

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE

JURISDICIONAL:

POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Eugenia Martins de Moura

Resumo: O presente trabalho tratou do tema da discricionariedade administrativa, com foco na margem de liberdade concedida à Administração Pública no atual cenário jurisdicional brasileiro, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas. O objetivo central do trabalho foi responder à pergunta: “o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa, naqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas?”. A metodologia de pesquisa se valeu do método indutivo e do procedimento de análise de jurisprudência. O objetivo específico do artigo foi verificar se o Supremo Tribunal Federal entende possível e juridicamente aceitável a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. Foi realizada busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal contendo as expressões “mérito administrativo”, “discricionariedade administrativa” e “implementação de políticas públicas”, o que resultou num achado de mais 210 acórdãos, distribuídos no período de 1988 a 2019. Dentre tais acórdãos, alguns foram selecionados e analisados a fim de que o objetivo do presente trabalho fosse cumprido.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade Administrativa. Controle Judicial.

Abstract: Il presente lavoro ha affrontato il tema della discrezionalità amministrativa, concentrandosi sul margine di libertà concesso alla Pubblica Amministrazione nell'attuale scenario giurisdizionale brasiliano, in particolare su quei casi di omissione del potere esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche. L'obiettivo principale del lavoro era di rispondere alla domanda: "dopo la Costituzione federale del 1988, la magistratura favorisce l'unione giudiziaria di discrezionalità amministrativa in quei casi di omissione del ramo esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche?". La metodologia di ricerca ha utilizzato il metodo induttivo e la procedura di analisi della giurisprudenza. L'obiettivo specifico dell'articolo era verificare se la Corte Suprema comprendesse possibile e legalmente accettabile l'intervento della magistratura in caso di omissione del potere esecutivo nell'attuazione delle politiche pubbliche costituzionalmente fornite. È stata effettuata una ricerca sul sito Web della Corte suprema federale contenente i termini "merito amministrativo", "discrezione amministrativa" e "attuazione delle politiche pubbliche", che ha portato alla conclusione di 210 ulteriori sentenze, distribuite tra il 1988

e il 2019. Tra queste alcuni giudizi sono stati selezionati e analizzati al fine di soddisfare l'obiettivo del presente lavoro.

Keywords: Pubblica Amministrazione. Discrezione Amministrativa. Controllo Giudiziario.

INTRODUÇÃO

A figura da Administração Pública foi concebida no âmbito do Estado de Direito, ao lado e em certa medida em decorrência do princípio da separação de Poderes, e se mostra caracterizada desde então pela submissão à lei, e por consequência alcançável pelo Poder Judiciário.

Será a margem de liberdade concedida à Administração Pública no atual cenário jurisdicional brasileiro o campo deste estudo.

O recorte será um olhar sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários após a Constituição de 1988, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas, tema de notável relevância no âmbito do Direito Administrativo e Direito Constitucional contemporâneo.

O problema central que buscará ser analisado se refere à seguinte questão: “o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa naqueles casos de omissões na implementação de políticas públicas?”. A hipótese que se propõe validar é a de que tal tese encontra, com considerável intensidade, acolhida pela Corte Constitucional do Brasil.

A discussão se mostra relevante e atual, uma vez que o entendimento e o norte dado pelo Supremo Tribunal Federal amoldam, em última instância, a atuação dos administradores públicos de todo o país, refletindo na criação, implementação e manutenção de políticas públicas nas três esferas, e de certa maneira e em certo grau, na garantia dos direitos fundamentais dos brasileiros.

Inicialmente será introduzido o tema da discricionariedade administrativa sob a ótica histórica e conceitual. Na sequência, serão identificadas e analisadas algumas decisões do STF que cuidam do tema.

A escolha das decisões que serão abordadas considerou a correlação dos direitos tratados a fim de que se apresente possível, na moldura do artigo, a identificação de algum padrão nos pronunciamentos do STF quanto ao tema.

Sendo assim, na seção 1 será apresentado um brevíssimo olhar sobre o desenvolvimento da figura da Administração Pública e, atrelado a ela, a construção da identidade da discricionariedade administrativa, até a atualidade.

Na seção 2 será abordado o tema do Controle da atividade administrativa pelo Judiciário nos moldes da Constituição Federal de 1988.

Finalmente, na seção 3, será lançada luz sobre o controle dos atos administrativos discricionários pelo STF, mais especificamente por meio da análise de 3 julgados pós Constituição de 1988 que em certo grau reflete o posicionamento da Suprema Corte em relação àqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para que se chegue a presente concepção de Administração Pública necessário se faz percorrer, ainda que brevemente, seu histórico, a partir da formação do Estado Moderno.

