



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

ANDREA DA SILVA UEQUED

DECISÃO JURÍDICA E DIREITOS SOCIAIS:

possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à
educação infantil

**Porto Alegre
2018**

ANDREA DA SILVA UEQUED

DECISÃO JURÍDICA E DIREITOS SOCIAIS:

possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à
educação infantil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Orientador: Dr. Francisco José Borges Motta.

Porto Alegre
2018

FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*

MESTRADO EM DIREITO

DIRETORIA

Fábio Roque Sbardelotto – Diretor da Faculdade

Anizio Gavião Filho – Coordenador do Curso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

U22d	Uequet, Andrea da Silva Decisão Jurídica e Direitos Sociais : possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à educação infantil / Andrea da Silva Uequet. – 2018. 242 fls.; 30cm. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Programa de Pós Graduação em Direito. Porto Alegre, 2018. Orientador: Prof.º Dr. Francisco José Borges Motta 1. Direitos Sociais. 2. Jurisdição constitucional. 3. Educação Infantil. I. Motta, Francisco José Borges – Orientador. II. Título. CDU: 342.7
------	--

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 - 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre - RS- CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

e-mail: fmp@fmp.com.br

home-page: www.fmp.edu.br

ANDREA DA SILVA UEQUED

DECISÃO JURÍDICA E DIREITOS SOCIAIS:

possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à
educação infantil

Dissertação aprovada, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da Fundação Escola
Superior do Ministério Público, pela Comissão formada
pelos professores:

Porto Alegre, _____ de _____, de 2018.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta
Fundação Escola Superior do Ministério Público
Orientador

Prof. Dr. Cláudio Ari Mello
Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre
1º Examinador

Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier
Fundação Escola Superior do Ministério Público
2º Examinador

Aos meus filhos,

Ao meu marido.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Aos meus filhos, Afonso e Alice, por iluminarem meus dias, pelo amor incondicional e por suportarem, pacientes, minha ausência durante estes dois anos.

Ao meu amor, amigo e companheiro, Marcos Mallmann, meu grande incentivador, pelo apoio e por me fazer amá-lo mais todos os dias.

À minha família, e, em especial, minha avó, Daltiva (*in memoriam*); meus pais, Omar (*in memoriam*) e Nara; minhas irmãs, Daniela, Bianca e Lisandra, e meus tios Elisabeth, Jalila e Jorge Uequad, pois, de alguma forma, cada um forjou a pessoa que hoje sou.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, pela inspiração, abrindo-me as portas de um mundo novo; pelo incentivo, amizade e, principalmente, pela paciência e confiança durante toda esta jornada.

A todos os Professores do Mestrado, cuja generosidade em compartilhar conhecimento foi essencial para minha evolução.

Aos Professores que compuseram a Banca Examinadora desta dissertação, Prof. Dr. Cláudio Ari Mello e Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier, pela preciosa colaboração para o aperfeiçoamento deste estudo.

Aos amigos que conquistei ao longo desta caminhada e para a vida - meus colegas de Mestrado. Muito obrigada por dividirem conhecimento, experiências, angústias e alegrias durante esses anos; e, em especial, ao colega Alexandre Sikinowski Saltz, pela amizade e apoio, sempre.

Aos meus alunos, fonte de inspiração e estímulo a buscar novos desafios.

À Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público pela acolhida e pela oportunidade.

Ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por investir comigo neste sonho e, especialmente, por me oportunizar, no dia a dia, fazer a diferença na vida das pessoas. Este é o sentido de tudo!

RESUMO

A concretização dos direitos sociais de natureza prestacional desafia tanto os modelos jurisdicionais contemporâneos, quanto as tradicionais concepções jurídicas sobre conceitos como: democracia, separação de poderes, e, especialmente, igualdade. Assim, este estudo busca responder à indagação sobre a democraticidade das decisões judiciais concretizadoras do direito à educação infantil, formatando limites e possibilidades ao agir judicial. Utilizando o método hipotético-dedutivo, com análise de discurso e procedimentos comparativo e histórico, ele insere-se na linha de pesquisa Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, tendo como pano de fundo o ideal democrático de igualdade e, fundamentado nas concepções Ronald Dworkin de democracia em parceria e direito como integridade, traça críticas à expressão representativa da democracia no Brasil e ao ativismo judicial. O caminho do constitucionalismo até a atual jurisdição constitucional é explicitado para, com aportes teóricos e empíricos acerca da justiciabilidade dos direitos sociais, especialmente os relativos à educação infantil, analisar teses que os influenciam como: subjetividade, mínimo existencial, reserva do possível e vedação ao retrocesso, bem como expor eventuais patologias ligadas à sua judicialização. Por fim, com base nos princípios da teoria da decisão judicial, traçam-se limites e possibilidades a este agir judicial, concluindo que uma decisão democrática concretizadora do direito social à educação infantil deve, ultrapassando a visão individualista-liberal dos direitos subjetivos, partir de premissas como as do direito como integridade e da existência de uma dimensão coletiva, presente, inclusive, nas demandas individuais, e expressar um sistema único e coerente, promovendo igualdade substancial e tratando com igual consideração e respeito todas as crianças titulares do direito, adotando uma postura de parceria, dialógica, construtiva, estruturante, responsável e efetivamente transformadora da realidade social.

Palavras-chave: Democracia em parceria. Jurisdição Constitucional. Decisão Democrática. Ativismo Judicial. Educação Infantil.

ABSTRACT

The realization of social rights of a utilitarian nature challenges both contemporary jurisdictional models and traditional legal conceptions of concepts such as democracy, separation of powers, and especially equality. Thus, this study seeks to answer the question about the democraticity of judicial decisions concretizing the right to early childhood education, formatting limits and possibilities to judicial action. Using the hypothetical-deductive method, with discourse analysis and comparative and historical procedures, he is inserted in the line of research Guardianships for the enforcement of unconditional public rights, having as background the democratic ideal of equality and, based on the conceptions Ronald Dworkin of democracy in partnership and law as integrity, traces criticism to the representative expression of democracy in Brazil and to judicial activism. The path of constitutionalism to the current constitutional jurisdiction is explained with theoretical and empirical contributions on the justiciability of social rights, especially those related to early childhood education, to analyze theses that influence them as: subjectivity, existential minimum, reserve of the possible and fence to the retrogression, as well as to expose eventual pathologies related to its judicialization. Finally, based on the principles of the theory of judicial decision, limits and possibilities are drawn to this judicial act, concluding that a democratic decision concretizing the social right to early childhood education should, going beyond the individualist-liberal vision of subjective rights, such as those of law as integrity and the existence of a collective dimension, present even in individual demands, and express a single and coherent system, promoting substantial equality and treating with equal consideration and respect all children entitled to rights, adopting a posture of partnership, dialogic, constructive, structuring, responsible and effectively transforming social reality.

Keywords: Partnership Conception of Democracy. Constitutional Jurisdiction. Democratic Decision. Judicial Review. Child Education.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ap	Apelação
AG	Agravo
AgREG	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
BacenJud	Sistema que interliga a Justiça ao Banco Central
CF	Constituição Federal de 1988
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INEP	Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
OEA	Organização dos Estados Americanos
PNE	Plano Nacional de Educação
PREDUC	Promotoria Regional de Educação
TCERS	Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAIS	18
2.1 DEMOCRACIA COMO DIREITO PÚBLICO INCONDICIONADO	20
2.2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL	24
2.3 A CONTRIBUIÇÃO DE DWORKIN: A <i>DEMOCRACIA EM PARCERIA</i>	34
2.4 A TEORIA DO DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	40
2.5 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	48
2.6 O ATIVISMO JUDICIAL.....	56
2.7 JURISTOCRACIA: O QUE É ISTO?.....	66
3 JURISDIÇÃO E DIREITOS SOCIAIS.....	71
3.1 A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA	72
3.1.1 Alexy e a Teoria dos Princípios	73
3.1.2 Dworkin e o direito como integridade (<i>Law as Integrity</i>).....	77
3.1.3 Uma Teoria da Decisão Judicial Íntegra e Coerente.....	84
3.2 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	91
3.2.1 O direito fundamental à educação	100
3.2.2 O mínimo existencial	113
3.2.3 A reserva do possível e os custos dos direitos.....	119
3.2.4 A proibição de retrocesso social	123
4 DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA E O EXEMPLO PRIVILEGIADO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: A REALIDADE DO MUNICÍPIO DE CANOAS	128
4.1 CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A GESTÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL ...	131
4.2 PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E RESPONSABILIDADE DECISÓRIA	141
4.3 O DISCURSO JURÍDICO: FUNDAMENTOS E OMISSÕES.....	151
4.3.1 Exposição dos argumentos.....	152

4.3.2 Análise dos discursos.....	158
4.4 O ESPAÇO DE INTERVENÇÃO JUDICIAL: A DECISÃO JURÍDICA	
DEMOCRÁTICA E O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	173
5 CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS	205
ANEXO A.....	221
ANEXO B.....	227
ANEXO C.....	236
ANEXO D.....	237
ANEXO E	238

1 INTRODUÇÃO

Desde o reconhecimento da força normativa da Constituição, com o abandono da concepção de sua mera programaticidade, em um Estado Democrático de Direito em que os direitos sociais passaram a integrar o catálogo de direitos fundamentais e o Poder Judiciário foi erigido a guardião praticamente único das promessas constitucionais, iniciou-se um processo de tensão entre os poderes de Estado, pois o fenômeno da judicialização da política provocou deslocamento de poder das esferas do Legislativo e Executivo para o Judiciário.

Somando-se a isto o contexto hermenêutico neoconstitucionalista em que a moral se reinsere em um direito cujos princípios possuem uma elevada carga axiológica, sujeita a várias interpretações, desenvolve-se o ambiente perfeito para o que Ran Hirschl denominou de *juristocracia*, em que as decisões relevantes da comunidade política são transferidas para os tribunais, comprometendo a conformação democrática da sociedade.

Mas, para além da discussão sobre a legitimidade desta intervenção pelo prisma da representatividade democrática, este estudo objetiva desvelar a democraticidade ou não das decisões judiciais concretizadoras de direitos subjetivos fundamentais de natureza prestacional social, com especial atenção à educação infantil, em face da obrigação estatal – e, neste caso, do Estado-juiz – de garantir a isonomia de tratamento frente aos cidadãos, prestando uma jurisdição adequada à natureza de um direito individual cujo devedor é o Estado, que deve igual consideração e respeito a todos, e que possui uma mult titularidade homogênea que não pode ser desconsiderada.

Além disto, a democraticidade também será analisada pelo prisma de sua adequada fundamentação, em consonância com a Teoria da Decisão de Lenio Streck, bastante influenciada pelo pensamento de Ronald Dworkin, e que preconiza a existência de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, substituindo-se qualquer pretensão solipsista pela fundamentação em condições histórico-concretas decorrentes da tradição, da coerência e da integridade.

Assim, tendo como tema a democraticidade das decisões judiciais, buscaremos definir se elas, ao concretizarem o direito fundamental social à educação infantil, no que tange a seus argumentos e formas procedimentais de concretização, enquadram-se em uma ideia de

legitimidade democrática, a partir de variáveis teóricas e empíricas; utilizando-nos, para estas, dos dados concretos do Município de Canoas, no Rio Grande do Sul.

Para além da questão de a juridicização de direitos sociais promover ou não uma quebra no equilíbrio dos poderes de Estado, mas sem ignorar este debate, o estudo pretende investigar o fenômeno a partir da concepção de *democracia em parceria* desenvolvida por Ronald Dworkin, que tem na igualdade seu elemento fundamental.

Assim é que se objetiva definir se é possível, no Constitucionalismo Contemporâneo, com o aumento da esfera de atuação do Judiciário, preservar-se a segurança jurídica e a igualdade de tratamento, evitando-se decisões ativistas ainda que em uma realidade de juridicização da política, e concretizar-se direitos sociais subjetivos de forma a garantir isonomia entre a multiplicidade de direitos individuais que se evidenciam em uma demanda social de acesso à educação.

Neste campo, a análise das condições e limites para que uma decisão judicial, que reconheça ou concretize o direito, atendendo a critérios democráticos, reconheça a todos a condição de parceiros de um autogoverno e não de disputantes de uma guerra sem respeito um pelo outro, é a ambição desta pesquisa, que se justifica em face da realidade evidenciada no Município de Canoas, em que o direito subjetivo à educação infantil é concretizado sobretudo através de milhares de processos individuais que abarrotam o Juizado da Infância e Juventude, cuja competência excede esta de caráter prestacional.

As conclusões deste estudo não se limitam à realidade do Município de Canoas; todavia, ele foi escolhido como objeto de estudo em face de sua expressão no contexto social, alta judicialização do direito prestacional de acesso à educação infantil e multiplicidade de elementos fáticos disponíveis para ensejar o debate, como diversidade de ações, patologias corruptivas, etc.

O estudo foi dividido em três capítulos: os dois primeiros colecionando estruturas argumentativas, e o terceiro preponderantemente empírico, adicionando dados concretos à pesquisa que busca definir se a atual jurisdição constitucional de concretização do direito subjetivo individual à educação infantil observa critérios democráticos ou, se, em outra hipótese, podem ser formatadas outras formas de atuação que contemplem melhor os ideais de justiça e democracia.

Mais especificamente, efetuaremos no primeiro capítulo, intitulado *Jurisdição e democracia constitucionais*, uma abordagem teórica preliminar de temas essenciais à discussão que se pretende estabelecer, tais como democracia e constitucionalismo. Serão delimitados conceitos importantes, como democracia em parceria, neoconstitucionalismo, procedimentalismo e substancialismo, entre outros.

Neste contexto, partindo da premissa de que a democracia constitui um direito público incondicionado, pois pertencente à coletividade como um todo e, portanto, fora do alcance e da autonomia de vontade individual, e fora, inclusive, do âmbito de discricionariedade do Poder Judiciário, cujas decisões se devem pautar por critérios eminentemente democráticos, pretendemos propor uma reflexão sobre a funcionalidade da democracia brasileira, especialmente no que diz respeito à concretização de direitos constitucionais.

Buscaremos explicações para a crise de legitimidade que assola os Poderes Executivo e Legislativo expondo as mazelas do sistema representativo e a fragilização do sistema majoritário como realizador dos direitos fundamentais, fomentando o avanço de poder do Judiciário, que vem sendo levado a atuar como uma espécie de *intérprete dos anseios do povo*.

Diante das críticas à democracia representativa, ainda que outras formas sejam apontadas, ganham relevo os estudos de Ronald Dworkin sobre a democracia em parceria (*partnership conception*), como alternativa às distorções em termos de justiça propiciadas pelo dogma majoritário, evidenciando-se a jurisdição, então, como força contramajoritária.

Constituindo-se o Brasil em um Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º de nossa Constituição Federal, inafastável, nesta sequência, uma abordagem sobre a intersecção entre a teoria política e a teoria do direito, entre democracia e constitucionalismo, para uma análise da legitimidade dos instrumentos de limitação recíproca, ou seja, de mútuo controle, entre o poder decorrente da vontade da maioria e a defesa dos valores fundamentais da sociedade, expressos na Magna Carta.

Para contextualizar a importância da discussão, traçaremos um apanhado teórico dos aspectos relevantes do constitucionalismo hodierno. Nesta perspectiva, daremos ênfase ao pensamento do jusfilósofo alemão, Gustav Radbruch. Sua importância será desnudada, de forma a entendermos um pouco melhor como chegamos até aqui, e o porquê dos problemas

morais que assolam o pensamento contemporâneo sobre o direito (estes mais especificamente abordados no segundo capítulo). Também destacaremos a importância do Constitucionalismo Dirigente de J.J. Gomes Canotilho e sua influência na Constituição Federal pátria.

A dicotomia entre as perspectivas teóricas procedimentalista e substancialista do constitucionalismo evidencia-se relevante e será trabalhada especialmente a partir do pensamentos dos filósofos Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, bem como dos apontamentos de Lenio Streck e Francisco Motta. Dar-se-á, também, ênfase à contextualização dos fenômenos do moderno constitucionalismo que influenciam a concretização do direito social à educação infantil.

Com efeito, certo é que a jurisdição constitucional abrange diversos outros temas jurídicos contemporâneos; todavia, aqui, concentraremos-nos, como afirmado, naqueles que mais diretamente dizem com o direito prestacional foco da pesquisa, como outro grande fenômeno com repercussão no objeto de estudo: *o ativismo judicial*, pois ele, fomentado pelo neoconstitucionalismo, que ampliou os poderes da jurisdição, vem alterando as bases do sistema jurídico tradicional, que operava com uma maior margem de previsibilidade quanto às decisões judiciais.

A judicialização da política, como imanente à jurisdição constitucional será analisada em paralelo ao ativismo judicial, distinguindo-os, como forma de avaliar-se a extrapolação ou não dos limites de atuação possíveis em um Estado Democrático de Direito que prima pela tripartição de poderes. Neste sentido, a indagação no campo democrático, aqui, traz a inquietação sugerida por Ran Hirschl sobre a juristocracia como nova forma de governo. Logo, no âmago desta discussão está o que se entende por democracia e sua relevância como elemento fundamental da sociedade, base de todos os demais direitos e, como tal, sendo um interesse público indisponível da comunidade.

Estas reflexões nos conduzirão ao segundo capítulo do estudo – *Jurisdição e direitos sociais* - e que inicia abordando a decisão judicial por outro prisma, apesar de imbricado ao primeiro: o papel da hermenêutica neste processo de construção da decisão. Pontuaremos a contribuição de dois dos principais jusfilósofos contemporâneos para o constitucionalismo brasileiro: Ronald Dworkin e Robert Alexy. Sem desconhecer tantas outras expressões teóricas e o contributo de diversos pensadores do direito ao longo da

história, o estudo concentra-se nestes certamente pela destacada influência de suas teorias nos juristas pátrios e, assim, nas decisões judiciais.

Para tanto, pontuaremos a Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, referência importante em nossa jurisprudência, especialmente no trato dos direitos fundamentais, e pontuaremos, também, a Teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, cujas bases indicam a direção de uma resposta correta e sustentam a Teoria da Decisão Judicial de Lenio Streck que explicitaremos, contrastando com a de Ricardo Lorenzetti, com objetivo de já formar o substrato teórico da análise epílogo deste estudo.

Para concluir as reflexões teóricas, afinaremos o instrumento aprofundando as bases principiológicas com reflexo no nosso direito social à educação, com uma abordagem, ainda que perfunctória, necessária, sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, a fundamentalidade do direito à educação e os princípios do mínimo existencial, da reserva do possível e da vedação ao retrocesso social, para, a partir do conjunto destes referenciais e outros subsídios teóricos, sustentar os apontamentos críticos às decisões judiciais que pontuaremos no capítulo seguinte.

No terceiro capítulo, nominado *Decisão judicial democrática e o exemplo privilegiado da educação infantil: a realidade do Município de Canoas*, objetivamos, a partir de dados empíricos e da análise das decisões judiciais relativas à concretização do direito à educação infantil, definir a legitimidade democrática destas decisões, pelo prisma da Teoria da Decisão Judicial de Lenio Streck.

Partiremos de uma avaliação global da gestão da educação infantil no município. Inicialmente, a proposta seria trazer levantamentos estatísticos e avaliá-los de forma a definir, proporcionalmente, qual a influência das decisões do Poder Judiciário na execução da política pública e que espaço teria o administrador municipal para a realização de sua função constitucional. Todavia, a realidade evidenciou a ausência de dados adequadamente compilados que permitissem uma avaliação desta natureza, motivo pelo qual as informações servirão, então, de argumento para justificar ou não algumas das premissas teóricas até então trabalhadas.

Estes elementos, além de evidenciados documentalmente, serão complementados com entrevistas, na forma de questionários, com a Magistrada titular do Juizado da Infância e Juventude e com o Chefe do Executivo Municipal, de forma a permitir uma avaliação de

como se tem operacionalizado a política pública e a influência das decisões judiciais neste contexto.

Outrossim, tendo por premissa o entendimento de patologias corruptivas não apenas como aquelas de tipificação criminal, mas como toda a conduta que, de alguma forma, atente contra os valores sociais, o estudo passa a abordar as várias distorções proporcionadas pela intervenção judicial na política pública, como argumento, por assim dizer, contramajoritária, à legitimidade das decisões judiciais que se multiplicam na concretização do direito fundamental. Não que se pretenda negar legitimidade à judicialização da política, mas apenas trazer à discussão elementos concretos que não podem ser ignorados ou desprezados para a formatação de uma decisão judicial livre de desvios, justa e democrática.

Os tópicos finais destinar-se-ão, então à análise das decisões judiciais relativas à concretização do direito social à educação infantil, e à concretização da intervenção judicial de forma democrática, com base em toda a construção teórica e fática dos fenômenos envolvidos e aos argumentos doutrinários específicos relativos à decisão jurídica que serão somados ao contexto no capítulo final.

A análise do discurso jurídico concentrar-se-á, então, nas decisões relativas à Comarca de Canoas, objeto da investigação, tanto monocráticas, quanto colegiadas, bem como em algumas daquelas referidas nestas decisões como proferidas pelos tribunais superiores e que, por este prisma, são paradigmáticas. A partir disto, se avaliará criticamente o conteúdo discursivo e procedimental em atenção às bases teóricas construídas.

Ao final, a busca de conciliação entre os elementos concretos e teóricos concentrar-se-á na definição de parâmetros para construção de uma decisão democrática em direito social prestacional de acesso à educação infantil, com base nos elementos apontados por Lenio Streck em sua Teoria da Decisão Judicial, de matriz dworkiniana, para concluir se são ou não estas decisões, quer de reconhecimento, quer de concretização do direito social, respostas constitucionalmente adequadas, refletindo um direito como integridade, fundado em um sistema coerente, ou, ainda, se à proteção dos bens públicos incondicionados em questão (como a democracia e, no seu quadro, o direito à educação) podem existir alternativas mais democráticas, que conciliem as missões constitucionais dos poderes de Estado envolvidos e atendam aos direitos subjetivos em questão, individual e metaindividualmente.

A abordagem utilizada para a realização do estudo será através do método hipotético-dedutivo, pois, partindo de conceitos gerais, como, por exemplo, democracia, ativismo judicial, constitucionalismo contemporâneo e separação dos poderes, e, também, de dados concretos, poder-se-á, através da técnica de falseamento de hipóteses, concluir pela abrangência e limites democráticos da prestação jurisdicional em análise.

Adotar-se-á, conjuntamente, o método da análise do discurso, por objetivarmos não só apreender como a decisão foi construída, mas sim explorar o seu sentido, considerando emissor, receptor e contexto de sua constituição. O foco está na linguagem e no discurso (aqui dos juízes e também gestores); em como este é produzido e posteriormente interpretado em um determinado contexto que, no presente estudo, se dará através da análise do conteúdo das decisões judiciais em matéria de acesso à educação infantil e da adequação e amplitude de seus argumentos no cenário jurídico e fático (aqui com ênfase na avaliação dos dados quantitativos do judiciário e da administração municipal de Canoas).

Os métodos de procedimento serão comparativo e histórico, com os quais, a partir do conhecimento da ciência jurídica pertinente ao objeto do estudo, se buscará analisar a origem dos institutos e sua evolução, especialmente no que tange às noções de democracia e constitucionalismo, passando à análise específica das decisões em matéria de direitos fundamentais, confrontando seus elementos de justificação.

Ainda, a pesquisa, inserta na linha *Tutelas à efetivação de Direitos Públicos Incondicionados*, será exploratória e consistirá na revisão bibliográfica e documental pertinente ao objeto do estudo, bem como em pesquisa jurisprudencial e doutrinária referentes ao tema, também se efetivando análise de conteúdo de pesquisas quantitativa e análise de discurso de decisões judiciais, como estudo de caso.

Por certo haverá pedras no caminho, caso contrário sequer existiria a inquietação que suscitou o aprofundamento deste tema. Buscaremos, parafraseando Fernando Pessoa, construir com elas este castelo teórico, cujo objetivo é contribuir para o aperfeiçoamento do processo democrático, em especial através de instrumentos que primem pela participação, com proposta aberta ao diálogo, o que, certamente, apenas inicia aqui.

Ao trabalho.

2 JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA CONSTITUCIONAIS

“Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.”
(BARROSO, 2017, p. 451).

Imaginemos uma sociedade onde grande parcela da população luta por condições dignas de sobrevivência em um contexto de graves diferenças sociais e inacessibilidade ao mínimo para uma vida digna, enquanto os recursos sociais são acessíveis a poucos.

Parece que, obviamente, estamos falando da nossa própria sociedade atual, mas o ano, todavia, é 2.154, e o cenário é o pano de fundo do filme *Elysium*, uma ficção científica de Neill Blomkamp, que, se peca pela densidade narrativa e superficialidade dos personagens, compensa pela metáfora social.

Na trama, alguns cidadãos, os mais ricos, vivem em uma estação espacial que recria condições de vida de alto luxo, separados da grande maioria que permaneceu em uma Terra pós-apocalíptica, superpopulosa e sem recursos para condições mínimas de dignidade.

O filme é uma distopia cuja saga é a busca pela igualdade entre os cidadãos, com o direito de acesso a todos a uma “boa vida” e a condições sociais igualitárias. Dito assim, também parece ter sido este o objetivo do constituinte de 1988, quando promulgou uma Constituição com força normativa, dirigente e com alto conteúdo social – buscar a igualdade entre os cidadãos. Para tanto, vários direitos foram previstos, assim como instrumentos para concretizá-los, com estruturas institucionais bem delineadas, competência e prerrogativas para implementação desta promessa social.

Para o caso de nada dar certo, o legislador constituinte previu, como remédio último à garantia dos direitos fundamentais, a atuação do Poder Judiciário. Algo, todavia, falhou em nosso projeto de democracia nestes 30 anos, pois o Judiciário acumulou uma infinidade de demandas sociais e assumiu uma posição de destaque na concretização dos direitos fundamentais que o coloca não como aquele remédio necessário, mas como protagonista de uma atuação que deveria estar sendo exercida pelos representantes eleitos e pelas demais estruturas sociais da comunidade.

Assim, diante da inexorável necessidade de se preservar e concretizar os direitos fundamentais, a inquietação deste estudo está em esclarecer qual é a maneira correta de o

Poder Judiciário atuar diante de demandas individuais reclamando prestações por parte do Estado, ou, como, responsável e democraticamente, aquele pode exercer sua representatividade argumentativa para efetivação ou não dos direitos prestacionais – e, mais especificamente, do direito social à educação infantil -.

O objetivo deste capítulo, então, é traçar linhas teóricas gerais de como chegamos até aqui, por que estamos invertendo a lógica da tripartição de poderes e concentrando no Judiciário decisões que deveriam ser da comunidade política, e que caminhos estão nos servindo de rota ou, mais ainda, se nós estamos trilhando-os adequadamente ou buscando atalhos de forma a sequer saber aonde chegaremos.

