do parlamento em face do monarca.

Os direitos fundamentais, a partir das Declarações do final do século XVIII, assumiram caráter universal, de fundamento de legitimidade de toda e qualquer sociedade.

Como consequência, impôs-se a idéia fundamental de limitação da autoridade estatal através da separação dos poderes e declaração de direitos. Quanto aos direitos, estes representavam uma atividade negativa por parte da autoridade estatal, de não

violação da esfera individual (os chamados DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO, os direitos civis e políticos).

Esta concepção de constituição perdurou até a crise social do século XX. O colapso da sociedade e a implantação de uma nova ordem passam a exigir nova estrutura de direitos fundamentais não mais assentada no puro individualismo do modelo anterior. Com o constitucionalismo social, os direitos fundamentais foram contemplados como novos direitos, os chamados DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (proclamados nas Constituições marxistas, e de maneira clássica no Constitucionalismo da social-democracia: a de Weimar, sobretudo), que dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra – direitos sociais, culturais e econômicos, concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura e previdência.

Caminha-se no sentido da proteção de novos direitos, os DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, concernentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação. Para Alexandre Moraes, seriam os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade.

E anota, Alexandre de MORAES, a conclusão de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO: “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, os direitos de *igualdade*, e a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*”.

Com a globalização política, introduzem-se os DIREITOS DE QUARTA GERAÇÃO – derradeira fase de institucionalização do Estado social: direito à democracia, à informação e ao pluralismo (ou, ainda, bioética, como afirmam alguns).

Os direitos fundamentais, portanto, possuem assento especial nos textos constitucionais, sendo elementos caracterizadores da noção de Constituição. Inicialmente, assumem o caráter de direitos negativos, que importam em uma restrição à ação do Estado para, posteriormente, assumirem postura ativa, exigindo ações positivas do Estado.

Notas rápidas: a) os direitos fundamentais são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados, na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; b) o rol do § 2.º do artigo 5.º da CF não é taxativo; c) a experiência europeia com o totalitarismo na primeira metade deste século, veio a reforçar o prestígio dos direitos fundamentais na ordem constitucional; d) este prestígio pode ser constatado através da análise tópica da Constituição, estando os direitos fundamentais em posição de destaque, no início do texto, antes mesmo da definição e organização da estrutura estatal; e) na interpretação que melhor se adapta ao sentido da Constituição de 1988 estariam os direitos sociais; dentre eles, o direito à educação, entre as cláusulas pétreas.

Assim considerados os conceitos de direitos fundamentais, podemos definir por políticas públicas aquelas voltadas para a concretização da ordem social, que visam à realização dos objetivos da República, a partir da existência de leis decorrentes dos ditames constitucionais. E, para que as leis tenham aplicabilidade, é necessário estabelecer a possibilidade de sancionar o administrador pelo seu não cumprimento (como bem enfrenta Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN) – o que, particularmente, veremos mais adiante.

2.2 – Políticas públicas, discricionariedade e omissão

Mauro Sérgio ROCHA, no trabalho já aventado, tratando do princípio da eficiência e da lei de responsabilidade fiscal como formas mitigadoras do poder discricionário do administrador público, enfoca o exercício desta discricionariedade em conformação com a supremacia e força normativa da Constituição Federal. Assinala que, como conseqüente lógico, a produção dos atos administrativos, em geral, deve-lhe observância, sobretudo, aos seus princípios constitucionais-administrativos que, de um lado, atuam como orientadores eficazes à consecução do bem-comum e, de outro, se inobservado este (o bem estar comum), atuam como motivadores da improbidade

administrativa. Destaca que a legislação, atualmente, conduz a boa administração e que o planejamento e a lisura substituem o “casuísmo” administrativo.

E é neste contexto interpretativo que antevê o subscritor do estudo que esta vinculação do administrador aos princípios inseridos no caput do artigo 37 da Constituição Federal mitiga o seu poder discricionário, sobretudo, quando se enfatiza a eficiência (EC 19/98)³⁶ e a moralidade do gestor. E avança, com interessante enfoque ao princípio da eficiência e lei de responsabilidade fiscal, não só como posturas excludentes do poder discricionário do administrador público, como também, elementos essenciais à mitigação da orla de incerteza compreendida nos conceitos de conveniência e oportunidade que permitirão, por conseqüência, o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo.

Estabelece o autor correlação necessária entre oportunidade e conveniência com o princípio constitucional da eficiência e conseqüente Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesta trajetória, salienta que a conveniência e oportunidade conduzem a produção dos atos discricionários e adverte que, como sabido, mostram-se caracterizados pela *fluides*. Trata-se de conceitos vagos e/ou determinados que, na ótica de Teresa Arruda Alvim WAMBIER³⁷, comportam mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis.

Anota o autor que estes conceitos desempenham três funções: a) permitir que se inclua, sob o agasalho da norma, casos em que o legislador poderia não ter previsto; b) permitir que a norma perdure por mais tempo, pois conceito vago e indeterminado reflete-se mais ‘adaptável’; c) permite que a mesma norma seja aplicada, de forma mais ‘justa’, em contingência temporal idêntica, porém em lugares distintos.

³⁶ Neste enfoque, registra o autor da tese, como nota, que: “A Lei Complementar 101/00, pautada no princípio da eficiência, ‘[...] impõe à Administração Pública e a seus agentes o dever de agir com eficácia real e concreta, que se manifesta na aplicação a cada situação concreta da medida, dentre as previstas ou autorizadas em lei, eficiente à satisfação mais adequada do interesse público (dever jurídico de boa administração).’ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Crimes de Responsabilidade Fiscal. Atos de Improbidade Administrativa por Violação da LRF. São Paulo: Atlas, 2001, págs. 14-15.”

³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através do recurso especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 439.

Como consequência, conforme assim analisa o autor, visa-se à flexibilização da norma e exemplifica: moralidade pública, reputação ilibada, conveniência e oportunidade, dentre outros conceitos.

Em face disso, conclui que a conveniência e oportunidade do administrador em face aos princípios da moralidade e da eficiência – este princípio também particularizado pela lei de responsabilidade fiscal – fez-se reduzida.

Neste contexto, cita Hely Lopes MEIRELLES: “A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente”.

E assim é que conclui o autor Mauro Sérgio ROCHA que, se a discricionariedade prima pela solução mais vantajosa aos administrados (maior rentabilidade social), é porque se mostra, umbilicalmente, relacionada ao princípio da eficiência. O gestor da coisa pública só alcançará maior benefício à coletividade se e quando labutar com eficiência.

Sobre o princípio da eficiência, aventa Alexandre de MORAES³⁸:

[...] o administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produza o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. Assim, o princípio da eficiência é aquele que impõe à administração direta ou indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a [sic] adoção de todos os meios legais e morais para a satisfação do bem comum.

³⁸ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, págs. 305-306.

Tratando da efetividade das políticas públicas, Paulo Roberto Barbosa RAMOS³⁹ lembra que o espaço adequado para que todos esses direitos sejam garantidos é, justamente, aquele traçado pela Constituição de 1988, quando se refere aos seus objetivos fundamentais, que poderiam ser resumidos em dois valores norteadores: desenvolvimento e democracia.

Neste raciocínio, considera – desenvolvimento nacional como condição sem a qual nem mesmo os direitos de primeira geração, considerados tradicionalmente direitos que independem de atuação positiva do Estado, serão usufruídos. Imagina, ainda, desenvolvimento como pressuposto da própria liberdade. E explica-se: sem que a sociedade produza riquezas suficientes e faça essa distribuição de forma justa entre os cidadãos que a compõem, dentro dos parâmetros traçados pela própria Constituição, que não somente reconhece o primado do trabalho, como também a livre iniciativa, não será possível garantir a todos os brasileiros nem mesmo aqueles direitos primeiramente conquistados pelos homens no final do século XVIII.

2.3 – O direito público subjetivo à educação infantil

Quanto ao sistema de proteção ao direito fundamental à educação, é de se ressaltar que a população infanto-juvenil conta com diversos diplomas legais, nas diferentes esferas da Federação. Além da previsão constitucional e leis nacionais como o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.º 8.069/90 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9.394/96, este direito é também disciplinado pelas Cartas Estaduais e pelas leis de organização interna dos municípios.

O coroamento constitucional da educação como direito social fundamental vem consagrado pela Carta da República de 1988 em diversas disposições:

³⁹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas. Tese apresentada no Encontro Nacional do Ministério Público, 2001.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade.

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade:

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

[...]