Ao tempo do Estado de Polícia, notadamente autocrático, das monarquias absolutas, o direito para administrar era ilimitado, visto que se confundia com o poder absoluto do príncipe. Não havia qualquer instrumento legal apto a questionar as decisões tomadas pela figura central do rei. Nas palavras de Maria Sylvia “os súditos ficavam à mercê do príncipe, não dispondo de qualquer medida judicial a ele oponível”. (DI PIETRO, 1991, p. 18)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”. (MELLO, 2014, p. 47).

Este cenário sofreu discreta, porém importante mudança, quando a personalidade jurídica do Estado passou a experimentar regimes jurídicos diversos, a

exemplo da Teoria do Fisco, “em consonância com a qual o patrimônio público não pertenceria ao príncipe nem ao Estado, mas ao Fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado”. (DI PIETRO, 1991, p. 18).

Sendo assim, um quinhão da atividade do Estado, notadamente os atos privados da Administração, passava a ser alcançado pela lei, e por consequência, pela possibilidade de análise judicial.

Com o surgimento do Estado de Direito, do Constitucionalismo e do apelo ao princípio da legalidade e à separação de Poderes, a garantia de liberdade do homem ficou em franca evidência, começando então a contrastar com atuação estatal que a afrontasse ou de alguma forma ameaçassem tal liberdade.

Nos dizeres de Luciano Ferreira Leite, “não se pode falar em Estado de Direito se as normas editadas pelo Estado impuserem obrigações somente aos administrados porque, nessa hipótese, ele ficaria acima da ordem jurídica”. (LEITE, 1981, p. 15).

Nessa fase de Estado Liberal de Direito, a figura do Estado não era mais imantada da arbitrariedade do príncipe e deveria perseguir a proteção da propriedade e a liberdade do indivíduo.

O rei não sendo mais a fonte do Direito, essa passou a ser a vontade do povo. Vale dizer que o Poder Executivo foi substituído pelo Legislativo no tocante à elaboração do corpo legal, como o continua sendo até os dias atuais.

Nessa toada, o Direito Administrativo surge por sua vez, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal”. (MELLO, 2014, p. 47).

Em decorrência de toda essa evolução, o princípio da “justicialidade” se configurou, permitindo que até mesmo os litígios entre as autoridades superiores de um Estado fossem decididos por procedimento contencioso, ou seja, ao escrutínio de um órgão independente (figura do Judiciário).

Nas palavras de Barreiros Soares, “desde o século XIX, aparece na França o que se chamaria de recurso por excesso de poder, momento esse em que se começa a

limitar a discricionariedade administrativa do agente público, independentemente de sua hierarquia administrativa”. (SOARES, 2009, p. 93).

A Administração Pública, sentido os reflexos das alterações sofridas pelo Estado, passou a não contar mais com prerrogativas especiais e não gozar mais daquela discricionariedade ampla que experimentava no período do Estado de Polícia.

Com a diminuição do âmbito de atuação do Estado na atividade privada, o Direito Administrativo também sentiu seu espectro diminuir. As bases do Direito Administrativo eram partilhadas também pelo constitucionalismo, e a defesa da liberdade do indivíduo se tornou uma bandeira comum.

Entretanto, a Administração Pública ainda tinha certa liberdade em relação a mecanismos de controle judicial. Fato esse chancelado inclusive pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ao passo que permitia livre autonomia em todo ponto não regulado legalmente.

Neste momento, a discricionariedade administrativa ainda se apresentava mais como um poder político do que como um poder jurídico.

Com o passar do tempo, no século XIX, esse tipo de atuação negativa por parte do Estado, engendrou reações que acabaram por desaguar na formação do Estado Social de Direito.” Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem- Estar”. (MELLO, 2014, p. 50).

Este modelo deixava no campo de atuação estatal a nova missão de equalizar as desigualdades socioeconômicas que ficaram cada vez mais aparentes com o período do *laissez faire*, conforme expõe Maria Sylvia:

Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade, para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade. (DI PIETRO, 1991, p. 29).

Com essa nova missão estatal, o Poder Executivo e em seu encalço o Direito Administrativo floresceram como nunca antes, uma vez que o interesse público passou a se agigantar sobre os interesses individuais, “passou-se a conferir atribuição normativa

ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos” (DI PIETRO, 1991, p. 31), ao passo que o Poder Legislativo se ocuparia, na maioria das vezes, com a formulação de normas gerais, standards, para serem completados pelo Executivo; este deixou de ser apenas um executor de normas postas pelo Legislativo”. (DI PIETRO, 1991, p. 31).

Até mesmo o poder de polícia foi permeado pela ideia de que os exercícios dos direitos individuais deviam se limitar pelo interesse público.

A atividade administrativa se curvou ao peso legal, a ponto de se consolidar o ideal de que a Administração só poderia fazer o que a lei permitisse. Observa-se então uma vinculação positiva da Administração à lei. Portanto aquela ideia inicial do Estado de Polícia e também do Estado de Direito foi radicalmente invertida.