A essência desta discussão está no que entendemos por democracia e como a concretizamos, motivo pelo qual um aprofundamento em nosso sistema democrático será necessário para, então, a partir da análise da evolução do constitucionalismo universal e pátrio, entendermos como chegamos à atual concepção de justiça constitucional e como a estamos executando, em especial na concretização dos direitos fundamentais sociais. Aqui, o ativismo judicial ganha destaque em uma análise crítica.

E, apenas para instigar a reflexão inicial, se, de um lado, a “ponderação tupiniquim” - para utilizar uma expressão cunhada pelo jusfilósofo gaúcho Lenio Streck -¹, é uma prática disseminada, de tal forma que foi até mesmo consagrada na concepção do atual Código de Processo Civil, quando, em seu artigo 489, §2º,² preconiza a utilização da técnica de ponderação de normas (regras e princípios); e se, de outro, como se aprofundará, o maior problema da ponderação é o alto grau de discricionariedade que fere a essência democrática da comunidade, parece premente encontrar outro caminho que guie o pensamento jurídico ou, ao menos que, utilizado em alguma medida, represente um antídoto às mazelas da discricionariedade judicial, pelo que a pesquisa toma por fio condutor as reflexões de Ronald Dworkin a respeito das condições de legitimidade da atuação judicial.

¹ Lenio Streck traz uma crítica a este parágrafo em sua coluna do Conjur de 08 de janeiro de 2015, afirmando: “[...] Pois então, me digam: *É disso que trata o novo CPC?* Ou é de uma ponderação tupiniquim de que fala o legislador? Uma ponderação fake? Uma gambiarra hermenêutica? Uma ponderação 'tipo-o-juiz-escolhe-um-dos-princípios-ou-regras-em-colisão' e... fiat lux, eis-aí-o-resultado-ponderativo? Parece, assim, que a ponderação do novo CPC está a quilômetros-luz do que propõe Alexy (e também à mesma distância da ponderação inventada originalmente no início do século XX por Philippe Heck, na sua Jurisprudência dos Interesses)[...]” (STRECK, 2015).

² Art. 489 [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015a).

2.1 DEMOCRACIA COMO DIREITO PÚBLICO INCONDICIONADO

Hoje, dada a complexidade e vultuosidade de nossas unidades políticas, imagina-se impossível um exercício de soberania política direta, através de, por exemplo, uma grande Assembleia - como a Eclésia de Atenas-. Também não há mais espaço para que a esfera pública absorva quase a totalidade da vida do cidadão, como o fazia com o ateniense, que não “era livre para descurar dos negócios públicos” em função de seus negócios particulares (VENERIO, 2010, p. 35). Não se imagina, hoje, o cidadão dedicando atenção prioritária à participação pública e não à sua vida pessoal. É preciso, então, que se defina, pelas peculiaridades da nossa civilização, que modelo efetivamente representa o ideal democrático atual.

Segundo Kelsen (2000, p. 140), “o significado original do termo “democracia”, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de ‘governo do povo’ (*demos* = povo, *kratein* = governo)”, sendo a essência do termo o princípio da liberdade, no sentido da autodeterminação política. Todavia, mesmo estas duas palavras possuem uma gama de interpretações que impedem uma definição estanque e exigem um exercício cognitivo que vai além da literalidade, tanto que Kelsen refere ser um governo do povo não necessariamente um governo para o povo e vice-versa e, ainda, questiona os limites da expressão povo que, se o ordenamento jurídico reduzir a apenas uma pessoa, transformaria em democracia uma autocracia. (2000, p.11).

Neste sentido é que a concepção democrática opõe-se a outras formas de governo como a tirania, vista como o governo de um homem só, a oligarquia, caracterizada pelo comando nas mãos de poucas pessoas, ou grupo com privilégios ou a aristocracia, onde o poder é outorgado a uma classe, uma casta ou elite. (MELLO, T., 2015).

Venerio ressalta a ambiguidade do termo desde sua origem, onde povo inicialmente vinculava-se a uma questão territorial e, depois, passou a ser interpretado com base em razões étnicas, sendo muito presente nas análises de Platão e Aristóteles o sentido pejorativo da expressão “governo do povo”, qual seja, o que indica povo no sentido de plebe, de massa inculta e desorganizada que forma a maioria da população, até hoje difundido no imaginário social. (2010, p. 30).

Platão (429-347 a.C.), que viveu o abalo à democracia ateniense pela Guerra do Peloponeso (341-404 a.C.), quando Esparta invadiu Atenas denunciando a democracia como sendo uma incompetente impostura, formulou sua teoria política criticando este regime de governo e defendendo o comando aos sábios e aos filósofos, rejeitando a participação do cidadão comum na vida política do Estado. (LOBO, 2013, p. 45).

Pertinente a profunda reflexão de Friedrich Müller em sua obra *Quem é o Povo*, quando afirma que:

“Democracia” deriva de “demos”. Para que uma sociedade receba este título honorífico, não basta que os cidadãos reajam em grandes espaços de tempo como objetos da propaganda eleitoral e expressem, enquanto “sujeitos ideais”, - nos referidos manuais e discursos domingueiros conciliadores – a sua anuência ao sistema a cada dia (passivamente, “inercialmente”, na linguagem de Sartre), ao molde do “plébiscite de tous jours” (Ernest Renan). Os cidadãos revelam ser sujeitos práticos justamente pela práxis: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade. Ela é uma oficina permanente, um canteiro de obras [...]. (2013, p. 121).

Embora, pois, não se possa definir com exatidão a completa abrangência do termo “democracia”, ante a multiplicidade de enfoques que, de Atenas até então, envolveram a concretização da expressão que Lincoln traduziu como “governo do povo, para o povo e pelo povo” (BONAVIDES, 2001, p. 50), é possível constatar que, como sustenta Müller, é ela um dos mais elementares direitos humanos. (2013, p. 111).

Tal se dá porque a democracia é pressuposto para o exercício pleno de todos os demais direitos por toda e qualquer pessoa, pois, no dizer do jurista alemão, uma democracia concreta e um Estado de direito são dependentes um do outro à medida que, sem processos democráticos permanentes, um Estado pode servir a regimes autoritários, e sem o Estado de direito hígido, a produção democrática representa mera produção formal, produzindo um direito oficial oligárquico (de Supremas Cortes, v.g.) que exclui o povo. (MÜLLER, 2013, p. 110).

Compreender, pois, a essencialidade da democracia enquanto direito da quarta geração e sua referência fundamental à espécie humana, outra coisa não significa senão eleger uma forma de Estado social onde os direitos fundamentais, consubstanciados na sua dimensão *principal* e fisionomia derradeira – a da democracia – estão contemporaneamente para a modernidade de Estado social da mesma maneira que a separação de poderes e a liberdade negativa e subjetivista do individualismo jurídico – o jusprivatismo doutrora – estiveram para o velho e ultrapassado Estado liberal do século XIX e da primeira metade deste século. (BONAVIDES, 2012, p. 374).

Por outro prisma, se é claro que definir democracia exige uma visão multidisciplinar (social, jurídica, cultural, etc.) interligada e correlacionada, o que, ao longo do tempo e da mutação de conceitos, vai trazendo outro colorido à concepção tradicional, também releva que, mais do que definir, necessário que se estabeleça, então, de que forma se cumpre, concretamente, o ideal democrático.

Neste contexto, segundo Miglino, há aspectos comuns entre as concepções clássica e contemporânea, como: fundar-se em valores como liberdade, *igualdade* e solidariedade; descentralização do poder; vontade da maioria imposta pela dialética e não pela violência e respeito à lei garantido por um sistema judicial. Tais princípios, segundo o autor, são “essenciais à democracia” – qualquer democracia. (2010, p. 125-136).

André Franco Montoro, jurista e uma das principais lideranças políticas na luta pela redemocratização do Brasil, a qualificou, já nos idos de 1974 e ainda em período ditatorial, como um direito humano fundamental, esposado no artigo 21 da respectiva Declaração Universal: “Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”. E, ainda: “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.” (MONTORO, 1974, p. 31-34).

O filósofo e político pátrio salienta que a máxima: “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido” não é apenas um princípio de filosofia política, mas uma norma essencial e fundamental à qualquer sociedade que pretenda o desenvolvimento, pois há uma correspondência entre este e a democracia, considerando ser ela o sistema de governo em praticamente todas as nações cultas e adiantadas do mundo. Todavia, diz, não é a democracia “uma espécie de sobremesa a ser servida depois do desenvolvimento, mas o melhor caminho para o verdadeiro progresso dos povos.” (MONTORO, 1974, p. 35-36).

E é neste contexto de multiplicidade de enfoques o desafio de se garantir os princípios democráticos de liberdade, igualdade e solidariedade em todos os segmentos das relações sociais e institucionais contemporâneas, marcadas por alta tensionalidade, em um ambiente de alta competitividade e disputa, pois, no dizer de Gesta Leal e Gavião Filho,

[...] essa Sociedade de Risco gera várias situações de insegurança e descontroles pessoais e institucionais, fragilizando ou ao menos colocando em xeque, por vezes,

os mecanismos de garantias de direitos – notadamente os estatais, exatamente porque se apresentam com lógica e funcionalidades não antes vistas. (2015, p. 06).

Diante da hodierna complexidade das relações sociais e institucionais, colocando a funcionalidade dos sistemas à prova para garantir o equilíbrio social, e do reflexo em todas estas relações dos princípios democráticos, é que se destaca a democracia como um (ou o maior) direito público incondicionado.

É que, mesmo considerando ser a democracia muito mais do que isto, enquanto princípio norteador de todas as relações jurídicas, é ela direito de toda a coletividade e não depende de outro direito para existir, qualificando-se, pois, conforme dito, como um direito público incondicionado.

Assim o é, então, por se entender o direito público não limitadamente àqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, mas em seu sentido social, como direito da coletividade como um todo, como bem comum da sociedade, para além dos direitos fundamentais individuais, e, também, por se entender como incondicionado aquele que não se sujeita a nenhum outro prefixado para a sua manifestação, ou seja, por ser um direito que não se condiciona a requisitos, formas, termos ou condições pré-estabelecidas para subsistir, mas que existe por si.

Este direito público necessita ser, pois, precipuamente preservado, de forma que as características da sociedade moderna, como, por exemplo, a existência de interesses e bens supraindividuais provindos de tensas relações sociais e institucionais, não justifiquem a “redução de direitos ou violação de garantias conquistadas a duras penas.” (LEAL; GAVIÃO FILHO, 2015, p. 07).

E é neste compasso que se destaca a relevância e pertinência do estudo do impacto da democracia (e já, aqui, antecipando nosso tema central) na tutela judicial dos direitos sociais, e, mais especificamente, do direito social prestacional à educação infantil, que deve ser exercida em razão e de acordo com os princípios democráticos, em especial o da igualdade entre os cidadãos. Identificar qual o papel da jurisdição neste Estado Democrático e como ela deve se expressar para garantir este ideal são os desafios que seguem.

2.2 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL

O Brasil, como preceitua o art. 1º da Constituição Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito; mas o que representa, de fato, a democracia aqui? Compreendê-la como expressão da “vontade da maioria”, é, talvez, o senso comum, em razão de sua concepção “majoritária”, quer em sua forma direta, quer representativa,³ em contextos que também distinguem as expressões da democracia como participativa,⁴ deliberativa, em parceria, etc.

O aprofundamento do estudo da adequação e limites, ou não, da democracia majoritária é de vital importância à medida que, no debate político, supervalorizam-se os poderes emanados pela vitória em eleições (democracia representativa), como se, representando a vontade da maioria, o eleito possuísse uma procuração ampla, irrestrita e incondicional, outorgada pelo povo, para que fizesse, em seu nome, o que bem entendesse. Daí vale tudo, desde pequenas decisões até aglutinar forças e, por exemplo, mudar a Constituição.

Como afirma Dworkin (2012, p. 401), se os presidentes e os parlamentos decidissem da maneira que julgam que a maioria do povo deseja, estes governantes seriam genuínos canais pelos quais a maioria imporá sua vontade; mas, na prática, não é isto que se observa.

Em 2005, o Brasil submeteu ao crivo popular, através de referendo, a indagação sobre se "o comércio de armas de fogo e munição deveria ser proibido no Brasil?". A vitória da proibição era dada como certa e amplamente defendida pela imprensa, a ponto de Gilberto Thums arriscar afirmar em sua obra que: “[...] o legislador desarmamentista inseriu no texto legal uma disposição de consulta popular. Com apoio da mídia, é perfeitamente possível vislumbrar o resultado. Aposto que será superior a 90% a votação pela proibição de venda de armas.” (THUMS, 2005, p. 173).

³ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, [...]” (BRASIL, 1988).

⁴ Para Bonavides, “com a democracia participativa, o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade enquanto simbiose de princípios, regras e valores, que fazem normativo o sistema, tendo por guia e chave de sua aplicação a autoridade do intérprete legitimado democraticamente enquanto juiz eletivo que há de compor os quadros dos tribunais constitucionais.” (2001, p. 36).

Pois bem, 64% (sessenta e quatro por cento) dos votos válidos rejeitaram a proposta de proibição, destacando-se que os brancos e nulos representaram apenas cerca de três por cento do total (“NÃO”..., 2016), e, ainda que não tracemos qualquer argumento subjetivo sobre o tema, pois não é este o objeto do enfoque, o fato é que, até hoje, não se regulamentou o comércio de armas de fogo no Brasil. Dito de outra forma, a ampla maioria, a despeito de toda publicidade contra na mídia, manifestou-se pela liberação do comércio de armas e os representantes do povo, até hoje, ignoram tal manifestação direta do cidadão brasileiro. Aliás, desde então se passou a desprezar este tipo de participação popular a nível nacional, tanto que não houve novos plebiscitos ou referendos.

Confirma-se, pois, o dizer de Bonavides, quando asseverou que “a aplicabilidade dessas técnicas⁵ tem sido bloqueada e negada ao povo, à nação, à soberania, por obra de um esbulho”, feito pelas “elites do poder, os usurpadores da vontade popular, a classe representativa parlamentar, enfim, aquelas camadas de políticos e administradores da classe dominante.” (2001, p. 41).

Em verdade, pois, sendo meramente formais e não usuais as previsões constitucionais de participação popular, a única forma concreta de expressão do povo é através da representação política. Deste contexto, então, se extrai a indagação: são as pessoas eleitas por uma suposta maioria, só por isto, representantes autênticos da vontade popular? A par da representatividade formal, existe representatividade material?

É que, como assevera Bonavides,

Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins de Estado, corrompem a moral pública e apodrecem aquilo que, agora, o *status quo* fez passar por democracia e representação. (2001, p. 25-26).

Dworkin (2006, p. 24) pontua ser essencial à decisão majoritária a disposição pelos eleitores de informações adequadas e tempo suficiente para refletir acerca das decisões. Tais requisitos não se vislumbram presentes na democracia pátria, onde não se possui qualquer instrumento efetivo de controle dos atos legislativos e executivos (dos representantes eleitos) pela vontade dos eleitores. Não há regras ou limites para o exercício da representatividade. O gestor ou legislador não ficam atrelados aos argumentos que

⁵ Plebiscito, referendo e iniciativa popular, previstos pelo art. 14 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

sustentaram sua eleição, não havendo vinculação dos atos do eleito aos interesses do eleitor que o elegeu, quiçá da vontade real da maioria.

Em outras palavras, a pessoa escolhida pode não representar nada do que o eleitor espera ou acredita que ela represente, pois não há qualquer condicionante de sua atuação às promessas ou argumentos de campanha. Tanto se exige do Judiciário como legitimação argumentativa e fundamento jurídico para suas decisões e nada há que se possa exigir para legitimar o discurso político representativo dos eleitos.

Desta forma, Cappelletti afirma que esta representatividade é utópica, pois “os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, as lideranças legislativa e executiva, embora tradicionalmente consideradas ‘diretamente responsáveis perante o povo’, nunca constituíram, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.” (1993, p. 94).

Esta ideia desconstrutiva das bases do que se concebe por democracia representativa afasta, em alguma medida, o argumento de ausência de representatividade democrática do Judiciário, especialmente no Brasil, por não ser composto por membros eleitos, invertendo a lógica para, a partir desta reflexão, reconhecer-lhe esta representatividade por: formarem-se politicamente os Tribunais Constitucionais; constituir-se em garantia constitucional a fundamentação por escrito das decisões; a atuação judicial contribuir para a representatividade geral do sistema, ao dar voz às minorias que não a tem no processo político; e, por fim, adotar um modelo de participação ao desenvolver-se em direta conexão com as partes (CAPPELLETTI, 1993, p. 97-101).

Importa-nos, especialmente, estas reflexões, pois, como destacaremos neste estudo, este argumento se evidencia fortemente ligado às críticas a *judicial review*, devendo a busca por respostas quanto ao melhor formato democrático das decisões judiciais concretizadoras de direitos sociais enfrentar estas questões para definir quais seriam os limites e possibilidades da atuação judicial nesta seara.

Neste contexto, destaca-se o apontamento de Cappelletti, traduzindo a reflexão de Martin Shapiro sobre a representatividade política dos representantes eleitos, quando afirma:

O que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí

resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes.[...] Os próprios entes públicos, com o fim de auxiliar os seus programas e os dos grupos por eles representados, procuram promover apoios e alianças com outros grupos, dentro e fora do governo. Nesse processo de formação, troca e empréstimo de “força política”, as questões que frequentemente aparecem não dizem respeito a decisões majoritárias. Não há sentido, portanto, no mundo político real, em submeter, de forma simplística, os vários ramos do *government* a análises baseadas em etiquetas como “voz da maioria”, “democrático” ou “não democrático”. Certamente há muitos casos em que as decisões políticas do governo [...] refletem o sentimento da maioria ou dela decorrem, mas isto não é verdade também muitos casos. (CAPPELLETTI, 1993, p. 95-96).

Com efeito, não há qualquer instrumento vinculativo ou limitador do ato do eleito em consonância com suas propostas de campanha. Em verdade, mesmo as propostas de governo exigidas aos candidatos a cargos executivos não vinculam os proponentes, que, no exercício do mandato, podem agir em absoluta diversidade em relação ao compromisso formal de campanha. Aos cargos legislativos sequer propostas se exige.

Assim, o que se vê é que o mandato é um cheque em branco outorgado ao eleito, cuja única limitação é sua pretensão à reeleição, limitação esta absolutamente relativa, vez que sempre se conta com o engodo argumentativo ao eleitor e com a capacidade de esquecimento deste até as próximas eleições.

A segunda indagação (talvez, de fato, deve-se ser a primeira) traz a questão relativa a serem ou não as pessoas eleitas representantes da maioria da população, especialmente considerando como se convencionou determinar maioria no sistema eleitoral brasileiro. Dito de outra forma: são os eleitos as pessoas realmente escolhidas pelo povo?

Se a eleição dos membros do Poder Executivo é majoritária, a do Legislativo o é pelo sistema proporcional, ou seja, não se elegem os candidatos mais votados, mas preenchem-se as vagas através de um cálculo matemático de proporcionalidade por partido ou coligação.⁶ Apenas como nota argumentativa, na eleição de 2014 à Câmara dos Deputados pátria, do total de 513 congressistas apenas 36 foram eleitos por votos próprios (BENITES, 2016). Isto é critério de representatividade?

Embora se possa afirmar que um sistema majoritário enfraqueceria os partidos e deixaria de fora representações importantes por permitir que se elessem diversos candidatos

⁶ “Funciona assim o sistema proporcional: para se chegar ao resultado final, aplicam-se os chamados quocientes eleitoral (QE) e partidário (QP). O quociente eleitoral é definido pela soma do número de votos válidos (= votos de legenda³ e votos nominais⁴, excluindo-se os brancos e os nulos), dividida pelo número de cadeiras em disputa. Apenas partidos isolados e coligações que atingem o quociente eleitoral têm direito a alguma vaga.” (ROSA, [2013?]).

de um mesmo partido, bem como se reconheça a importância de agremiações partidárias em um sistema democrático, o fato é que, em verdade, o que mais ocorre é que minorias possuam poucos candidatos com representatividade e, ao final, mesmo com grande número de votos, não consigam elegê-los por não atingirem o quociente eleitoral necessário para auferir uma vaga, ao passo que candidatos com extraordinário número de votos acabam por trazer consigo outros de seu partido ou coligação que não possuíam mínima representação popular, mas que são alavancados pelos votos partidários ou de coligações.

Até se pode argumentar a legitimidade deste sistema em face de os partidos constituírem, em tese, uma parcela representativa de determinado pensamento político no seio da sociedade, por serem um grupo social solidário e estável, com um programa político (ZÍLIO, 2016, p. 82). Assim, havendo votos maciços em determinado candidato, não seria justo que sua representatividade fosse igual à de candidatos com número bem inferior de votos, motivo pelo que se alavancam pessoas que, em tese, compartilham do mesmo pensamento político dos mais votados.

Aqui, a questão majoritária tem em vista o número de cidadãos que escolheu tal candidato e o número que escolheu outro. A igualdade é entre os cidadãos e não em relação aos eleitos entre si. Não obstante, depois de formado o corpo legislativo, o peso do voto de cada representante é igual. Assim, para equilibrar esta balança, e garantir a igualdade entre os cidadãos, presume-se a identidade de valores da agremiação e, através do quociente eleitoral, elege-se tantos candidatos quanto possível pelo cômputo geral de votos.

Tal critério, todavia, desconsidera tanto o fenômeno político brasileiro de que os eleitores votam em pessoas e não em partidos, quanto o fato de não haver necessária identidade entre a ideologia dos eleitos de um mesmo partido, e, especialmente entre partidos de uma mesma coligação, e culmina com uma baixa representatividade dos alavancados por quociente eleitoral, acabando por ampliar os poderes individuais dos candidatos que possuem mais votos, deixando os candidatos menos votados dependentes moralmente deles e do partido ou permitindo que pessoas sem expressão se amparem em candidatos populares para galgarem uma vaga no parlamento, mesmo sem representatividade popular.

Em ambos os casos parece evidente um grave vício na legitimação democrática dos parlamentares eleitos, posto que suas decisões não serão fruto de sua consciência livre, mas de conveniências partidárias. Aqui a reflexão também se ampara no fato de que estes

eleitos, sabendo não possuir votos para futuras disputas, obrigam-se a submeter-se aos partidos para garantir suas candidaturas. Aliás, como demonstra Müller, “a possibilidade de um governo do povo é reduzida uma vez mais pela realidade de um Estado partidário, que transforma os deputados de fato em delegados do seu grupo político e das bancadas parlamentares, em vez de delegados do povo.” (2013, p. 123).

Não bastasse este questionamento, o assunto abarca, ainda, indagação sobre o cômputo dos votos que se convencionou chamar válidos no Brasil. Desde 1997 está revogado, pela Lei nº 9.504, o parágrafo único do art. 106 do Código Eleitoral, que permitia incluir os votos em branco para o cálculo do quociente eleitoral (RONDÔNIA, 2011).⁷ Esta característica, instituída pelo Código Eleitoral de 1932, foi afastada pela Constituição de 1988. Também não se aplica aqui o instrumento do art. 224 do Código Eleitoral, que prevê novas eleições no caso de mais de cinquenta por cento de votos nulos, pois se interpreta votos nulos para este fim não aqueles assim nominados, mas apenas aqueles casos de nulidade decorrente de fraude nas eleições. (VOTO..., [20--]).

Pois bem, se, na essência, o voto nulo é anárquico e demonstra desinteresse na participação, o voto branco era aquele que evidenciava o descontentamento do eleitor com os candidatos apresentados; era uma arma do eleitor na busca de maior representatividade.

Embora esta matéria, por si só, comporte um estudo próprio, não se pode deixar de concluir a inviabilidade de reconhecer-se substancialmente representativo da maioria da população um executivo ou legislativo que apenas se elegeu com uma maioria formal dos votos válidos, quando se ignora que, em muitos casos, a maioria da população, de fato, o rejeitou. É uma hipocrisia, conveniente na prática, pois reduz o custo dos processos eleitorais, mas não contribui, em nada, para o aprimoramento da democracia e da representatividade eleitoral, já que nenhuma medida, de fato, resulta em atenção à manifestação de repúdio popular.

Aqui, como ressalta Müller, é preciso “levar o povo a sério como uma realidade”, deixando de tratar a democracia somente como técnica de representação e legislação ou observando-o apenas sob o ponto de vista da dominação, para evoluir a uma conscientização de que é dele que emerge e para quem se destina todo o poder estatal (2013, p. 105).

⁷ Veja a diferença entre cada tipo de voto no artigo publicado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. (RONDÔNIA, 2011).

Canotilho sobre este tema destaca o sentido subversivo do voto em branco, pela renúncia ao “irrenunciável direito de escolher as ‘escolhas escolhidas’”, citando José Saramago e seu “Ensaio sobre a lucidez”. (Canotilho, 2012, p. 336).

Na obra, Saramago apresenta uma crítica ao poder político, narrando diversas vertentes de causas e consequências para o fenômeno da ampla margem de votos brancos (quase 70%) em determinada eleição política. Reveladora a seguinte narrativa:

Alguns sugeriam que fosse um grupo falar com o presidente da câmara municipal, oferecer leal colaboração, explicar que as intenções das pessoas que haviam votado em branco não eram deitar abaixo o sistema e tomar o poder, que, aliás, não saberiam que fazer depois com ele, que se haviam votado como votaram era porque estavam desiludidos e não encontravam outra maneira de que se percebesse de uma vez até onde a desilusão chegava, que poderiam ter feito uma revolução, mas com certeza iria morrer muita gente, e isso não queriam, que durante toda a vida, pacientemente, tinham ido levar os seus votos às urnas e os resultados estavam à vista. Isto não é democracia nem é nada, senhor presidente da câmara. (SARAMAGO, 2017a, p. 101).

Mas, aqui, isto não existe mais. Mesmo que brancos e nulos ensejem a quase totalidade dos votos, somente os considerados válidos computarão para efeito de percentual, o que enseja a indagação de qual o sentido, hoje, de diferenciar votos brancos e nulos.

Para Canotilho, que traz a obra como ilustração em seu livro *Brançosos e Interconstitucionalidade*, em uma releitura do dirigismo constitucional, “os fenômenos de ‘rejeição’, de ‘indiferença’, de ‘insatisfação’, perante os esquemas clássicos de manifestação política – eleições e partidos – estão ligados a sugestões de mudanças institucionais e a novos apelos a formas de democracia directa.” (2012, p. 313).

O autor português reflete sobre a democraticidade de instrumentos como o referendo diante da má-condição da política pelas elites partidárias. E traz como princípio outro formato democrático, afirmando que um bom governo deve estar calcado em uma *democracia participativa*, em que “as instituições políticas têm o dever fundamental de dialogar com os cidadãos e outras associações representativas (cfr., por exemplo, art. 147 da Constituição Europeia).” (2012, p. 332).