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

A Constituição Estadual Paranaense, por sua vez, dispõe em seu Capítulo II – Da Educação, da Cultura e do Desporto, sobre o sistema de prioridades estabelecido para a educação, com a seguinte redação:

Art. 177. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 178. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condição para acesso e permanência na escola, vedada qualquer forma de discriminação e segregação;

II - gratuidade de ensino em estabelecimentos mantidos pelo Poder Público estadual, com isenção de taxas e contribuições de qualquer natureza;

III - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

IV - valorização dos profissionais do ensino, garantindo-se, na forma da lei, planos de carreira para todos os cargos do magistério público, piso salarial de acordo com o grau de formação profissional e ingresso, exclusivamente por concurso de provas e títulos, realizado periodicamente, sob o regime jurídico adotado pelo Estado;

V - garantia de padrão de qualidade em toda a rede e níveis de ensino a ser fixada em lei;

VI - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e religiosas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

VII -asseguramento da pluralidade de oferta de ensino de língua estrangeira na rede pública estadual de educação.

Art. 179. O dever do Poder Público, dentro das atribuições que lhe forem conferidas, será cumprido mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - ensino público noturno, fundamental e médio, adequado às necessidades do educando, assegurado o mesmo padrão de qualidade do ensino público diurno;

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - organização do sistema estadual de ensino;

VII - assistência técnica e financeira aos Municípios para o desenvolvimento do ensino fundamental, pré-escolar e de educação especial;

VIII - atendimento ao educando, no ensino pré-escolar, fundamental, médio e de educação especial, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - atendimento em creche e pré-escola às crianças de até seis anos de idade;

X - ampliação e manutenção da rede de estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio, independentemente da existência de escola mantida por entidade privada.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilização da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público estadual, com a colaboração dos Municípios, recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 6º O Estado atuará prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 7º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 179, inciso VIII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários, sem ônus para as verbas de educação previstas no art. 185 desta Constituição.

§ 8º Os programas suplementares de material didático-escolar e de transporte escolar poderão ingressar no cálculo previsto no art. 185 desta Constituição.

[...]

Art. 182. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas da educação nacional e estadual;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público competente.

Art. 183. Compete ao Poder Público estadual normatizar e garantir a aplicação das normas e dos conteúdos mínimos para o ensino pré-escolar, fundamental, médio e de educação especial, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos universais, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa e de natureza interconfessional, assegurada a consulta aos credos interessados sobre o conteúdo programático, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Art. 184. O plano plurianual de educação estabelecido em lei objetivará a articulação e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, neles atendendo às necessidades apontadas em diagnósticos decorrentes de consultas a entidades envolvidas no processo pedagógico e à integração do Poder Público, visando à:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade de ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica.

Art. 185. O Estado e os Municípios aplicarão anualmente vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Parágrafo único. A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União ao Estado e aos Municípios, ou pelo Estado aos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

Art. 186. Os Municípios atuarão com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, nos programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, em consonância com o sistema estadual de ensino.

[...]

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em dispositivos vários, confirma o dever do Poder Público com a educação, com ênfase na educação infantil e no ensino fundamental, porquanto níveis de prioridade da intervenção do Município para a gestão educacional. São destaques:

Art. 4º É dever ... do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos concernentes à ... educação.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

[...]

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

[...]

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

[...]

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

[...]

A LDB vem dispor sobre o direito à educação e o dever de educar, fixa a organização da educação nacional, indica as atribuições da União, dos Estados e dos Municípios, define os elementos integradores dos sistemas federal, estadual e municipal de ensino, trata da composição da educação escolar e, dentre tantas outras disposições, cuida dos profissionais da educação e dos recursos financeiros destinados

à educação. Entre seus principais dispositivos relativos ao dever do Estado em ofertar a educação, podemos destacar:

Art. 4º - O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;

[...]

Art. 5º - O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º - Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência a escola.

§ 2º - Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º - Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º - Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º - Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Especificamente sobre a educação infantil, além dos dispositivos já citados acima, trata ainda a Seção II do Capítulo II do Título V da Lei 9.394/96, assim disciplinando a matéria:

Art. 29 - A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30 - A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Art. 31 - Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Questão que tem enfrentado alguma resistência por parte de administradores públicos é a definição constitucional do direito social fundamental à educação infantil, ao qual negam a natureza de direito público subjetivo. Demandam que tal acepção somente deve ser conferida ao ensino fundamental. Pretendem, com isso, exonerar o Poder Público do dever constitucional de ofertar, obrigatória e gratuitamente, a primeira etapa da educação básica, às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.

Tal interpretação foi rechaçada pelos Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, em ações civis públicas propostas com o objetivo de garantir o acesso universal e gratuito à educação infantil, nos seguintes termos:

Desde já é possível verificar a dimensão da responsabilidade estatal no tocante ao tema da educação, sendo caracterizado como seu **dever** o oferecimento do ensino básico, ou seja, do ensino infantil, fundamental e médio, segundo definição proposta pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a seguir analisada. E aqui cabe adiantar que o texto constitucional, como se vê, não traça qualquer hierarquia ao enumerar as diversas áreas de atuação do Estado no universo da educação, limitando-se a defini-las como “deveres” a serem, obviamente, cumpridos, na medida em que a demanda da sociedade assim o exigir.

(...)

Ambos os ciclos educacionais, portanto têm caráter obrigatório, restando a diferença entre eles o fato de no caso do ensino infantil não estarem os pais compelidos pela lei a matricular suas crianças nas creches e pré-escolas.⁴⁰

Com base nisso e diante do sistema de direitos e garantias preconizado pela Constituição Federal e pela Lei 9.394/96, conclui-se que **mesmo sem o caráter obrigatório para os pais ou responsáveis, a creche e a pré-escola,**

⁴⁰ Ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em data de 20/05/1999, em face do município de São Paulo.

correspondendo a deveres do Estado para com a educação, são etapas do ensino fundamental.

De fato, prescreve o artigo 208, inciso IV, da Constituição da República que “**o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade**”. Além disso, determina o artigo 54, inciso IV, da Lei 8069/90 que “**é dever do Estado assegurar à criança atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos**”.

Assim, o acesso à creche e à pré-escola, constituem direito público subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (artigo 208, inciso III, da Lei nº 8.069/90 e artigo 5º, da Lei nº 9.394/96). (grifos no original)⁴¹

Como registra Pedro Pereira dos Santos PERES⁴², para o estudo do acesso à educação como direito público subjetivo, é imprescindível que se faça uma análise primeira da educação em seu sentido mais amplo: aquela tratada pelo art. 205 da atual Constituição Federal.

Preconiza o art. 205 da Constituição, *in verbis*: "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício e sua qualificação para o trabalho".

Como se percebe, o artigo não explicita ser a educação um direito público subjetivo, ou seja, não utiliza tal expressão em sua redação. Contudo, a norma veiculada pelo artigo possui elementos que autorizam afirmar ser a educação um direito público subjetivo. E essa educação de que trata o artigo é a mais ampla e genérica possível, não se restringindo à educação escolarizada, embora esta também esteja incluída, inclusive em seus mais altos níveis.

⁴¹ Ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em data de 22/07/2003, em face do município do Rio de Janeiro.

⁴² Publicação na Editora Saraiva, em 19.08.2004 – Saraivadata.

Em seqüência, continua o autor analisando que, primeiro, o dispositivo constitucional diz ser a educação direito de todos. Reforce-se aqui o sentido amplo do termo "educação" utilizado na redação do art. 205: educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais (art. 1º, caput, da Lei federal n.º 9.394/96 - LDB). Sendo assim, educação é direito de todos que estão sob a égide da Constituição Federal de 1988. Atente-se que a norma do art. 205 da Constituição Federal, bem como qualquer outro dispositivo constitucional, não faz nenhuma exceção ou restrição ao termo "todos", tendo se referido a toda e qualquer pessoa, independentemente das diferenças que, eventualmente, há entre elas.

Por outro lado, pontua sua interpretação sob a ótica do dever: a educação é dever do Estado. Pois bem, aqui, também, a norma do art. 205 não faz referência a exceções ou restrições ao dever do Estado com a educação. Entretanto, a norma do art. 208 da mesma Carta Magna estipula e esclarece quais são os deveres do Estado com a educação, restringindo, de certa forma, sua responsabilidade.

Preceitua o art. 208, incisos I a VII, da atual Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 14, de 12 de setembro de 1996, *in verbis*:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Nesse ponto é preciso fazer menção à observação do Professor José CRETELLA JÚNIOR, para que "(...) não se confunda o direito à educação com o direito subjetivo público à educação (...)".⁴³

Pela análise das normas dos arts. 205 e 208 da Constituição Federal percebe-se que o direito de todos à educação é mais amplo que o dever do Estado de fornecer educação. Todos têm direito à educação, em seu sentido amplo, como exposto, mas o dever do Estado refere-se apenas à parte da educação, aquela que é tratada pela norma do art. 208, dizendo respeito à educação escolarizada, também designada como ensino⁴⁴. Refere-se à parte porque, como também já dito, educação não é somente a escolarizada, dando-se também fora do estabelecimento de ensino, sobretudo dos estabelecimentos oficiais.