O que se viu foi um estreitamento da discricionariedade administrativa, sob a ótica *kelseniana*, “a própria discricionariedade tinha que ser explicada dentro do sistema jurídico, ou seja, como um poder emanado da norma legal”. (DI PIETRO, 1991, p. 37).

Historicamente, com a Constituição Alemã de 1949, surge uma nova concepção, do Estado Democrático de Direito. A busca agora seria por ampliação da participação popular até mesmo nas decisões do Executivo, e no controle deste. Um “processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção”, nos dizeres de José Afonso da Silva.

A Constituição Portuguesa de 1976 também trouxe a ideia de que a Administração estaria subordinada à Constituição e às leis, e sua atuação deveria se dar de forma imparcial.

Nessa mesma toada, a Constituição Brasileira de 1988, trouxe a figura do Estado Democrático de Direito, deixando em destaque o princípio da legalidade, em seu art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Administração Pública não estaria mais sob o jugo apenas das leis, mas também de todos os princípios insculpidos no texto constitucional.

O Direito Administrativo teria como fonte o arcabouço legal e, também os princípios gerais de direito, limitando-se ainda mais, o campo de livre apreciação outorgada ao administrador.

A doutrina atual, em linhas gerais conceitua discricionariedade como:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2014, p. 981).

A discricionariedade administrativa deveria se limitar apenas pela lei em sentido formal, mas por todos os demais princípios e interpretações decorrentes do texto constitucional.

A duplicidade que o Direito Administrativo agora tem de lidar é, de um lado, respeitar os direitos fundamentais, e de outro intervir na esfera privada para nivelar as desigualdades, sendo assim um reflexo das próprias expressões Estado de Direito e Estado Social, juntas. Cuidando do bem comum sem ferir os direitos do indivíduo.

As normas programáticas agora presentes no texto constitucional, devem ser concretizadas por meio de edições de leis, mas também por meio da atuação administrativa no mundo real.

Outro fator que passou a integrar a realidade administrativa com a promulgação da Constituição de 1988 foram os instrumentos de participação popular no controle da administração: direito à informação, ação popular, direito de denúncia do cidadão perante Tribunal de Contas, entre outros.

Atualmente, o que se experimenta com as crises financeiras e com a Reforma Administrativa, é um recrudescimento de princípios do liberalismo, com um aceite a intervenção estatal no domínio econômico e social.

Pode-se mencionar o princípio da subsidiariedade, onde o Estado se libera da prestação de certas atividades, diminuindo seu tamanho, entretanto sem abandonar o seu

poder de controle e regulação. Exemplo disso no Estado brasileiro foi a criação das Agências Reguladoras em compasso com experiências de privatizações.

A figura de uma Administração Pública Gerencial traz uma “ampliação da discricionariedade administrativa e outorga maior autonomia administrativa, financeira e orçamentária aos dirigentes dos órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta”. (DI PIETRO, 1991, p. 54).

Entretanto, a Administração Pública passou se vincular não apenas à lei, mas também à Constituição, que, no caso da Constituição Brasileira de 1988 trouxe consigo uma densa malha de princípios. Neste sentido, o controle judicial da Administração passou a ser pautado por tais princípios constitucionais.

Odete Medauar lança luz sobre duas percepções sobre o tema, uma tendente a um alcance limitado da sindicabilidade sobre os atos da Administração Pública, tendo como freio o ideal de separação de poderes; e outra, tendente a um controle judicial mais amplo e favorável ao escrutínio judicial sobre os atos administrativos, fundamentada também na separação de poderes, e fazendo então o Judiciário, o papel de contrapeso. (MEDAUAR, 2012, p. 73).

Após essa breve incursão na história da Administração Pública vale mencionar que o atual estágio do Direito Administrativo aponta para a valorização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.

2 CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO NOS MOLDES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Partindo da visão geral da evolução do controle do ato administrativo no plano internacional, tem-se que este teve início no direito francês, especificamente no século XIX.

De uma análise e de uma eventual anulação de um ato administrativo que se restringia à avaliação de vícios de incompetência, a forma do ato passou a ser alvo de controle.

Posteriormente, o “desvio de poder”, ou seja, o distanciamento do fim traçado pelo legislador, também entrou no rol de análise dos tribunais, o que tirou da discricionariedade administrativa o caráter de “insindicabilidade” até então resguardado. Vale dizer que no direito francês a análise chega ao ponto de incidir sobre a adequação ou não da decisão administrativa em um caso concreto.

Passando ao cenário nacional, encontra-se algumas fases que podem ser destacadas nessa caminhada do controle da atividade administrativa. Vejamos brevemente.

