

Boa administração pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal

Good public administration and constitutional foundations of public policies in Brazilian Federal Supreme Court

Cleize Carmelinda Kohls¹

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
cleizek@hotmail.com

Mônia Clarissa Hennig Leal¹

Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil
moniah@unisc.br

Resumo

Este trabalho apresenta uma breve reflexão sobre o direito fundamental à boa administração pública, os fundamentos constitucionais do serviço público e das políticas públicas, bem como as possibilidades e limites do controle jurisdicional no Brasil. O problema que move este trabalho é o de entender se há plausibilidade para se falar em direito à boa administração pública no Brasil, e em que medida pode ser um fundamento para o controle jurisdicional. O estudo é baseado em uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, utiliza-se do método dedutivo e do procedimento analítico, e tem por objetivo entender os limites e possibilidades de atuação do poder judiciário na proteção de direitos fundamentais, notadamente quando envolvam a discussão relativa à boa administração pública (como um direito fundamental) e os fundamentos constitucionais do serviço público. Desta forma, a abordagem parte dos aspectos conceituais dos temas propostos e, após, analisa as atuais perspectivas sobre o tema a partir do entendimento do Supremo Tribunal Federal, em decisões envolvendo o direito à educação.

Palavras-chave: boa administração pública, serviço público, controle jurisdicional.

Abstract

This paper presents a brief reflection on the fundamental right to good administration, the constitutional foundations of public service and public policy and the pos-

¹ Universidade de Santa Cruz do Sul, Av. Independência, 2293, Bairro Universitário, 96815-900, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil.

sibilities and limits of judicial review in Brazil. The problem that drives this work is to understand whether there is plausibility in speaking of the right to good public administration in Brazil and to what extent it can be a basis for judicial review. The study is based on a survey of the literature, legislation and case law. It uses a deductive method and an analytical procedure, and aims to understand the limits and possibilities of the Judiciary's action for the protection of fundamental rights, especially when they involve the discussion of good public administration (as a fundamental right) and the constitutional foundations of public service. Thus, the article begins with a consideration of the conceptual aspects of the proposed topics and then analyzes the current perspectives on the topic based on the understanding of the Supreme Court in decisions involving the right to education.

Keywords: good public administration, public service, jurisdictional control.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu vasto rol de direitos fundamentais, podendo ser encontrados em seu texto direitos individuais, sociais e coletivos. Tais direitos dependem, em sua maioria, para não se falar em sua totalidade, de ações da Administração Pública no sentido de garanti-los, preservá-los ou concretizá-los.

Essas ações, sejam desenvolvidas por meio de políticas públicas ou de serviços públicos, buscam fazer valer o texto constitucional e dar máxima efetividade aos direitos fundamentais. Contudo, constantemente as ações ou omissões da Administração Pública são questionadas pelos titulares de ditos direitos, por entender que seus direitos estão sendo negligenciados ou violados em virtude dos comportamentos adotados e pelas decisões administrativas.

Diante disso, este estudo pretende discutir o direito à boa administração pública, sua fundamentabilidade ou não, e as consequências jurídicas de seu reconhecimento no ordenamento pátrio. Pretende também analisar os fundamentos constitucionais do serviço público, buscando analisar suas orientações e seus dimensionamentos. Tais abordagens são alicerces para a análise das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário, em demandas que envolvam tais assuntos.

Trata-se, pois, de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, que se utiliza do método dedutivo e do procedimento analítico, para tentar esclarecer os seguintes problemas: Há plausibilidade para se falar em direito à boa administração pública no Brasil? Em que medida pode ser um fundamento para o controle jurisdicional?

Nessa linha, o presente estudo está dividido em três momentos. No primeiro, apresenta breves considerações sobre a denominada “boa administração pú-

blica”, no contexto brasileiro. Após, apresenta algumas considerações sobre os serviços públicos e, em especial, seus fundamentos constitucionais. Ao final, a partir da análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, relacionadas com o direito à educação, busca-se discutir o controle jurisdicional, como forma de garantia de direitos fundamentais.