Nesse sentido, ao comentar o art. 208 da Constituição Federal de 1988, o Professor Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO diz que "(...) Na verdade, o dever do Estado quanto à educação acaba por ser reduzido a seus deveres quanto ao ensino e ao apoio material do estudante".⁴⁵

Pois bem, sendo a educação direito de todos, e estando delimitado o dever do Estado com essa educação, estamos diante de um direito público subjetivo, em que o Estado tem o dever de prestar educação nos termos da norma do art. 208 a todos que atenderem aos pressupostos dessa mesma norma. Temos, portanto, que o direito público subjetivo não diz respeito à educação em sentido amplo, mas apenas àquela delimitada pelo art. 208. Assim, se uma criança que possui idade de zero a seis anos não for aceita em creche ou pré-escola, poderá requerer a tutela jurisdicional em face

⁴³ Nota do autor: "Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. vol. 8. pág. 4417".

⁴⁴ Nota do autor: "Ao comentar o art. 206 da CF/88, o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz a seguinte distinção: "Ensino. O termo está aqui para a preparação formal na escola. Não se confunde evidentemente com educação, que é mais largo" - Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990-1995. vol. 4. pág. 70".

⁴⁵ Nota do autor: "Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990-1995. vol. 4. pág. 73".

do Estado por violação ao seu direito público subjetivo de freqüentar creche ou pré-escola, nos termos do artigo 205 e inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal.

Demonstra o autor que, embora a redação do art. 205 da Constituição Federal não contenha expressamente o termo "direito público subjetivo", ele trata a educação como tal direito, o que fica mais claro com a leitura seguida do art. 208. Diga-se, ainda, que a Constituição não só tratou de parte da educação como direito público subjetivo, mas também instrumentalizou o indivíduo que a pretende com alguns meios específicos de obtenção de tutela jurisdicional, para que esse direito não estacione na esfera da simples declaração.

Comentando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei n.º 9.394/96, Maurício Antonio Ribeiro LOPES⁴⁶ conclui que a educação infantil – primeira etapa da educação básica, é etapa básica para o adequado aproveitamento do ensino fundamental. Além disso, por figurar como princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I do artigo 3.º), as crianças que tiverem assegurada a participação da educação infantil, tendem a ingressar em condições mais evoluídas no processo de alfabetização e do desenvolvimento intelectual. Deste modo, diante do sistema de direitos e garantias preconizado pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes é de se concluir no sentido de que, mesmo sem o caráter obrigatório para os pais ou responsáveis, a creche e a pré-escola, correspondendo a deveres do Estado com a educação, são etapas do ensino fundamental. Assim, o acesso à creche e à pré-escola também, e igualmente ao ensino fundamental propriamente dito, é direito público subjetivo, regendo-se pelas disposições tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, nos termos do inciso III do artigo 208 da Lei n.º 8.069/90 e artigo 5.º da Lei n.º 9.394/96, além das disposições análogas

⁴⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 20.12.1996: jurisprudência sobre educação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 73.

constantes do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal e inciso VI do artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, as principais regulamentações da demanda da educação básica, especialmente a educação infantil – primeira etapa daquela, no nosso país, hoje, encontram-se no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, posto que as Leis n.º 8.069/90 e n.º 9.394/96 criam condições, ou seja, mecanismos de exigibilidade do direito público subjetivo à educação.

Como registram Antônio Carlos Gomes da COSTA e Isabel Maria Sampaio Oliveira LIMA, “a educação, enquanto serviço, é assunto de especialistas da área de educação, mas, enquanto direito, é assunto de todos os cidadãos para os quais se constrói, no tempo presente, a terra futura”. E, ainda:

Temos expressado esse imaginário social CONVOCANTE [destaque nosso], numa declaração de visão bastante simples: Construir um país onde toda criança tenha o direito de ser criança e onde todo adolescente possa olhar o futuro sem medo, porque está preparado para ele. Terra futura que não exclui nem apavora, que não limita nem amedronta mas que incentiva a curiosidade, o desenvolvimento, a superação e o enfrentamento.

Terra futura que nos convoca e cujo mapeamento passa pela nossa ação atual, concreta e emancipatória, solidária e criativa, para superar o mero reconhecimento doutrinário da existência de um direito fundamental à infância, fixando não só o seu fundamento subjetivo 'face à importância para o indivíduo, sua formação e desenvolvimento de sua personalidade', mas, igualmente, um fundamento objetivo 'face ao interesse público, necessidade social e até a evolução da comunidade na compreensão de resguardar um período imprescindível ao ser humano e que, após ultrapassado, jamais poderá ser resgatado'.

Terra futura que nos convoca para transformar esse reconhecimento doutrinário em pauta de política pública de educação a partir da idéia de que cidadania e direitos humanos podem ser construídos interdisciplinarmente, com um referencial comprometido com mudanças, priorizando a relação de seres capazes de relações interativas e produtivas em aprendizagem mútua, ensejando a definição de uma nova relação indivíduo-Estado.

Terra futura que hoje se pode modelar, no processo democrático de escolha dos diretores das escolas, dos centros de saúde, do controle social do orçamento, do acompanhamento das verbas do FUNDEF, com participação dos estudantes e dos seus pais na conservação dos equipamentos escolares, na consciência do que significa a 'res publica', onde o interesse de todos seja convocante para conferir realidade à

paisagem pela qual quero/queremos caminhar dentro do prédio escolar, junto ao parque, próximo à rua e dentro do transporte urbano.⁴⁷

Contextualizando a educação como elemento fundamental do processo de construção da democracia e necessidade social, passam os autores à abordagem do compromisso nacional, em face de sua definição como política social básica:

Assim, a EDUCAÇÃO, que é uma política social básica, PORQUE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, será garantida quando, além da família, da sociedade e do Estado, os operadores jurídicos – promotores e magistrados, defensores públicos e profissionais do Direito – estiverem comprometidos como agentes políticos, ou seja, como cidadãos investidos no compromisso da justiça, na garantia efetiva dos interesses superiores da criança e do adolescente: PORQUE ESTES SÃO SUJEITOS DE DIREITO NUMA DIMENSÃO TRANSDICIPLINAR E, IGUALMENTE, SUJEITOS DE CONSTRUÇÃO DA TERRA FUTURA.

A EDUCAÇÃO, que é uma política pública de cobertura universal e que está vinculada ao próprio direito básico da pessoa em desenvolvimento, será tanto mais respeitada quanto maior for o empenho da sociedade na demanda concreta de operacionalização do direito positivado e quanto maior for a superação dos paradigmas tradicionais que permeiam e empobrecem a leitura da lei.⁴⁸

Neste contexto, o reconhecimento da educação como parte de suprema relevância deste sistema integrado de proteção e promoção da criança e do adolescente justifica-se por sua natureza de direito fundamental, conferida pela Carta Constitucional.

No âmbito do direito à educação é imperioso o enfoque não só à garantia do direito à matrícula, como especialmente, velando pela permanência, regresso/reingresso e sucesso do educando nas atividades escolares. Gestionando, para tanto, a participação popular – descentralizando e dividindo responsabilidades com a comunidade local.

⁴⁷ COSTA, Antonio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Caderno Pela Justiça na Educação. Módulo III – A Educação como Política Social Básica. Estatuto e LDB: Direito à Educação. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, págs. 289-312.

⁴⁸ COSTA, Antonio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Caderno Pela Justiça na Educação. Módulo III – A Educação como Política Social Básica. Estatuto e LDB: Direito à Educação. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000, págs. 289-312.

A divisão de responsabilidades aponta no cenário nacional, justamente no momento em que o excesso de atribuições que acometem a atividade dos órgãos fiscalizadores e gestores não pode significar um caminho para a ineficiência. Entretanto, trata-se de necessária transição da concentração para a preparação da politização da sociedade, para que assuma seu papel de atividade de comando, como co-transformadora da realidade social, deixando para trás aquele de coadjuvante, sendo mero instrumento de denúncia.

Importante, também, o enfoque do direito à educação como estratégia jurídica de prevenção social – os recursos tempestiva e adequadamente aplicados, não de evitar a injustiça social que, inevitavelmente, produz marginalização, violência e exclusão.