Há época do Brasil-Colônia, qualquer apreciação judicial estava abaixo dos poderes do rei, e ele, apenas ele definia quais eram os interesses públicos e se as decisões estavam compatíveis com estes. Nas palavras de Barreiros Soares, “nessa época, encontram-se todos os poderes concentrados no monarca, a magistratura revela-se submissa às decisões do governo”. (SOARES, 2009, p. 95).

Já no período imperial, havia a figura do Conselho de Estado, em uma sutil analogia ao modelo francês, onde tal órgão cuidava especificamente do contencioso administrativo.

Passando à República e a sua Constituição de 1891, o ideal de contencioso foi extinto, passando a ser competência dos Tribunais Federais a apreciação de causas onde o Estado figurasse como parte, ou seja, as causas em que a Administração Pública fosse questionada.

Tal configuração veio sendo replicada em todas as Constituições brasileiras que se sucederam. A Constituição de 1988, por sua vez, cuidou de forma ainda mais detalhada os nuances da Administração Pública, nos seguintes termos:

Nesse sentido, a Constituição de 1988 passa a trazer em seu bojo, de forma detalhada, princípios e regras sobre a Administração pública, elevando-os à condição de garantia dos administrados. Trata-se de nova fase para o Direito administrativo brasileiro. (CORREIA, 2012, p. 1312).

O tema do controle da discricionariedade toma contornos de extrema relevância, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que ela trata de princípios podendo-se tomar como valiosas as palavras de Luis Henrique

Madalena no sentido de que “ao fim e ao cabo, se não for possível controlar a discricionariedade administrativa, não se poderá controlar a atividade estatal, fazendo com que todas as mudanças previstas em nossa Constituição acabem por verdadeiramente perder normatividade”.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal adota o sistema da inafastabilidade da jurisdição ao proibir que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, ainda naqueles casos em que o autor da ameaça ou lesão seja a própria Administração Pública.

Sobre o princípio da universalidade da jurisdição, “o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é não só um princípio, mas, dentre eles, certamente um dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira”. (MELLO, 2014, p. 967).

Neste cenário, cabe mencionar as palavras de Di Pietro:

A discricionariedade constitui a chave do equilíbrio entre as prerrogativas públicas e os direitos individuais”, reforçando a ideia de que os direitos individuais devem ser entendidos como um balizador legítimo para as decisões do Poder Executivo, tendo como um de seus desdobramentos o controle jurisdicional dos atos administrativos. (DI PIETRO, 1991, p. 14).

Há, portanto, vinculação da Administração Pública com os direitos fundamentais constitucionalmente prescritos. Neste sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. De outra parte, a Administração deve interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais. A atividade discricionária da Administração não pode deixar de respeitar os limites que lhe acenam os direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 147).

A discricionariedade se justifica na medida em que “em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis”. (MELLO, 2014, p. 970).

A competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos e os conceitos jurídicos indeterminados, tudo isso pode ser definido como limites, frutos de uma construção histórica, à discricionariedade administrativa. (DI PIETRO, 1991, p. 134).

A atualidade nos mostra que:

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa. (BARROSO, 2018, p. 420).

Entretanto, nesta tarefa de controle jurisdicional, o princípio da razoabilidade deve orientar a atuação do Poder Judiciário quando este passa ao exame de atos discricionários, assim como “a valoração subjetiva, realizada pela Administração Pública ao praticar ato discricionário necessita ser feita dentro do razoável, ou seja, em conformidade com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável e adequado perante a lei”. (DI PIETRO, 1991, p. 230).

Imperioso, neste ponto, destacar a relevância e lançar rápido olhar sobre três teorias de controle de discricionariedade administrativa que atualmente se fazem presentes tanto na produção doutrinária quanto na jurisprudência brasileira: a teoria do desvio de poder; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a teoria dos motivos determinantes.

A teoria do desvio de poder teve sua gênese no Conselho de Estado francês e se fundamenta na aceitação do reconhecimento da invalidade de um ato administrativo que tenha sido praticado com finalidade diversa da proposta pelo legislador.

Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravie-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica. (MELLO, 2014 p. 57).

Por sua vez, **conceitos jurídicos indeterminados** designa “vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontradas com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito”. (DI PIETRO, 1991, p. 90).

Tais conceitos jurídicos indeterminados estão intrinsecamente relacionados ao tema da discricionariedade administrativa, visto que sua interpretação pode ser dada pelo agente público em sua atividade gerencial, a exemplo do interesse público, e neste sentido, a doutrina pátria vem admitindo tal margem de discricionariedade ao Poder executivo, em tais circunstâncias.

Vale mencionar as palavras de Luis Roberto Barroso no sentido de que “normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins”. (BARROSO, 2018, p. 460).

Neste contexto, cabe a menção feita por Di Pietro sobre o entendimento de Regina Helena Costa no sentido de que “para a autora, a interpretação não será suficiente, em muitos casos, para afastar a indeterminação do conceito e a Administração Pública, como primeira aplicadora deste, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia o princípio da razoabilidade”. (DI PIETRO, 1991, p. 118).