Esta concepção nos é particularmente relevante no contexto temático proposto. A ideia de diálogos como instrumentos democráticos parece merecer destaque nas propostas que busquem efetividade às ações governamentais e ampliem sua legitimidade democrática. Neste contexto, afirma o professor de Coimbra que o “princípio democrático implica a legitimação, através do povo, dos órgãos do Estado”, alicerçando-se no “povo do Estado”, concluindo que

este ainda não tem a expressão necessária, constituindo-se em um “mero substrato pessoal de uma ordem de domínio que é o Estado” – o “Estado possui o povo”, que é o “sujeito de legitimação do domínio estatal.” (2012, p. 233-234).

Canotilho constrói a ideia de Estado como pressuposto da democracia, e, ainda que seu foco seja a legitimação democrática da União Europeia, um argumento destaca-se aqui: o de que “qualquer regulação jurídica emergente de uma constelação política não estatal e não democrática significa o governo de leis não emanadas pelo povo”, ou seja, uma ordem jurídica não democrática. (2012, p.233).

E parece que tais condições bem se evidenciam na sociedade brasileira, cuja história recente desnudou que o verdadeiro poder de Estado estava (ou ainda está) nas mãos não de representantes do povo, mas substabelecido para empresários privados e conduzido segundo os interesses particulares de políticos, partidos e empresários, e, pois, muito distantes do real interesse público; suscitando indagações mais concretas quanto à democraticidade da política representativa.

Por outro prisma, José Luiz Bolzan de Moraes apresenta uma crítica contundente da democracia hodierna, que definiu como uma *fantochização da política*. Segundo ele, não há nesta uma real diversidade e os eleitores acabam não optando por mundos ou realidades diversas, mas apenas escolhendo entre “escolhas já escolhidas” – aqui, mais uma vez, Saramago -, posto que os mercados fazem com que as candidaturas deem respostas idênticas às questões postas. (2008, p. 215).

Bonavides convoca uma necessária “revolução institucional, lenta, pacífica e silenciosa, porém eficaz e fecunda” para superar o exaurido modelo de democracia representativa, onde os costumes políticos fazem preponderar a corrupção como um “câncer da governabilidade”. Sugere o filósofo um sistema participativo, onde haja o protagonismo do cidadão, afirmando:

Sem instrumentos populares de intervenção governativa, ou seja, privado de mecanismos da qualidade democrática do referendo, do plebiscito, da iniciativa popular e do direito de revogação, o sistema partidário de sustentação da forma representativa entra em manifesta fase de decadência por perda de legitimidade, descrédito e corrupção de seus quadros, sendo de todo impotente para restaurar a normalidade do sistema e dar-lhe o grau de estabilidade e a força de amparo

indispensável ao legítimo funcionamento das instituições. (BONAVIDES, 2017, p. 262).⁸

O otimismo do constitucionalista pátrio é, porém, refutado pelo professor português, que reflete sobre a democraticidade de instrumentos como o referendo ante a má-condução da política pelas elites partidárias, pontuando não haver como afirmar uma real convicção cívica em torno dos assuntos políticos pelos setores populacionais “descontentes”, ante sua fraca formação e educação. (Canotilho, 2012, p. 316). Esta crítica denota um dos vieses da evidente intersecção entre democracia e educação, à medida que esta se revela como elemento estruturante imprescindível à concretização daquela pela participação consciente e substancialmente válida pelo cidadão. Afirmar-se que um país é democrático quando não garante o básico direito à educação é um contrassenso, pois a ausência de entendimento pelo cidadão afeta diretamente sua capacidade de escolher livremente representantes aptos às melhores decisões, estando mais propensa esta escolha à manipulação do que à consciente definição de qual as melhores ações políticas.

Por outro prisma, Canotilho segue ressaltando a crítica aos instrumentos constitucionais de democracia direta:

A democracia não é apenas uma forma de autodescrição: é também um desafio de esclarecimento e imputação de responsabilidades. [...] O balanceamento de direitos, bens e interesses, as ponderações dos valores em conflito, não se reconduz a contrastes fortes de preto e branco. O referendo é instrumento de balanceamento, mas não pode aniquilar o balanceamento de razões. O “absoluto sim” e o “absoluto não” não aperfeiçoam a democracia. (CANOTILHO, 2012, p. 318, 320).

A democracia, então, segundo esta visão, tropeçaria em sua essência, pois priorizaria um resultado matemático que não observa possibilidade de variáveis que equilibrem a balança entre os direitos da maioria e das minorias.

Segue, neste contexto de crítica à plebiscitarização, afirmando o professor português:

Se as mudanças pretendidas ou sugeridas se orientassem apenas no sentido da plebiscitarização pessoal, teríamos, não um aperfeiçoamento de democracia, mas uma precipitação decisionístico-plebiscitária da poliarquia governante. As próprias eleições parlamentares – expressão máxima da democracia representativa – se transformariam em “referendo de elites” vindo de cima, das cúpulas partidárias e dos

⁸ O direito de revogação é um instrumento de controle político que inexistente no Brasil, havendo expressões na Suíça e Estados Unidos, consubstanciando-se na possibilidade de revogação individual (*recall*) ou coletiva (*Abberufungsrecht*) de mandatos eletivos ou de afastamento de funcionários, por petição e votação pelos eleitores. (BONAVIDES, 2000, 376-379).

comitês de influência. Quando se fala de aperfeiçoamento da democracia, não se pretende, de certo, retomar tradições “bonapartistas”, “decisionistas” ou gaullistas de plebiscito. Sugere-se, sim, o interesse, desejo e indispensabilidade de novos *inputs* democráticos. (CANOTILHO, 2012, p. 313-314).

Argumenta, por outro lado, que estudos demonstram o recrutamento de ativistas políticos nos movimentos de democracia direta, oriundos de estratos privilegiados da sociedade, os quais perseguem mais suas estratégias de êxito pessoal e coletivo do que a real vontade da sociedade, motivo pelo qual questiona os instrumentos de política participativa, sugerindo novas conformações fulcradas no poder da intercomunicação, ou da sociedade em redes - virtuais ou populares -. (2012, p. 316, 345).

Neste contexto, ainda que o mestre português tenha trazido tais reflexões muito em razão da realidade portuguesa no cenário de uma União Europeia em que dialogam culturas diversas, não há como deixar de reconhecer a privilegiada perspectiva do jusfilósofo lusitano, mormente se imaginarmos a identidade entre a realidade europeia e a brasileira, um país de dimensões continentais, com grandes variações culturais e que politicamente tem manifestado pensamentos bastante antagônicos. Mas esta questão fica para outro estudo.

De toda esta explanação, então, é possível concluir que a sociedade brasileira possui um *déficit* democrático, o que fragiliza a legitimidade das decisões políticas, permitindo um vácuo de representatividade que, de alguma forma, especialmente em razão da conformação constitucional do Estado, acabou sendo preenchido não por segmentos sociais, mas por um poder que tradicionalmente não é identificado com a representação política, vez que seus membros não são escolhidos pelo povo – o Poder Judiciário.

E, embora a análise de como se expressa o constitucionalismo contemporâneo e qual sua função na concretização do ideal democrático vá ser esmiuçada adiante, aqui ainda é importante destacar que a democracia brasileira, como afirma Mello (2004, p. 78-79), não é uma democracia liberal,⁹ pois a Constituição Federal de 1988 explicita quais são os parâmetros de uma vida boa para o ser humano, contendo uma concepção que torna o povo uma comunidade que se associa na busca do bem comum para todos os seus membros, sendo a Constituição, então, um projeto de justo comum.

Dito de outra forma, a Constituição compreende o povo como uma comunidade destinada a proporcionar uma vida boa para todos, *para o povo e pelo povo*, o que nos leva à

⁹ Até porque, como veremos, nossa Constituição “testemunha a passagem do Estado Liberal absentéista, garantidor das regras do jogo, ao Estado Social, promovedor de direitos sociais [...]” (MOTTA, 2012, p. 27).

busca de um aprofundamento sobre como se pode expressar esta faceta democrática. Uma boa resposta está em Dworkin: a democracia em parceria.

2.3 A CONTRIBUIÇÃO DE DWORKIN: A *DEMOCRACIA EM PARCERIA*

Talvez a resposta (ou pelo menos parte dela) para o conceito de uma verdadeira democracia esteja em Dworkin. Em linhas gerais, o jusfilósofo norte-americano traz uma ideia de *democracia em parceria* ou *partnership conception*, pela qual um governo democrático é aquele exercido por pessoas que agem como um todo, com respeito e preocupação iguais por todos, aceitando a obrigação não só de obedecer a lei da comunidade, mas adequando-a a sua concepção de boa-fé daquilo que é exigido pela dignidade de cada cidadão. (DWORKIN, 2012, p. 392).

Assim, ainda que se responda afirmativamente às questões postas anteriormente sobre a legitimidade do sistema representativo, ou, em outras palavras, à indagação de a representação hoje existente refletir a vontade da maioria (mesmo que se aceite uma mera representação formal e não substancial), surge o questionamento sobre serem ou não democráticas as decisões dos representantes da maioria, mesmo que elas possam ferir direitos da minoria que não os elegeu.

Aqui, a questão central liga-se à essência da democracia majoritária - a de serem ou não ilimitados os poderes da maioria -, ao que Dworkin afirmou: “a maioria não deve ser sempre a juíza suprema de quando o seu próprio poder deve ser limitado para protegerem-se direitos individuais.” (2006, p. 25). Resume Motta:

[...] a igualdade aritmética pode resultar em insulto à dignidade humana. Assim, a regra da maioria dá uma ênfase correta ao valor igualdade de impacto, mas entende mal a natureza (e, portanto, também os limites) desse valor, colocando em risco, por intermédio de um *fetichismo matemático*, o verdadeiro valor em questão: a *liberdade positiva*. (2016, p. 89).¹⁰

¹⁰ “Officials elected by a broad swath of the population will do a much better job of protecting the weak against special privilege and tyranny than officials elected by and responsible to only a few. That consequentialist justification for wide suffrage provides no reason, however, for any fetish of mathematical exactness in making people’s votes equal in their impact. On the contrary, tinkering and variation may allow for greater representative efficiency and may improve the chances that the final legislative results will better reflect equal concern for all—for example, by consolidating the power of politically isolated minorities. Nor does that justification provide any reason at all for permitting majorities, whenever they wish, to change the basic constitutional structure that seems best calculated to ensure equal concern. We may better protect equal

A contrário senso, Kelsen afirma que é o “princípio da maioria simples que assegura o mais alto grau possível de liberdade política em uma sociedade”, pois, do contrário, “um único indivíduo, ou uma minoria de indivíduos, poderia impedir uma modificação da ordem. E, então, a ordem poderia estar em desacordo com um número de indivíduos superior ao daqueles com cuja vontade ela está em conformidade.” (2000, p. 179).

Barroso assevera que a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é “muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos”- aspecto formal-; há uma dimensão substantiva, vinculada à preservação de valores e direitos fundamentais, e, ainda, uma dimensão deliberativa, vinculada ao debate público, a argumentos e persuasão. Diz o jurista: “a democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões.” (2016, p. 160).

Canotilho também questiona a política majoritária, afirmando que a “democracia não é apenas uma forma de autodescrição: é também um desafio de esclarecimento e imputação de responsabilidades”, ainda que, por outro prisma, diverso de Dworkin, pressuponha a necessidade de um “balanceamento de direitos, bens e interesses” e as ponderações dos valores em conflito, pelo que o referendo, por exemplo, “é instrumento de balanceamento, mas não pode aniquilar o balanceamento de razões”, pois o sim ou o não absolutos não são, por si só, democráticos. (2012, p. 318-320).

O autor norte-americano, por sua vez, ressalta a importância de que, mesmo na concepção majoritária, em que os resultados se devem ater à vontade da maioria dos cidadãos, tal expressão volitiva deva ser resultado da disposição de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir, condições muitas vezes ausentes no processo democrático pátrio.¹¹

Dworkin destaca a democracia como um conceito interpretativo, motivo pelo qual há discordância sobre o que ela é ou sobre qual conjunto de valores explicam melhor o que ela tem de bom, ou, ainda, qual o seu sentido e fundamento. (2012, p. 390-391).

concern by embedding certain individual rights in a constitution that is to be interpreted by judges rather than by elected representatives, and then providing that the constitution can be amended only by supermajorities.” (DWORKIN, 2008, p. 144).

¹¹ “A premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir. Esse objetivo parece perfeitamente razoável, e muita gente, talvez sem refletir bastante, tomou-o como expressão da própria essência da democracia.” (DWORKIN, 2006, p. 24).

Para o autor norte-americano, a melhor definição é a que a considera em uma perspectiva comunitária, ou “quando cada um dos integrantes da comunidade assume o compromisso não só de cumprir a lei, mas de tentar fazê-la compatível com as exigências de dignidade.” (MOTTA, 2017, p. 31).

Para o jusfilósofo, a dignidade humana tem dupla dimensão: a do valor intrínseco da vida humana (respeito próprio) e a da responsabilidade pela vida humana (autenticidade). Pela primeira, toda vida humana tem igual valor objetivo e pela segunda, todos temos responsabilidade soberana por nossas próprias vidas. (MOTTA, 2012, p. 199).

Ambas dão sustentação à concepção de democracia em parceria de Dworkin, pois a primeira, no sentido de que toda a vida tem igual valor objetivo, ou seja, não há razões para que uma vida valha mais que outra, materialmente leva à conclusão de que se deve ter igual consideração e respeito por todos. Aqui, então, a ideia de dignidade está intimamente ligada à de igualdade e é um “desdobramento do princípio ético do valor intrínseco da vida humana”, cada qual tendo um valor objetivo. (MOTTA, 2015, p. 199-201, 2017, p. 253).

Já a segunda dimensão liga-se à ideia de autogoverno, à esfera de liberdade individual, decorrente do princípio da responsabilidade pessoal, pelo qual há o “dever inalienável dos indivíduos de identificar valor em suas próprias vidas” (MOTTA, 2017, p. 253), não podendo a coletividade impor-lhes a decisão sobre o que fazer, ou uns imporem coerção sobre os demais neste campo da moral, pois a aceitação aos códigos morais deve ser não uma imposição, mas fruto da decisão livre do homem. (MOTTA, 2015, p. 203-204).

Esta esfera subjetiva diz com padrões éticos (como vivemos por nós mesmos, ou o autogoverno) e não com padrões morais (como devemos tratar os outros, ou a igual consideração e respeito), pois o governo pode impor obrigações morais, em razão de decisões coletivas baseadas em princípios morais que podem ser impostas coercitivamente a todos, mas não pode impor princípios éticos.¹²

O conceito de democracia em parceria preocupa-se, pois, com a moralidade da decisão e com a igualdade política, vinculada a uma questão de atitude, de tratar as pessoas

¹² “The state makes those decisions for us all and properly coerces us to obey its decisions. The difference between these two kinds of decision is the difference between ethics and morality. Our ethical convictions define what we should count as a good life for ourselves; our moral principles define our obligations and responsibilities to other people. The principle of personal responsibility allows the state to force us to live in accordance with collective decisions of moral principle, but it forbids the state to dictate ethical convictions in that way.” (DWORKIN, 2008, p. 20-21).

como iguais, e não de mera operação matemática; liga-se à concepção de as instituições com poder de deliberação tratarem cada cidadão com igual consideração. (DWORKIN, 2012, p. 397-399).

Aqui, a igualdade política não é meramente procedimental e aritmética, mas substancial, pois não se trata de dividir o poder político em partes iguais, mas de maneira a que trate as pessoas como iguais, que existam sistemas constitucionais que, sem ameaçar a dignidade, criem alguma desigualdade de impacto do poder de cada um, para reforçar a legitimidade da comunidade. (DWORKIN, 2012, p. 399-400).

Apenas para pontuar, destacamos que Canotilho (1982, p. 380 - 392) também vai além de um significado meramente formal à igualdade, devendo ela ser material, substancial, expressa no dever de um direito justo e, para tanto, devendo ser assegurada a isonomia de oportunidades, eliminando-se as desigualdades fáticas (sociais, econômicas e culturais) para assegurá-la juridicamente, extraíndo-se como resultado a proibição do arbítrio. Neste passo, a lei assume um papel de meio de aperfeiçoamento da igualdade através da eliminação das desigualdades fáticas. (CANOTILHO, 1982, p. 380-392).

Voltando a Dworkin, em síntese sua concepção é a de que as decisões devam ser tomadas por instituições políticas que tratem os membros da comunidade com igual consideração e respeito, o que, todavia,

[...] não impede que as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares; mas esses procedimentos majoritários são exigidos “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”. Perceba-se que, aqui, a eventual adoção de procedimentos não majoritários não é, em si, uma causa de arrependimento moral: é possível que estes encontrem justificativa na proteção ou promoção da igualdade – o que, segundo essa visão, é a própria essência da democracia. Desse modo, Dworkin passa a sustentar uma *concepção constitucional* da democracia, que assume a seguinte postura diante do governo majoritário: a democracia é um governo sujeito às condições (chamadas *condições democráticas*) de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, suas decisões devem ser aceitas por todos. Quando não o fazem, ou quando o fazem de modo insuficiente, suas decisões devem ser consideradas inconstitucionais. (MOTTA, 2017, p. 69-70).

A concepção de democracia em parceria pressupõe que cada cidadão participe enquanto parceiro igual, o que “significa mais do que ter um voto igual. Significa que tem uma voz igual e uma parte igual no resultado.” (DWORKIN, 2012, p. 17).

Como se vê, o postulado da igualdade, na concepção de Dworkin, assume destaque. Parece ser ela o núcleo duro de qualquer processo democrático - o valor

imprescindível. Em Justiça para Ouriços, o jusfilósofo busca uma teoria de justiça distributiva que satisfaça os dois princípios da dignidade: igual preocupação e autogoverno. Ele critica a doutrina do *laissez-faire*, segundo a qual o governo mostraria igual preocupação ao assumir uma posição neutra, afirmando que as pessoas não têm os mesmos talentos, as mesmas oportunidades ou sorte, de forma que, ao fim e ao cabo, qualquer ato de governo acaba afetando o que cada cidadão tem e o sucesso que alcança. Neste ponto, diz Dworkin, uma igual preocupação se evidencia por uma ação *ex ante* do governo em relação ao cidadão, prevendo salvaguardas mínimas de forma que toda a sociedade se comprometa com o bem viver de cada um. (2012, p. 366).

E, como afirma o professor estadunidense, “uma pessoa vive bem quando encontra e adota uma vida boa para si mesma e quando o faz com dignidade, com respeito pela importância das vidas das outras pessoas e pela responsabilidade ética tanto dos outros quanto da sua própria.” (DWORKIN, 2012, p. 427).

Sintetizando: a concepção majoritária define democracia de forma processual e a em parceria, substancial. E a diferença mais evidente entre as duas, ainda que tal fique mais claro nos Estados Unidos, ante as características da *common law*, está na relação entre democracia e jurisdição. A concepção majoritária “desconfia do escrutínio judicial” e não aceita que o Judiciário anule leis defendidas por uma maioria (ou seus representantes), pois tal restringiria a liberdade positiva necessária à dignidade do cidadão. A democracia em parceria, ao contrário, reconhece a autoridade moral da maioria de impor sua vontade através de instituições legítimas de governo. Neste passo, aceita o escrutínio judicial como “uma estratégia possível” para reforçar a legitimidade do governo. A lógica é: a proteção da independência ética da minoria reforça o direito moral da maioria de impor sua vontade em relação a outras questões. (DWORKIN, 2012, p. 392-393).

A concepção constitucional de democracia, em Dworkin, é a de um “governo em que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito”. As decisões de rotina devem ser tomadas por agentes públicos eleitos, mas em “ocasiões especiais” será necessário, por ser mais eficaz, sejam adotadas por instituições e procedimentos não majoritários. Assim, propõe a coexistência de instituições e procedimentos baseados na premissa majoritária, com os desta desvinculados para que seja promovido com

maior eficiência o princípio fundamental da igual consideração e respeito. (MELLO, 2004, p. 93).

Pelo que analisamos, pois, a igualdade é, sim, central em qualquer democracia; todavia, o que se discute é a melhor maneira de concretizá-la, notadamente em questões cruciais como com relação a direitos sociais, em que há multiplicidade de direitos subjetivos. A exigência de igual consideração e respeito é muito mais imperativa e deriva de um compromisso mais profundo com a dignidade da pessoa humana, de maneira que formas de preservação desta dignidade necessitam ser formatadas.

A esta altura da construção do pensamento, fica clara a intersecção entre democracia e constitucionalismo, como movimento que internalizou direitos fundamentais nas cartas constitucionais, ampliando os poderes do Judiciário, pois a justiça constitucional finda por ser o socorro para a efetivação dos direitos fundamentais não garantidos pelos processos políticos majoritários. Mas este imbricamento está em perfeita consonância com o pensamento de Dworkin, sintetizado por Francisco José Borges Motta, *verbis*,

Objetivamente, Dworkin entende que os arranjos constitucionais que estabelecem diferença de impacto entre os atores públicos devem, em princípio, ser mantidos, ou seja: que somente devem ser desconsiderados caso essa diferença não possa ser justificada desde o ponto de vista da dignidade humana. [...] [...] o instituto da revisão judicial da legislação será legítimo na medida em que aprimore a legitimidade política como um todo, ou seja, na medida em que torne mais provável que a comunidade dê consequência a valores como a igualdade e a liberdade. (MOTTA, 2017, p. 90).

Então, para que possamos aprofundar estas ideias e, especialmente, aplicá-las ao caso concreto sugerido neste estudo, necessário entender melhor quais os fundamentos teóricos do que podemos chamar de crise do constitucionalismo atual e como aqui se expressa a doutrina do *judicial review*, entendendo como chegamos até aqui para que possamos traçar caminhos de como seguir. Estas conclusões são importantes, pois, como afirma Dworkin, “fundem duas ideias que muitas vezes foram pensadas para serem opostas – democracia e direitos constitucionais no ideal distinto de parceria política.”¹³ (DWORKIN, 1998, p. 457).

¹³ *Citizens have shared responsibility for political decisions in, but only in, a democracy that provides every citizen substantial equality of part and voice in its collective decisions, that recognizes the equal importance of every citizen's fate in deliberating and executing those collective decisions, and that guarantees each individual a sovereign immunity from such collective decisions over certain matters of conscience and faith that, as a matter of self-respect, people must decide for themselves. These conclusions have an important consequence: they merge two ideas that have often been thought to be opposed—democracy and*

Vamos começar, então, com alguns apontamentos sobre a teoria do direito e como ela se relaciona com o estudo do constitucionalismo. Esta abordagem é especialmente relevante, pois nos trará luz sobre como os direitos fundamentais assumiram a relevância que possuem, e de como a jurisdição constitucional lida com a concretização destes direitos.

2.4 A TEORIA DO DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, constituída por diversos agrupamentos sociais, cada qual com seu ordenamento jurídico, imperando, segundo expressão de Max Weber, *o politeísmo dos valores*, com o direito sendo um fenômeno social produzido pela sociedade (com normas consuetudinárias, v.g.) e não pelo Estado.

Já o Estado Moderno, absolutista, buscou um padrão objetivo de resolução dos conflitos: a lei (BOBBIO, 2006, p. 27). Todavia, ela era concebida como a vontade do soberano e apenas garantia ao indivíduo segurança contra a ação de outro indivíduo. Foi, então, o Estado Liberal, fruto da Revolução Francesa, trouxe a ideia de uma ordem jurídica protetora do indivíduo contra o Estado, vez que o poder ilimitado do soberano era um risco à burguesia e à sociedade de mercado. (BARZOTTO, 2007, p. 14-15).

Nestes contextos, várias foram as teorias para conceituação do direito. Todavia, a partir da segunda metade do século XIX, como também se verificava com os demais ramos das ciências sociais, o positivismo invadiu a ciência jurídica, buscando aplicar a ela os métodos utilizados pelas ciências naturais, confinando-a aos limites fornecidos pelos dados de experiência. (AZEVEDO, 2014, p. 177).

Surge, então, na Europa Capitalista, protagonizado especialmente pelo austríaco Hans Kelsen e pelo inglês Herbert Lionel Adolphus Hart, um movimento jusfilosófico inaugurando a sofisticação na reflexão sobre o direito, defendendo a total separação entre este e a moral, definindo-o como “um conjunto de normas dispostas hierarquicamente” em um sistema piramidal, em que umas normas são criadas em conformidade com outras, postas por atos de vontade de seres humanos – o positivismo. (BARZOTTO, 2007, p.17).

constitutional rights-into the distinct ideal of political partnership. It seems essential to the idea of democracy that democracy provides self-government, but we can claim that essential connection only if we conceive democracy as something more than majority rule. We must understand it as a kind of partnership among citizens that presupposes individual rights as well as majoritarian procedures. (DWORKIN, 1998, p. 457).

Barzotto destaca, ainda, que o direito no positivismo não apenas separa o direito da moral, mas separa-o, também, da política, de forma que as decisões devam estar submetidas a regras preexistentes, válidas segundo um critério aceito. (2007, p. 22, 109).

Streck afirma que o positivismo jurídico “tem em sua genealogia o positivismo científico, para o qual só há fatos”. Para ele

[...] Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). (STRECK, 2017, p. 159).

Inspirado nos ideais positivistas do filósofo francês Augusto Comte,¹⁴ baseado no cientificismo, isto é, na crença no poder exclusivo e absoluto da razão humana para conhecer e traduzir a realidade, o positivismo jurídico não aceita as explicações teológicas, filosóficas e do senso comum (DELLAGNEZZE, 2015), afirmando que lei e direito identificam-se, sendo metajurídico tudo mais que se afaste do texto legal. A análise é silogística, sendo a lei, como produto da ação humana – empírico-cultural -, a premissa maior, o fato a premissa menor e a decisão a conclusão.

O estudo do fenômeno jurídico não dependeria, pois, de uma avaliação moral, e o reconhecimento da validade das normas não dependeria de sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto, evidentemente variáveis, nem sua eficácia, pelo risco de arbítrio. Os positivistas consideram válidas todas as normas criadas por autoridades reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo. Dessa forma, o aplicador do direito deveria decidir sobre o caráter jurídico da norma com base na sua forma e não na sua substância. (BARZOTTO, 2007, p. 19-20).

Kelsen justifica esta necessidade de exclusão da moral do conceito de direito, afirmando a inexistência de um valor absoluto - “a” moral -, mas vários sistemas de moral profundamente diferentes e até antagônicos, motivo pelo qual uma norma jurídica pode contrariar um sistema moral, devendo o direito ter um critério de medida firme, consubstanciada em uma ordem coercitiva globalmente eficaz, estabelecida por atos humanos. (1985, p. 63-73).