Isto porque a sociedade não mais se satisfaz com a mera punição dos infratores da lei, mais sim clama para que seus direitos sejam garantidos na sintonia do tempo presente. Sobretudo, quando falamos em educação onde, qualquer descompasso entre tempo e realidade representa aos educandos prejuízos inestimáveis, a eles e, mais ainda, à Nação.

Assim posto, a preocupação com os rumos da educação é, antes de tudo, uma inquietação estratégica de otimização cuja atuação eficiente promoverá resultados inestimáveis de transformação social positiva.

Conforme dados apontados na reportagem especial “O Paradoxo da Miséria”, publicada pela revista VEJA, edição de 23.01.2002, o Brasil ostentava, à época, 53 (cinquenta e três) milhões de brasileiros abaixo da linha de pobreza, dos quais, 23 (vinte e três) milhões em situação de verdadeira indigência, sendo que crianças e adolescentes representam quase metade desse universo de miseráveis.

Outrossim, conforme pesquisa realizada pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, a garantia de escolaridade de cinco anos para toda a população brasileira faria a miséria cair 6% (seis por cento). A mesma garantia por dez anos, reduziria a pobreza em 13% (treze por cento).

Em artigo publicado em 17 de janeiro de 2003, no caderno “Opinião” – Tendências/Debates, sob o título “O direito universal à educação e o Estado”, Katarina

Tomasevski, 50, croata, relatora especial da ONU para o direito à educação, chama a atenção para um fator até então descurado por muitos, o de que:

A unanimidade global crescente sobre a necessidade de todas as crianças concluírem o ensino primário ignora o direito à educação secundária e universitária, que corre o risco de se transformar totalmente em um serviço comprado e vendido a um preço. Mas a Coréia do Sul, por exemplo, indica que a chave para a redução da pobreza é a educação secundária e não a primária. A Comissão Econômica da ONU para a América Latina percebeu que os jovens que completam a educação secundária têm um probabilidade de 80% (oitenta por cento) de evitar a pobreza enquanto 96% (noventa e seis por cento) das famílias em que os pais têm menos de nove anos de escolaridade vivem na pobreza. A Assembléia Geral da ONU reafirmou recentemente o núcleo de obrigações governamentais relacionadas ao ensino primário (gratuito, compulsório e de boa qualidade), mas o restringiu a um período de cinco anos. Se começam a estudar com seis anos, as crianças completam os estudos aos onze, quando são jovens demais para o trabalho e, a rigor, são legalmente impedidas de fazê-lo. (...) a educação funciona como multiplicador. Negar o direito à educação acarreta a exclusão do mercado de trabalho e a adesão ao setor informal. Remediar o desequilíbrio existente nas oportunidades de vida sem o reconhecimento pleno do direito à educação é impossível. (...) Há, portanto, um grande número de problemas envolvendo os direitos humanos que não podem ser resolvidos sem que o direito à educação seja encarado como questão-chave.

Avulta, pois, a importância da educação não apenas na redução das taxas de pobreza, mas, sobretudo, na garantia de plena cidadania a milhões de brasileiros, em especial, crianças e adolescentes em condições econômicas absolutamente adversas.

Esse direito público subjetivo expressa o dever constitucional do Estado em promover as circunstâncias necessárias a que o indivíduo possa buscar oportunidades em igualdade de condições com os demais.

Como lembra Maria Cristina de Brito LIMA,⁴⁹ como a Constituição representa uma ordem sistematizada de valores de determinada sociedade, apoiados em princípios fundamentais e objetivos que o regem, tem-se que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a dignidade da pessoa humana, constituindo, ainda, seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a

marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais. Portanto, os princípios fundamentais do Estado Brasileiro irradiam-se por toda a Constituição e, em especial, no direito à educação básica, que ganhou cunho de direito público subjetivo, portanto, com acento diferenciado dos demais direitos, já que voltado para o alcance dos princípios fundamentais.

Em voto proferido em recurso especial, o Ministro LUIZ FUX lavra que, consagrado por um lado o dever do Estado revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança, posto que, prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, já que a vontade política e constitucional, utilizando-se da expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche, segundo o Ministro, é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. É a íntegra de seu voto:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – T1 – PRIMEIRA TURMA – RECURSO ESPECIAL Nº 435.893 - SP (2002/0062310-8) – DATA DO JULGAMENTO: 14/10/2003 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 01/03/2004, P. 00124.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, o recurso merece conhecimento posto que os dispositivos legais *sub examen* foram devidamente prequestionados na instância ordinária. Descabe a alegação de ofensa ao art. 535, do CPC, porquanto o Tribunal de origem, abordou à fl. 271, ainda que sucintamente, a questão orçamentária prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Ademais, é cediço que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

No que pertine ao mérito, forçoso reconhecer que o inc. IV, do art. 208 da CF/88 garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, senão vejamos:

" Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;"

⁴⁹ LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, pág. 33.

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e a Lei Diretrizes e Bases da Educação (9.394/96), no art. 4º, IV repetiu a garantia constitucional no afã de assegurar creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos, nos seguintes termos:

" Art. 4º - O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino.

Muito embora a matéria pareça gravitar única e exclusivamente em sede constitucional, o que retiraria a competência do STJ para aferir a legitimidade da decisão recorrida no âmbito do recurso especial, a realidade é que a questão vem traçada no ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu art. 54, que assim dispõe :

"É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade;

(omissis)."

Ora, se é dever do Estado é direito subjetivo da criança.

Deveras, em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

De tudo quanto se alegou, revela notável seriedade a questão da suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração.

Sob esse ângulo bem andou a decisão recorrida ao afastar a alegada discricionariedade do administrador diante de direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos.

Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância a categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

Realmente, meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas *de lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

A doutrina do tema assim se posiciona:

"A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência..." (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos.

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria a qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual - dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva." (O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Luís Roberto Barroso, pag. 115, 5ª edição).

Entretanto, quando a constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

É evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio, e atuar sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto, no regime democrático e no estado de direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.

Afastada assim a ingerência entre os poderes, o judiciário atacado de malferimento da lei nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa legal.

Assim, se é direito do menor a frequência em creche, o Estado, num sentido *lato* deve desincumbir-se desse dever através da sua rede própria.

Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel.

Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.

Ora, o Estado prometeu o direito à creche e cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade político e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi essa, no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o País.

Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Versando tema análogo, o STF legou princípio a que se deve manter vigília em hipóteses como essa, em que se exige o cumprimento dos deveres constitucionais mercê do respeito e harmonia entre os poderes:

"MANDADO DE SEGURANÇA - SANÇÃO DISCIPLINAR IMPOSTA PELO PRESIDENTE DA REPUBLICA - DEMISSÃO QUALIFICADA - ADMISSIBILIDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA - PRELIMINAR REJEITADA - PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA PLENITUDE DE DEFESA - INEXISTÊNCIA DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE ILEGALIDADE DO ATO PRESIDENCIAL - VALIDADE DO ATO DEMISSÓRIO - SEGURANÇA DENEGADA.

1. A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. é preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

(omissis)

(MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.05.90) "

Deveras, colocar um menor numa fila de espera e atender a outros significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mas também ferir de morte a dignidade humana.

Assim, o Estado não tem o dever de colocar a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição para esse caso.

O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche a crianças entre zero e seis anos.

Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo-o numa "fila de espera", quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou da delegação legalizada acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, em fazer-lhe as vezes.

Assim, impõe-se desprover o recurso do Município de São Bernardo do Campo.
É o voto.

E, ainda, em harmonia interpretativa, registra o Ministro CARLOS VELLOSO, quanto à obrigatoriedade constitucional da oferta do ensino infantil, em apreciação ao Recurso Extraordinário n.º 402.024/SP:

A matéria debatida nestes autos diz respeito à obrigação da Municipalidade em disponibilizar ou não vagas em creches para crianças de zero a seis anos de idade. Sustenta a apelante que tal obrigação não existe para ela, pois a Constituição Federal, em seus arts. 208 e 211, lhe impôs [sic] apenas a entrega do ensino fundamental e não o de educação infantil. A tese da municipalidade-apelante, a partir da Emenda Constitucional n.º 14/96, perdeu todo o seu sabor acadêmico, já que com sua promulgação, ficou assentado no § 2º, do art. 211, da CF que 'os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.' Então, se a CF impôs ao Município prover com prioridade o ensino fundamental e a educação infantil é porque lhe ordenou o dever de observar com primazia essas áreas educacionais, sendo que por educação infantil há de se entender o ensino de crianças de zero a seis anos de idade, quer com o rótulo de creche ou de pré-escola. Aliás, isso é o que está expresso no inciso IV, do art. 54, do ECA que acentuou o dever do Estado em assegurar às crianças de zero a seis anos de idade 'atendimento em creche e pré-escola.