Finalmente, quanto à **teoria dos motivos determinantes**, tem-se que, nas palavras de Odete Medauar “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato, associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente” (MEDAUAR, 2012, p. 168), de tal forma que “mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados”. (MEIRELLES, 2012, p. 214).

Apresentadas três das relevantes teorias de controle de discricionariedade administrativa vale ainda mencionar visões doutrinárias sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que atualmente se mostram em destaque, demonstrando assim que a própria doutrina se encontra dividida, de certa maneira, no tocante a este tema.

Em que pese a maioria da doutrina pátria confirme a importância do princípio da supremacia do interesse público como alicerce do Direito Público, a exemplo de José Dos Santos Carvalho Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, há correntes que o refutam.

Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbujm são exemplos de doutrinadores que se posicionam no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público é contrário em muitas vezes ao direito fundamental do administrado e representaria um “trunfo nas mãos das autoridades públicas que pretendam ferir direitos fundamentais em nome da gestão da coisa pública”. (SARMENTO, 2010, p. 5).

Nesse sentido, Binbenbujm preceitua que tal princípio é inclusive incompatível com a ideia de direitos fundamentais atualmente consolidada:

Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, são patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais. (BINENBOJIM, 2005, p. 55).

Binbenbujm inclusive chama a atenção para a superação de categorias jurídicas como a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontornabilidade das escolhas discricionárias da administração por meio da constitucionalização do direito administrativo.

O referido autor preceitua:

A discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. (BINENBOJIM, 2005, p. 33).

3 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO STF - CASOS DE OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - ANÁLISE DE 3 JULGADOS PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

A doutrina brasileira, em sua maioria, se junta a Celso Antônio Bandeira de Mello no reconhecimento de que “o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato”. (MELLO, 2012, p. 985).

Nas palavras de Ferreira Leite, “o Judiciário é o único órgão competente para controlar a ação administrativa em todos seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade dos atos administrativos com o ordenamento jurídico positivo”. (LEITE, 1981, p. 73).

Partindo dessa ideia de controle judicial dos atos administrativos, cabe um olhar acurado para aqueles casos em que o administrador deixou de praticar tais atos administrativos, a exemplo da ausência de implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Luís Roberto Barroso em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo”:

A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores” e mais a frente preleciona que “tal circunstância, todavia, não impediu que juízes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais, na extensão possível e permitida pela densidade normativa de seus textos. (BARROSO, 2018, p. 261).

O artigo 103, § 2º, da Constituição Federal cuida da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, que objetiva tornar efetiva normas constitucionais, “a própria formulação empregada pelo constituinte não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1298).

O § 2º do referido artigo assim informa:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, “cumpre indagar se a omissão na prática de atos administrativos propriamente ditos – de índole não normativa – poderia ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (CANOTILHO et al., 2013, p. 1421) e a tal questionamento, os referidos autores sugerem uma resposta afirmativa, considerando a exegese literal do art. 103, § 2º, visto que ali é diretamente mencionado “órgãos administrativos”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão poderá ter por objeto “a organização de determinado serviço ou a adoção de determinada providência de índole administrativa”. (CANOTILHO et al., 2013, p. 1421).

Sendo assim, é de grande valia um olhar sobre a atuação de nossa Suprema Corte, em relação às omissões do Poder Executivo frente aos direitos individuais, especialmente aqueles constitucionalmente resguardados.

O recorte, portanto, será um olhar sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários após a Constituição de 1988, especificamente sobre aqueles casos de omissões do Poder Executivo na implementação de políticas públicas.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal que serão objeto de análise foram selecionados após consulta ao sítio eletrônico daquele Tribunal, e análise sucinta de suas ementas.

Inicialmente, foi realizada busca contendo as expressões “mérito administrativo”, “discricionariedade administrativa” e “implementação de políticas públicas”, o que resultou num achado de mais 210 acórdãos, distribuídos no período de 1988 a 2019.

Dos 15 acórdãos encontrados com a busca pela expressão “mérito administrativo” 5 deles trouxeram textualmente o entendimento de que exame de legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes, ou seja, não haveria invasão do Poder Judiciário no mérito administrativo do ato.

Como exemplos das decisões pesquisadas tem-se o ARE 866620 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO; o RMS 31515 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL e o MS 31323 / DF - DISTRITO FEDERAL.

Em relação aos 17 achados correspondentes à expressão “discricionariedade administrativa”, tem-se que 6 deles apontam para o importante papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas pelo Poder Público.

Tais acórdãos reforçam o entendimento da relevância da atividade de fiscalização judicial, justificada pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais tais como proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial e vedação da proteção insuficiente.