Boa administração pública: algumas considerações sobre seu conceito e sua abrangência

A boa administração é uma expressão que está inserida no ordenamento jurídico da União Europeia, nas Constituições dos Estados-membros e, especialmente, na Carta Europeia de Direitos Fundamentais e no Tratado de Lisboa. Por isso, nos países-membros gera direitos e obrigações e é, inclusive, invocada nos tribunais (Gil, 2013, p. 13).

No artigo 41 da Carta de Nice, consta que todas as pessoas têm direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. Ademais, consta que este direito compreende: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida, antes de ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se refiram a ela, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. Ainda, todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-membros. E todas as pessoas têm a possibilidade de se

dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua (Parlamento Europeu, 2000).

Importante atentar que a boa administração não se confunde com bom governo, em razão das próprias ideias da separação de poderes. Como esclarece Gil, “el buen gobierno es el que mejor responde a las aspiraciones de la sociedad. La prueba decisiva en un sistema democrático viene manifestada por el apoyo o respaldo que tenga en los electores” (Gil, 2013, p. 25).

E, considerando-se que a Administração Pública é a conexão entre o governo e a sociedade, deve atender e respeitar as regras estabelecidas. Diante disso, a boa administração pública, nas palavras de Freitas, pode ser assim entendida:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (Freitas, 2009a, p. 22).

Logo, é um conceito que contempla uma série de princípios e deveres que devem ser seguidos pela Administração Pública. Além disso, a expressão tem deixado de ser uma mera aspiração programática, para ser um direito fundamental (Gil, 2013, p. 27).

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988, têm-se princípios orientadores para a Administração Pública, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios estão positivados no art. 37 e embasam uma boa administração pública, sendo, pois, nortes para a atuação dos atores públicos. Ademais, importantes também são os objetivos fundamentais da Constituição, estabelecidos no artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De certo modo, a Constituição de 1988 já consagra um direito fundamental à boa administração, quando traz os princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e quando pauta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, já que podem ser considerados os fundamentos de uma administração

pública proba e que esteja voltada para o bem comum (Hachem, 2014, p. 271).

Um Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e que possui uma Constituição encharcada de direitos fundamentais, necessita de uma administração pública boa. Destarte, o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública está diretamente ligado à concretização de direitos fundamentais. Seria possível dizer que uma boa administração pública é aquela que, através de políticas públicas e serviços públicos, consegue efetivar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Freitas sustenta que o conceito alberga os direitos fundamentais de: (a) administração pública transparente; (b) administração pública dialógica, e da processualização administrativa (com a possibilidade de contraditório e ampla defesa); (c) administração pública isonômica ou imparcial; (d) administração pública proba; (e) e a administração pública eficiente, eficaz, economicamente ciosa, fiscalmente responsável e redutora de conflitos (Freitas, 2009a, p. 36-37).

Por isso, é possível perceber que no Brasil há a exigência constitucional de uma boa administração pública, pois diversos artigos remetem a estes preceitos. Nesse sentido, para Maffini, o direito fundamental à boa administração pública, embora não esteja expressamente no texto constitucional brasileiro, está normatizado por meio de uma série de normas jurídicas (Maffini, 2010, p. 162).

Vale dizer que, embora numa busca terminológica não se localize a expressão “boa administração pública” no texto constitucional, esse direito foi diluído através de outros princípios e diretrizes estabelecidas, que conduzem a uma administração pública proba, eficiente, transparente e capaz de assegurar e de desenvolver ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

E, então, a boa administração é delimitada por políticas públicas, com o pleno cumprimento da lei e do direito (Gil, 2013, p. 25). É através das políticas públicas que são criadas condições para a efetivação de muitos direitos, e para isso é necessário que as políticas públicas sejam planejadas e executadas de forma responsável, atendendo aos princípios que regem a Administração Pública.

Ainda, Maffini desenvolve a noção de administração pública dialógica, que seria assegurada pela Constituição Federal, a partir de um fenômeno de mediação proporcionado pelas noções de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) (Maffini, 2010, p. 163). Pros-

para a ideia de que a Administração Pública precisa possibilitar e criar condições para o desenvolvimento da sua comunicação com a sociedade, como um requisito da efetivação da democracia.