2.4 – A efetivação dos direitos sociais como dever do Estado

“No desempenho de seu *novo papel*, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Em sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre o domínio econômico”.⁵⁰

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 6. ed. rev. e atual., 2001, pág.28.

Ainda sobre o princípio da eficiência, Alexandre de MORAES⁵¹ enfatiza a satisfação do bem comum como corolário da atividade fim maior do Estado – a prestação dos serviços sociais essenciais à população e menciona:

[...] a Mensagem Presidencial n.º 886/95, convertida em Proposta de Emenda Constitucional n.º 173/95 e, posteriormente, aprovada como Emenda Constitucional n.º 19, trazia em sua Exposição de Motivos suas pretensões, dentre elas, ‘incorporar a dimensão de eficiência na administração pública: o aparelho do Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com recursos disponíveis, em respeito ao cidadão constituinte’ e ‘ênfatizar a qualidade e o desempenho nos serviços públicos: a assimilação, pelo serviço público, da centralidade do cidadão e da importância da contínua separação de metas desempenhadas, conjugada com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários, repercutirá na melhoria dos serviços públicos.

Tudo isso leva à conclusão de que, sendo a *maior rentabilidade social* uma exigência do princípio da eficiência na prática dos atos administrativos, tem-se, por consequência, uma redução da discricionariedade do administrador, que, por sua vez, reduz também a zona de incerteza que macula os conceitos de conveniência e oportunidade da administração.

Tal constatação, como lembra Mauro Sérgio ROCHA, encontra-se vinculada a uma crescente participação do povo na gestão da coisa pública que, tanto é verdade que uma das características retiradas do princípio da eficiência concerne à participação e aproximação dos serviços públicos às exigências da população, coroando, por consequência, a soberania popular.

Bem registra Paulo Roberto Barbosa RAMOS que, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1988 estabelece como seus objetivos inarredáveis a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e a garantia do desenvolvimento nacional, impõe, simultaneamente, ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

⁵¹ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, págs. 305-306.

a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Adverte que estes dois dispositivos não estão inseridos na Constituição apenas como peças ornamentais, da mesma forma que não estão desvinculados um do outro. A Constituição é um todo interligado, não sendo possível dela extrair qualquer sentido sem que se tenha em consideração a finalidade que deseja alcançar através de toda a sua arquitetura.

Como registra, a finalidade da Constituição é o asseguramento dos direitos fundamentais. Por estes, deve-se entender aqueles direitos mais elementares, indispensáveis à garantia da dignidade da pessoa humana. Diferentemente do que se possa pensar, não se tratam de direitos naturais, mas antes e sim, direitos históricos. E, por serem históricos, à medida que avançam gerações, à medida que se avançam décadas, novas perspectivas surgem de valores sociais, a partir da necessidade de novos bens e valores imprescindíveis aos cidadãos conviventes de uma dada época, tornando-se imprescindíveis para que o ser humano se sinta parte da sociedade em que vive. Os valores agasalhados hoje, na nossa realidade diária, vão muito além daqueles considerados essenciais quando do surgimento do ideário constitucional, em França do final do século XVIII, arremata Paulo Roberto Barbosa Ramos.

Portanto, “hoje são direitos fundamentais não apenas a liberdade de locomoção, a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento, a liberdade contratual, os direitos políticos, como também os direitos à alimentação, à moradia, ao transporte, ao lazer, ao trabalho, à educação, à saúde, à cultura (comumente inseridos na rubrica dos direitos econômicos, sociais e culturais) e ainda os direitos típicos de uma sociedade de massa, como o direito à informação verdadeira e de interesse público, o direito à paz, o direito à democracia e o direito ao desenvolvimento”.⁵²

Assim, no que se refere especificamente quanto ao dever do Estado de prestações positivas em face dos direitos sociais coletivos, a evolução é notadamente significativa, pois que, por muito tempo acreditou-se que a defesa dos direitos individuais dos cidadãos, então chamados de direitos de primeira geração ou primeira

⁵² Ainda, Paulo Roberto Barbosa RAMOS.

dimensão, estaria assegurada com a simples omissão do Estado (ou seja, não os violando), ou, numa concepção e estágio mais arrojado, com a previsão de instrumentos voltados a impedir a invasão indevida do Estado na esfera da vida privada das pessoas (iniciando uma fase mais positivada e não meramente omissiva como a anterior).

Entretanto, nos dias contemporâneos, é de se ter como impossível a garantia do direito de ir e vir, especialmente às pessoas pobres ou portadoras de necessidades especiais (limitações físicas, por exemplo), sem que o Estado disponibilize transporte dentro de valores acessíveis e devidamente adaptados. Da mesma forma, hoje não estará garantindo o direito à liberdade de pensamento sem que esteja assegurado a todos os cidadãos o acesso à educação formal de qualidade, assim como também não estará assegurado aos cidadãos o direito de participar conscientemente das decisões políticas na sociedade se não tiverem acesso a informações verdadeiras e de interesse público – adverte o autor. Ou seja, em dias atuais, não basta o não fazer do Estado, indo muito além o seu dever, invadindo, de há muito, o campo da positividade, a exigência do atuar, de promover, de implementar – isso é, efetivamente, garantir.

Capítulo 3 – A ação civil pública como instrumento processual para a tutela jurisdicional das políticas públicas

3.1 – Ação civil pública e políticas públicas

Como visto, todo o atuar do administrador público está vinculado à observância de um comando de normas, na implementação das políticas públicas necessárias à garantia do efetivo exercício dos direitos sociais, não havendo que se falar em discricionariedade de sua conduta, posto que a omissão, o não fazer, não lhe é permitido como opção. A discricionariedade que lhe é reservada repousa, unicamente, na escolha da forma de dar melhor cumprimento aos seus deveres, ou seja, da melhor forma de cumprimento da finalidade legal e constitucional.

Desta forma, o não agir (a omissão) ou a ação de forma não razoável para atingir a finalidade constitucional (desvio de finalidade), que contraria o devido processo legal que rege as obrigações da Administração em contrapartida aos direitos dos cidadãos às prestações positivas do Estado, são passíveis de responsabilização e controle judicial através da ação civil pública.⁵³

Assinala-se, ainda, que a função do Ministério Público não comporta somente a atuação para corrigir os atos comissivos da administração – que, porventura, desrespeitem os direitos constitucionais dos cidadãos, como também em face dos atos omissivos – ou seja, buscando a implantação efetiva de políticas publicadas visando à efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

⁵³ Neste sentido, Maria Cristina Fonseca FRISCHEISEN, que também acrescenta nota sobre ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal (Procuradoria da República em São Paulo) contra Caixa Econômica Federal, que tramita sob o n.º 1999.61.00.030576-2 na 12.ª Vara Cível Federal da subseção judiciária de São Paulo, com tutela antecipada deferida, visando a não aplicação aos contratos de financiamento de crédito educativo (direito à educação) dos valores de atualização monetária da TR, mas sim de juros que não excedam a 06%, por não ser razoável que programa de caráter social, que foi criado para dar condições de acesso e permanência no ensino superior (construção da igualdade – art. 208 da Constituição Federal) cobre juros da TR de seus mutuários, que a ela recorrem por não terem condições de arcarem autonomamente com os custos do ensino universitário pago, bem como a retirado dos nomes dos devedores dos órgãos de proteção ao crédito.