São exemplos a serem mencionados o RE 1101106 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; o RE 1076911 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; RE 581352 AgR / AM - AMAZONAS e o RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO.

Finalmente, em relação aos 182 achados referentes à expressão “implementação de políticas públicas”, tem-se que 9 deles trataram especificamente do tema da discricionariedade administrativa reafirmando que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais sem que seja caracterizada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Cita-se como exemplos o ARE 908144 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL; o ARE 964542 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO e o RE 464143 AgR / SP - SÃO PAULO.

Destes mais de 210 acórdãos, após análise de seus conteúdos e de suas ementas, foram selecionadas 3 decisões, sendo que o principal critério para escolha foi fundamentado, principalmente, na semelhança dos temas tratados, do objeto posto em discussão, a fim de fosse possível constatar se em temas ou objetos semelhantes/similares houve alguma predominância de entendimento no sentido de autorizar análise pelo Poder Judiciário, sem que isso se configurasse interferência entre os Poderes, quando se estava em foco a discricionariedade administrativa, no sentido tratado por Juarez Freitas, especialmente no que tange ao princípio da proporcionalidade:

Claro, a evolução do princípio da proporcionalidade está apenas esboçada, a requerer vitalização pelos controladores. O que falta? Falta sobretudo, introjetar a proibição de inoperância ou omissão sob a pressão e a insegurança derivadas do déficit prestacional em sede de direitos fundamentais. A aplicação do princípio, nesse ângulo,

pressupõe, sem tardar, o foco prioritário no combate às omissões. (FREITAS, 2007, p. 67).

Neste ponto, é importante notar que a escolha dos julgados propicia uma análise que se desloca mais para um enfoque nos limites da discricionariedade da Administração para dar execução à dimensão objetiva dos direitos fundamentais do que à sua dimensão subjetiva, nas palavras de Daniel Wunder Hachem:

O foco, quando se trata desse assunto, consiste nos deveres que incumbem à Administração, independente de qualquer provocação subjetiva de: (i) criar as condições necessárias para que os direitos fundamentais possam ser fruídos de maneira integral e universalizada, removendo os obstáculos que impeçam o seu exercício real e efetivo (deveres autônomos de proteção); (ii) interpretar todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional à luz do conteúdo valorativo inerente a esses direitos (eficácia irradiante); (iii) proteger os titulares dos direitos fundamentais contra si mesmos (valor comunitário). (HACHEM, 2016, p. 319).

Passa-se a análise dos julgados selecionados.

3.1 ARE 639337/ SP - SÃO PAULO

A inclusão desta decisão justifica-se pela argumentação de que não se trataria de transgressão ao postulado da Separação de Poderes a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas.

A relevância do objeto específico deste julgado se apresenta ao se considerar que “o direito à educação tem assumido importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 686).

A doutrina pátria aponta para a tendência de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, que o não oferecimento de ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importará responsabilidade da autoridade competente”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 687).

Esta é uma ocasião em que o Supremo Tribunal Federal claramente foi instado a se manifestar sobre os limites da sindicabilidade dos atos administrativos, da interferência do Poder Judiciário na elaboração de políticas públicas.

Se tratou de contenda entre o Município de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo, onde se discutiu a disponibilidade de atendimento das crianças em creche e na pré-escola.

Houve interposição de recurso de agravo contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento a recurso extraordinário pela recorrente. A parte agravante se pronunciou no sentido do entendimento de que o acórdão ora impugnado se apresentava em desacordo com o texto constitucional.

Logo no início de sua exposição, o relator Ministro Celso de Mello destaca que a educação infantil “por se qualificar como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

O relator ainda afirma que, sendo a educação um dos direitos sociais mais expressivos, cuja satisfação se apresenta como dever de prestação positiva por parte do Estado, haveria de se proporcionar pleno acesso dos cidadãos ao sistema educacional.

O voto traz ainda menção a outras ocasiões que nosso Supremo tribunal Federal se manifestou sobre a questão, a exemplo do RTJ 175/1212-1213, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

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. (STF – 2ª Turma - RTJ 175/1212-1213 - Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

Nesta toada, o mandato constitucional do art. 208, IV, representaria claro fator de limitação da discricionariedade dos municípios, no tocante à educação infantil.

O relator então manifesta afeição à ideia de que o Poder Judiciário poderia determinar implementação de políticas públicas naqueles casos de omissão estatal.

O acórdão se estrutura a fim de confirmar a possibilidade do Poder Judiciário, determine tais implementações, principalmente naqueles casos em que tais políticas estejam traçadas na própria Carta Constitucional e que “os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”

O voto indica que o descumprimento de política pública definida pela Constituição Federal legitimaria, portanto, uma eventual intervenção jurisdicional. E, nesses casos, o Poder Judiciário estaria cumprindo sua missão institucional, nas palavras do relator:

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. (STF – 2ª Turma - ARE 639.337/SP – Relator: Celso de Mello – Publicação: 15/09/2011).