Notadamente, para garantir essa democracia e para fazer valer a Constituição, é fundamental a participação da sociedade e o direito dos cidadãos procurarem os mecanismos disponíveis para terem assegurados os seus direitos, inclusive socorrendo-se ao Poder Judiciário. Freitas, acolhendo o dever de promoção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e, especialmente, do direito fundamental à boa administração pública, refere o seguinte:

Ora, o princípio da intervenção protetora do núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente do direito à boa administração pública, não aponta para extremos, até porque o mal maior do Estado contemporâneo, mais ou menos disseminado, não reside numa questão de tamanho, mas, acima de tudo, na qualidade e na proporção interventiva (Freitas, 2009b, p. 148).

Destarte, admite-se uma “intervenção protetora”, mas dentro de parâmetros de proporção e de finalidade, inclusive na busca pelo direito à boa administração pública, dada a sua importância e necessidade.

Por fim, e com base no que foi abordado até o momento, é possível entender que a noção de boa administração pública, e de sua elevação ao patamar de direito fundamental, decorre no Brasil de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, notadamente da própria Constituição, e trata-se de uma discussão que envolve a existência de políticas públicas e serviços públicos suficientes e adequados para atender aos direitos fundamentais da população, questão que será analisada na sequência.

Políticas públicas e serviços públicos no Brasil: seus fundamentos constitucionais

Sabendo-se que a boa administração pública envolve a eficaz disponibilização de serviços públicos e de políticas públicas, premente entender a que se referem tais ações e como foram tratadas pelo texto constitucional.

Não há um consenso para o conceito de políticas públicas, e o tema é ainda constantemente discutido

na doutrina. Acerca disso, Souza traz alguns conceitos já alinhavados sobre políticas públicas:

não existe uma única, nem melhor, sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo sobre política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de políticas públicas como o que o governo escolhe fazer ou não fazer. A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, decisões e análises sobre política pública implicam responder as seguintes questões: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz (Souza, 2006, p. 4).

Todos os conceitos transparecem alguns temas centrais, tais como: governo, ações e resultados. Em razão disso, para muitos as políticas públicas são aquelas entendidas como ações dos governos, nos níveis municipal, estadual e federal, que podem, de alguma forma, atingir a vida das pessoas que compõem determinada comunidade ou sociedade.

Mas, consoante adverte Bitencourt, “Ao buscar a construção do conceito de política pública, percebeu-se que o mesmo é mais complexo do que meramente reduzi-lo a ações estatais que visem à concretização de um direito social” (Bitencourt, 2013, p. 109)².

Ademais, conforme Schmidt (2008), a análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada, e elas não são uma espécie de setor ou departamento com vida própria. Conforme o referido autor, as políticas públicas são o “resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, que estão intimamente ligadas com as questões mais gerais da sociedade” (Schmidt, 2008, p. 2309).

Da mesma forma, muitas questões rodeiam a definição ou as tentativas de conceituação do que é serviço público. Fala-se na doutrina em definições relacionadas a critérios orgânicos e materiais, e ao regime jurídico. Tem-se também a definição de serviços públicos *lato sensu* e *stricto sensu*.

Como *lato sensu* é possível dizer que o serviço público seria “[...] uma parte do dever do Estado dentro da atividade econômica, ou seja, no âmbito do seu dever de regular a livre iniciativa para que se coadune com os

² Ressalta-se que a consideração feita pela autora é direcionada aos direitos sociais, mas, na visão entabulada para este trabalho, pode ser considerada para a delimitação do conceito de políticas públicas para a concretização de qualquer direito fundamental.

princípios e objetivos da República Federativa do Brasil [...]” (Bitencourt, 2013, p. 62).

Para Rodrigues (2007, p. 2180), o serviço público pode ser entendido como prestações ou atos de benefícios concretos da Administração Pública que favorecem o uso e o gozo, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das liberdades individuais fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu artigo 175, que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Esse conteúdo caracteriza o serviço público *stricto sensu*.