¹⁴ Comte propagou o lema positivista: “O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim”, que, inclusive, inspirou os ideais republicanos brasileiros, cunhando na bandeira pátria a inscrição “ordem e progresso”. (DELLAGNEZZE, 2015).

Para ele, a validade da norma é uma “categoria lógica que expressa a validade de um dever ser”, que deve ser obedecida, mas somente é obrigatória se for produzida em conformidade com outra norma, logo sua juridicidade exige dois critérios: “a produção da norma em conformidade com o sistema e a eficácia”. Em Kelsen, esta cadeia de fundamentação encontra fim na *Grundnorm*, ou norma fundamental, não positivada, mas jurídica, por cumprir função jurídica, cuja validade é pressuposta. (BARZOTTO, 2007, p. 129-131, 38-39).

Já em Hart, que se notabilizou pelo método de análise da linguagem, uma norma é eficaz porque seus usuários a consideram válida, pois os membros do grupo e suas autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias de obrigação, que podem ser atos legislativos, práticas consuetudinárias, precedentes judiciais, etc. (BARZOTTO, 2007, p. 26, 103).

Aqui, também, validade e eficácia se interligam na juridicidade da norma, o que, para o professor gaúcho, “impede que o direito seja concebido com o um sistema”, pois não é possível determinar com certeza quais normas pertencem ao ordenamento jurídico, ou, em outras palavras, quais foram produzidas de acordo com as regras do sistema para integrá-lo. Aqui a cadeia de fundamentação encontra seu fim na *rule of recognition*, que, em Hart, pode ser uma regra ou um fato, dado seu caráter bifronte, o qual é criticado por Barzotto por ser situação comum a qualquer regra. (2007, p. 130, 110-111).

Frise-se, por oportuno, que “processo de positivação” dos direitos não se confunde com “positivismo jurídico”, pois:

[...] em nossa tradição jurídica, a positivação é um processo necessário e garantista, tratando-se de um método para criação de normas legais; a interpretação do direito, porém, não necessita e, segundo se crê, nem pode, ser positivista, no sentido usualmente empregado, de se extrair o sentido da norma, como se ele, o sentido, existisse por si mesmo. (PORTO, 2006, p. 28-29).

A crítica ao positivismo diz com o fato de, estando a atividade jurisdicional atrelada eminentemente à lei, que legitima incondicionalmente o direito, possíveis muitas injustiças por sua aplicação mecânica. Veja-se que, sob o manto do positivismo, viram juízes e juristas, à época no nacional-socialismo, a dissociação da atividade jurisdicional de rudimentares critérios de justiça, tanto que Radbruch, em seu escrito pós-guerra “arbitrariedade legal e direito supra legal”, ressaltou que “o positivismo, com seu ponto de

vista de que ‘antes de tudo se há de cumprir as leis’, deixou inermes os juristas alemães frente às leis de conteúdo arbitrário e injusto.” (AZEVEDO, 2015, p. 66-67).

Segundo Comparato, ao final da Segunda Guerra Mundial, e em face de todas as atrocidades ocorridas, “a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.” (2015, p. 68). É que a teoria positivista, não vê sentido na indagação quanto à possibilidade de a lei, buscando privilegiar uma minoria dominante, desvirtuar o sentido do direito, pois parte a teoria do “postulado de que não há direito fora da organização política estatal ou do concerto dos Estados no plano internacional.” (COMPARATO, 2015, p. 72).

É, pois, o positivismo incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, “pois a característica essencial destes consiste, justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado.” (COMPARATO, 2015, p. 72).

Veja-se, por exemplo, que, embora a Constituição de Weimar, de 1919, desse grande ênfase aos direitos fundamentais¹⁵, trazendo sessenta e seis artigos de regulações de direitos e deveres desta natureza (limitando, v.g., a liberdade econômica do particular em prol de uma ordem social justa), tais regulamentos careciam de validade, pois eram estas normas meramente programáticas, ante a ausência de um tribunal constitucional que garantisse vigência concreta a estes direitos. (ALEXY, 2015a, p. 98).

Tanto que, conforme esclarece Alexy (2015a, p. 98-99), embora evoluísse o pensamento jurídico, com o Tribunal Imperial requerendo o controle judicial da dação de leis no que tange aos critérios constitucionais, em uma tendência a abrir o controle do legislativo, um dispositivo contido na Constituição de Weimar (artigo 48, alínea 2),¹⁶ chamado “regulamento de necessidade”, deixou sem vigência importantes direitos fundamentais.

¹⁵ “Os direitos fundamentais, que iniciaram sua carreira triunfal no fim do século XVIII com as magnas Declarações de Direitos Humanos, os *Bill of Rights* na América e as Declarações francesas de 1789 a 1795, só com titubeios foram admitidos, já entrado o século XIX, nas Constituições dos Estados alemães, por exemplo, nas Constituições da Baviera e Baden de 1818, na Constituição de Wurtemberg de 1819, ou – bem mais tarde – na Constituição prussiana de 1850. Porém, nem sequer naqueles Estados nos quais chegaram a formar parte da Constituição desempenharam, na prática, um papel considerável. Sua virtualidade se conseguiria pela primeira vez na raiz da revolução de 1848, com a tentativa de fundação do Reich.” (HESSE, 2009, p. 60-61).

¹⁶ “O presidente imperial pode, quando no império alemão a segurança e ordem pública é perturbada ou posta em perigo consideravelmente, tomar as medidas necessárias para o reestabelecimento da segurança e ordem pública, em caso necessário, intervir com o auxílio do poder armado. Para essa finalidade ele pode,

É que, nomeado Chanceler, Hitler, que não possuía maioria no parlamento, alegou impossibilidade de satisfazer as exigências do Partido do Centro, sugerindo a dissolução do *Reichstag* e novas eleições, o que foi feito e aplaudido pelos industriais ante a promessa de fim da democracia e a debilidade da classe média e opositores. Foram, então, proibidas as reuniões, seguindo-se violência e morte. Antes do pleito, porém, um incêndio no parlamento dá ensejo a Hitler convencer o Presidente Hindenburg a assinar um Decreto para a Proteção do Povo e do Estado, suspendendo as sete seções da Constituição que garantiam as liberdades individuais e civis, impondo pena de morte para crimes que importassem em grave perturbação, entre outras permissividades, instalando um clima de terror.

Ainda assim, Hitler não obteve a votação necessária à implantação da ditadura, e, não satisfeito, passou a articular para obter do parlamento um “ato de autorização” (lei para a supressão do estado de miséria da nação e do *Reich – Gesetz zur Behebung der Not Von Volk und Reich-*), conferindo a si poderes legislativos exclusivos por quatro anos. Agora, ele logra êxito na votação necessária, obtida com a prisão e a recusa de admissão de deputados oponentes. (AZEVEDO, 2014, p. 102-115).

Foi, pois, com base em permissivos legais que, em 24 de março de 1933, eliminou-se, expressa e completamente, o respeito aos direitos fundamentais liberais, ditos incompatíveis com o programa nacional-socialista. Nesta data, foi assinada a “lei de autorização, pela qual o parlamento imperial, com maioria que modifica a Constituição, transferiu ao governo imperial e, com isso, a Adolf Hitler, não só o poder para a dação das leis, mas também o autorizou a desviar da constituição.” (ALEXY, 2015a, p. 99).

As atrocidades que se seguiram são por todos conhecidas, fomentadas pela grande capacidade de domínio e manipulação psicológica de Adolf Hitler, que insuflou ódio ao povo judeu,¹⁷ utilizando-se, com apoio de seu ministro Joseph Goebbels, de toda ordem de propaganda antissemita possível, através da arte, música, teatro, filmes, livros, estações de

temporariamente, deixar sem vigência, completamente ou em parte, os direitos fundamentais fixados nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.” (ALEXY, 2015a, p. 99).

¹⁷ Em seu livro “*Mein Kampf*”, Hitler descreve o que disseminou como características do povo judeu, e, tendo ele se utilizado até mesmo dos templos para “estudos” de sua publicação, evidencia o motivo porque conseguiu que o povo alemão apoia-se medidas tão aviltantes. Diz, v.g.: “Assim, em pouco tempo, o judeu ameaça adquirir o monopólio do comércio. Começa com empréstimos de dinheiro e, como sempre, com juros de usurários. Na verdade, foi ele quem, por este meio, introduziu o juro. O perigo dessa nova instituição, em princípio, não é reconhecido, sendo ela até acolhida com entusiasmo pelas vantagens momentâneas que oferece. [...] As finanças e o comércio tornaram-se, decididamente, monopólios seu. [...] Como o judeu nunca cultivava a terra, que para ele representa um fundo de exploração, o camponês pode ficar vivendo ali, entretanto tão miseravelmente oprimido por seu novo senhor, que a aversão contra esse vai pouco a pouco se convertendo em ódio declarado.” (HITLER, 1924, p. 225).

rádio, materiais escolares e imprensa. A “pureza racial” foi, então, um valor perseguido pelo governo nacional-socialista na Alemanha, entre 1933 a 1945, motivo pelo qual a coerência, como valor puramente interno do direito não seria, por si só, garantia suficiente de justiça. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 189).

Neste contexto, foi somente com a derrocada do nazismo que a concepção de direito fundada na lei ganhou novas cores, especialmente pelos estudos de Gustav Radbruch, que se tornou um crítico do positivismo jurídico, convencido da legitimação do direito nazista pela postura juspositivista dos operadores do direito.

A conclusão se deu pela reflexão sobre como, utilizando-se da concepção positivista de direito, o nacional-socialismo conseguiu manietar, de um lado, seus juristas, pela concepção de que antes de tudo se deveria cumprir as leis, e, de outro, seus soldados, com a máxima: “ordens são ordens”. Todavia, estes (soldados) ainda tinham a proteção do art. 47 do Código Penal Militar alemão, autorizador da cessão da obrigação de cumprir ordens orientadas por fins delituosos, mas aqueles (juristas) não possuíam nenhum amparo para o não cumprimento da lei. Esta forma de expressão do positivismo jurídico por décadas predominou entre os juristas alemães, quase sem resistência. (RADBRUCH, 1980, p. 127).

Radbruch afirma não ser a segurança jurídica o único valor que se busca. Antes, segundo ele, se almeja a justiça e, ante o conflito entre segurança jurídica e justiça, prevalece, em princípio, a lei, exceto se o conflito for tal que a lei, como direito injusto, deva ceder ante a justiça¹⁸ (1980, p. 134-135), formatando o que ficou reconhecido como “a fórmula de Radbruch”.

A fórmula é, em síntese, a constatação de que “o conflito entre justiça e segurança jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não

¹⁸ “El positivismo, con su convicción de que ‘la ley es la ley’, ha vuelto indefeso el orden de los juristas contra las leyes de contenido arbitrario y criminal. Por otra parte, el positivismo se halla incapacitado totalmente a fundar por sus propias fuerzas la validez de las leyes. Él cree haber podido fundar la validez de una ley por el solo hecho de haber poseído La fuerza de imponerse. Pero sobre el poder podrá si acaso fundarse la necesidad de un comportamiento, jamás un deber ser (Sollen) y un valer. Éste se deja más bien fundar sobre un valor que inhere en la ley. Un valor posee, sin duda, toda ley positiva sin consideración a su contenido, porque al menos procura seguridad jurídica. Pero la seguridad jurídica no es el único ni tampoco el valor decisivo, que el derecho tiene que realizar. Junto a La seguridad jurídica intervienen otros dos valores: conveniencia (zweckmäßigkeit) y justicia.” (RADBRUCH, 1980, p. 134-135).

beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça alcance tal medida que a lei, enquanto direito arbitrário, deva ceder ante a justiça”.¹⁹

Mas, então, quando se poderia afirmar ter sido ultrapassada a medida, sendo uma lei extremamente injusta? É possível estabelecer um limite dogmático prévio? O professor de Heidelberg segue afirmando que há normas de conteúdo injusto que conservam sua validade, mas outras há que, de tão eminentemente injustas, por sequer perseguirem a justiça ou por negarem conscientemente a igualdade, perdem sua condição de jurídicas.²⁰ Ele traz a moral para dentro do direito, relacionando o conceito deste com o de justiça, inserindo-se no movimento denominado moralismo jurídico.

Neste sentido, em complementação, o filósofo alemão, na tentativa de explicar e concluir a ideologia de sua tese, acaba por ultrapassá-la e aprofundá-la, afirmando que se a lei ferir de tal modo a justiça, por nem sequer aspirar realizá-la ou por, na formulação do direito positivo, deixar de lado, conscientemente, o princípio da igualdade,²¹ que constitui o núcleo da justiça, então não estamos diante de uma lei que estabelece um direito defeituoso, mas o que ocorre é que estamos diante de um caso de ausência de direito, carecendo a lei até de natureza jurídica (RADBRUCH, 1980, p. 135), pela ultrapassagem do que Alexy convencionou nominar “limiar da injustiça”. (ALEXY, 2011, p. 33).

Oliveira, parafraseando Radbruch, afirma que em *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht* (1946), o filósofo alemão propõe as seguintes aproximações do que seria uma extrema injustiça, quais sejam:

a) uma lei que despreze o núcleo dos princípios de direito natural, expressos nas declarações de direitos humanos e civis, não é direito; b) uma lei que despreze a justiça enquanto finalidade do direito positivo, especialmente por meio de uma traição da igualdade, não é direito; c) uma lei que negue aos seres humanos seus direitos humanos, especialmente através da negação do reconhecimento de seu status humano, não é direito; d) uma lei que imponha uma mesma punição a classes de crimes muito diferentes umas das outras em gravidade, não é direito. Esses conteúdos não são apenas injustos, eles são extremamente injustos e, portanto,

¹⁹ “[...] El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aun en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance tal medida, que la ley como “derecho arbitrario” deba ceder ante la justicia. (RADBRUCH, 1980, p. 135).

²⁰ Otra línea de separación es posible trazar agudamente: en los casos donde ni siquiera es perseguida la justicia y donde es negada conscientemente la igualdad que constituye el núcleo esencial de la justicia en el establecimiento del derecho positivo. En ese caso la ley no es solamente ‘derecho injusto’, sino que más bien carece de naturaleza jurídica.” (RADBRUCH, 1980, p. 135).

²¹ Mais uma vez, aqui, a importância da igualdade, como princípio norteador e cuja reflexão é a central na concepção de uma decisão democrática.

importam na negação da natureza jurídica da lei na qual se apresentem. (OLIVEIRA, 2014, p. 145).

Radbruch, em seu Quinto Minuto²², reconhece a existência de um direito supra legal, de "princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo", afirmando que esses princípios - que alguns chamam de "direito natural" e outros de "direito racional" - e que tornam inválida a legislação arbitrária, pertencem a um "direito supralegal," que foi, ao longo dos séculos, cultivado pela humanidade, sendo compilado nas declarações dos direitos dos homens e do cidadão, cujos princípios são incontestáveis moralmente, tanto que o autor refere que "com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas".

Embora Radbruch tenha falecido apenas quatro anos após o fim da 2ª guerra e um ano após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, suas reflexões tornaram-se grande legado, tendo suas conclusões a respeito da invalidade da legislação extremamente injusta e da vinculação da validade do direito a valores ou princípios de justiça, influenciado, de algum modo, toda uma geração de autores da contemporânea teoria do direito, destacando-se, especialmente, Robert Alexy, para quem "a moral terá um efeito corretivo do Direito, representado pela fórmula de Radbruch, bem como pelo caráter axiológico dos princípios jurídicos." (LUIZ, 2013, p. 167).

Este movimento em oposição ao positivismo e à triste experiência da 2ª Guerra Mundial, originou, então, a Jurisprudência de Valores, que tinha a pretensão de controlar as decisões do Tribunal Constitucional Alemão, ante a desconfiança quanto ao "poder ilimitado advindo de qualquer espaço". Para Streck, a Jurisprudência de Valores é uma forma de positivismo, embora não o exegético, em razão do alto grau de discricionariedade do julgador, que, ao embasar-se em valores, esconde decisões fundadas em razões pessoais. (STRECK, 2017, p. 117-118).

Tendo como defensores, entre outros, Karl Larenz e Josef Esser, seu cerne é a preocupação com a "criação judicial do direito", que deve ser "guiada pelos valores culturais de uma sociedade" que, para Esser, variam de acordo com o contexto e as necessidades de cada comunidade. Já Larenz entende haver algo além da liberdade de conformação do

²² *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* é uma circular que Radbruch encaminhou aos estudantes da Universidade de Heidelberg, publicada na edição de 12 de setembro de 1945 da *Rhein-Neckar-Zeitung* (GODOY, 2014).

legislador – os valores –, e que é extraído da interpretação, da recorrência a casos julgados e até da natureza das coisas. (STRECK, 2017, p. 115-166).

Pois bem, é a partir desta realidade que o novo constitucionalismo, ou pós-positivismo, começa a formatar-se, pois, como visto, a separação conceitual entre direito e moral feita pelo positivismo demonstrou-se perniciosa e antidemocrática. Concebe-se, então, a ideia de inclusão da moral no plano jurídico, com a institucionalização dos direitos fundamentais, especialmente pela força normativa dos princípios (argumentos morais) constitucionais a permear todo o sistema jurídico positivo.

Mas, como a jurisdição ultrapassa o paradigma positivista e como a hermenêutica possibilita ou não a inclusão da moral no direito? Para evoluímos até estas respostas, necessário que façamos algumas considerações sobre a evolução do constitucionalismo, com uma análise mais acurada de sua maior expressão, qual seja, a jurisdição constitucional.

Sigamos.

2.5 CONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Findamos o tópico anterior indagando qual o papel da moral no direito hodierno. Nesta perspectiva, a Constituição assume o protagonismo no Estado Moderno e, com ela, a jurisdição constitucional, pois, segundo Cláudio Ari Mello, norteado pelo pensamento de Ferrajoli, Direito e Estado contemporâneos se estruturam sob o paradigma constitucional, sendo os direitos fundamentais vínculos irrevogáveis que limitam as decisões das maiorias políticas, e, inclusive, o livre mercado. (MELLO, 2004, p. 107).

É que no modelo positivista do Estado liberal, “a supremacia parlamentar e a onipotência e onisciência do legislador significavam que a constituição não era materialmente vinculante para a atividade política”. Já no atual paradigma constitucionalista, “o projeto constitucional estabelece uma vinculação interna – jurídica – para a política, particularmente pelo dever imposto pela constituição ao legislador de garantir os direitos fundamentais”, “cujo conteúdo é indisponível à atividade política”. (MELLO, 2004, p. 107).

Por este prisma, impõe que aprofundemos o estudo do constitucionalismo para que possamos identificar qual sua importância para a jurisdicização dos direitos sociais. Em uma breve digressão histórica, é possível afirmar que desde as antigas civilizações poder-se-ia

ter algo como um pré-constitucionalismo, partindo da premissa de que, mesmo sem regras escritas, já existiam regras naturais de conduta comuns a estas sociedades, que poderiam tipificar uma “constituição natural”. Para Maria Cristina Vitoriano Martines Penna, esta que, no passado, “foi garantia da perpetuação da espécie, hoje perpetua, para a mesma espécie, entre outros, os direitos e garantias individuais.” (2012, p. 01).

Para Barroso, “tanto a noção como o termo Constituição já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antiguidade clássica ao Estado Moderno”. A Constituição corresponderia à forma de organização social, mais vinculada a um dado da realidade do que a uma criação racional. (2017, p. 100-101).

Por outro prisma, a positivação dos direitos fundamentais tem seu embrião na Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra de 1215, que, embora (assim como outros documentos da época) se destinasse a conceder privilégios a estamentos sociais e não a reconhecer direitos gerais, “serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.” (SARLET, 2015, p. 41).

Desde a Magna Carta, os ingleses fundamentaram solidamente a ideia de restrição ao poder político, ainda que não dispendo de uma Constituição escrita, culminando, com a *Revolução Inglesa* (1688), a instituir uma monarquia constitucional, com poderes limitados pela *Bill of Rights* (BARROSO, 2017, p. 102). Todavia, foi a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, que marcaram o nascimento dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 43).

O liberalismo do século XVIII, de cunho individualista, buscava uma menor intervenção do Estado na autonomia individual, assumindo relevo os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São os chamados direitos de primeira geração (ou primeira dimensão, para enfatizar uma ideia de complementariedade e não de superação pelas gerações vindouras). (SARLET, 2015, p. 46).

Evoluímos do Estado Liberal, focado nas liberdades individuais e no primado da personalidade humana, em bases individualistas, criando um sistema de contenção do Estado e inspirador da ideia de direitos fundamentais e divisão de poderes, fruto da Revolução Francesa (1789), para um Estado Social. Este, com forte influência, também, da Revolução

Russa (1917) e de um ciclo de erupções e sucessões dialéticas que lhe sucederam, acabou por formatar a ideia de reinterpretação da liberdade, com vistas à emancipação do ser humano das maiores dependências que lhe podem ser impostas, que são: “a enfermidade, a fome, a miséria, o analfabetismo e a prostituição” (BONAVIDES, 2014, p. 202-211). Passou-se a atribuir ao Estado, assim, a obrigação de garantia ao cidadão de um mínimo existencial em direitos sociais. (LEAL, 2009, p. 96-98).

Todavia, ao tornar-se mais intervencionista, o Estado agigantou-se, especialmente com o fim da Segunda Guerra, onde sua participação passou a ser mais exigida para a restauração dos meios de produção, a reconstrução das cidades e a readaptação da vida social. Em face desta atividade econômica, o mercado passa a vê-lo como financiador e consumidor, e fomenta-se a descentralização de sua atuação, com a criação de autarquias, empresas públicas, etc.²³, desfocando, assim, da atuação essencial para atender a diversas demandas que o tornam ineficiente e, ainda, propiciam reflexos negativos como o clientelismo, o nepotismo e a corrupção.

É neste contexto de intervencionismo exacerbado que o Estado Social, preocupado com o bem de todos e especialmente com a dignidade humana, passa a um novo modelo, mais participativo, mas fundado no princípio da subsidiariedade – O Estado Democrático de Direito. (GOMES, 2011, p. 224-225).

Paralelamente a este contexto, o constitucionalismo do segundo pós-guerra, originalmente na Alemanha, com a Constituição de Weimar (1919) – ainda que tenha um referencial inicial na Constituição Mexicana de 1917 - traz, pois, uma discussão sobre o papel da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito, ligada à realização de direitos fundamentais, representando uma forma de atingir os ideais da modernidade: igualdade, justiça social e garantia de direitos humanos/fundamentais e sociais.

Como afirmamos, apoiados em Dworkin, partindo-se da premissa de que é necessário haver restrições ao poder da maioria, expresso pela vontade de seus representantes eleitos, indaga-se como e quem poderia efetuar este controle, em um sistema de freios e contrapesos viável e democrático. Dessa forma, o papel dos tribunais, então, assume relevância, quer por sua função histórica, quer pelas novas atribuições na guarda das

²³ De cerca de 17 paraestatais até 1930, o Brasil vê o número elevar-se para 582 no início da década de 1980, na busca de desenvolvimento econômico e atuação em setores em que ausente a iniciativa privada. (GOMES, 2011, p. 30-31).

constituições, posto o alto conteúdo principiológico dos textos, o caráter compromissório e diretivo das constituições e as crescentes demandas sociais para concretização de direitos. (STRECK, 2016, p. 45).

Esta relevância do papel dos tribunais, porém, enseja discussões sobre a legitimidade democrática de sua atuação, posto que as decisões de natureza política não mais emanariam do povo, mas de uma elite intelectual que, por mais competente tecnicamente, pode não ter a dimensão adequada do que seja a real vontade do povo.

Não obstante, esta legitimidade democrática, segundo Cláudio Ari Mello decorre da própria natureza da jurisdição constitucional. No caso do Brasil, afirma, inspirado em Philippe Blachèr, que “*a jurisdição constitucional representa a soberania popular consolidada no sistema constitucional*”, ante a “convergência entre o elemento democrático, o elemento moral substantivo e o elemento judicial” de nossa democracia constitucional. (MELLO, 2004, p. 186).

Vale observar que Gavião Filho, ao analisar a ponderação como fenômeno jurídico de concretização jurídico-criativa, afirma que a legitimidade jurisdicional para a ponderação de direitos fundamentais é alcançada pela argumentação. A representação é argumentativa. Assim, constrói-se o conceito de democracia representativa não só pela representatividade política - legislativa -, mas pela representatividade argumentativa – jurisdicional -. (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 299-300).

A par desta discussão, enseja relevo a forma como o Judiciário pode/deve assumir esta responsabilidade, e que se difere consoante a postura adotada no atual constitucionalismo, quais sejam: a *procedimentalista* ou a *substancialista*.

A postura procedimental, defendida por Habermas, entre outros, sustenta que devemos garantir a forma para que a sociedade detenha um legítimo processo de criação democrática do direito, pois os procedimentos tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade e o conteúdo prevê procedimentos estabelecendo meios e garantias para as decisões coletivas, limitando-se a fixar a estrutura básica de Estado, procedimentos governamentais e princípios relevantes para a comunidade. O paradigma procedimental procura proteger as condições do procedimento democrático.

Diz o jusfilósofo:

Se agudizarmos ‘republicanamente’ nossa sensibilidade em relação aos componentes deliberativos do processo de legislação envolvidos na questão da legitimidade da jurisprudência constitucional, poderemos formular de modo mais específico a proposta procedimentalista de Ely.²⁴ A compreensão republicana da política embora o nexo interno entre o sistema de direitos e a autonomia política dos cidadãos. Nesta perspectiva o tribunal constitucional precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo da normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam legitimidade. (HABERMAS, 2012, p. 340, grifo do autor).

Saavedra, em uma releitura de Habermas, afirma que o processo democrático de formação da legislação pressupõe uma esfera pública ativa, que se reproduz no mundo da vida e atua como uma caixa de ressonância, regenerando o sistema político e tematizando os problemas da sociedade como um todo. (2006, p. 153).

Contrariamente, porém, manifesta-se a corrente substancialista do constitucionalismo contemporâneo, que tem em Dworkin uma de suas expressões. Por ela, o procedimento não pode ser aplicado se houver dúvida quanto à sua justiça, pois são essenciais à democracia: a justiça, a liberdade, a igualdade e a proteção à dignidade humana. Trata-se de uma perspectiva dirigente, pois aponta as linhas de atuação para a política - cláusula transformadora permanente-, e compromissória da Constituição, pelo desenvolvimento e superação das desigualdades, reforçando os valores da norma de direito fundamental. Os substancialistas defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, onde o Judiciário, mais do que harmonizar e equilibrar os poderes, é o intérprete que põe em evidência a vontade geral implícita no direito, especialmente da Constituição e nos princípios de valor permanente da sociedade. (MOTTA, 2017, p. 50).