Neste sentido, conclui Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN: “A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para ‘juridicizar’ a demanda coletiva pela implantação de direitos assegurados pela ordem social constitucional”.⁵⁴

Quanto ao cabimento e procedência da ação civil pública como instrumento para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais é o acórdão proferido no RESP n.º 575280/SP, pela T1 – PRIMEIRA TURMA, do qual foi relator para o acórdão o Ministro LUIZ FUX, que ora se transcreve:

RESP N.º 575280/SP – RECURSO ESPECIAL 2003/0143232-9 – RELATOR: MINISTRO JOSÉ DELGADO – RELATOR PARA O ACÓRDÃO: MINISTRO LUIZ FUX – ÓRGÃO JULGADO: T1 – PRIMEIRA TURMA – DATA DO JULGAMENTO: 02/09/2004 – DATA DA PUBLICAÇÃO: DJ 25/10/2004, P. 228.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a

⁵⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Max Limonad, 2000, págs. 126-127.

vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O

que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassa o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma *longa manu* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido.⁵⁵

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux (voto-vista) os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki (voto-vista) e Denise Arruda. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.⁵⁶

RESUMO ESTRUTURADO: POSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, ÂMBITO AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENAÇÃO, MUNICÍPIO, CUMPRIMENTO, OBRIGAÇÃO DE FAZER, OFERECIMENTO, MENOR CARENTE, VAGA, CRECHE, ESTABELECIMENTO DE ENSINO MUNICIPAL, DECORRÊNCIA, DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PREVISÃO, DEVER, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, GARANTIA, DIREITO À EDUCAÇÃO, IRRELEVÂNCIA, INFLUÊNCIA, DECISÃO JUDICIAL, ÂMBITO, ORÇAMENTO, MUNICÍPIO, CARACTERIZAÇÃO, ATO VINCULADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, REALIZAÇÃO, DIREITO CONSTITUCIONAL, ACESSO, CRECHE, PRÉ-ESCOLA, NÃO OCORRÊNCIA, VIOLAÇÃO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. (VOTO VISTA) (MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI) POSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, ÂMBITO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DETERMINAÇÃO, MUNICÍPIO, MATRÍCULA, MENOR CARENTE, ESTABELECIMENTO DE ENSINO MUNICIPAL, DECORRÊNCIA, EFICÁCIA, EFETIVIDADE, DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL, PREVISÃO, DEVER, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, GARANTIA, DIREITO SUBJETIVO, ACESSO, CRIANÇA, CRECHE, PRÉ-ESCOLA, NÃO CARACTERIZAÇÃO, PODER DISCRICIONÁRIO, AGENTE PÚBLICO. (VOTO VENCIDO) (MIN. JOSÉ DELGADO) IMPOSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, DETERMINAÇÃO,

⁵⁵ Referências doutrinárias fornecidas pelo Superior Tribunal de Justiça: OBRA 1: Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2001, págs. 395-398. Autor: José Carlos Vieira de Andrade; OBRA 2: O direito Constitucional e a efetividade de suas normas, 5ª ed., pág. 115. Autor: Luís Roberto Barroso.

⁵⁶ Neste sentido, também: VEJA: (POSSIBILIDADE - CONTROLE JUDICIAL) STF - MS 20999-DF (IMPOSSIBILIDADE - CONTROLE JUDICIAL) STJ - RESP 169876-SP (RSTJ 114/98, RTJE 173/103), RESP 63128-GO (RSTJ 85/385, LEXSTJ 86/149), AGRG NO RESP 252083-RJ.

MUNICÍPIO, MATRÍCULA, MENOR CARENTE, CRECHE, ESTABELECIMENTO DE ENSINO MUNICIPAL, DECORRÊNCIA, IMPOSSIBILIDADE, APRECIÇÃO, CONVENIÊNCIA (DIREITO ADMINISTRATIVO), OPORTUNIDADE (DIREITO ADMINISTRATIVO), ATO ADMINISTRATIVO, POSSIBILIDADE, PODER JUDICIÁRIO, EXCLUSIVIDADE, VERIFICAÇÃO, ATENDIMENTO, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, PRINCÍPIO DA MORALIDADE, PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE, NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, PRINCÍPIO, SEPARAÇÃO DOS PODERES, INDEPENDÊNCIA DOS PODERES.

No entanto, no que se refere à legitimidade, cumpre tecer alguns registros. Como principia Rodolfo de Camargo MANCUSO, em seu artigo Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas⁵⁷ em nosso país, ao tempo em que se entrava a cogitar de um instrumento processual idôneo para a tutela dos então florescentes interesses meta-individuais (que anos depois apareciam trifurcados em difusos, coletivos e individuais homogêneos – art. 81 e incisos da Lei 8.078/90), a etimologia da ação civil pública aparecia ligada, estreitamente, ao Ministério Público, por ser este o agente usualmente credenciado pelo legislador para a proteção judicial de valores e interesses genericamente referidos ao bem comum, como se colhe da Constituição Federal, à leitura dos artigos 127, 129, III, IX, e bem assim dos artigos 81 a 83 do Código de Processo Civil.

Como lembra, esse histórico é testemunhado por Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, que laboravam sobre o tema ainda antes da promulgação da lei que viria a se tornar o texto padrão em matéria de ação civil pública – a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985: “Caracteriza-se, assim, a ação civil pública, por ser de iniciativa de uma parte que é precisamente *pública*”.

⁵⁷ In A ação civil pública. Coordenação de Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 707.

E concluíam: “Podemos, assim, conceituar a ação civil pública como *o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional*” (grifos no original).⁵⁸

Deste modo, a legitimação do Ministério Público para a tutela dos interesses individuais homogêneos (que não exclui a de outros co-legitimados – art. 5.º da Lei 7.347/85), deflui da interpretação sistemática de vários textos (CF, art. 129, IX; Lei 8.078/90 – CDC – art. 82, I; LC 75/93, art. 6.º, XII; Código de Processo Civil, art. 82, III).

Aqui, em especial, vale trazer à colação a advertência de MANCUSO quanto à natureza da ação em causa, quando afirma que a ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses meta-individuais que, de outra forma, permaneceriam num ‘limbo jurídico’.⁵⁹

E, como teria que ser, é de se registrar, finalmente, que considerando a ação civil pública como instrumento voltado à proteção de interesses e valores maiores da sociedade – no caso aqui analisado, em especial, a efetividade das políticas públicas – destinados seus efeitos a favor de sujeitos indeterminados e, de outra parte, sendo o Brasil uma república organizada sob a forma de democracia participativa, ou seja, Estado e sociedade, não faria sentido uma legitimidade exclusiva do Ministério Público, ainda que superlativamente qualificado (conforme define MANCUSO), sendo de importância inclusive educativa ao aprendizado permanente das práticas da cidadania, que tal legitimidade não se estreite. Contrariamente, deve ser preservada a proporcionalidade entre o largo objeto da ação civil pública e o rol dos co-legitimados ativos.

⁵⁸ Nota do autor: “A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984, p.22”, *in ob. cit.*, pág. 708.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 709.

3.2 – A judicialização como garantia da efetividade dos direitos sociais

É a ação civil pública o instrumento por excelência conferido ao Ministério Público – não excluídas as entidades co-legitimadas na forma da lei (art. 129, § 1.º da CF), além do inquérito civil público e outros procedimentos administrativos, para a defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente (incluído o meio ambiente artificial) e de outros interesses difusos e coletivos.

Conforme enfatizam Camargo FERRAZ, Édis MILARÉ e Nelson NERY JÚNIOR,⁶⁰ a ação civil pública encontra-se inserida na problemática maior da participação da sociedade, através de segmentos sociais, nos problemas de direção do aparelho estatal.

Para Vittorio DENTI, estar-se-ia diante da participação popular na administração através da justiça,⁶¹ representando a ação civil pública um instrumento de garantia, de controle e de transformação.

Por sua vez, Mauro CAPPELLETTI⁶² salienta que essa forma de participação também responde à exigência da legitimação democrática no exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica.

É através dela que se busca responsabilizar o agente público que, não cumprindo o seu dever (aqui entendido, não cumprimento por omissão, bem como, por atuação ineficiente), desrespeita direito alheio, coletivamente considerado, impondo-lhe uma obrigação de fazer.

Conforme Celso BASTOS,⁶³ esses direitos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado; é um homem na qualidade de membro de grupos autônomos e juridicamente definidos.

⁶⁰ FERRAZ, Antônio Mello de Camargo; MILARÉ, Edis e NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, págs. 23-24.

⁶¹ DENTI, Vittorio. Le azioni a tutela di interessi collettivi. Pádua: Cedam, 1976, pág. 7 e ss.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all' giustizia civile. Rivista di Diritto Processuale, 1975, p. 397 e ss.

⁶³ BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. RePro 23. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul/set. 1981, pág. 40.

Nesta mesma esteira, Maria Cristina de Brito LIMA⁶⁴ considera que, no que diz respeito à educação básica, esse homem, cujo interesse visa a ser defendido, faz parte de um grupo, o grupo de analfabetos (de identificação necessária do grupo), que o transporta à categoria de cidadão excluído da sociedade, lesionando, assim, a sua dignidade humana (cujo interesse é afetado), porque cidadão de uma sociedade que não lhe dá igualdade de oportunidades, deixando-o à margem, em razão de seu pouco ou nenhum conhecimento.

E acrescenta que, diante desses argumentos, pode-se concluir que o direito à educação básica reúne as características dos interesses coletivos, podendo contar com a ação civil pública como um importante instrumento de acesso à justiça e, por conseguinte, a seu direito fundamental à educação básica, cabendo ao Judiciário analisar as demandas da espécie com respaldo não só na ordem jurídica e nas respectivas instituições, mas, também, sob a perspectiva do direito coletivo invocado, que toca a seus destinatários.

