

4º argumento – educação infantil na Justiça “Discricionariedade Administrativa”

Nas três últimas edições do OPA, vimos alguns dos argumentos – pedido genérico e indeterminado, pedido futuro e norma programática - usados pela Justiça para não garantir o direito à educação infantil reivindicado nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Estadual, na cidade de São Paulo, entre 1996 e 2005.

Agora vamos tratar do significado da “discricionariedade”, o quarto argumento mais utilizado pelo poder Judiciário paulista para não condenar o Poder Público a disponibilizar ou a criar vagas em creches e pré-escolas.

Para entender o conceito de discricionariedade administrativa, antes é preciso compreender qual o papel da Administração Pública numa sociedade.

Em linhas gerais, a Administração envolve todos os órgãos públicos responsáveis por traçar planos e diretrizes de ação e executá-los. Todas as ações dos órgãos administrativos devem ser feitas de acordo com o que foi previsto na lei. Contudo, na impossibilidade de fazer leis para regulamentar toda e qualquer ação dos administradores públicos, é dado a estes uma pequena liberdade para agirem de acordo com o que julgam conveniente e oportuno diante de determinada situação. Esta liberdade é a chamada discricionariedade administrativa. É importante ressaltar, contudo, que os órgãos administrativos devem ser orientados para a satisfação dos direitos coletivos e respeito aos direitos individuais. Isto significa que a atuação do poder público não pode ser pautada por diretrizes particulares – por mais que pareçam bem intencionadas –, mas sim pelos direitos assegurados em leis.

Segundo a professora da Universidade de São Paulo (USP) Maria Sylvia Zanella di Pietro, a Administração sofre restrições para o exercício de seu poder, para não interferir arbitrariamente na esfera individual, e ao mesmo tempo, tem prerrogativas para agir de acordo com o interesse público.

Feitas essas primeiras observações, agora fica mais fácil entender o que significa discricionariedade, que nada mais é que a margem de liberdade conferida à Administração para escolher entre comportamentos possíveis diante de uma situação concreta.

No entanto, quando se trata de direitos sociais, como o direito à educação, não se pode falar em discricionariedade para justificar a omissão do Poder Público em relação à determinada situação. Isso porque, ao administrador não foi dada liberdade para decidir se irá efetivar ou não tais direitos. O que lhe cabe decidir é *como* irá concretizá-los, ou seja, quais políticas públicas são mais adequadas para tal fim.

No caso das ações civis públicas pesquisadas, muitos juizes, de forma equivocada, alegaram que não poderiam obrigar o poder público a abrir vagas em creche, porque este teria “discricionariedade” para atuar sobre o tema, ou seja, decidir oferecer ou não este serviço.

No entanto, em alguns casos houve o correto entendimento da situação, como no processo nº 385-5, do Fórum da Lapa, no qual, apesar de ter sido favorável à Prefeitura de São Paulo, o Tribunal de Justiça esclareceu: *“uma vez que não há que se confundir o poder discricionário da administração, com autorização para não cumprimento dos mandamentos legais, pois haveria descrição somente na forma de cumprimento (...)”*.

Essa também foi a decisão do juiz de 1ª instância, no processo nº 669-4, do Fórum da Penha:

“Assim, inexistente discricionariedade administrativa do Poder Público no sentido promover ou não a educação infantil na sua rede oficial de ensino. Sua omissão dá ensejo às ações judiciais já apresentadas anteriormente por todos aqueles legitimados. (...) Há, pois, redução do nível de discricionariedade que se tolera em tema de políticas públicas direcionadas à infância e à adolescência, em especial quanto à educação. (...) Oprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. (...)”

Para o promotor de Justiça Motauri Ciochetti, também não há discricionariedade quando se trata de direito fundamental. “Há discricionariedade para decidir como fará, mas o dever de atendimento não se discute”, afirmou durante oficina de capacitação “O direito à educação e o sistema de Justiça” organizada pela equipe do projeto Ação na Justiça, no último 12 de agosto.

Luiza Frischeisen, Procuradora da República tem a mesma opinião. Segundo ela, “o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas

discriminadas na ordem social constitucional”

Não perca nos próximos OPA's

O Contexto Histórico da Educação no Brasil