Conforme Mello, “não é possível aceitar as concepções puramente procedimentais, para as quais o princípio do constitucionalismo deve apenas ser a estrutura formal que garante o funcionamento do regime democrático, sem proteger valores substantivos apriorísticos”. Para o autor, fica sem solução a questão posta ao procedimentalismo sobre “quais são as condições prévias necessárias de um debate democrático efetivamente justo e aberto”, mas, de outro lado, reflete que o substancialismo comete o erro de asfixiar o exercício da política, essência da democracia, por ser um modelo do qual resulta a supremacia do Judiciário, em face da soberania dos direitos fundamentais imposta por um conjunto de princípios de significado aberto. (MELLO, 2004, p. 110-111).

²⁴ O autor refere-se a John Hart Ely e seu trabalho *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, de 1980.

Procedimentalistas e substancialistas têm, pois, posições próprias sobre o papel a ser desempenhado pelos tribunais na interpretação da Constituição. Procedimentalistas defendem a autocontenção do judiciário que deve apenas preservar as regras do jogo democrático, ao passo que substancialistas aceitam a ativa interpretação dos direitos previstos na Constituição.

E é neste sentido que vem as críticas à teoria substancialista, quais sejam: a viabilização do ativismo judicial; a judicialização da política; a ilegitimidade democrática do Judiciário, por não se constituir de pessoas eleitas pelo povo; o autoritarismo imposto pelo tribunal constitucional e o fomento à descrença na lei e na democracia, questões que serão aprofundadas ao longo do capítulo, incluindo o seguimento do debate entre procedimentalismo e substancialismo.

Como visto, a ligação entre democracia e constitucionalismo, como conceitos interdependentes, exige critérios de autolimitação para que, assim, ambos se fortaleçam. Neste sentido, o constitucionalismo trouxe novos desafios para a teoria do direito, que se deve ocupar, segundo Ronald Dworkin e Lenio Streck, como veremos, dos critérios a serem adotados para a decisão jurídica, de forma a que se possa concebê-la como democrática.

Streck, por exemplo, destaca que:

[...] a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. *Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!* Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro [...] para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. (2016, p. 162).

Sarmiento (2010, p. 57) afirma que “uma das principais características do Direito Constitucional contemporâneo, que atravessa fase denominada de pós-positivismo, é a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento da sua força normativa.” É a força normativa da Constituição, concebida por Konrad Hesse, para quem a norma fundamental tem uma pretensão de eficácia, de concretização. (MOTTA, 2017, p. 59).

É que, como afirma Sarmiento, os princípios são a expressão jurídica dos ideais de justiça da sociedade, representando uma espécie de positivação dos valores e conduzindo a uma leitura da Constituição que não pode ser “axiologicamente asséptica”. (SARMENTO, 2010, p. 58-59).

Lazari define a atual jurisdição constitucional como uma postura que se converteu de uma *inércia letárgica* a uma *inércia de movimento*, o que parece definir a essencialidade da jurisdição hodierna. (LAZARI, 2016, p. 108). E se, como se viu, a alta carga principiológica de Constituição, somada à doutrina, no Brasil incorporada fortemente, embora bastante combatida, do *constitucionalismo dirigente*, do professor português José Joaquim Gomes Canotilho, semeou na mente dos juristas uma ideia de uma Constituição que, mais do que uma mera coletânea de princípios e normas programáticas, traz, em si, uma direção para toda atuação política do legislador, não somente como limite, mas, especialmente, como comando de concreção de seus princípios.

Canotilho foi o principal mentor da Constituição portuguesa de 1976, pilar do Constitucionalismo Dirigente, preconizando a superação da ideia de normas programáticas não vinculantes do texto constitucional, com função apenas delimitadora de poder, e constituindo-se em meras promessas, programas ou preceitos políticos, para evoluir-se à materialização da Constituição, conferindo a suas normas constitucionais programáticas o “condão de vincular o legislador, impondo a obrigação de emanar leis fixadoras de prestações positivas, assim como determinando ao Poder Executivo disponibilizar os serviços e atividades necessárias à concretização das normas constitucionais.” (SCHOLZE, 2014, p. 1).

Destaque-se que tal concepção fazia parte de um “projeto de mudança social e econômica, que na visão da referida Constituição portuguesa, objetivariam uma transição gradativa para o socialismo”, conforme asseverou Schoelze (2014, p. 1), ao ressaltar o artigo 2º da Constituição portuguesa, em sua redação original (hoje alterada), *in verbis*:

ARTIGO 2.º (Estado democrático e transição para o socialismo) A República Portuguesa é um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democrática, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras. (PORTUGAL, 1976).

O jusfilósofo português destaca que o direito social prestacional pressupõe um Estado que não seja mínimo e que possa garantir igualdade de oportunidades para todos, assegurando uma “*ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade*”, evidenciando-se um “*Estado social, criador de bens colectivos e fornecedor de prestações.*” (CANOTILHO, 1982, p. 391).

Para uns, isso significa a compreensão democrática e social do Estado de Direito; para outros, isso é o caminho do novo Leviathan, da ditadura de todos sobre todos, pois uma crescente produção de bens públicos através de uma crescente produção de leis e de financiamento colectivo aniquila a espontaneidade da ordem social e do modelo constitucional contratual. A constituição dirigente pressupõe que aos poderes públicos – designadamente legislador e órgãos de direcção política – se deve assegurar uma capacidade de acção necessária para o cumprimento do «programa constitucional» e das «imposições legiferantes». Todavia, o direito a prestações e a efectivação da igualdade de oportunidades não atentam, segundo alguns, num problema crucial da democracia: o reconhecimento destas prestações implica uma tendência para «expectativas escalantes» e reivindicações progressivas, inevitavelmente conducentes à «sobrecarga do governo» e à «ingovernabilidade». Estas referências descritivas justificam, segundo se crê, aquilo que se começou por se afirmar em sede de pré-compreensão: a teoria da constituição dirigente é indissociável, como qualquer outra teoria, da pré-compreensão do Estado e da sociedade. Sobre estas não há que discutir aqui. (CANOTILHO, 1982, p. 392 – grifo do autor).

Assim como o Estado português, que alterou sua constituição no que tange a tal projeto de Estado socialista,²⁵ Canotilho também reviu sua visão sobre a Constituição dirigente, afirmando:

A auto-reflexão levou-nos, a pouco e pouco, a um exercício dramático de revisão de algumas das premissas básicas da teoria da constituição dirigente. [...] Este trabalho foi considerado, em muitos quadrantes doutrinários, designadamente no brasileiro, um verdadeiro “hara-kiri” científico e um toque de finados da Constituição dirigente. (2012, p. 34).

Para o constitucionalista, o problema central da Constituição Dirigente consiste na concretização das normas e princípios constitucionais a partir de programas e diretivas constantes no texto, de forma que passa ele a defender “um constitucionalismo reflexivo”,²⁶ estabelecendo premissas materiais fundantes das políticas públicas. (MOTTA, 2017, p. 61).

Ocorre que a retratação de Canotilho se dá em face de um contexto europeu muito diverso do nosso, onde as conquistas civilizatórias são bem mais expressivas do que no Brasil, de forma que o modelo dirigente ainda evidencia-se necessário para concretização e evolução de nossas conquistas sociais.

Por este prisma, e voltando à dicotomia procedimentalismo versus substancialismo, Streck vê neste modelo uma aproximação com o constitucionalismo

²⁵ Atual redação do artigo 2º da Constituição portuguesa: “Estado de direito democrático A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” (PORTUGAL, 1976).

²⁶ Canotilho traz este modelo em oposição ao autoritarismo dirigente, ineficiente, substituído pela adoção de novos mecanismos para complementar os propósitos da modernidade. (SCHOLZE, 2014).

dirigente (2013, p. 164), destacando ser um equívoco abrir mão da força normativa da Constituição em países como o Brasil, de modernidade tardia e que ainda não alcançaram as conquistas básicas, como estabilidade social e econômica, que superem tanto a falta de segurança e de liberdade, quanto às desigualdades políticas e a pobreza. (STRECK, 2008, p. 285-286).

Todavia, observa-se que um modelo constitucional de soberania absoluta dos direitos fundamentais, em que seus significados sejam fluidos e abertos a discussões morais e à definição destes pelo Judiciário, como poder supremo, pode asfixiar o exercício da política, que é a alma da democracia (MELLO, 2004, p. 111). É preciso, então, encontrar um equilíbrio possível a estas forças.

Assim, se uma postura substancialista é, de fato, a que mais se evidencia no pensamento contemporâneo pátrio, sendo necessária à efetivação dos direitos fundamentais, não se olvida a imprescindibilidade de instrumentos moderadores a este modelo, como forma de evitar as mazelas que acompanham esta concepção, como a crítica em razão da usurpação pelo Judiciário de um espaço destinado ao povo e os excessos no exercício da jurisdição constitucional, que passaremos a abordar, trazendo reflexões teóricas sobre um dos mais debatidos fenômenos do constitucionalismo, mas que mantém aceso o debate, sempre reabastecido por novas perspectivas: o ativismo judicial.

2.6 O ATIVISMO JUDICIAL

Pois bem, destacados os principais traços da evolução do constitucionalismo, em especial do europeu, dada sua influência no ordenamento e jurisprudência pátrios, deixamos para este tópico especial, em razão da relevância para este estudo, outro fenômeno, este de ascendência norte-americana, que influencia, também, a jurisdição pátria e que se denominou *ativismo judicial*.

E é neste contexto que nosso constitucionalismo ganha novas cores, inspirado na doutrina do *judicial review*, ou ativismo judicial, ou, ainda, na forma de *judicialização da política*, vez que o direito constitucional é um direito político, o que não significa que a

influência política importe em “decisionismos”, como afirma Tassinari. (2013, p. 24-28). Vamos aprofundar.

Como afirmamos, no atual constitucionalismo, o judiciário deixa de ser um poder inerte para assumir seu papel político como garantidor da efetivação dos direitos fundamentais sociais. Com isso, há espaço para reconhecermos que a Constituição preconiza a judicialização da política, mas tal, como já se disse, não implica em decisionismo, ou, em outras palavras, não implica em ativismo judicial.

Isto se dá porque a garantia de efetivação dos direitos sociais deve-se ater estritamente aos limites constitucionais e não, sob o pretexto de se estar exercendo o devido controle de constitucionalidade, estar-se, em verdade, relegando o direito a mero produto de decisões judiciais, fundadas em discricionariedades e convicções pessoais.

Mas, feitas estas considerações preliminares, é preciso tentar definir o que é ativismo judicial, sendo necessário, inicialmente, pontuar não haver um consenso acerca de sua conceituação, nem mesmo se é positiva ou negativa sua prática.

Ativismo judicial não é um termo de fácil definição, pois tanto pode denotar uma visão positiva, no sentido oposto à inércia, indicando um agir na busca da realização de direitos, quanto negativa, no sentido de uma atuação segundo uma conceituação própria de valor, extrapolando os limites tradicionais de atuação do Judiciário em face da tripartição de poderes.

Abboud relaciona os seguintes aspectos positivos elencados pela doutrina pátria: garantia de direitos fundamentais, garantia da supremacia da Constituição e fundamentação por princípios jurídicos e constitucionais. Todavia, reconhece como negativa a interferência da preferência dos julgadores nas decisões, caracterizando o ativismo como uma atividade perniciosa para o regime democrático. (ABBOUD, 2015, p. 21).

Esta última concepção é a que vem sendo mais comumente empregada no mundo jurídico, como um adjetivo negativo ligado a uma invasão indevida na esfera de atuação de outros poderes. Não obstante, é preciso que se ressalte a distinção trazida por Tassinari (2013, p. 31), entre *ativismo judicial* e *judicialização da política*. Seria algo como, em alguma medida, a teoria do universo espelhado, com os gêmeos bom e mau, ou duas faces de uma mesma moeda. Barroso os chama de primos que vem “da mesma família, frequentam os

mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.” (BARROSO, 2012, p. 25).

Neste contexto, Tassinari destaca o *ativismo judicial* como uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais, ou exercendo, com supremacia, competências não lhe reconhecidas constitucionalmente. Trata-se de “uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação”. Já a *judicialização da política* apresenta-se como um fenômeno contingencial de atuação do Judiciário ante a insuficiência dos demais poderes e no limite da Constituição. (TASSINARI, 2013, p. 27-37).

Assim, segundo a professora, a diferença entre ativismo judicial e judicialização da política consubstancia-se em: reconhecer o elo entre Direito e Política; que esta relação não autoriza a existência de ativismos e que ambos são fenômenos distintos, sendo o primeiro uma atuação para além dos limites constitucionais e o segundo um fenômeno contingencial. (TASSINARI, 2013, p. 36-37).

A judicialização da política é um fenômeno social, decorrente de múltiplos fatores que culminaram, como afirmou Streck, no “deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário”, não se podendo, todavia, confundir “a adequada/necessária intervenção da *jurisdição constitucional*” com a possibilidade de “decisionismos por parte de juízes e tribunais.” (STRECK, 2014a, p. 198-199).

Já Elival da Silva Ramos concebe ativismo como a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa.” (2015, p. 119). O professor paulista afirma que a jurisdição constitucional é a *consequência natural* da opção por constituições rígidas, hierarquicamente superiores, em razão da necessidade de um instrumento dirimente dos conflitos entre normas legais e constitucionais, devendo o foco da discussão ser se este modelo de Estado Constitucional é ou não o mais adequado para implantar uma democracia. (RAMOS, 2015, p. 27).

Não obstante, o próprio modelo de democracia representativa é tido por Cappelletti como utópico, como já afirmamos. (1993, p. 94, 98-100), motivo pelo qual ganha o Judiciário relevo, respeitabilidade e legitimidade, por ser um poder menos permeável à corrupção, em razão de, em alguma medida: a) estar blindado por uma estrutura de controle de seus atos muito mais eficiente do que a política, tanto por seus órgãos correicionais como

pela influência dos próprios pares; b) possuir uma composição por pessoas selecionadas publicamente para a função em razão de condições técnicas em direito - em um Estado Democrático e de Direito -; e, c) entre outros elementos, pela vinculação de deveres e garantias que, somados, amarram o juiz a, em regra, boas decisões.

Neste contexto, as mazelas descritas anteriormente em relação aos poderes legislativo e executivo não afetariam direta ou gravemente o judiciário, que manteria, ainda, integridade suficiente à representação que detém, com mais vínculo aos reais interesses e pretensões do povo do que a classe política, o que, claro, não significa que detenha de forma absoluta legitimidade para substituir os demais.

No Brasil, esta concepção se evidencia, também, no pensamento do Ministro Luis Roberto Barroso, que vê duas justificativas - normativa e filosófica - para esta legitimidade democrática do Judiciário. A normativa evidenciada pelo fato de a Constituição atribuir-lhe tal poder, que, em regra, atua na concretização de decisões tomadas pelos representantes do povo; e a filosófica perfectibilizada na proteção de valores fundamentais, mesmo contra a vontade circunstancial de “quem tem mais votos.” (2012, p. 28).

Barroso destaca como causa da judicialização da política: “o reconhecimento de um judiciário forte e independente”, a desilusão com a política majoritária, ante sua crise de representatividade, e, ainda, a preferência de políticos pela resolução de matérias controvertidas pelo Poder Judiciário, como forma de evitar desgaste político. (2017, p. 442).

Por outro prisma (ou o mesmo, não fica claro), descreve o ativismo judicial como uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”, afirmando não haver, em muitas questões, colidência entre sua ação e a dos demais poderes, e, quando há, esta se restringe à ocupação de espaços vazios, atuando a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2017, p. 445-450).

São opiniões bastante controvertidas, tanto que Tassinari critica esta visão de ativismo de Barroso, por não caracterizar o fenômeno, ao identificá-lo com a atuação inerente a qualquer juiz, sem proporcionar uma real distinção entre judicialização da política e ativismo. (2013, p. 20).

Da mesma sorte, imaginar que a atuação do Judiciário será sempre a favor da democracia mais se evidencia como um ideal utópico do que como justificativa de legitimação para o *judicial review*. Ainda assim, para além da discussão da representatividade política do Poder Judiciário - que se centra no fato de não serem os juízes escolhidos pelo povo, e que tem como contraponto tanto o déficit de legitimidade destas escolhas, analisado no capítulo anterior, quanto à tese da representatividade argumentativa ou da representatividade constitucional, a questão aqui, em sede de análise dos limites das possibilidades e limites da decisão, é investigar como a influenciam os princípios da democracia em parceria preconizada por Dworkin. Dito de outra forma, investigar como pode repercutir na decisão judicial, ainda que ativista, especialmente na que se refere à concretização individual de direitos fundamentais sociais, conceitos como “igual consideração e respeito” e “autogoverno”.

Dworkin indaga se o *judicial review* contribui para a legitimidade de um governo, afirmando que nada o garante e que, para defendê-lo como democrático, ele deve “aumentar a legitimidade geral, tornando mais provável que a comunidade decida e imponha uma concepção apropriada da liberdade negativa e de uma distribuição justa de recursos e das oportunidades [...]” (2012, p. 406).

Elival da Silva Ramos traz pertinente observação ao citar Rúben Hernandez Valle, afirmando que se é certo que tem os tribunais o poder de interpretar a Constituição, também o é que não a podem violar, desviar do texto em um caso concreto, reformando a Constituição por meio da interpretação (2015, p. 27-28), pois, como afirmou Alexy, “aos déficits que nascem de um demasiado pouco em direitos fundamentais, acrescem perigos que residem em um em demasia em direitos fundamentais” (2015a, p. 102), motivo pelo qual necessário um adequado manejo da jurisdição constitucional.

A origem histórica do ativismo judicial é norte-americana, onde é denominado *judicial review*, cuja prática tem seu marco inicial reconhecido na decisão do caso *Marbury v. Madison*. Lembremos. Ao apagar das luzes do governo de John Adams, Marbury foi nomeado por este como Juiz de Paz, mas não houve tempo de tomar posse. Assim, com a assunção do presidente Thomas Jefferson, este determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, a negativa de investidura a Marbury. Irresignado, com fundamento em uma legislação que previa a competência originária da Suprema Corte para esta demanda, Marbury a ajuizou, sendo a decisão, formatada pelo juiz Marshall, a declaração de inconstitucionalidade da

legislação que previa a competência originária da Suprema Corte, por ferir a natureza e o propósito da Constituição. Esta decisão foi classificada como ativista tanto por faltar com a deferência ao Congresso, negando-lhe competência, como por outorgar à Corte um poder interpretativo amplo e, ainda, por evidenciar a atuação multidimensional do tribunal, utilizando-se de estratégia política mais do que propriamente motivações jurídicas ou metodológicas. (CAMPOS, 2014, p. 50-53).

A experiência americana produziu decisões ativistas das mais variadas, como a de negar a condição de cidadão e, assim, de requerente, a um negro, constitucionalizando a escravidão e excluindo o poder do congresso de tratar do tema, no caso *Dred Scott v. Sandford*, oportunidade em que a decisão do tribunal ajudou na eclosão da Guerra Civil daquele país. (CAMPOS, 2014, p. 54-57).

Assim, a jurisdição constitucional estadunidense seguiu alternando entre conservadores e liberais, variando sua inclinação conforme a composição da Corte e, hoje, já alterou completamente sua concepção original em relação à era Marshall, passando não só a conferir caráter secundário à lei, mas a reescrevê-la, atuando o Poder Judiciário em uma posição de superioridade em relação aos demais. (TASSINARI, 2013, p. 90).

Mas, para além dos Estados Unidos, o fato é que com a constitucionalização dos direitos fundamentais, a *judicial review* acabou se espalhando pelo mundo, de forma que se tem manifestado em diversas cortes constitucionais, influenciadas por fatores políticos, institucionais, sociais e jurídico-culturais. Neste sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 99-148) explicita o fenômeno na Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá e África do Sul.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) interpreta e realiza os direitos fundamentais, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, cujas raízes remontam ao famoso caso *Lüth*,²⁷ descrito como a *Malbury* alemã, em um paralelo com o já

²⁷ Abordamos detalhadamente a decisão quando propusemos uma reponderação do Caso Lüth, qual seja, uma situação de conflito entre direitos fundamentais, e onde afirmamos em relação à decisão do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que: “mais detalhadamente, os argumentos foram os de que se incorporam às normas de direito fundamental um ordenamento axiológico objetivo, valendo para todas as áreas do direito como um fundamental mandamento constitucional, o que se denomina efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*), alcançando, no caso, o direito civil, e estando, pois, presente nas relações dos particulares; as cláusulas gerais do direito civil são, assim, o ponto de infiltração dos direitos fundamentais. Também se afirmou que as leis gerais, ao mesmo tempo limitam e são limitadas pelos direitos fundamentais, cabendo ao intérprete esta medida, que, no caso, consubstancia-se na liberdade do puro efeito da livre

referido marco referencial do ativismo estadunidense. Não obstante, segundo Campos, a Primeira Turma do Tribunal tem relativizado a concepção ampla de proteção dos direitos fundamentais definindo uma delimitação estrita de seu campo vital, restringindo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. (2014, p. 104-110).

Já a Corte Italiana assumiu o papel de reforma e democratização do ordenamento jurídico, ante a inércia dos demais poderes em se opor à legislação fascista, decidindo pela eficácia imediata das normas constitucionais programáticas, expressando seu viés ativista através das chamadas sentenças aditivas, quando a Corte supre uma lacuna em um texto normativo através de uma prática integrativa, espécie do gênero *sentença manipulativa*. (CAMPOS, 2014, p. 118).

A Corte Constitucional Colombiana destaca-se em seu ativismo progressista, interpretando a Constituição com exemplos como: direito ao casamento homossexual, restrição do poder do Presidente declarar “estado de exceção”, direitos trabalhistas a prostitutas, seguridade social, proteção ao idoso, etc. (CAMPOS, 2014, p. 122).

No Canadá, a Suprema Corte deixou de ser passiva e aderiu ao ativismo. Todavia, há um diferencial no ativismo canadense em que a interpretação constitucional é elaborada em um processo cuja dinâmica é compartilhada entre o judiciário e outros atores constitucionais. (CAMPOS, 2014, p. 137).

Especial atenção se faz necessária aqui, pois a construção que se pretende para uma decisão democrática é justamente esta que preconiza o diálogo institucional entre o judiciário e os demais poderes. No Canadá, um mecanismo instituído pela própria *Charter*, uma Carta dotada de status constitucional, prevê a decisão da Suprema Corte não como a final, mas como uma etapa de um processo que “envolve reações e respostas pelos poderes Executivo e Legislativo e pela própria sociedade.” Este diálogo institucional promoveria decisões democráticas, findando o argumento de que juízes não eleitos teriam veto sobre a vontade democrática do legislador. (CAMPOS, 2014, p. 139).

Outro exemplo de diálogo institucional vem da África do Sul, onde a Corte Constitucional tem cumprido um papel equilibrado, com uma interpretação criativa e progressiva das normas de direitos fundamentais, com sentenças aditivas para estabelecer

expressão do pensamento. Neste contexto, segue a decisão afirmando necessária, então, uma ponderação de bens jurídicos [...]”. (UEQUED, 2017, p. 576).

diálogos com os outros poderes, embora não por força de disposição legal ou constitucional, como no Canadá. (CAMPOS, 2014, p. 145).

Ainda que, aqui, tal não seja previsto procedimentalmente como o é no Canadá, há um campo aberto para, em alguma medida, construir-se uma possibilidade de diálogo institucional. Aliás, como afirma Campos, “a dimensão antidialógica é a única manifestação aprioristicamente ilegítima de ativismo judicial”. O professor sustenta que, ainda que em muitas das dimensões do ativismo²⁸ possam existir elementos internos e externos no processo decisório que confirmem ilegitimidade a este, é somente na postura antidialógica que se pode presumir sua ilegitimidade. (CAMPOS, 2014, p. 358).

Com efeito, no campo da multidimensionalidade do ativismo judicial, importa-nos especial atenção a três das dez dimensões investigadas por Campos, quais sejam: a *interpretativa*, na qual há ampliação das normas e princípios constitucionais, com afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições; a *controladora de políticas públicas e sociais*, indo além do puro e simples anular das leis para, por si, definirem essas políticas públicas no lugar do executivo e Legislativo; e a *de soberania judicial*, com a corte como titular da palavra final ou única palavra sobre o que significa a Constituição. (CAMPOS, 2014, p. 349).

É que tais expressões podem ser vislumbráveis nas decisões judiciais concretizadoras de direitos sociais, tanto no que diz com o reconhecimento de direito subjetivo onde não o há, expressa ou tacitamente, como quando impõe uma universalidade não contemplada pela legislação, ou, ainda, quando não busca uma postura dialógica para resolução das demandas.

Como exemplo desta última e mais antidemocrática dimensão – a antidialógica -, temos, no Brasil, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 2.797/DF (BRASIL, 2005),²⁹ onde o STF negou pudesse o legislador dar interpretação constitucional diversa daquela anteriormente fixada pela Corte, o que qualificou como “desconcerto institucional”,

²⁸ Campos sustenta que o ativismo judicial possui uma abordagem multidimensional, conforme a forma de manifestação apresentada, insuscetíveis a critérios singulares de identificação. (2014, p. 349).

²⁹ Nesta ação, o STF julgou inconstitucional a introdução do §1º ao art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de manutenção de foro privilegiado mesmo quando a ação se iniciava após o término da função pública, baseando-se em julgamento anterior da Suprema Corte sobre a questão. (BRASIL, 2005).

repelindo o Supremo a “usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental.” (CAMPOS, 2014, p. 333-335).

Com efeito, em que pese esta postura evidenciada, merece destaque o voto contrário do Ministro Eros Grau, para quem a interpretação judicial não vincula o legislador em um “dever de não legislar”, possuindo ele o “poder de dar nova interpretação à Constituição”, ao que o Ministro Gilmar Mendes acrescentou a possibilidade de tal interpretação, inclusive, superar a decisão judicial ou provocar novo pronunciamento da Corte “à luz de inovações ou alterações sociais, históricas e culturais”, afirmando:

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a última palavra conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re) incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar. (BRASIL, 2005).

Tal possibilidade já havia sido aceita na ADIN 3.772 (BRASIL, 2008), em que, após o Supremo sumular que função de magistério seria apenas a exercida em sala de aula, reconheceu constitucionalidade à lei que a ampliou para outros serviços educacionais.

Conforme Motta, voltando-se ao debate entre substancialismo e procedimentalismo, vez que cada postura tem uma visão própria do *judicial review*, e analisando o debate entre os jusfilósofos Ronald Dworkin (Estados Unidos) e Jeremy Waldron (Nova Zelândia), verifica-se que ambos convergem no entendimento de que há uma conexão importante entre direito e democracia, bem como que alguns direitos individuais devem ser considerados como condições de legitimidade da premissa majoritária. (MOTTA, 2017, p. 84).