Mas, para a construção de um conceito constitucional de serviço público, deve-se fazer uma análise sistemática do restante do texto constitucional (Rodrigues, 2007, p. 2181).

Reck refere que o conceito de serviço público é mutável e, por isso, aberto:

Isso significa que o conteúdo do conceito de serviço público nunca é decidido de uma vez por todas. A resposta final é sempre adiada, e os juristas podem argumentar uns com os outros a excelência de uma ou outra posição. Esse modo de operar tem uma vantagem fundamental: a vagueza/pluralidade não atinge o próprio serviço público. Plural e vago é o conceito. O serviço público sempre é duro, seja na forma, seja na diferença: serviço público é aquilo que o conceito de serviço público diz que é (Reck, 2009, p. 301).

Dito isso, o serviço público em si é aquilo que o seu conceito definir, e esse conceito sofre alterações, sendo resultado de uma ampla interpretação da Constituição. E grande parte dos conceitos encontrados na doutrina abrange de alguma forma atividades estatais, que partem da base do bem-estar da coletividade, com regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (Aragão, 2009, p. 9). E, por isso, o conceito de serviço público dependeria do regime jurídico adotado.

Aragão propõe que serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade (Aragão, 2009, p. 31).

Na verdade, não existe um consenso quanto ao conceito de serviços públicos, na doutrina, na própria legislação (vez que a própria Constituição não tratou diretamente disso), e tampouco na jurisprudência. Contudo, alguns pontos de convergência podem ser en-

contrados. Primeiramente, salienta-se que aos serviços públicos se aplicam os princípios da liberdade (autoridade da lei – autonomia), da igualdade (todos recebem o mesmo serviço público) e da fraternidade (ideia de que todos pagam para todos).

Rodrigues sustenta que alguns serviços públicos também constituem direitos fundamentais sociais, e, em razão disso, existem serviços públicos que devem ser prestados obrigatoriamente pelo Estado. Ademais, segundo o autor, existem serviços públicos cuja prestação não é obrigatória, mas, uma vez instituídos, devem ser prestados (Rodrigues, 2007, p. 2210).

Em uma análise da Constituição, podem-se encontrar algumas regras que se aplicam aos serviços públicos. Em alguns artigos, estão estabelecidas as competências para a prestação de determinados serviços públicos. Por exemplo, no artigo 21, em seus incisos X, XI e XII, estão elencados alguns serviços que devem ser prestados pela União, tais como: serviço postal, telecomunicações, radio-difusão, energia elétrica, entre outros. Já no artigo 25, em seu parágrafo segundo, há o estabelecimento da competência estadual para os serviços locais de gás canalizado. Mas as regras não ficam limitadas a estes artigos, pois diversos artigos constitucionais remetem a diretrizes e princípios que se aplicam aos serviços públicos.

Ademais, o Estado, enquanto promotor do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tem a irrenunciável titularidade da prestação eficiente e eficaz dos serviços públicos (Freitas, 2009b, p. 144). Assim, a titularidade do serviço público pertence inescapavelmente ao Estado, mesmo que sua execução possa se realizar por meio de terceiros – a delegação dos serviços públicos pode se dar por meio da concessão, permissão e autorização. Contudo, em ambas as situações, o Estado é responsável pela sua prestação, sendo que “não se trata de aplaudir o Estado máximo, mas de lutar pelo Estado essencial, ponderadamente capaz de promover a eficácia dos direitos fundamentais, vertical e horizontalmente considerados” (Freitas, 2009b, p. 146).

Bitencourt menciona que

[...] quando o Estado opera, realiza a comunicação sob a forma de serviço público, critérios como titularidade da prestação, delegabilidade de serviços, o dever de licitação, indicativos infraconstitucionais como regime das empresas, políticas tarifárias e direitos dos usuários estarão presentes nessa observação, fornecendo indicativos para o controle judicial dessas ações (Bitencourt, 2013, p. 63).

Com as regras estabelecidas, torna-se possível a cobrança e a fiscalização de seu cumprimento

seja pelos usuários dos serviços públicos, seja pela própria Administração Pública, bem como pelo Poder Judiciário, quando incitado a se manifestar sobre algumas das questões.