Na observação de José dos Santos CARVALHO FILHO, a responsabilidade demonstra, como regra, a existência de iliceidade, significando que a conduta retrata procedimento contrário a um dever preexistente e que, exatamente por faltar ao dever a que está jungido é que o indivíduo comete a ilicitude ensejadora da responsabilidade.

Vale reproduzir citação de Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN, em passagem de lição de Paulo BONAVIDES:

O problema da ‘juridicização’ dos direitos sociais tornou-se crucial para as Constituições do Estado social. Cumpre, pois, na busca de uma solução, observar toda esta seqüência: reconhecer a vinculação constitucional do legislador a tais direitos, admitir que se trata de direitos de eficácia imediata, instituir o controle de constitucionalidade e, por fim, estabelecer mecanismos suficientes que funcionem como garantias efetivas de sua aplicabilidade.⁶⁵

⁶⁴ LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, pág. 44.

⁶⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, pág. 126. Nota 176 da autora à pág. 126: “A Constituição Aberta, 2. ed. Malheiros Editores, 1996”.

Enfim, é função do Ministério Público não somente atuar para corrigir os atos comissivos da administração, mas também a correção dos atos omissivos, de maneira a garantir a implementação das políticas públicas, visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

Para Maria Cristina de Brito LIMA, a busca da efetividade do direito público subjetivo à educação básica – da qual a educação infantil constitui etapa, pela via judicial, com efeito, é a mais importante consequência de sua categorização. Nessa esteira, e com maior respaldo, está a possibilidade de se levar ao Judiciário a questão do cumprimento de norma constitucional, de cunho fundamental, tendente à realização das liberdades fundamentais, como é o caso da educação básica.⁶⁶

O não cumprimento, pelo Administrador Público, das políticas públicas sociais, tem criado a necessidade dessa judicialização da exigência dos direitos fundamentais. A este clamor da sociedade, tem o Supremo Tribunal Federal respondido com crescente incisividade, posto que, cada vez mais, não se admite o menosprezo aos direitos constitucionais, especialmente em detrimento àqueles que não têm como prover às despesas necessárias a uma vida minimamente digna em sociedade.

E, nesta vereda, a posição do Supremo Tribunal Federal tem pautado no sentido de que não se pode deixar de reconhecer que as ações constitucionais em referência qualificam-se como instrumentos idôneos e aptos a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política.⁶⁷

Para o Ministro CELSO DE MELLO, essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida à Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas,

⁶⁶ LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, págs. 33-35.

⁶⁷ Neste sentido: Supremo Tribunal Federal – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 – Relator: Min. Celso de Mello – DJ 04/05/2004.

reais ou concretas,⁶⁸ sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Muito incidente tem sido a apreciação da temática pela Corte Suprema Constitucional:

RE 411518/SP – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RELATOR MIN. MARCO AURÉLIO – DJ DATA 26/03/2004 – P. 00081 – JULGAMENTO 03/03/2004
DESPACHO: DECISÃO CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO - IMPOSIÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal Justiça de São Paulo assim deixou sintetizado o acórdão de folha 134 a 138: Criança - Direito fundamental à educação - restrição de vagas em creche - Inadmissibilidade - Segurança concedida - Recursos improvidos. A garantia de atendimento constitui direito público subjetivo e dever do Estado, que de forma prioritária deve possibilitar o acesso à pré-escola e não pode ser dar o direito de não dispor das vagas necessárias ao atendimento da demanda (folha 134). Os embargos de declaração que se seguiram foram desprovidos (folhas 149 e 150). Nas razões do extraordinário de folha 153 a 168, interposto com argüida base na alínea "a" do permissivo constitucional, o Município articula com a transgressão aos artigos 2º, 165, 169, 206, incisos I, VI e VII, 208, incisos I e II, e 211, § 2º, da Constituição Federal, ao argumento de que a determinação do Judiciário para que efetue matrícula de criança em creche, independentemente de existência da respectiva vaga e dos recursos financeiros necessários, fere o princípio da separação dos Poderes. Saliencia não caber ao magistrado "substituir os critérios de oportunidade e conveniência expressados pelo administrador público" (folha 155). Transcreve, a respeito, precedente da própria Corte de origem. Consoante afirma, a Carta da República estabelece que a prioridade do Poder Público é oferecer o acesso ao ensino fundamental gratuito, e não à educação infantil, que estaria em segundo plano. Evoca o princípio da isonomia, alegando que a possibilidade de ingresso em creche subsidiada pelo Poder Público é direito previsto não apenas para as crianças que procuram o Judiciário, mas também às centenas que "aguardam em fila de espera sua oportunidade nas vagas a serem abertas" (folha 160). Discorre o recorrente sobre a situação financeira por que passa e as providências que vêm sendo tomadas relativamente à ampliação da rede pública de ensino. Alfim [sic], conclui encontrarem-se "as escolas municipais de educação infantil no limite da capacidade do seu atendimento, e a concessão da ordem poderá acarretar sérios prejuízos para os menores, não podendo neste caso responsabilizar-se pelas conseqüências advindas desse ato" (folha 168). O recorrido apresentou as contra-razões de folha 178 a 185, apontando que as normas ditas violadas não teriam sido debatidas pela Corte de origem e afirmando a inexistência de contrariedade a dispositivo constitucional. O

⁶⁸ RTJ 164/158-161 – Relator Ministro Celso de Mello.

procedimento concernente ao Juízo primeiro de admissibilidade encontra-se à folha 190 à 192. Ao recurso especial interposto simultaneamente foi negado seguimento, decisão transitada em julgado (folha 194). 2. Na interposição deste recurso, foram atendidos os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. À decisão atacada foi publicada no Diário de 10 de junho de 2003, terça-feira (folha 151), vindo a manifestação do inconformismo em 25 subsequente, quarta-feira (folha 153). A peça está subscrita por Procurador Municipal. Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. O Estado - União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios - deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrariar essa eterna lengalenga. O recurso extraordinário não merece prosperar, lamentando-se a insistência do Município em ver preservada prática, a todos os títulos nefasta, de menosprezo àqueles que não têm como prover as despesas necessárias a uma vida em sociedade que se mostre consentânea com a natureza humana. 3. Pelas razões acima, nego seguimento a este extraordinário, ressaltando que o acórdão proferido pela Corte de origem limitou-se a ferir o tema à luz do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, reportando-se, mais, a compromissos reiterados na Carta do Estado - artigo 240, na Lei Orgânica do Município - artigo 247, inciso I, e no Estatuto da Criança e do Adolescente - artigo 54, inciso IV. 4. Publique-se. Brasília, 3 de março de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. Recurso extraordinário n. 411.518-2 – Proced.: São Paulo – Relator: Min. Marco Aurélio – Reclamante: Município de Santo André – Adv.: Mônica Maria Hernandes de Abreu Vicente – Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo (em favor de Graziela Moresi dos Santos).(grifamos)⁶⁹

3.3 – A responsabilização judicial do Administrador omissor

Como registrado precedentemente, Mauro Sérgio ROCHA, ao analisar a apreciação dos atos ditos discricionários pelo Poder Judiciário, conclui, citando Alexandre de MORAES: “Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova ordem constitucional, um reforço à plena possibilidade do Poder Judiciário, em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Constitucional, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive

⁶⁹ Neste mesmo sentido: STF – Recurso Extraordinário n.º 401673-7/SP – Relator: Min. Marco Aurélio – DJ 19/04/2004, pág. 00089; STF – Recurso Extraordinário n.º 356.479/SP – Relator: Ministro Marco Aurélio – Decisão Monocrática – DJ 24/05/2004, pág. 00062.

responsabilizando as autoridades omissas, pois, conforme salienta Alejandro Nieto, analisando a realidade espanhola, quando o cidadão se sente maltratado pela inatividade da administração e não tem um remédio jurídico para socorrer-se, irá acudir-se inevitavelmente de pressões políticas, corrupção, tráfico de influência, violências individual e institucionalizada, acabando por gerar intranquilidade social, questionando-se a própria utilidade do Estado.”⁷⁰

Tão nefasta quanto a má-eleição de condutas positivadas, é a omissão, é o não fazer. Sobretudo quando este não fazer, vem ainda maculado pelo vício do desvio de poder por omissão, como chama Celso Antônio Bandeira de MELLO, é, igualmente, também uma hipótese repugnante. Cita o autor, a fala de Afonso Rodrigues QUEIRÓ: “não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)”.

Assim, a inoperância é também uma forma de violenta agressão ao interesse público, gerando efeitos danosos, de maneira positivada concreta, na vida os cidadãos.