Todavia, Waldron não aceita a *judicial review* em uma sociedade justa e democrática, pois o direito seria fruto da política e esta estaria condicionada pelo desacordo entre os membros no que tange aos direitos que as pessoas devam ter e seus limites e sobre como resolver estes conflitos. O método de equacionar é, para ele, a regra da maioria, não havendo razão para supor que a revisão judicial protegeria melhor os direitos justos do que legislaturas democráticas. Todos os direitos devem poder ser colocados em debate à maioria, decidindo a sociedade por si, ao invés de delegar tal decisão a um grupo de juízes que não possui legitimidade política. (WALDRON, 2006, p. 1353).

Segundo o estudo, para o neozelandês a *judicial review* faz com que a sociedade perca o foco na questão substantiva, nos direitos fundamentais que são constitutivos do processo democrático e que se ligam à ideia de participação, delegando ao judiciário a função, o que fragiliza a democracia, pois é a cultura política da comunidade que deve definir o respeito pelos direitos, sendo ela melhor que arranjos institucionais. (WALDRON, 2006, p. 1353).³⁰

Já Dworkin contesta aqueles argumentos, afirmando que a polarização política, com ausência de princípios políticos básicos em comum que tornem a discussão reciprocamente proveitosa, denota que não há parceiros de um autogoverno, mas sim integrantes de uma guerra, sem noção de respeito um pelo outro. Assim, para o jurista, as preferências pessoais das majorias³¹ não podem ser decisivas contra a dos demais. A revisão, pois, garantiria à maioria autoridade moral de impor sua vontade em outros assuntos, em razão de proteger a independência ética dos integrantes das minorias. (DWORKIN, 2012, p. 387-393).

As legítimas considerações de Waldron (2006), todavia, são, pelo próprio jurista, denominadas aplicáveis apenas em sociedades com características especiais, que permitam resolver seus conflitos por intermédio de suas instituições legislativas, limitando-as àquelas que:

1. tenham instituições democráticas em razoável funcionamento, com um Legislativo eleito via sufrágio universal adulto;
2. possuam um Judiciário instituído de maneira não representativa, como função de decidir controvérsias e assegurar a prevalência do Estado de direito;
3. haja comprometimento da maioria dos membros e de seus agentes públicos com a ideia de direitos individuais e direitos da minoria;
4. possuam discordância persistente, substancial e de boa-fé sobre os direitos (ou seja, sobre o que o compromisso com os direitos realmente representa e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, 2006, p. 1360, tradução nossa).³²

³⁰ “*In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.*” (WALDRON, 2006, p. 1353).

³¹ O conceito e os limites do que se pode aqui considerar minoria comportam uma vastidão de ideias, especialmente considerando que as questões, em regra, postas em debate são multifacetadas e há entre as vontades individuais intersecções de identidade e de antagonismos sobre cada uma destas nuances, criando um encadeamento de colisões e identidades de entendimentos que torna deveras difícil avaliar quem, de fato, constitui um conjunto que se possa considerar minoria.

³² “No original: “*Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected*

Tais características, como se vê, limitam, em muito, as sociedades em que são aplicáveis os princípios de Waldron. No Brasil, é possível constatar-se que o terceiro e o quarto requisitos são, atualmente, de existência questionável, ou é possível acreditar na boa-fé de uma política que espera a nação adormecer, de luto, para aprovar, aos atropelos, legislações temerárias, como o exemplo pátrio da madrugada de 30 de novembro de 2016, quando a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei objetivando restringir a atuação do Judiciário e do Ministério Público no combate à corrupção, através de texto com cláusulas abertas prevendo punição aos agentes políticos ministeriais e judiciais? (CALGARO, 2016).

Neste contexto, vemos que nossa experiência mais se converge ao pensamento apontado por Dworkin sobre a ausência de parceiros de um autogoverno do que ao de Waldron, o que nos leva à conclusão de que o procedimentalismo não é suficiente para garantir a verdadeira democracia aqui.

Tal se pode afirmar porque, iluminados por estas reflexões, podemos traçar um paralelo com a situação pátria, onde as promessas não cumpridas pelo Estado Social acabaram por desaguar no judiciário e clamam solução, especialmente no que diz com as possibilidades de concretização de direitos sociais. A resposta judicial, porém, necessita ter limites definidos para que, no afã de garantir direitos fundamentais, o Judiciário não acabe sistematizando uma atuação que, em efeito cascata, vá reduzindo o poder de participação da comunidade na solução de seus conflitos e faça-o cair na armadilha de autoconstituir-se uma autocracia judicial, ou, como diz Hirschl: uma Juristocracia.

2.7 JURISTOCRACIA: O QUE É ISTO?

Apresentamos nos tópicos anteriores uma crítica à nossa democracia representativa e, com o constitucionalismo, o avanço do âmbito de atuação da jurisdição constitucional que, contudo, tem suas mazelas.

on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a non representative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.” (WALDRON, 2006, p. 1360).

Nesta reflexão sobre as consequências práticas desse deslocamento do poder a cortes constitucionais, importante trazer o pensamento de Ran Hirschl, cuja obra, *Towards Juristocracy* (em tradução livre: *em direção à juristocracia*), traz uma visão crítica do constitucionalismo atual, a partir das experiências do Canadá, Nova Zelândia, Israel e África do Sul. Ele explora estas realidades justamente porque a doutrina constitucionalista americana, em regra, limita-se a fazer análises pelo prisma nacional, como se o seu sistema fosse o único do mundo, deixando de estudar o fenômeno globalmente para entender como se tem processado na experiência de outros países. (HIRSCHL, 2007, p. 04-06).³³

O jusfilósofo reflete que o fenômeno da judicialização da política inclui agora a “transferência de atacado, para os tribunais, de algumas das controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que uma política democrática pode contemplar”, (HIRSCHL, 2007, p. 222, tradução nossa),³⁴ de forma que aquilo antes denominado vagamente de *ativismo judicial* ampliou-se para “além das convenções existentes encontradas na literatura teórica constitucional normativa”, estabelecendo-se rapidamente pelo mundo como “uma nova ordem política: a juristocracia.” (HIRSCHL, 2007, p. 222, tradução nossa).³⁵

O termo juristocracia é trazido pelo autor nitidamente em oposição à democracia, ou seja, não como um governo que emana do povo, mas sim de juízes, cujo empoderamento outorgou-lhes a força para afirmação de direitos, restringindo o poder político.³⁶ O professor busca, então, resposta para as indagações sobre as origens e consequências do constitucionalismo, destacando que não há investigações fáticas concretas suficientes para

³³ “It is remarkable how rarely books and articles on American constitutional law and politics, for example, refer to constitutions and bills of rights in countries. As George Fletcher notes, a striking feature of the American jurisprudential debate is its providentiality. The arguments are put forward as though the American legal system were the only legal system in the world.” (HIRSCHL, 2007, p. 06).

³⁴ No original: “The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate.” (HIRSCHL, 2007, p. 222).

³⁵ No original: What has been loosely termed “judicial activism” has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing itself throughout world. (HIRSCHL, 2007, p. 222).

³⁶ “Over the past few years the world has witnessed astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. The countries that have hosted this expansion of judicial power stretch from the Eastern Bloc to Canada, from Latin America to South Africa, and from Britain to Israel. Most of these countries have a recently adopted constitution or constitutional revision that contains a bill of rights and establishes some form of active judicial review. An adversarial American-style rights discourse has become a dominant form of political discourse in these countries. The belief that judicially affirmed rights are a force of social change removed from the constraint of political power has attained near-sacred status in public discussion.” (HIRSCHL, 2007, p. 01).

definir o resultado desta judicialização.³⁷ Destaca que mesmo os estudos de Dworkin são eminentemente teóricos,³⁸ carecendo de suportes empíricos que denotem sua adequação. Hirschl, inclusive, utiliza uma máxima local para ilustrar sua fala de ausência de evidências dos benefícios do constitucionalismo, dizendo que “a prova do pudim está em comê-lo.” (2007, p. 03).

Hirschl afirma que o mundo do novo constitucionalismo tornou-se um laboratório vivo de inovação constitucional, pois as realidades e históricos que levaram os diferentes países a este novo constitucionalismo são diversas do contexto histórico dos Estados Unidos, que, embora lhes represente um legado importante, pode tornar dramático o processo de transição. (2007, p. 223). É que não havendo uma convergência entre as realidades americana e dos demais países, não há como prever qual será o efeito concreto da ampliação dos poderes da jurisdição. E esta constatação é especialmente importante para este estudo, pois é perfeitamente evidente que não dimensionamos os resultados, positivos ou não, da judicialização dos direitos sociais no Brasil.

Por este viés, ainda que qualifique seus estudos como uma tentativa de obter respostas adequadas, Hirschl traz algumas questões que particularmente nos interessam neste estudo, como: a de que apesar da ampliação dos poderes da jurisdição, os tribunais não tem meios para implementar de forma independente seu poder e a de que a judicialização não cumpriu a promessa de maior igualdade social, mais serviu às elites hegemônicas, sendo produto da vontade destas e de seus representantes políticos. A jurisdição nos países estudados, segundo ele, é usada para evitar os riscos do debate na arena política, posto que os tribunais raramente divirjam dos interesses das forças políticas hegemônicas, com raros desvios ocasionais que não afastam a regra. (HIRSCHL, 2007, p. 211-214).

Em sua análise, corroboraria esta percepção de tendência ao deslocamento, pelas forças hegemônicas, das discussões polêmicas da arena política, com exemplos como: a criação de órgãos semiautônomos e profissionais, *ex vi* do aumento da autonomia dos bancos centrais (citando neste caso o Brasil), retirando dos governos democraticamente eleitos o

³⁷ “*The constitutional rights revolutions in Canada, New Zealand, Israel, South Africa (as well as in numerous other countries throughout the world of new constitutionalism) are still in their formative stages. Any attempt to generalize about the impact of constitutionalization of rights on these and other countries must therefore be tentative. Yet although no definitive conclusions as to the origins and consequences of constitutionalization can be offered, I believe that some general (though admittedly speculative) lessons can be drawn from the findings presented here.*” (HIRSCHL, 2007, p. 03).

³⁸ “*None of Dworkin’s six books on constitutionalism cite any empirical work on the origins and consequences of constitutionalization and judicial review.*” (HIRSCHL, 2007, p. 03).

controle da política monetária, e a criação de diversas entidades supranacionais com decisão vinculativa, também avocando parcela de poder que seria de uma representação democraticamente eleita. (HIRSCHL, 2007, p. 215).

Por outro prisma, todavia, afirma que há uma reformatação social, com mais demandas populares por representação e pela proteção a interesses novos ou historicamente abafados como: gênero, multiculturalismo, ambientalismo, raça, etc. Estas aspirações estão desafiando a governança democrática, podendo ser atraente transferir a autoridade para instituições técnicas e afastadas da seara política, não correndo as elites o risco do debate democrático, para que “tudo mude para permanecer igual.” (HIRSCHL, 2007, p. 216-217).

Antes de seguir, precisamos pontuar esta reflexão, que se denota relevante no estudo que faremos adiante: qual seja, se a judicialização dos direitos sociais subjetivos, em que pese a proposta teórica de ser mais democrática por garantir a igualdade entre os cidadãos, ampliando o acesso às políticas públicas, na prática apenas gire as mesmas cadeiras já existentes, ou seja, gere apenas uma ilusão, não criando novas oportunidades, nem tornando mais justa a distribuição. Em outras palavras, tudo mudando para permanecer igual; ou, talvez, pior, se a intervenção se der de forma a girar antidemocraticamente as cadeiras.

É neste contexto, também, que Hirschl afirma que a judicialização da política não provou garantir mais igualdade; ao contrário, Nova Zelândia possui mais desigualdade social e econômica, especialmente em relação a determinadas etnias; Canadá tem pífio desenvolvimento de sua população aborígene; Israel tornou-se uma sociedade mais desigual em termos de distribuição de renda e, na África do Sul são alarmantes as taxas de desemprego e criminalidade. Tal se coadunaria com a realidade americana que, após dois séculos de *judicial review*, ainda tem uma das distribuições de renda mais desiguais entre as sociedades avançadas. (HIRSCHL, 2007, p. 220).

As conclusões de Hirschl vão ao encontro dos argumentos de Abboud, que, traçando um paralelo com a narrativa do livro *Submissão*, de Michel Houellebecq, compara o processo de judicialização de todas as esferas privadas à perda de nossa liberdade constitucional, substituída por um “pernicioso voluntarismo judicial” (2016, p. 521). Para ele, o processo de ampliação da judicialização da vida é antidemocrático, pois,

[...] no afã de efetivarmos direitos constitucionais, quando respaldamos a judicialização de toda a esfera individual, a partir de parâmetros ativistas, em verdade, contribuimos para demolir os alicerces de nossa democracia constitucional.

[...] a juristocracia é uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais Poderes, sem respaldo constitucional. (ABBOUD, 2016, p. 522).

A obra de Houellebecq (2015) traz reflexões sobre até que ponto e em troca de que aceitamos abrir mão de nossa liberdade, e, inspirado nela, Abboud conclui que nada estamos efetivamente ganhando com o crescimento da judicialização no Brasil. Ao contrário, estaríamos “contemplando o abismo sem nos aperceber (sic) que é o abismo está (sic) olhando para nós: criamos assim, o monstro que nos devora” (2016, p. 523), ao esquecer que o poder deve emanar do povo e não dos juízes.

3 JURISDIÇÃO E DIREITOS SOCIAIS

Tenho de abrir os olhos, pensou a mulher do médico. (Saramago)

No capítulo anterior, buscamos destacar a importância da democracia e como se tem manifestado na atualidade, com um olhar mais voltado à realidade brasileira. Em especial, apresentamos uma crítica à forma de concreção da democracia representativa, deixando claro o ambiente social propício a uma reformatação no exercício do poder.

Paralelamente, traçamos a evolução da jurisdição a caminho do constitucionalismo, com apontamentos da teoria do direito que nos trazem até a formatação atual, com a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais, tipificando a chamada “jurisdição constitucional”, que, aqui, analisaremos pelo prisma da jurisdição relativa aos direitos fundamentais sociais.

Pois bem, a interlocução destes dois fenômenos nos traz às reflexões deste capítulo, com um olhar crítico mais especialmente voltado à concretização de direitos sociais na busca pela identificação de critérios e condições que conciliem a decisão nesta seara com os fundamentos de uma sociedade democrática.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, mais especificamente, aqui, os de natureza social prestacional, está em constante e permanente evolução, alcançando ápice com seu reconhecimento nas constituições, trazendo relevo ao estudo do constitucionalismo, como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições. (TASSINARI, 2013, p. 28).

Assim, traçar os elementos que influenciam as decisões jurídicas contemporâneas relativas a direitos fundamentais é essencial para que possamos seguir na construção do que se pode compreender por uma decisão democrática em direitos sociais, motivo pelo qual seguiremos neste capítulo com o específico estudo da jurisdição constitucional e sua intersecção com os direitos sociais, desde já enfatizando o objeto específico de nosso estudo: o direito à educação infantil.

3.1 A HERMENÊUTICA CONTEMPORÂNEA

Como vimos, o Constitucionalismo atual, que favorece a *judicial review*, traz riscos à democracia. Assim, refletir sobre estratégias de interpretação que favoreçam uma construção democrática da decisão, estruturada em torno de direitos constitucionalmente previstos e não em voluntarismo judicial, denota-se relevante.

Uma abordagem complementar ao tema até aqui tratado, então, diz com a forma como são interpretadas as normas jurídicas. A tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, coloca a hermenêutica diante de vários caminhos,³⁹ que proporcionam respostas diversas em face das regras utilizadas ou mesmo ante a ausência delas. (STRECK, 2017, p. 89).

É neste sentido que a hermenêutica jurídica pode nos oferecer elementos que justifiquem qual a melhor teoria para estabelecer critérios de democraticidade à atividade criativa do juiz, especialmente em um constitucionalismo caracterizado por normas constitucionais com supremacia, grande força normativa e elevado grau de indeterminação.

Não se trata, aqui, de um estudo sobre a hermenêutica jurídica em si, mas de uma abordagem de pensamentos atuais que estabelecem metodologias de interpretação. Optamos por fornecer ao leitor um mínimo de familiaridade com os trabalhos de dois autores: Robert Alexy (Teoria dos Princípios) e Ronald Dworkin (teoria do Direito como Integridade). A opção considerou serem eles referências internacionais - um do constitucionalismo europeu continental, o outro do americano - que mais fortemente alimentam a doutrina e a jurisprudência pátrias que, inclusive, faz uma combinação destes elementos a ponto de ser encampada a teoria de um no art. 489⁴⁰ e a do outro no art. 926⁴¹, ambos do nosso Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015a).

³⁹ Streck afirma que, em síntese, “ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermenêuta no ato interpretativo, mediante a criação, por exemplo, de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.” (STRECK, 2017, p. 89).

⁴⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015a).

⁴¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados

Não ignoramos a importância de tantas outras teorias, mas Dworkin e Alexy estão entre os autores cujas reflexões nos apresentarão bons pontos de partida para definirmos qual o melhor caminho para uma boa resposta judicial.

3.1.1 Alexy e a Teoria dos Princípios

Alexy, precursor da *Teoria dos Princípios*, é um jurista alemão, professor Catedrático de Direito Público e Filosofia do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha, e, sem dúvida, um dos mais influentes juristas da atualidade. A interpretação através da ponderação, que ele preconiza como solução para a colisão de princípios constitucionais, foi, inclusive, incorporada ao nosso ordenamento como orientadora da decisão judicial, como visto, embora tenha sido assimilada de forma equivocada, podendo propiciar decisionismos e arbitrariedades, pelo que necessário seu esclarecimento.

Inicialmente, necessário deixar claro que não se busca aqui aprofundar o pensamento de Robert Alexy, um autor complexo e cuja teoria acerca dos direitos fundamentais possui uma amplitude e um processo evolutivo que excedem, em muito, a proposta desta abordagem. Busca-se, aqui, pontuar especificamente a ponderação como método de solução de conflito entre direitos fundamentais, na medida em que esta técnica se evidencia presente, de regra, implicitamente, nas decisões judiciais que tratam do direito social à educação infantil, cuja absoluta prioridade presumida afasta todo e qualquer outro argumento impeditivo de sua satisfação, inclusive o de ausência de condições materiais para tal (reserva do possível), como veremos mais aprofundadamente no último capítulo.

Sem desmerecer esta técnica como uma ferramenta importante e internacionalmente aplicada, o que buscamos é encontrar uma resposta que reduza, ainda mais, a possibilidade de subjetivismo, arbitrariedade e discricionariedade da decisão judicial, especialmente em face do afirmado quanto à absorção inadequada da teoria pelos juristas pátrios, bastante distantes do pensamento real do jurista alemão. Explicitemo-lo, então.

de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015a)

Alexy enxerga na ponderação o caminho para realização dos direitos fundamentais em colisão, definindo princípios como *mandamentos de otimização*, que se cumprem *prima facie*, ou seja, em medida tão alta quanto possível, limitados faticamente pela reserva do possível e juridicamente por princípios em sentido contrário. (ALEXY, 2015b, p. 104-106; 2015a, p. 123).

Segundo Gavião Filho, “um caso de colisão de direitos fundamentais resolvido pela ponderação resulta no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada conforme as circunstâncias concretas da situação particularmente tomada.” (2011, p. 249).

Para Alexy, a ponderação integraria um postulado maior – o da proporcionalidade – juntamente com a idoneidade e a necessidade. (2015a, p. 110). Sinteticamente, idoneidade no sentido de a medida propiciar a realização de um direito fundamental legítimo e necessidade evidenciada pela escolha do meio menos danoso ao princípio violado (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245). Estes princípios parciais dizem respeito às possibilidades fáticas de realização do direito fundamental. Já a ponderação diz com as possibilidades jurídicas de sua realização, e somente se aplica se positivas idoneidade e necessidade, traduzindo-se na máxima: “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.” (ALEXY, 2014, p. 7).

Em outras palavras, fixa-se o valor do princípio questionado, o do princípio em sentido contrário e calcula-se o efeito de um em relação ao outro através de uma fórmula matemática que Alexy chamou de *Fórmula de Peso*, reformulada ao longo dos anos e cuja última formatação é: $G_{i,j} = I_i \cdot G_i \cdot S_i : I_j \cdot G_j \cdot S_j$, que, traduzindo, seria: o peso do princípio *i* em relação ao princípio *j* (G_{i-j}) corresponde ao quociente (resultado da divisão) entre o produto (resultado da multiplicação) do valor da intensidade de intervenção (I), peso bruto (G) e segurança das suposições empíricas (S) sobre a realização do princípio *i* e o produto das mesmas variáveis em relação ao princípio *j*. Se o resultado for maior que 1 prepondera o princípio *i*, se menor, o princípio *j*, e se for empate “a ponderação não determina nenhum resultado”. (ALEXY, 2015a, p. 137-153).

Destaque-se aqui que a cada variável deve ser atribuído um valor entre 1, 2 e 4 para as materiais (I e G), conforme sua intensidade leve, média ou alta. Já para a variável epistêmica (S), que corresponde ao resultado da multiplicação do valor das premissas empíricas e das premissas normativas, os fatores correspondem à escala 1, ½ e ¼, como

variável conforme a intensidade certa ou segura, sustentável ou plausível e não evidentemente falsa, respectivamente. (TRIVISONNO, 2014, p. 54-56).

Seria o resultado da ponderação, então, a lei para o caso concreto e a referência legal para os demais casos ulteriores idênticos.

Há diversas outras circunstâncias, fórmulas e valores, sendo evidente que a execução da fórmula exige pleno domínio da matemática e da lógica, pois necessário, como afirmamos quando reponderamos o *Caso Lüth*,⁴² dimensionar todos os fatores que possam influenciar no resultado do cálculo, como, por exemplo: qual peso atribuir ao princípio, como operar quando houver conjunto de princípios ou quando houver interseção,⁴³ etc. E isto apenas para o cálculo, pois

[...] para a ponderação é necessário que se domine diversas áreas do conhecimento, como o próprio conceito de democracia (e a representação argumentativa do julgador), a dimensão dos direitos fundamentais (como princípios, suas extensões horizontais e verticais, etc.), a argumentação jurídica (mais especificamente a teoria do discurso), a teoria da decisão (entre outras abordagens com a fenomenológica, atinente à psique e aos comportamentos do intérprete), etc. que não há como serem aqui aprofundadas [...]. (UEQUED, 2017, p. 577).

Não é nem preciso ressaltar, então, que é um desafio à busca de uma correta ponderação alexyana e bem se explica porque os juristas pátrios não a aplicam e enveredam pela ponderação que Streck chama de *tupiniquim* (STRECK, 2015), e que vamos chamar de “ponderação gramatical”, pois assim nos parece seja o pensamento do jurista que, ignorando a melhor técnica do mestre alemão, vê a ponderação consoante sua definição gramatical da expressão, e se entrega a dar mais ou menos importância a um ou outro argumento, conforme seu juízo de valor, produzindo uma decisão repleta de decisionismos e arbitrariedades.

E é neste sentido a crítica de Streck à teoria de Alexy, pois ponderação e discricionariedade seriam elementos não democráticos, pela carência de controle sobre a ponderação e sobre os limites do ponderador. O jusfilósofo gaúcho, inclusive, criou a denominação *Constitucionalismo Contemporâneo* para traduzir um direito democraticamente produzido, que se caracteriza não por ser uma ruptura, mas uma continuidade de conquistas

⁴² Aprofundamos o tema em artigo intitulado *Reponderando o Caso Lüth: uma abordagem à luz da teoria da ponderação de Robert Alexy*. (UEQUED, 2017).

⁴³ Um elemento faz parte da interseção de dois ou mais conjuntos se ele pertence a todos esses conjuntos ao mesmo tempo. Assim, quando se está diante de mais de dois princípios em colisão, necessário que se analise se há elementos comuns ao conjunto e, havendo, qual a influência e peso desta interseção no cálculo final.

que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional após a 2ª Guerra (2014b, p. 29),⁴⁴ em oposição ao pensamento neoconstitucionalista, especialmente europeu, ligado à ideia de ponderação para resolução dos conflitos.

A teoria alexyana também é bastante criticada, especialmente por Habermas,⁴⁵ para quem a ponderação enfraquece os direitos fundamentais, por reduzi-los ao plano de objetivos, sem força normativa, e propiciar decisões sem critérios racionais, arbitrárias e irrefletidas, afastando a pressuposição de correção, essencial ao direito. (ALEXY, 2015a, p. 108).

Fausto Santos de Moraes traça uma crítica à aplicação da teoria de Alexy pelos juristas brasileiros, afirmando:

A proporcionalidade empregada pelo senso comum teórico brasileiro parece ter provocado uma revolução nominalista no direito, típica da discricionariedade do positivismo jurídico, eis que no anseio de sua aplicação acabou-se por verificar o constante surgimento de “princípios jurídicos” nas decisões judiciais – o chamado panprincipiologismo – suportando em quase todo caso concreto a necessidade de ponderação. A discricionariedade estaria na disposição de “novos princípios jurídicos” ao intérprete sempre que se fizesse necessário – a cada caso difícil. (MORAIS, 2010, p. 204).

Por outro prisma, como concluímos no referido estudo sobre o *Caso Lüth* (UEQUED, 2017), a ponderação corretamente aplicada, através da teoria alexyana, é viável por meio de argumentos racionais, fortes e acertados, pois, como afirma Barroso, existem argumentos que podem ser considerados sólidos e corretos e pessoas racionais capazes de aceitá-los, sendo o constitucionalismo discursivo um projeto de institucionalização da razão e da correção (BARROSO, 2014, p. 97), que, tecnicamente operado, pode reduzir, em grande medida a discricionariedade da decisão. Todavia, o fato é que o neoconstitucionalismo,

⁴⁴ Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que esta obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição. Em decorrência dessas reflexões, a partir de agora, passarei a nominar “Constitucionalismo Contemporâneo” (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.

Também é importante consignar que a ideia de um neoconstitucionalismo pode dar margem ao equívoco de que esse movimento leva à superação de um outro constitucionalismo (fruto do limiar da modernidade). Na verdade, o Constitucionalismo Contemporâneo conduz simplesmente a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período posterior à Segunda Guerra Mundial. (STRECK, 2014, p. 29).

⁴⁵ “Princípios e regras não tem estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ponderação de bens –“ nas demais doutrinas metodológicas – porque isto suprimiria o seu sentido de validade deontológica.” (HABERMAS, 2012, p. 258).

embora tido como avanço, trouxe patologias consubstanciadas no ativismo judicial e na irrefletida ponderação dos juristas pátrios.

Concluindo-se, pois, que em Alexy os princípios abrem ou aumentam o espaço de discricionariedade do intérprete, como mandados de otimização, tem-se, por outro prisma, em Dworkin, os princípios fechando a interpretação, introduzindo o mundo prático no direito, como norteadores das práticas da comunidade (STRECK, 2016, p. 54-59). E se, como Fausto de Moraes afirma, os subsídios para lutar contra a discricionariedade judicial encontram-se no pensamento de Ronald Dworkin (2010, p.196), importante, então, compreender-se a teoria concebida pelo americano para definirmos qual mais se aproxima da formatação de uma decisão efetivamente democrática.