Vale mencionar que alguns autores entendem que há certa diferenciação no tratamento a ser dado à questão dos serviços públicos, políticas públicas e dos direitos sociais, sendo que podem as políticas públicas contribuir para a realização de determinado serviço público, e os direitos sociais muitas vezes poderão ser efetivados através de serviços públicos e de políticas públicas (Bitencourt, 2013, p. 64).

Mello elenca cinco serviços públicos que o Estado tem a obrigação de prestar, mas não com exclusividade. São eles: a educação, a saúde, a previdência social, a assistência social e a radiodifusão sonora e de sons e imagens (Mello, 2007, p. 18).

Veja-se que o Estado deve adotar as medidas cabíveis e desenvolver as ações necessárias para a promoção dos direitos fundamentais, não podendo se eximir desta responsabilidade, pois se caracteriza como um Estado regido por uma Constituição que estabelece o Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, e com o objetivo de promover o bem de todos, e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O controle jurisdicional com vistas à concretização de direitos fundamentais: Supremo Tribunal Federal e o direito à educação

O Poder Judiciário, nesse contexto, tem enfrentado diversas demandas concernentes à concretização de direitos fundamentais, de políticas públicas e de serviços públicos. E pode-se dizer que é cogovernante, é coadministrador, no âmbito das suas funções e das suas possibilidades, mas não sendo essa atitude uma simples opção por parte do Judiciário (Sarlet, 2010, p. 3).

Por vezes, a interferência do Poder Judiciário pode se dar em orientações/determinações aos demais Poderes, com vistas a essa máxima efetividade dos direitos fundamentais. Pode fazer, e tem feito, determinações de implementação de ações pelo Poder Executivo e, inclusive, determinações sobre a responsabilidade do agente público que não cumprir a obrigação.

Passa-se, então, a analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que envolvem os temas até aqui debatidos. Salienta-se que tais decisões foram selecionadas através de critérios qualitativos e pela utilização das palavras “serviço público” e “controle jurisdicional” no campo de pesquisa.

O tema escolhido – educação – é pertinente, pois expressa um importante direito fundamental para a sociedade brasileira e que envolve necessariamente políticas públicas e serviços públicos, esses especialmente para a disponibilização do ensino.

Primeiramente, inobstante as discussões que rodeiam o tema, o referido Tribunal reconhece que, independentemente da prestação direta ou por intermédio de particulares, os serviços de educação configuram-se como serviços públicos:

Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil) (STF, 2005).

Esse reconhecimento corresponde à exigência de bem cumprir as normas estabelecidas, sendo irrelevante o fato de ser prestado por meio do setor privado. O fato é que a educação é um direito de extrema importância na sociedade brasileira, e precisa ser concretizado de forma efetiva e eficaz pelo Estado³.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência de direito subjetivo público de crianças até 5 anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas, e que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional, a exemplo da decisão do RE 554.075-AgR⁴, onde foi relatora a Ministra Carmen Lúcia (STF, 2009b).

No mesmo sentido, a decisão do AI 592.075-AgR⁵, onde foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE

³ Nesse sentido: “A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição” (STF, 2009c).

⁴ Julgamento em 30/06/2009, Primeira Turma, DJE de 21/08/2009.

⁵ Julgamento em 19/05/2009, Primeira Turma, DJE de 05/06/2009.

EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido (STF, 2009a).

Vale dizer que o simples reconhecimento dos direitos não garante que seus titulares tenham o efetivo acesso, pois para sua implementação são necessárias ações específicas por parte da Administração Pública. Ou seja, é necessário que sejam construídas creches, que se contratem profissionais para atendimento das crianças, etc.

Nesse sentido, na decisão do AG.REG. nº Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP⁶, o Supremo Tribunal Federal também analisou a questão envolvendo o atendimento, em creche e em pré-escola, de crianças de até 5 anos de idade, e a obrigação do Estado em efetuar a matrícula em unidades de ensino próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais.

Na referida decisão, o Ministro Celso de Mello referiu que o direito à educação se qualifica como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção e categoria dos direitos de segunda geração, cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “fazer”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento em creche e pré-escola (STF, 2011, p. 134).