Com razão, Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN insiste em afirmar que de nada adianta ter os direitos universalmente declarados, se os mesmos não são passíveis de exercício na comunidade a qual o indivíduo vive, ou seja, se sua cidadania e suas características próprias não são reconhecidas. E cita a advertência levada a efeito por Hannah Arendt:

O paradoxo da perda dos direitos humanos é que essa perda coincide com o instante em que a pessoa se torna um ser humano em geral – sem uma profissão, sem uma cidadania, sem uma opinião, sem uma ação pela qual se especifique – e diferente em geral, representando nada além da sua indivisibilidade absoluta e singular, que privada da expressão e da ação sobre um mundo comum, perde todo o seu significado.⁷¹

Para FRISCHEISEN este é um dos maiores dilemas do direito constitucional da contemporaneidade: como passar da esfera abstrata de princípios a concretude das normas e exercício dos direitos estatuídos na Constituição? Como dar eficácia às normas que definem a ordem constitucional social?

⁷⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, pág. 312.

A resposta, certamente, vem através do raciocínio de que a ordem social constitucional estabelece obrigações para o Estado (como também para toda a coletividade) e orienta a administração na implantação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.

Cabe aos cidadãos, via Ação Popular (CF, artigo 5.º, inciso LXXIII) e ao MINISTÉRIO PÚBLICO, por meio da Ação Civil Pública e Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa, a provocação da atividade jurisdicional do Estado, no intuito de ver anulado o ato discricionário ineficiente, devendo, em se tratando do *parquet* e, se for o caso, ventilar sobre possível improbidade administrativa do gestor da coisa pública.⁷²

Antes disso, é curial o uso da Recomendação como estratégia de prevenção de responsabilidades da Administração, instrumento previsto na Lei Complementar n.º 75/93, em seu artigo 6.º, inciso XX dentre as atribuições do Ministério Público da União, bem como encerrada no artigo 80 da Lei n.º 8.625/93 aplicável aos Ministério Público dos Estados.

Assim, a Recomendação, na área dos direitos sociais, além de prevenir o administrador das conseqüências de eventual omissão, também exercerá papel relevante à medida que permite à administração incorporar em seu ordenamento e planejamento de políticas públicas, linhas de atuação que auxiliam o efetivo exercício dos direitos assegurados na Constituição, possibilitando também a conciliação de interesses, que foram levados pela Sociedade Civil ao Ministério Público, ou que surgiram da própria ação de fiscal da lei exercida pelo Parquet.⁷³

⁷¹ As perplexidades dos direitos do homem. *In* Origens do Totalitarismo. 1989, págs. 325-326.

⁷² ROCHA, Mauro Sérgio. Ob. citada.

⁷³ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, pág. 139.

3.4 – Espécies de provimentos jurisdicionais

Inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3.º e 11 da Lei 7.347/85), o que, entretanto, abriu-se para os demais tipos de pedido – dentre eles, declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental, mercê da abertura trazida pelos artigos 83 e 90 da Lei 8.078/90 que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do artigo 117 daquele código.

E, ainda, Rodolfo de Camargo MANCUSO sobre a extensão do objeto da ação civil pública e as espécies de provimento que se busca, vale mencionar as chamadas execuções civis públicas, tanto as que têm base em títulos judiciais condenatórios decorrentes de ações que derivam de interesses difusos e coletivos (Lei 7.347/85, art. 15), como as que derivam de ações ajuizadas em prol de interesses individuais homogêneos – ditas ações coletivas – (Lei 8.078/90, arts. 95 a 100, c/c o art. 117); e, bem assim, aquelas execuções fundadas em descumprimento a compromissos de ajustamento de conduta (Lei 7.347/85, art. 5.º, § 6.º, acrescido pelo Lei 8.078/90; Lei 8.884/94, art. 60; Código de Processo Civil, art. 585, II e VII), títulos extrajudiciais dotados de eficácia executiva.⁷⁴

Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN ainda registra que o objeto da ação civil pública, nos termos do seu artigo 3.º, pode ser a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, enfatizando que as ações civis públicas relativas à implementação de políticas públicas relacionam-se, na grande maioria, às obrigações de fazer, podendo ou não estarem associadas a condenações em dinheiro.⁷⁵

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, pág. 127.

Conclusões

01. A interpretação do instituto da discricionariedade deve ser revisitada pelos publicistas, adequando-se a exegese ao direito positivo e à nova realidade constitucional, impondo-se a libertação dos operadores do direito dos antigos grilhões que prendem o raciocínio doutrinário à idéia de *poder*, conferindo-lhe o real sentido de *dever* que vincula toda a atuação do administrador à consecução das finalidades da república social.

02. A discricionariedade, especialmente na implementação de políticas públicas, somente poderá ser exercida em aspectos previamente definidos pelo texto legal, devendo toda a conduta do administrador ser vinculada à previsão Constitucional, sendo seu dever alcançar os resultados ali propostos.

03. A determinação judicial para o cumprimento, pelo Estado, do dever de assegurar a oferta da educação infantil, não encerra ingerência do Judiciário na esfera da administração, uma vez que não há discricionariedade em face de direitos consagrados constitucionalmente.

04. O direito à educação infantil é consagrado em norma constitucional, reproduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

05. A constituição Federal é fruto da vontade política nacional e prometendo o Estado o direito à educação infantil, deve adimpli-lo, portanto.

06. Consagrado o dever do Estado em ofertar a educação infantil, revela-se, por outro ângulo, o direito subjetivo da criança.

07. Cabe ao Poder Público o dever de cumprir as determinações constantes da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, não podendo desvirtuar-se das finalidades consubstanciadas no atendimento educacional ao público infantil, sobretudo, na obediência ao princípio da prioridade absoluta.

08. Na discussão sobre a implementação de políticas destinadas a assegurar a efetivação de bens e interesses previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente aqueles relativos à educação infantil, inconstitucional qualquer denegação de pretensão deduzida em juízo sob o argumento de que o Administrador Público tem o discricionário “poder” de eleger prioridades, já que a Constituição Federal, em seu artigo 227, minudenciada pelo artigo 4º do ECA, não estabelece qualquer hierarquia entre os direitos ali reconhecidos como prioritários.

09. A inação do administrador ou o seu atuar ineficiente, especialmente na implementação de políticas públicas destinadas a assegurar o direito à educação infantil, representa desvio de finalidade, comportando sua responsabilização, através do controle judicial, mediante promoção do Ministério Público, instrumentalizado na ação civil pública.

10. Desenvolvimento e democracia são os objetivos fundamentais da República, traçados na Constituição Federal de 1988, sendo que a garantia do primeiro é a condição precípua para que os demais direitos sejam usufruídos e, somente garantida a implementação das políticas públicas sociais e assegurado o respectivo exercício dos benefícios delas decorrentes (através da promoção do desenvolvimento social) – aqui entendidos os direitos das gerações – viveremos, verdadeiramente, sob o primado democrático.

Bibliografia consultada

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. RePro 23. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jul/set. 1981.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra : Coimbra Editora Ltda., 1994.

_____ *Rever ou romper a constituição dirigente?* Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. Em Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, n.15 abr./jun., 1996.

_____ *Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos - O direito à emanção de normas jurídicas e proteção judicial contra as omissões normativas*. Em Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.) *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti all'á giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, 1975.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. *A Educação como Política Social Básica. Estatuto e LDB: Direito à Educação*. Caderno Pela Justiça na Educação. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000.

DENTI, Vittorio. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Pádua: Cedam, 1976.

FAZZIO, Guisepe. *Sindicabilità e Motivazione degli Atti Amministrativi Discrezionale*. A. Giuffrè Editore, 1971.

FERRAZ, Antônio Mello de Camargo. MILARÉ, Edis e NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Em Boletim de Direito Administrativo. Jun, 1995, pp. 324-337.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *O que fazer diante do não fazer do Estado em face aos comandos constitucionais*. Em Revista da Procuradoria Geral da República. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 08, jan./ jun., 1996, pp. 172-179.

_____. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GARCIA, Maria. *Políticas públicas e atividade administrativa do Estado*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 6. ed. rev. e atual., 2001.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei 9.394, de 20.12.1996: jurisprudência sobre educação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas*. Encontro Nacional do Ministério Público, 2001.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

ROCHA, Mauro Sérgio. *O princípio da eficiência e conseqüente lei de responsabilidade fiscal como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público*. Congresso Nacional do Ministério Público, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA, António Francisco de. *Os 'conceitos legais indeterminados' no direito administrativo alemão*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 166:276-91, out./dez. 1986.

TOMELIN, Georghio Alessandro. *Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 226:281-92, out./dez. 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através do recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.