3.1.2 Dworkin e o direito como integridade (*Law as Integrity*)

Já pontuamos a democracia proposta por Ronald Dworkin como uma *democracia em parceria*, onde todos são parceiros de um autogoverno em que a maioria não pode decidir soberanamente ferindo direito de minorias que merecem *igual consideração e respeito*. Dworkin reconhece que o cidadão tem direitos morais contra o Estado, baseados na ideia de dignidade humana e igualdade política, e o exerce através de uma força contramajoritária. (MOTTA, 2012, p. 31).

Pois bem, essa força contramajoritária, como explicitado, é exercida, em um Estado Democrático de Direito, pela jurisdição, através da força normativa da Constituição, que se coloca no topo regulatório, como “premissa material da política”. (CANOTILHO, 1982, p. 487).

Assim é que, partindo de Dworkin, consolidou-se uma distinção bem definida de regras e princípios, afirmando que os direitos institucionais oferecem razões importantes e poderosas para as decisões políticas, mas, havendo conflitos entre os direitos morais e jurídicos, os direitos morais fundamentais devem ser considerados, pois “a tese de alguns positivistas de que os direitos jurídicos e os direitos morais são conceitualmente distintos é, portanto, equivocada.” (DWORKIN, 2002, p. 500-501).

Dworkin propõe a estratégia de interpretação constitucional denominada “leitura moral” da Constituição, no sentido de que a todos é dever interpretar os ditames

constitucionais por se referirem a princípios morais abstratos que devem ser incorporados como limites aos poderes do Estado, inserindo, pois, a “moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”. Em outras palavras, trata-se de interpretar determinados dispositivos constitucionais como referências a princípios morais abstratos, limitadores dos poderes do Estado, de forma que todas as pessoas sejam tratadas com a mesma consideração e respeito. (MOTTA, 2012, p. 36).

A *leitura moral da Constituição* significa que “as cláusulas que estabelecem direitos individuais foram esboçadas em uma linguagem moral, isto é, referem-se a princípios morais e naturalmente incorporam-nos como limites ao poder governamental”, mas isto não significa ativismo judicial, pois se consubstancia em uma prática interpretativa. (TASSINARI, 2013, p.79, 84).

Motta destaca que uma leitura moral dworkiniana para o Brasil estaria especialmente vinculada aos dispositivos dos Títulos I e II da Constituição (relativos aos princípios fundamentais e aos direitos e deveres individuais e coletivos), de forma que a interpretação não considere somente o que os constituintes quiseram expressar, mas também a prática jurídica e política do passado, pois somos governados não só pelo que os legisladores disseram, mas também pelos princípios que eles declararam. Aqui é imperioso ter claro que a interpretação constitucional não se dará pelo que pensam os juízes, com suas concepções morais e políticas, sobre o dispositivo, mas por aquilo que o dispositivo significa em uma visão de integridade do direito, posto que a Constituição é, também, uma *tradição*. (MOTTA, 2012, p. 37-38).

Não obstante, importa registrar a crítica de Tassinari (2013, p. 84) ao afirmar que não se aplica (ou aplica-se amenizadamente) ao constitucionalismo brasileiro a leitura moral da Constituição de Dworkin, em razão de tal tese ser afeta ao direito norte-americano, cuja constituição é sintética, necessitando de maior interpretação moral do que a nossa, profícua em conteúdo normativo. Ocorre que nossa Constituição, ainda que, por certo, mais detalhada que a americana, está recheada de conteúdos abstratos e genéricos, especialmente quando tratamos de direitos sociais, e que acabam exigindo uma leitura moral, ainda que em proporções muito menores do que a estadunidense.

Para contrapor a tese da discricionariedade judicial, Dworkin, o mais influente crítico dos pensamentos positivistas e realistas, desenvolve uma teoria interpretativa

denominada “direito como integridade” (*Law as integrity*), pela qual “mesmo nos casos difíceis, em que o direito positivo ou os precedentes não oferecem uma resposta imediata, o sistema jurídico, interpretado de acordo com a integridade, oferece respostas certas.” (MELLO, 2016, p. 281).

A teoria da integridade é, antes de tudo, dirigente. Ela é a diretriz para todos os atos do Estado e do cidadão, não somente do judiciário. O legislativo, ao produzir leis, deve ter em conta a coerência moral entre elas. Da mesma forma, o judiciário, ao decidir, deve-se pautar pela coerência com as decisões anteriores.

Para o jusfilósofo americano, um compromisso da comunidade (não somente do judiciário, pois) com a integridade expressa “o interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária que aceitamos em outros contextos.” (DWORKIN, 2014, p. 260).

O direito como integridade se expressa tanto na legislação, onde restringe a liberdade do legislador e de outros partícipes, quanto na deliberação judicial, onde impõe que os juízes tratem o sistema de normas como se este “expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de forma a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.” (DWORKIN, 2014, p. 261).

A integridade exige que as normas jurídicas sejam consideradas coerentes, ou seja, disciplinem casos semelhantes da mesma maneira, “como se o Estado tivesse uma única voz”, mas não é só isto, por vezes ela estará um passo além, afastando-se desta linha de decisões em nome de princípios reconhecidos como fundamentais ao sistema jurídico. (DWORKIN, 2014, p. 263-264). Atenção a esta reflexão, pois ela nos aponta não ser a estandardização das decisões um critério absoluto de correção.

Assim é que, como afirma Streck, a decisão adequada constitucionalmente:

[...] não exsurgirá do balanceamento que o intérprete faz entre ‘valores em colisão’, mas, sim, da reconstrução do direito com efetivo respeito à integridade e à coerência, com substancial redução do nível de discricionariedade do aplicador. (STRECK, 2013, p. 337).

É neste sentido que Motta traz a teoria dworkiniana como um instrumento contra o protagonismo ou ativismo judicial, aduzindo que é necessário conciliar o caráter criativo da

hermenêutica com a exigência democrática de construção da decisão com a participação das partes e honrando a materialidade da constituição e sua posição fundamental, como meta-norma do ordenamento jurídico. A função do julgador é integrá-la à prática constitucional e jurídica como um todo, em uma atuação interpretativa da história jurídica. (MOTTA, 2012, p. 98-100).

Essa história jurídica traduz o que Dworkin chamou de um “romance em cadeia”, ou seja, a construção de uma fundamentação baseada em uma sequência coerente e encadeada, como se todas as decisões do passado sobre determinada matéria fossem se encaixando, de forma coerente e íntegra, conforme a evolução do pensamento e as transformações sociais. Dito em outras palavras, como se quem lesse este conjunto de decisões pudesse entender perfeitamente a evolução do direito e da sociedade a partir delas.

Já é possível antecipar, aqui, que chegar à forma de aplicabilidade concreta do pensamento de Dworkin para construção de uma decisão judicial segundo esta ótica não é tão tentadoramente fácil quanto efetuar uma ponderação gramatical, motivo pelo qual é necessário que se explicita claramente o pensamento dworkiniano.

O direito como integridade supõe que “as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”, pois “têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.” (MOTTA, 2012, p. 103-104).

Com este formato, estaria garantida a legitimidade democrática da decisão judicial, coerente e íntegra⁴⁶, adequando-se ao conceito de judicialização da política em oposição ao ativismo judicial. Mas como se expressa, concretamente, esta prática dworkiniana?

A teoria Dworkiniana, sofreu críticas, em especial de Herbert Hart, positivista, a quem Dworkin imputou o “uso do poder do Estado em um mero jogo de palavras”, e que, por sua vez, qualificou a teoria deste como um “nobre sonho.” (CLÈVE, 2016, p. 380, 386).

⁴⁶ Vinícius Lima traz, em adição, o conceito de responsabilidade decisória, inserindo-a em uma epistemologia moral decorrente da garantia de fundamentação da decisão jurídica democrática. (2016, p. 108).

Este “caráter idílico da teoria de Dworkin residiria na ilusão de que o sistema jurídico sempre oferece uma resposta certa para toda e qualquer situação e de que, por isso, o juiz jamais decidiria discricionariamente”, como aponta Cláudio Ari Mello. (2016, p. 279).

É que Hart desenvolve a tese do direito como *instituição social* no sentido de ser ele um fenômeno cultural constituído pela linguagem, que pode gerar incertezas em relação à sua aplicação, pois os padrões de comportamento (precedentes, legislação, etc.) possuem textura aberta, de forma que mesmo os cânones interpretativos podem não ser suficientes para torná-los precisos e, assim, adquire o intérprete discricionabilidade para decidir. (MOTTA, 2017, p. 101).

Dworkin não concorda, pois afirma que mesmo quando não há respostas o intérprete não é livre para decidir por voluntarismo, devendo seguir, além das regras, princípios, e preservar a integridade do direito. “Para o autor, o direito é uma prática interpretativa guiada por valores morais objetivos.” (MELLO, 2016, p. 279).

Um argumento moral somente é tornado verdadeiro por outros argumentos morais, o que não permite uma comprovação empírica e exige, então, do intérprete, uma responsabilidade moral, pela qual se demonstra a estruturação adequada do argumento com pretensão de correção através de um abrangente sistema de valor (MOTTA, 2017, p. 255-256).

Neste particular, Dworkin concebe a tese da unidade de valor, pela qual os valores morais (o que devemos fazer e deixar de fazer pelos outros) e os éticos (que devemos fazer para viver bem), estejam em harmonia, pois dependem uns dos outros. (MOTTA, 2017, p. 25, 26).⁴⁷

As repercussões da teoria de Dworkin para a interpretação jurídica e, por conseguinte, para a decisão jurídica, foram sintetizadas por Cláudio Ari Mello (2016, p. 278-283), conforme explicitaremos a seguir, dentro da concepção de Dworkin de que os princípios são normas cujo conteúdo normativo é definido por juízo de moralidade política, não estando sujeito à arbitrariedade judicial, mas limitado por “valores morais objetivos”.

⁴⁷ Um crítico de Dworkin é Richard Posner, para quem o sistema de Dworkin é “abstrato demais”, desinteressado pelo funcionamento real do sistema jurídico e nem fornece material suficiente para a geração de decisões judiciais. Todavia, Posner ao criticar Dworkin parece não compreender o alcance de sua teoria moral e, por outro lado, também não oferece qualquer solução além de uma discricionabilidade prática que, também, utiliza-se de juízos morais (MOTTA, 2017, p. 238-240).

Mello destaca que, em Dworkin, o julgador deve buscar integrar os diversos ramos do direito para obtenção da resposta correta, interpretando coerentemente o conjunto de princípios, em uma visão global do direito. (2016, p. 278-279).

Neste contexto, o método dworkiniano busca encontrar a resposta correta em três etapas sucessivas. Inicialmente, há a fase *pré-interpretativa*, onde se definem as fontes de direito (artigos constitucionais, leis, etc.); já há interpretação aí, pois para definir o que incide ele tem de interpretar que fontes se aplicam.

A segunda fase é a *interpretativa*, dividida em duas dimensões: na primeira, busca a resposta ao problema tanto no direito positivo quanto nos precedentes,⁴⁸ inclusive para esclarecer eventuais imprecisões e antinomias, podendo-se utilizar de outros métodos hermenêuticos, como a interpretação histórica, teleológica, etc. Aqui, a busca é da solução coerente com o sistema vigente e com decisões judiciais prévias - “coerência estratégica”, ou “coerência estrita” no dizer de Mello -. (2016, p. 280).

Não encontrada a resposta, passa-se à segunda dimensão, ou onde a interpretação sistemática é mais abrangente e se pode perceber a influência do *direito como integridade*, onde o direito moralmente íntegro, formado por princípios que dialogam entre si, deve ser a fonte da interpretação judicial, que se deve adaptar aos princípios morais e políticos existentes no sistema jurídico (e não a uma moral pessoal, por exemplo) e que formam um sistema moralmente coerente e do qual decorrerá uma decisão também moralmente coerente, ou dotada “de uma integridade moral baseada em princípios”. O juiz está preso à história política de sua comunidade e não está livre para um exercício de moralidade crítica. (MELLO, 2016, p. 280-281).

Por fim, passar-se-ia à fase *pós-interpretativa*, quando, então, o julgador utiliza-se de valores morais independentes, mas que são inerentes à prática do direito, tanto para encontrar a resposta ainda não obtida, como para corrigir uma resposta obtida na fase interpretativa (MELLO, 2016, p. 281). Aqui entram em jogo os valores como igualdade, justiça e democracia.

Como se vê, Dworkin combate o subjetivismo com a tese de que o intérprete constrói o significado das normas com base em um sistema coerente de regras, precedentes, princípios e valores morais que são objetivos, pois compõe o sistema jurídico, devendo o juiz

⁴⁸ Relevo aqui ao fato de que a teoria tem como pano de fundo a *Common Law*.

dworkiniano argumentativamente “explicitar os complexos e sofisticados raciocínios que o fazem encontrar a única resposta correta.” (MELLO, 2016, p. 282-283).

Streck afirma que a integridade é ao mesmo tempo mais e menos do que coerência, pois esta pode ser resumida na solução de casos semelhantes da mesma maneira ou pelos mesmos princípios, mas a integridade exige que as normas da comunidade expressem um sistema único e coerente de justiça e um tratamento equânime na correta proporção. (2014a, p. 609-611).

Mas, também, não se pode perder de vista que, em Dworkin, além da integridade, outras virtudes políticas compõe a decisão: a justiça, a equidade e o devido processo legal. Segundo o autor estadunidense a justiça é vista como referente ao

[...] resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão de estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. (DWORKIN, 2014, p. 483).

Após esta digressão, é possível perceber que a teoria dworkiniana também se pode expressar bastante complexa, assim como a alexyana, para a busca de uma decisão íntegra e coerente, motivo pelo qual é necessário que se construa o que, então, podemos considerar uma efetiva decisão democrática em direitos sociais, mais ainda, quando, especialmente no sistema de nosso novo código de processo civil, ambas (ponderação e integridade) estão previstas como técnicas para a decisão, *ex vi* dos arts. 486⁴⁹ e 926⁵⁰ do Código de Processo Civil Brasileiro. (BRASIL, 2015a).

Diante disto, necessário que tracemos algumas linhas sobre como podemos conceber uma teoria sobre a decisão judicial que se ajuste ao nosso constitucionalismo e, especialmente, se enquadre na nossa concepção dworkiniana de direito como integridade. No Brasil, quem lançou premissas teóricas sobre o tema foi o professor Lenio Streck, especialmente na obra *Verdade e Consenso*, onde traz princípios básicos de uma decisão democrática. (2014a, p. 591-620).

⁴⁹ Art. 489 [...] § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. (BRASIL, 2015a).

⁵⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. [...]. (BRASIL, 2015a).

3.1.3 Uma Teoria da Decisão Judicial Íntegra e Coerente

O estudo sobre a forma como a jurisdição se expressa e como se sustentam os paradigmas filosóficos que a norteiam por certo não caberiam nos limites deste estudo, ante a profundidade que exigiriam. Todavia, como afirma Fernando Vieira Luiz, “as críticas sobre a atuação da jurisdição não podem ocorrer longe do paradigma filosófico que a norteia” (2013, p. 21), motivo pelo qual necessário abarcar, ainda que sucintamente, o que se concebe como uma teoria da decisão.

Uma teoria da decisão judicial é, para Dworkin, além de conceitual, normativa em relação ao juiz (2002, p. VIII-X), preocupando-se em como deve ser aplicado o Direito, ao contrário de teorias descritivas que constroem, “na especulação de ideias, um belo castelo, sem, contudo, serventia alguma.” (LUIZ, 2013, p. 125-126).

Já aprofundamos no estudo do constitucionalismo o esforço pós-positivista por uma nova teoria da interpretação da Constituição. A questão, aqui, é como se encaixa uma teoria da decisão nos paradigmas estudados, o que não é de fácil resolução. Streck, por exemplo, sempre pontua que necessitamos urgentemente de uma teoria da decisão preocupada com a democracia, pois

[...] em países de modernidade tardia, como o Brasil, na inércia/omissão dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento do catálogo de direitos constitucionais (mormente no âmbito do direito à saúde, à função social da propriedade, ao direito ao ensino fundamental, etc.), não se pode abrir mão da intervenção da justiça constitucional na busca da concretização dos direitos constitucionais de várias dimensões. Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial preocupada com a democracia. E democracia quer dizer controle das decisões judiciais, uma necessária prestação de contas (*accountability*). (STRECK, 2017, p. 44).

Lenio Streck, por exemplo, traz a tese da resposta adequada à Constituição, com base em Heidegger, Gadamer e Dworkin, esposada na obra *Verdade e Consenso* (2014a). Todavia, outra concepção é a preconizada por Ricardo Luis Lorenzetti, para quem a decisão deve ser conformada por paradigmas de decisão, bem como pelo método dedutivo ou ponderação, expressos na obra *Teoria da Decisão Judicial* (2010).

Restringiremo-nos à análise destas duas visões, ainda que destacando o fato de nossa atual legislação processual civil trazer uma nova ordem de pensamento filosófico, qual seja, a de abandonar o formalismo jurídico, segundo o qual todas as respostas estavam nos

textos jurídicos, com um raciocínio meramente silogístico,⁵¹ para acatar o fenômeno da indeterminação dos enunciados normativos legais e do direito em geral, sem, todavia, adotar nenhuma das concepções teóricas da interpretação jurídica e da decisão judicial. (MELLO, 2016, p. 268).

A opção por Lorenzetti e Lenio se dá, na linha de argumentação que iniciamos anteriormente, em face de serem autores que trabalham a decisão judicial pelos prismas dos pensadores antes estudados (Alexy e Dworkin). Seguiremos a mesma lógica para abordar a teoria da decisão.

A primeira concepção teórica destacada é a de Ricardo Luis Lorenzetti, cuja teoria da decisão possui minuciosa e detalhada interpretação, mas que, aqui, traçaremos em linhas gerais. Destaca ele dever o raciocínio judicial iniciar pela dedução das regras nos casos fáceis e pela argumentação nos casos difíceis. A dedução pressupõe a delimitação do fato e a identificação da norma aplicável, sendo o produto confrontado com os precedentes, com a coerência decorrente das regras gerais do sistema jurídico e com as consequências (gerais, jurídicas, econômico-sociais, etc.). (LORENZETTI, 2010, p. 158-163).

Nos casos difíceis, onde assim o é a dedução ou é a lei inconstitucional, a solução deve ser guiada por princípios a serem ponderados,⁵² mas antes deles, o que a norteará na mente do intérprete são seus paradigmas, ou preconceções, e que são “modelos decisórios que têm *status* anterior à regra e condicionam as decisões” (2010, p. 36), estando ligado à “ideologia” do julgador, que condiciona diferentes interpretações da norma. São eles: os paternalistas (o protetor dos débeis, dos excluídos e dos bens coletivos), os de cunho procedimental (consequencialista e do Estado de Direito), e, mais recentemente, o paradigma ambiental que ingressa como um metavalor. Eles devem ser harmonizados na decisão através do modelo de democracia deliberativa, examinando seus benefícios e prejuízos, identificando os consensos majoritários e limitando-os quando transgridam os direitos fundamentais. (LORENZETTI, 2010, p. 163-164, 228-229, 340-341).

A teoria de Lorenzetti, em que pese bastante difundida e convergente com o pensamento antes esposado de Robert Alexy no que tange à ponderação, conflita com as críticas antes postas relativamente ao ativismo judicial e ao subjetivismo incontrolável do

⁵¹ Premissa maior sendo a norma (mediante as técnicas tradicionais de interpretação), premissa menor os fatos, com a conclusão obtida por subsunção do fato à norma. (MELLO, 2016, p. 266).

⁵² Ver aqui o que falamos anteriormente sobre a teoria da proporcionalidade.

julgador. Não há, ao que se constata, critérios muito claros de limitação à incidência do paradigma pessoal do juiz na decisão, ficando-se ao arbítrio de ideologias, o que nega a autonomia do direito.

É que Lorenzetti, quando fala em paradigmas ou pré-compreensão, retoma o juiz solipsista, ideológico, obtendo-se diferentes decisões conforme o pensamento formalista, intervencionista, realista, feminista, racista, conservador ou progressista do juiz (2010, p. 36-37). Diferentemente a concepção de Streck, pois se em Lorenzetti os princípios identificam-se com a concepção alexyana, em Streck princípios são vistos pela tradição dworkiniana, ou seja, como a “unidade de uma prática social, compartilhada pela comunidade política, ou seja, os princípios fecham as possibilidades interpretativas.” (LUIZ, 2013, p. 168).

Streck, então, formata sua Teoria da Decisão Judicial tendo como essência proteger o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. E, neste sentido, afirma ele, “a Constituição é o elo conteudístico que liga a política e o direito, donde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia.” (STRECK, 2014a, p. 600).

Para Fausto Santos de Moraes, a crítica do direito, idealizada por Lenio Streck “para enfrentar o desafio de um direito preocupado com a intersubjetividade exigida pela democracia, convicção oposta à discricionariedade judicial, vai buscar apoio na concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin” (2010, p. 192), motivo pelo qual converge com o que até então construímos como uma teoria mais adequada a respostas corretas.

Neste contexto, o professor propõe um conjunto mínimo de cinco princípios necessariamente presentes em toda a decisão concretizadora da Constituição e que seriam a “história institucional do direito”, de forma que não seja o veredicto o resultado de uma das diversas soluções possíveis, mas a melhor e mais adequada resposta à questão em causa. (2014a, p. 598-620).

A preservação da autonomia do direito inaugura o elenco, podendo ser traduzida pela utilização de argumentos de princípio e não de política⁵³ de forma que a decisão seja

⁵³ “[...] argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum. Dito de outro modo, ‘argumentos de princípio são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo;’ ou, de forma mais direta: ‘os princípios são proposições que descrevem objetivos.’” (MOTTA, 2012, p. 132).

fruto não da discricionariedade do juiz, mesmo nos casos difíceis, mas sim dos princípios conformadores do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014a, p. 492), mantendo-se sua fundamentação separada de razões da política, da economia e da moral, por exemplo, legitimando-a pela “história institucional que conforma a comunidade política”. A autonomia se revela não pelo formalismo do positivismo jurídico, mas materialmente, diretamente ligada ao mundo prático evidenciado pela cadeia principiológica que estabelece os marcos da moralidade.

A autonomia do direito blindo-o dos predadores endógenos (ativismos, panprincipiologismo, etc.) e exógenos (política, moral, etc.). É que, aqui, a moral é cooriginária ao direito, sendo que a única moral que pode repercutir na decisão é a moralidade da comunidade política, identificada pela reconstrução da cadeia principiológica, ganhando destaque padrões interpretativos como a força normativa da Constituição e sua máxima efetividade de Canotilho e Pérez Luño e a relevância do texto legal Constitucional, pois, ainda que a interpretação não seja meramente textual, há limites semânticos que devem ser observados. (STRECK, 2014a, p. 601).

Neste contexto, observa-se que uma das formas de preservar a autonomia do direito é aplicando a lei votada pelo parlamento sempre que não observarmos alguma das seis hipóteses em que o juiz poderia deixar de aplicá-la, quais sejam: inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade com redução de texto; correção de antinomias; interpretação conforme; nulidade parcial sem redução de texto, e, especialmente, em face de um ou mais princípios, observados em seu caráter deontológico e não teleológico.

O controle hermenêutico da interpretação constitucional apresenta-se como segundo princípio da teoria da decisão de Streck, apresentando-se como limite à interpretação judicial; um recurso de enfrentamento à discricionariedade e activismos.

Streck destaca que a delegação ao intérprete do “preenchimento” da “zona de incerteza” é recurso positivista, mais aumentando o espaço de incerteza do que garantindo segurança jurídica (2014a, p. 606). E isto se dá porque, no entender do autor, “a partir da cisão entre raciocínio teórico e prático, o positivismo - ou os diversos positivismos - não conseguiram controlar os sentidos no âmbito da aplicação (produto final do Direito, porque tudo redundava em uma decisão).” (2017, p. 95).

Neste impasse, a hermenêutica filosófica de Gadamer, reconstruída como Crítica Hermenêutica do Direito, com recepções da teoria integrativa dworkiniana é apresentada por Streck como alternativa ao positivismo jurídico. Nela, o compreender não ocorre por dedução, pois a compreensão antecede qualquer argumentação. A fundamentação jurídica é, pois, preexistente à decisão, e a linguagem não é mero instrumento interposto entre o sujeito e o objeto, pois a compreensão é um processo unitário – interpretar é aplicar – sendo o sentido do texto atribuído em função do caso concreto, que é único, irrepetível. (2017, p. 93-94).

O efetivo respeito à integridade e coerência do direito é destacado como o terceiro princípio, por vezes confundido com métodos de interpretação, mas ligado ao dever fundamental do juiz de fundamentação da decisão (art. 93, X, da CF), que é direito fundamental do cidadão. (BRASIL, 1988).

A integridade é o respeito à tradição, evidenciado pelo dever de fundamentação, que exprima com consistência e articuladamente argumentos condizentes com o conjunto do direito (veja-se a explanação anterior sobre a integridade do direito em Dworkin).

Neste passo, haverá coerência se os mesmos princípios aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos, assegurando-se a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Mas, mais que isto, a reconstrução do direito deve expressar um sistema único e coerente de justiça e direito e estes são os parâmetros que limitam a decisão judicial. (STRECK, 2014a, p. 609-611).

O quarto princípio é o do dever fundamental de justificação das decisões, visto como mais do que mera fundamentação, devendo o juiz explicitar as razões pelo qual decidiu. Streck afirma que justificar é mais do que motivar, pois nem toda a motivação que se possa ter justifica a decisão.

Consoante preconiza Mello, uma decisão devidamente fundamentada deve, com argumentos racionais e objetivos, atentar para as seguintes regras: a) ao definir a norma aplicável não se limitar à mera referência ao dispositivo legal, devendo dizer por que o aplica e qual o sentido do texto, com argumentos racionais e objetivos; b) ao usar conceitos indeterminados (dignidade, boa-fé, etc.), definir o significado que entende adequado, esclarecendo os motivos de aplicação ao caso concreto; c) demonstrar a aplicação concreta dos argumentos aos fatos e explicar analiticamente porque aplicável ao caso eventuais precedentes e enunciados legais; d) perceber o processo como prática dialógica e respeitar

todos os argumentos; e e) utilizar uma fundamentação analítica quanto utilizar o método da ponderação, com razões jurídicas, técnicas ou fáticas. (MELLO, 2016, p. 267-268).⁵⁴

Como último princípio, Streck aponta o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, sem que isto signifique que a resposta seja definitiva, pois o direito é um ato de integração coerente na prática jurídica, assumindo importância a autoridade da tradição, mas cuja base é o círculo hermenêutico que não permite o congelamento de sentidos (STRECK, 2014a, p. 616-617). A tradição, aqui, converge com a proposta de Dworkin, para quem o “dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor.” (2000, p. 240).