Da decisão extrai-se o entendimento de que existe clara vinculação do administrador público à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, afastando a sua discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência em tais situações.

Sendo, portanto, legítima a incursão do Poder Judiciário na determinação de implementação de políticas públicas sempre que o Poder Executivo ou Poder Legislativo frustrare ou comprometa a eficácia de direitos sociais, como no caso então analisado.

Mantendo tal linha de fundamentação decidiu-se por impor ao Município de São Paulo, o dever de viabilizar a matrícula das crianças em unidades de educação infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis, sob pena de multa diária por criança não atendida.

Esse entendimento já foi reiterado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, “a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público

de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) Também firmou entendimento de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional”. (STF - 1ª Turma - RE 554.075 - Relatora: Cármen Lúcia – DJe: 21/08/2009).

3.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS e AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.352 AMAZONAS

Esta decisão, por sua vez, trata do dever estatal de assistência materno-infantil através da ampliação e melhoria no atendimento de gestantes, espectro decorrente do art. 197 da Constituição Federal.

O Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas prescreveu que não caberia ao Ministério Público, nem ao Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deveria prioritariamente atender, sob pena de se incorrer em violação do princípio da separação dos Poderes.

Na sequência o Ministério Público do Amazonas recorreu sob o argumento de que tal decisão iria de encontro com os artigos 129, inciso II, 196, 197 e 227 da Constituição Federal.

Analisando o caso e, partindo do caráter de essencialidade do direito à saúde, o relator Ministro Celso de Mello, acata os argumentos apresentados pelo Ministério Público, apontando para a legitimidade da “atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.”

Sobre a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado adoção de políticas públicas sem que isso fira o princípio da Separação dos Poderes o relator afirma ser cabível, na medida em que estará se assegurando concretamente à coletividade o

acesso ao direito afetado pela omissão estatal, fazendo prevalecer a primazia da Constituição.

A dimensão política da jurisdição constitucional também foi mencionada no decorrer da peça.

Cabe aqui a literal transcrição do entendimento do relator sobre a discricionariedade administrativa no referido caso, “Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa”.

Um direito de prestação positiva como a proteção à saúde, com amparo constitucional, não deve permitir amplo espaço discricionário para atuação do Executivo, e sim ser plenamente garantido. Com fundamento em tal raciocínio o relator aceita o pedido recursal do Ministério Público.

Foi ainda reafirmada a atuação de nossa Suprema Corte nesse sentido, conforme reproduzido a seguir:

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental, conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção, e, desse modo, viabilizou o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público. (STF – 2ª Turma - RE 581.352 AgR/AM – Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

Na sequência foi interposto Agravo Regimental, que por sua vez foi negado, por unanimidade, pela Segunda Turma, seguindo a argumentação do relator Celso de Mello no seguinte sentido:

O Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa – como anteriormente já acentuado – fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (STF – 2ª Turma - RE 581.352 AgR/AM – Relator: Celso de Mello – Publicação: 29/10/2013).

O voto, de relatoria do Ministro Celso de Mello, fez menção ao fato de 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 implementar políticas públicas”. (ANDRADE, 1987, p. 207).

Entretanto, existindo o dever estatal de efetivar direito fundamental insculpido na Constituição, haverá limite e conseqüentemente, sindicabilidade, à discricionariedade administrativa.

Tais afirmativas, assim como a conclusão do Voto, estão na linha do externado por Juarez Freitas em sua obra “Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração”.

Sendo assim, a pretensão recursal deduzida pelo Ministério Público foi julgada procedente.

Pode-se perceber que a atuação do STF neste caso específico denota seu atual entendimento, de que sua atuação não esbarra no postulado da Separação de Poderes, mas ao contrário, o reforça, na medida em que direciona a atuação do Poder Executivo para a consecução de tarefas constitucionalmente para ele prescritas.

3.3 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1139140/PR

Trata-se de Ação Civil Pública que cuidou da concessão de vagas em unidades especializadas para internamento de menores infratores, que contou com a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no sentido de que não se assegurasse a referida concessão, visto que, não se tratando de excepcionalidade que autorizaria intromissão do judiciário nas políticas públicas, haveria potencial ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

O Ministério Público do Estado do Paraná recorreu da decisão daquele Tribunal de Justiça.

Na decisão de tal Recurso Extraordinário, o seu relator, Ministro Celso de Mello, inicia sua exposição chamando os olhares à questão central a ser enfrentada: a verificação da possibilidade do Judiciário “determinar a adoção, pelo Estado, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente

estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídicos-constitucionais”.

A partir daí o relator formulou o entendimento de que, tomando por certa sua dimensão política, a Suprema Corte deve trabalhar no sentido de tornar efetivos os direitos sociais constitucionalmente insculpidos, sob pena de comprometimento da integridade da própria Constituição Federal. Tal atuação se justificaria inclusive em consideração ao papel jurídico daquele órgão.