Para Celso de Mello é de alto significado social e de irrecusável valor constitucional o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe ao Poder Público de torná-lo real (STF, 2011, p. 136). E, não havendo ações nesse sentido por parte do Poder Executivo e do Poder legislativo, tal incumbência poderá ser atribuída ao Poder Judiciário, se e 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 (STF, 2011, p. 141). Na decisão do AI 658.491-Agr, também ficou assentado que “O Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos”.

As funções e os limites da atuação do Poder Judiciário sempre geraram grandes discussões. Nesse contexto, sobre o Tribunal Constitucional, Habermas assinalava haver controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões, e menciona que a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, sendo uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes (Habermas, 1997, p. 298).

Ademais, adverte sobre o risco que se pode ter em se atribuir muitos poderes ao Judiciário:

Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a vigia mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito (Habermas, 1997, p. 320-321).

Em que pese a relevância destas considerações, pois não se desconhece dos limites, e da necessidade de existência destes limites, para a atuação do Poder Judiciário, parece que, ao deparar-se com situações graves e violadoras de direitos fundamentais, seria necessária a sua intervenção. Na verdade, há que se ter um equilíbrio, uma ponderação.

Leal defende a ideia de que

[...] a jurisdição deve ser tomada como um espaço de ampliação da cidadania, onde o processo possa ser inclusivo enquanto local de exercício de participação política (lato sensu), de democracia direta, em que os integrantes desta ‘nação de cidadãos’ pensada por Habermas ajam, sim, comunicativamente, mas sempre

⁶ Cujas ementas foram estabelecidas nos seguintes termos: 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 - inoportunidade 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.

orientados pelos valores postos pela própria Constituição e que, necessariamente, também devem envolver e vincular os magistrados por ocasião do exercício de sua função decisória (Leal, 2007, p. 192).

Nesse sentido, para a autora, o exercício argumentativo deve ser focalizado exatamente na melhor justificação para os valores e princípios, tanto na esfera política como na esfera judicial e jurisdicional. E a jurisdição constitucional precisaria, pois, resgatar mais amplamente as possibilidades de atuação democrática e emancipatória das partes, bem como o enfrentamento de posicionamentos divergentes (discurso, comunicação), mas sem perder de vista os aspectos valorativos que marcam o modelo do Estado Democrático de Direito, registrados e plasmados nos princípios que integram a Constituição (Leal, 2007, p. 192).

Ademais, nas relações administrativas deve imperar o direito fundamental à boa administração pública, que acarreta a sindicabilidade dos atos administrativos (Freitas, 2009a, p. 21). Conforme Freitas,

Nesse diapasão, o Estado da discricionariedade legítima é o do Estado da promoção do bem de todos (CF, art. 3º), da continuidade planejada dos serviços essenciais, do intangível equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes e da superação (ao menos, em parte) da lógica antagonizadora, precária e adversarial nas relações de administração (Freitas, 2009a, p. 21).

Vale dizer, pois, que o controle (seja ele exercido interna ou externamente, seja ele jurisdicional ou social), é necessário e salutar para o Estado Democrático de Direito, pois busca a observância aos princípios constitucionalmente estabelecidos, e somente com isso será possível proteger e concretizar os direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o da boa administração pública.

Gil também menciona que

No se trata de que el juez substituya a la Administración, ni que ésta tenga la libertad de quien determina las políticas públicas, sino de pronunciarse en Derecho a partir de lo que conste en los autos del proceso para decidir en cada caso concreto lo que es justo, no que es políticamente más conveniente, para la realización del interés general (Gil, 2013, p. 31).

Nesse sentido, o Poder Judiciário, chamado a se manifestar sobre temas que envolvem a competência de outro Poder, não estará extrapolando suas atribuições se decidir para o caso concreto o que é mais justo, concretizando o interesse público.