Sendo assim, excepcionalmente poder-se-ia atribuir ao Poder Judiciário a implementação de políticas públicas “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

O relator joga luz ao fato de que o Estado não poderia se valer da cláusula da “reserva do possível”, nem de qualquer outro artifício para se eximir do cumprimento de obrigações constitucionais, tal como a do caso em tela, que trata da proteção à criança e ao adolescente, da norma inscrita no art. 227, parágrafo 3, V, da Constituição Federal, e nessa toada deu provimento ao recurso extraordinário em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal veio abordando o tema do controle da discricionariedade administrativa de forma constante, aplicando em seus precedentes além do entendimento de vinculação do administrador público aos princípios constitucionais, também as teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes e dos conceitos jurídicos indeterminados.

E mais que isso, pode se observar, de uma análise jurisprudencial superficial como a realizada por meio deste artigo, que a Suprema Corte brasileira vem firmando entendimento de que é possível e juridicamente aceitável a intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, campo de análise do presente estudo.

Da análise das ementas de todos os julgados coletados, e da análise detalhada dos três julgados selecionados, pode-se concluir que o atual estágio de entendimento de nosso Supremo Tribunal Federal se reflete em decisões no seguinte sentido:

A Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal. (STF – 2ª Turma - ARE 639.337/SP – Relator: Celso de Mello – Publicação: 15/09/2011).

Ademais, tal discricionariedade administrativa, em sede de concretização de políticas públicas constitucionais, já se apresentaria por si só limitada.

Em linha com as decisões analisadas Gustavo Binembojm preceitua que “não há espaço decisório da Administração que seja externa ao direito, nem tampouco nenhuma margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais”. (BINENBOJM, 2008, p. 39).

A identificação de algum padrão nos pronunciamentos do STF quanto ao tema indica que o Poder Judiciário, após a Constituição Federal de 1988, se manifesta favoravelmente à sindicabilidade judicial da discricionariedade administrativa, entendendo possível e juridicamente aceitável sua intervenção em casos de omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, se que isso caracterize violação ao princípio da separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira De. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./abr/mai. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. Presidência da República, Casa Civil, 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1139140/PR**. Recurso Extraordinário – Ação Civil Pública para Defesa de Direitos Relativos à Infância e à Adolescência – Obrigação Jurídico-Constitucional que impõe aos estados o dever de observância dos direitos constitucionais da criança e do adolescente (CF, Art. 227, “Caput”, E § 3º, V) – Transferência de menores infratores, de unidade policial para estabelecimento apropriado ao cumprimento de medidas sócio-educativas de internação ou semiliberdade – implementação de políticas públicas – Violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível – inocorrência – decisão que se ajusta à jurisprudência prevalecente no supremo tribunal federal – consequente inviabilidade do recurso que a impugna – sucumbência recursal – majoração da verba honorária – Precedente (Pleno) – Necessária observância dos limites estabelecidos no Art. 85, §§ 2º e 3º do Cpc – Agravo Interno Improvido. Relator: Celso de Mello. Paraná, 12 de abril de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749699185>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**. Criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “Astreintes” contra o Poder Público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação Infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, Iv, na redação dada pela EC Nº 53/2006) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, Notadamente ao município (CF, Art. 211, § 2º) - Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - Reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - Pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - Questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “Jura Novit Curia” - Invocação em sede de apelo extremo - Impossibilidade - Recurso de agravo improvido. Políticas Públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: Possibilidade Constitucional. Relator: Celso de Mello. São Paulo, 12

de abril de 2019. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=627428>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352/AM**. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional – Obrigação Jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos estados-membros – Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao estado-membro – Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (Rtj 185/794-796) – A questão da reserva do possível: Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo Poder Público – A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, Arts. 196, 197 E 227) – A questão das “escolhas trágicas” – A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: Atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina – Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – Possibilidade jurídico-processual de utilização das “Astreintes” (CPC, Art. 461, § 5º) Como meio coercitivo indireto – Existência, no caso em exame, de relevante interesse social – ação civil pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – Legitimação ativa do Ministério Público (CF, Art. 129, Iii) – A função institucional do Ministério Público como “defensor do povo” (CF, Art. 129, Ii) – Doutrina – Precedentes – Recurso de agravo improvido. Relator: Celso de Mello, Amazonas, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, Fabíola Samara Brito. Interesses Públicos Versus Interesses Privados – Divergências Na Doutrina Brasileira. **RIDB**, v. 1, n. 3, p. 1295-1337. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: RT, 1981.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros: 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA JR., Jessé Torres Pereira, **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Evolução do controle da atividade administrativa pelos tribunais. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 184, p. 93-103, out./dez. 2009.