Conclusão

Pelas pesquisas realizadas, constata-se que, embora não se tenha um consenso na doutrina e tampouco uma discussão mais acurada na jurisprudência, o direito fundamental a uma boa administração pública pode ser encontrado, de forma não expressa, na Constituição Federal. Vale dizer, deve a administração seguir as diretrizes estabelecidas, tais como da legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e da eficiência, para garantir e proteger os direitos fundamentais também elencados pela Carta Magna.

De outro lado, os serviços públicos e as políticas públicas, que também possuem conceito e delimitação controversa, devem ser disponibilizados pelo Estado, diretamente ou por terceiro, para atender às necessidades dos usuários, já que são meios de realização dos direitos fundamentais.

Nessa linha de pensamento, e com base na análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente quanto ao direito à educação de crianças, é possível reconhecer a necessidade de ações por parte do Estado com a finalidade de concretizar os direitos estabelecidos constitucionalmente e, inevitavelmente, para a prestação de serviços públicos eficientes e eficazes.

E acredita-se que somente quando a Administração Pública agir nesse sentido estará atendendo aos princípios constitucionais que a norteiam, e, por isso, afigura-se possível a intervenção do Poder Judiciário, promovendo a análise do tema e a definição de medidas que visem a assegurar os direitos fundamentais, pois esses não podem ser apenas uma expectativa, mas precisam ter força de exigência, principalmente quando a omissão estatal seja infundada.

Referências

- ARAGÃO, A.S. de. 2009. O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, 17: 1-55. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>. Acesso em: 20/06/2014.
- BITENCOURT, C.M. 2013. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre, Núria Fabris, 368 p.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20/06/2014.
- FREITAS, J. 2009a. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 143 p.
- FREITAS, J. 2009b. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 481 p.
- GIL, J.L.M. 2013. Una construcción jurídica de la buena administración. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 13(54):13-44.

- HABERMAS, J. 1997. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, vol. 1, 352 p.
- HACHEM, D.W. 2014. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*. Curitiba, PR. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, 614 p. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03/08/2015.
- LEAL, M.C.H. 2007. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 244 p.
- MAFFINI, R. 2010. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante n° 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, 253: 159-172.
- MELLO, C.A.B. 2007. *Curso de direito administrativo*. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1063 p.
- RECK, J.R. 2009. *Observação pragmático-sistêmica do conceito de serviço público*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 321 p.
- PARLAMENTO EUROPEU. 2000. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 03/08/2015.
- RODRIGUES, I. de O.C. 2007. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na constituição de 1988. In: J.R. dos REIS; R.G. LEAL, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, Edunisc, p. 2180-2213.
- SARLET, I.V. 2010. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 491 p.
- SCHMIDT, J.P. 2008. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: J.R. REIS; R.G. LEAL (org.), *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul, Tomo 8, p. 2307-2333.
- SOUZA, C. 2006. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, 8(16):20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 19/06/2014.
- <http://dx.doi.org/10.1590/s1517-45222006000200003>
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2005. ADI 1.266. Ministro Eros Grau, DJE de 23/09/2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281266%2EENUME%2E+OU+1266%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20050101%29%28%40JULG+%3C%3D+20051231%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p2vvl8b>. Acesso em: 19/06/2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2009a. AI 592.075-AgR. Ministro Ricardo Lewandowski. DJE de 05/06/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592075%2EENUME%2E+OU+592075%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/opjwo95>. Acesso em: 19/06/2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2009b. RE 554.075-AgR. Rel. Min. Carmem Lúcia. DJE de 21/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28554075%2EENUME%2E+OU+554075%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nug7bg3>. Acesso em: 19/06/2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2009c. RE 594.018-AgR. Rel. Min. Eros Grau, DJE de 07/08/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28594018%2EENUME%2E+OU+594018%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nmvp7bj>. Acesso em: 19/06/2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2011. ARE 639.337-AgR. Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 14/09/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2EENUME%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qg3j88q>. Acesso em: 19/06/2014.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). 2012. AI 658.491-AgR. Rel. Min. Dias Toffoli, DJE de 07/05/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28658491%2EENUME%2E+OU+658491%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nj96cmv>. Acesso em: 19/06/2014.

Submetido: 20/02/2015

Aceito: 03/06/2015