Pois bem, estes cinco princípios, segundo Streck, podem ser concretizados através da solução das cinco indagações seguintes: Está sendo respeitada a autonomia do direito? Esta decisão é discricionária? Esta decisão possui uma consistência articulada? Esta decisão está devidamente justificada? Esta decisão está respeitando o direito fundamental a ter melhor resposta a partir do direito, sendo, portanto, uma resposta constitucionalmente adequada?

O primeiro questionamento traduz-se em definir se a decisão não está comprometida com argumentos morais, políticos ou econômicos, estando imune aos predadores endógenos e exógenos do direito. Já a segunda indagação reflete sobre se para chegar à decisão foi efetuada a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada ou se a decisão é coerente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina, tendo sido feito um controle hermenêutico. O terceiro ponto consiste em definir se os argumentos estão integrados ao conjunto do direito, podendo a decisão pode ser aplicada a outros casos semelhantes, possuindo caráter de universalidade. Já a indagação sobre justificação traduz-se em definir se os argumentos das partes foram todos enfrentados e o quinto questionamento importa na conclusão sobre se a resposta foi dada com fundamento no direito (nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador). (STRECK, 2014a, p. 619-620).

Por fim, verifica-se que a partir destes princípios, Abboud apresenta um rol de requisitos que também devem ser observados pelo juiz na decisão, de forma a chegar à

⁵⁴ Aqui Mello expressa sua concepção a partir da técnica de ponderação, que é refutada por Streck, adepto à teoria dworkiniana do direito como integridade. Neste estudo, filiamos-nos ao pensamento dworkiniano esclarecendo o porquê, haja vista a maior incidência de ativismo judicial através de técnicas ponderativas. Assim, este critério pode ser lido, a partir de Dworkin, como uma fundamentação íntegra e coerente, respeitando a história do direito, como analisamos nos itens anteriores.

resposta correta. São eles: identificar precisamente o fato concreto, toda a legislação aplicável, súmulas e “precedentes”; efetuar a análise teórica do direito através da doutrina, identificar todos os pedidos, defesa, exceções, teses e argumentos das partes, explicitando argumentativamente as razões da sobreposição de uma sobre a outra e demonstrar, na construção, as consequências jurídicas de sua decisão. Neste aspecto, sinteticamente: fato, pedidos, teses, leis, súmulas, jurisprudência, razões e consequências. (ABBOUD, 2014, p. 473-474).

Traduz-se, assim, a essência da teoria da decisão judicial de Lenio Streck, e que, convergindo com o pensamento de Dworkin que sustentamos neste estudo como o mais adequado à realização da justiça sem discricionariedades ou ativismos que importem em atingir o âmago da segurança jurídica, adotamos como critérios para formatação da decisão judicial que consideramos a mais adequada, até então, para traduzir o ideal democrático que sustentamos.

É que, neste sentido, a teoria do *direito como integridade* atua contra o protagonismo ou ativismo judicial, aduzindo que é necessário conciliar o caráter criativo da hermenêutica com a exigência democrática de construção da decisão com a participação das partes e honrando a materialidade da Constituição e sua posição fundamental, pois as pessoas “têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo” (MOTTA, 2012, p. 98-104). Dito de outra forma, a melhor justificativa da prática judicial é aquela que se coaduna com a integridade do direito aplicável àquela situação, ou seja, uma decisão legitimada democraticamente, coerente e íntegra, adequando-se ao conceito de judicialização da política em oposição ao ativismo judicial.

Vinícius Lima, em sua obra *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória* parafraseando Dworkin, ressalta que uma teoria sobre concepção de democracia constitucional deve justificar um esquema interpretativo em torno de decisões jurídicas concretas, que, em matéria de direitos sociais, não pode ser tomada pelo juiz solipsista, ante sua interdisciplinaridade, nem pode a decisão ser fruto de um contraditório pífio, mas sim de uma efetiva participação moral dos interessados, refletindo a decisão uma responsabilidade do intérprete que opera com limites hermenêuticos. (2016, p. 231-242).

A estes argumentos somar-se-ia o fato de que uma decisão jurídica democrática, além de vincular-se à responsabilidade do intérprete para com os interessados no processo, deveria refletir, sobretudo, a necessidade de responsabilidade em face da coletividade, da sociedade como um todo, posto que em uma decisão sobre direitos sociais, não são interessadas apenas as partes do processo, mas todos aqueles com quem o Estado tem compromisso na prestação do mesmo direito social.

Assim, com foco na decisão judicial relativa a direitos sociais, é necessário adicionarmos aos elementos até compilados, argumentos teóricos que influenciam a sua justiciabilidade,⁵⁵ como os relativos aos custos dos direitos ou reserva do possível, ao mínimo existencial e a própria judiciabilidade do direito social em si.

É que estas questões são as que mais especialmente influenciam materialmente as decisões relativas aos direitos sociais, pelo que, para que se possa construir uma decisão íntegra e coerente, é necessário que se tenha presente a concepção jurídica destas variáveis elementares.

Sigamos, então.

3.2 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Como afirmamos, os direitos sociais surgiram com o advento da segunda geração de direitos humanos, ante a formatação do Estado Social a partir da Revolução Industrial do século XIX que promoveu desemprego, péssimas condições de trabalho e propiciou uma tensão entre a burguesia e o proletariado, exigindo do Estado uma ação proativa no sentido de promoção da igualdade e de condições materiais mínimas para uma existência digna. Passou-se, então, a se identificar não mais meramente como um Estado de Direito, mas um Estado Social de Direito – o chamado *Welfare State* ou Estado de Bem-estar Social. (PORTO, 2006, p. 56).

O pensamento liberal-burguês do século XVII, de viés individualista e originado da doutrina iluminista dos séculos XVII e XVIII, que ensejou a primeira dimensão de direitos humanos, de cunho *negativo* e caracterizada pela não intervenção do Estado na autonomia individual (vida, liberdade, propriedade e igualdade), dá margem, com os graves problemas

⁵⁵ Justiciabilidade neste estudo diz com a possibilidade de buscar os direitos sociais através de demandas judiciais.

sociais advindos do impacto da industrialização e ante os movimentos reivindicatórios para seu reconhecimento, à segunda dimensão de direitos humanos, de cunho positivo, caracterizada pela atuação positiva do Estado (assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.). (SARLET, 2015, p. 46-47).

No Brasil, com a Constituição de 1824, assim como com as Constituições francesas de 1793 e 1848 e a alemã de 1849, o direito a prestações sociais estatais foram previstos (SARLET, 2015, p. 47), e hoje, no Brasil, estão consubstanciados nos preconizados pelo artigo 6º de nossa Constituição Federal,⁵⁶ como: o direito ao ensino público e gratuito, à saúde pública, à alimentação, à moradia, etc. (BRASIL, 1988).

E esses direitos sociais estão hoje erigidos à categoria de direitos fundamentais, afirmando Sarlet que eles “comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material”, pois, formalmente são posições jurídicas da pessoa expressamente consagradas no catálogo de direitos fundamentais pelo constituinte, e, materialmente, aqueles que, pelo conteúdo e importância, são equiparados aos direitos formalmente fundamentais. (SARLET, 2015, p. 81).

Estes direitos, por uma exegese extensiva do art. 60, §4º, IV, da CF, estão protegidos contra a supressão e erosão por reformas constitucionais, bem como devem possuir a máxima eficácia e efetividade possível, em face da lógica do art. 5º, §1º, da CF. (BRASIL, 1988). Assim, as normas relativas a direitos sociais prestacionais também possuem direta aplicabilidade. (SARLET, 2007).

Gesta Leal destaca ser necessário estarem os cidadãos atendidos em seus direitos fundamentais (sociais) para que desfrutem, em igualdade de oportunidades, de todas as demais prerrogativas/deveres como co-gestores de seus cotidianos. Neste sentido, a concepção de direitos subjetivos públicos tem como referenciais tanto a constitucionalização (com a supressão da disponibilidade pelo legislador ordinário), como a fundamentalização dos direitos, esta com a dignidade exigindo proteção formal (superioridade hierárquica, limitação à revisão e vinculação dos poderes públicos) e material, com conteúdo como constitutivo das estruturas básicas da sociedade e do Estado. (2009, p. 32 - 35).

⁵⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Não obstante, a efetivação dos direitos fundamentais, desde suas primeiras manifestações, vem se construindo por um lento processo, vez que ou a ciência jurídica lhes negava o *status* de direito subjetivo, ou os considerava apenas uma espécie *sui generis* de direitos subjetivos, tendência que se evidencia em reversão. (MELLO, 2005, p. 105).

É que os direitos sociais não alçavam a condição de direitos subjetivos, pois estes se atinham ao sentido técnico desenvolvido no direito privado, e que se caracteriza pelo “poder jurídico de fazer valer, através de uma ação judicial, o não cumprimento de um dever jurídico [...] de instaurar, através de requerimento, o processo que conduz à anulação da lei inconstitucional.” (KELSEN, 1985, p. 156).

O positivismo jurídico nega, pois, subjetividade aos direitos fundamentais, a menos que haja contemplação legal da possibilidade de demanda individual, pois direitos morais dependem de fatos sociais, como uma decisão política da autoridade legitimada, para produzir direito positivo. (MELLO, 2005, p. 111, 112).

Hart, com seu positivismo moderado, já aceita a conciliação do positivismo ao constitucionalismo, mas apenas na medida em que a moral seja assimilada ao ordenamento jurídico, o que não afeta o caráter científico do direito, posto que ela nele ingressa como um fato social incorporado a um princípio, ou mesmo como um costume, que é fonte de direito. Mello afirma que por mais que os teóricos sustentem a existência de direitos sociais “naturais”, não previstos na Constituição, os “direitos sociais do neoconstitucionalismo são apenas direitos subjetivos previstos em normas do direito positivo.” (MELLO, 2005, p. 114).

Sarlet, inclusive, critica a adoção da expressão “direito público subjetivo” por entender que remete a uma concepção positivista e essencialmente estatista dos direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, estando superada por incompatível com nossa realidade constitucional, que admite apenas as denominações “direito subjetivo” ou “direito subjetivo fundamental.” (2015, p. 158).

Pois bem, seguindo a reflexão de Mello, é possível constatar que, vencida a etapa da positivação, os direitos fundamentais sociais enfrentaram uma negativa de normatividade e justiciabilidade, sendo sua constitucionalidade apenas uma imposição de dever político ao Estado, ou seja, um direito que poderia ser gerenciado junto às instâncias políticas, mas carecia de normatividade subjetiva, ou seja, não gerava direito subjetivo individual.

Voltando à discussão proceduralismo *versus* substancialismo, temos, no que se refere à justiciabilidade, que proceduralistas, como Habermas, a negam, ante a necessidade de preservar a democracia deliberativa e a supremacia popular. Até os substancialistas liberais, como Dworkin, os entendem (direitos sociais) como normas programáticas dos Poderes Executivo e Legislativo, sendo necessárias interpretações construtivistas, criando-se o Direito. (PORTO, 2006, p. 220).

Mello, em sua obra *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, afirma:

Tradicionalmente, a doutrina constitucional sustenta que apenas os direitos liberais podem ser tutelados por meio dos instrumentos processuais da atividade judiciária; já os direitos sociais padeceriam de uma congênita injusticiabilidade decorrente do seu próprio objeto, que exige sempre uma prestação material a ser cumprida pelo Estado, conforme pressupostos e condições jurídicas e materiais que não estão acessíveis ao agir judicial. (MELLO, 2004, p. 166).

E, veja-se, o próprio Canotilho, pai da Constituição Dirigente, que inspirou o constitucionalismo pátrio, e que afirmou que “os direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais, mesmo na parte em que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações”, pois fundados na Constituição e não derivados da lei, não vê nos direitos sociais a possibilidade desta concretização judicialmente. Afirmou ele em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* que os direitos subjetivos a prestações, ainda que não concretizados, “existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente) contra as omissões inconstitucionais do legislador.” (CANOTILHO, 1982, p. 371).

Tanto não era a ideia do professor da Universidade de Coimbra a concretização judicial dos direitos sociais que tratou de esclarecer isto em obras posteriores, afirmando, expressamente, em *Brançosos e interconstitucionalidade*, e que se reproduz dada a relevância do tema, que

Uma outra incompreensão teórica relacionada com a constituição dirigente é suscitada pela expressão “directamente aplicável” oriunda da Constituição de Bona e, posteriormente, transferida para os textos constitucionais de Portugal, Espanha e Brasil (art. 5º, LXXVII, 1º). Como é sabido, através da ideia de direito directamente aplicável, expressamente plasmada no artigo 1º/3 da Grundgesetz (Unmittelbar geltendes Recht), pretende-se afirmar que a constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, dessa forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou, até, a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia, a expressa afirmação da vinculatividade não significa, nem pode significar, que as normas consagradas de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei [...]. (CANOTILHO, 2012, p. 116-117).

Então, ainda que o dirigismo constitucional, como vimos, vinculasse o legislador a editar leis e o administrador a efetivar as políticas públicas, os direitos sociais ainda careciam de consequência jurídica ou justiciabilidade, correspondente à tese de que cada direito corresponde a uma ação que o assegure, pois para a concepção moderna de direito subjetivo “não faz sentido falar de um direito jurídico desprovido do atributo da exigibilidade judicial.” (MELLO, 2005, p. 126).

Para Barzotto, é necessário compreender, a partir de Thomás de Aquino, o fato de os direitos humanos representarem: “as exigências da salvaguarda comum dos homens”, invertendo-se, pois a relação de fundamentação: “não é o direito positivo que serve de fundamento para os direitos humanos, mas os direitos humanos é que fundamentam o direito positivo.” (2005, p. 85).

O argumento da injusticiabilidade dos direitos sociais pertence à teoria liberal dos direitos fundamentais, incompatível com a maioria dos sistemas constitucionais, especialmente o brasileiro, cuja tutela judicial, não obstante, tem usado um esquema argumentativo subsuntivo, com interpretação literal e sistemática dos textos legais, com uma avaliação política apenas individual em relação à consequência da negação, sem uma análise sistêmica da medida judicial. (MELLO, 2005, p. 130-133).

Converge tal conclusão com os estudos do professor José Tadeu Neves Xavier sobre a teoria contratual, quando a afirma ainda fiel ao “método da pandectística oitocentista, que não se preocupava em estudar como o Direito intervém para ordenar as diversas esferas da vida social, nem tampouco em definir os institutos jurídicos com vista a sua função social.” (XAVIER, 2006, p. 23).

Na mesma linha, Barzotto (2005, p. 74-76) afirma que é necessário compreender os direitos humanos por um prisma comunitário, posto que no estado liberal os direitos foram determinados à margem da vida da sociedade. Assim, ele divide a justiciabilidade dos direitos sociais em poder subjetivo e direito subjetivo, afirmando que o mais popular é concebê-la como poder subjetivo, poder de disponibilidade garantido juridicamente, onde é indiferente o impacto do direito individual sobre a coletividade. É um poder subjetivo individual a uma parcela do orçamento do direito social respectivo.

Segue o professor gaúcho afirmando que, como direito subjetivo, concebe-se o seu detentor como ser social (e não apenas individual), que deve manter uma relação de

igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo (bem individual) se destruir este último (bem comum). A noção não é de propriedade, mas de igualdade, de ver o direito subjetivo como o justo subjetivo. A igualdade é absoluta, porque está ligada à dignidade, que não admite gradações. (BARZOTTO, 2005, p. 70-71).

Atenção aqui.

Nesta perspectiva, o fenômeno (saúde, educação, etc.) é uma qualidade individual, mas o direito a ele não. Este se evidencia como uma relação de justiça que o indivíduo mantém com os outros membros da comunidade, devendo ser considerada nas suas consequências, “como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que (sic) em si mesmo, é absoluto.” (BARZOTTO, 2005, p. 75). Nas palavras do autor:

A saúde de X é uma qualidade individual sua, a ser determinada por um médico. O direito à saúde não é uma qualidade individual, mas uma relação de justiça que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas consequências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que (sic) em si mesmo, é absoluto. (BARZOTTO, 2005, p. 75, grifo do autor).

Esta visão se coadunada com o preconizado por Cláudio Ari Mello, para quem, se na tutela coletiva os argumentos da justiça distributiva⁵⁷ não podem ser evitados, na individual uma esfera coletiva deve ser considerada.

O que parece claro, no entanto, é que, embora a evolução da teoria dos direitos sociais esteja fortemente ligada à sua assimilação ao conceito de direito subjetivo, os discursos de aplicação judicial dos direitos sociais não poderão limitar-se a reproduzir a argumentação típica dos direitos subjetivos do direito privado do liberalismo. Isso porque o raciocínio jurídico necessário para a concretização judicial de direitos sociais envolve sempre, em alguma medida, uma apreciação sobre a relação entre bens individuais e bens coletivos, contrariamente ao que se passa na generalidade dos direitos privados. (MELLO, 2005, p. 134).

Neste passo, importante frisar que, diferentemente do apontado pela crítica de Sarlet (2015, p. 223), o ponto não é o fato de os direitos fundamentais terem, em primeira linha, como titular o indivíduo. Concordamos com isto e enfatizamos a legitimidade da demanda individual por direitos fundamentais. O fato é que a atenção a esta demanda é que

⁵⁷ Barzotto divide a justiça em legal, distributiva e comutativa: a legal estabelece o que é devido às pessoas na condição de membros da comunidade: a todos a mesma coisa, pois a igualdade está na dignidade e não admite gradações; a distributiva reparte proporcionalmente o que é comum segundo a variável que for o critério da distribuição; já na comutativa, a igualdade se dá entre as coisas: a cada um a mesma coisa. (2005, p. 71-72).

deve ter em vista, de alguma forma, a metaindividualidade do direito de forma que se busque o resultado o mais justo possível para cada um e para todos, pois em um contexto em que todos são credores.

Esta mesma reflexão vem presente no pensamento do professor chileno Fernando Atria, quando afirma que os direitos sociais estão inseridos em uma ideia de comunidade onde um cidadão se preocupe com a sorte dos demais, o que é incompatível com a ideia de exigibilidade de um direito individual, pois este, como arma de defesa, inibe o impulso à caridade, concebendo o cidadão com concorrente em um mercado onde cada um é uma ameaça contra a qual o outro deve defender-se. (ATRIA, 2005, p. 41-42).

Aqui, se converge com Gesta Leal quando afirma que o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é absoluto e não depende de futuras e complementares disposições legais, pois possuem força constitucional. Todavia, ao serem vários os direitos fundamentais absolutos, seus processos de efetivação “podem possuir dimensões diferidas e exógenas, em face do universo de demandas e interesses igualmente protegidos juridicamente, que potencialmente podem ser atingidos na espécie”. Neste passo, o Estado deve atuar “a partir de critérios e parâmetros razoáveis, públicos e controláveis pela comunidade aberta de intérpretes do sistema jurídico e da democracia.” (2009, p. 51-52, 84).

Apenas para traçar um paralelo, em que pese a natureza privada da prestação, a decisão em uma demanda de alimentos, por exemplo, observará o direito subjetivo do alimentando, mas não ignorará a existência de interesses outros que relativizem o quanto e se estes alimentos serão prestados. Em uma perspectiva pública dá-se fenômeno similar. O cidadão tem legitimidade para buscar a prestação. O quanto, e se será deferida, dependerá não só de seu interesse ou demanda, mas de circunstâncias fáticas vistas pelo prisma do direito de todos os demais, ante a multiplicidade de direitos individuais concorrentes. Este é o ponto.

Victor Abramovich e Christian Courtis afirmam que há quatro obstáculos para a jurisdicização dos direitos sociais: problemas em determinar qual a conduta devida; a autorrestrição do Poder Judiciário frente a questões políticas e técnicas; a ausência de mecanismos processuais adequados para proteção destes direitos, e a falta de tradição no controle judicial da matéria de direitos sociais (2004, p. 121-131). Afirmam que “*cuando una constitución o um tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál*

es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas.” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 122).

Nestes casos, entendem como normal a abstração das normas da Lei Maior, sendo as possibilidades fáticas de cumprimento do objetivo constitucional que delimitam o campo de atuação, análise que o judiciário fará com razoabilidade e adequação às medidas possíveis, pois como a ação administrativa rege-se por métodos e perícias próprios, estranhos ao judiciário, quanto maior o debate de questões técnicas e políticas, menor o êxito das ações (2004, p. 128). Assim, aduzem que se deve avaliar como “[...] *el proceso judicial, em el que una parte gana y otra pierde, puede resultar idôneo para resolver una situación em la que confronten numerosos intereses individuales y colectivos [...].*” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 128).

É que nosso sistema é pensado para proteção de direitos civis clássicos, em regra individuais; mas direitos sociais, embora exijam satisfação urgente, não possuem um satisfatório esquema de execução destas decisões. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 129-131). Afirmam:

Em síntesis, la posibilidad de êxito de um caso em el que se exige directamente al Estado el cumplimiento de una obligación emanada de um derecho econômico, social o cultural, será proporcional a lo acotado que resulte el debate de las cuestiones “políticas” y “técnicas” y la materia probatoria del proceso. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 137).

Como indagação final desta abordagem preliminar sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, questiona-se: todos os direitos sociais são judicializáveis? Cláudio Ari Mello afirma, com fulcro em Ferrajoli, que a resistência à justiciabilidade dos direitos sociais é política, pois, tecnicamente, todos eles seriam tutelados como qualquer outro direito, e que o argumento da injusticiabilidade, por definição, é incompatível com nossa ordem constitucional. Todavia, reflete que, apesar da técnica justiciabilidade dos direitos sociais, nem todos são, na prática, judicialmente exigíveis diretamente do Estado, citando, como exemplo, o direito ao trabalho; e, ainda, alguns não são individualmente exigíveis, como o direito à moradia. Nestes casos uma argumentação especial deve ser desenvolvida para contemplá-los. (MELLO, 2005, p. 130).

Fernando Atria destaca que o compromisso com o direito social não é, necessariamente, o de cada pessoa poder deduzi-lo em juízo. Quanto ao direito ao trabalho, citado anteriormente, afirma, por exemplo, que sua expressão não é a de garantir um posto de

trabalho a cada cidadão, senão “uma manifestação do compromisso comunitário de considerar o emprego não como um dado macroeconômico [...], mas como um aspecto central da forma como a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igual cidadania de cada um”, pois o trabalho “não é um bem em si mesmo, mas um instrumental para a cidadania completa” (ATRIA, 2005, p. 39).

Sarlet adota o argumento de Alexy para quem a perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais reside tanto na finalidade precípua de proteção do indivíduo (e não da coletividade), quanto no seu caráter principiológico, cuja subjetividade empresta maior grau de realização ao direito fundamental, também reforçado pelo argumento da autonomia individual como expressão da dignidade humana. Todavia, destaca a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos fundamentais individualmente considerados no tocante a prestações sociais materiais, pois, ainda que na condição de direitos subjetivos, sua complexidade estrutural acarreta uma variação de intensidade na sua exigibilidade (ou justiciabilidade). (SARLET, 2015, p. 160-161).

Assim é que, no tocante aos direitos fundamentais como direitos sociais prestacionais (aqui não abarcando os direitos a prestações sociais em sentido amplo, como as liberdades sociais, proibição de discriminação, etc., de inspiração jellinekiana), Sarlet afirma que há limites para a ação judicial de concretização, em face, por exemplo, da reserva do possível, da falta de instrumentos (e/ou legitimação) dos tribunais para implementação de determinados programas socioeconômicos ou da colisão com outros direitos fundamentais. Todavia, destaca que a legitimidade destas exceções depende de uma convincente justificação à luz do caso concreto. (SARLET, 2015, p. 205-206, 277-279).

É possível concluir-se, pois, com o que concordamos, que os direitos fundamentais sociais constitucionalmente protegidos se constituem direitos subjetivos; sendo exigíveis do Estado, compulsoriamente, as prestações asseguradas nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Afirmar o contrário seria pregar a insindicabilidade destes direitos e a discricionariedade administrativa em matéria de dignidade humana, desconstitucionalizando os direitos fundamentais sociais ao deixá-los à mercê da vontade dos governantes. (BITENCOURT, 2013, p. 130).

Todavia, como o judiciário pode realizar, e em que medida ele pode fazê-lo são inquietações para as quais buscamos respostas, especialmente no que tange à satisfação do

direito social à educação infantil. É que a satisfação destas pretensões encontra obstáculos no campo de sua implementação, o que ensejou a formatação de algumas teses e princípios que influenciam, de alguma forma, as decisões relativas a direitos sociais, mesmo que em um discurso por vezes fragmentado por não abordar todas estas variáveis. Argumentos como a fundamentalidade do direito à educação, a reserva do possível, o custo dos direitos, do mínimo existencial e o não retrocesso social, por exemplo, dizem diretamente com a concretização destes direitos e necessitam, pois, mesmo que perfunctoriamente, terem suas linhas mestras abordadas.

Ao trabalho, então.

3.2.1 O direito fundamental à educação

Importante trazermos à consideração, além do que já pontuado, elementos relevantes sobre a temática central do estudo – o direito fundamental à educação e, mais, especificamente, à educação infantil em creche. É que a decisão democrática que pretendemos construir referir-se-á essencialmente a esta prestação social, motivo pelo qual ao discutirmos, por exemplo, o conteúdo e a abrangência das decisões judiciais relativas à matéria, é preciso ter-se informações suficientes a propiciar um juízo crítico e permitir fiquem mais evidentes os apontamentos que lançaremos.

Como afirma Mônica Sifuentes, a Constituição Federal contempla o direito à educação, especialmente a fundamental, como o mais importante dos direitos sociais, recebendo cuidadoso e detalhado tratamento, mensurado como um valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana. Ainda, todos os demais objetivos fundamentais da República, contidos no art. 3º da Magna Carta, como construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, tem como condição o direito à educação. Tal se dá porque, como reflete, inspirada em Pontes de Miranda, somente o ensino de todos os cidadãos pode concretizar substancialmente a igualdade intelectual necessária ao pleno exercício da cidadania. (SIFUENTES, 2009, p. 17-18).

Historicamente, a importância da educação foi reconhecida desde a formação das primeiras sociedades politicamente organizadas, em que pese dirigida à formação das classes

dominantes para viabilizar que conquistassem, governassem e dirigissem as demais. Foi assim em Roma e na Grécia, sendo que somente no século XVI a sociedade europeia começou a formatar a ideia de popularizar a educação. Os iluministas nela depositaram sua esperança de construção de um mundo novo, reforçando a tese de a pessoa pensar por si, e, para alçar este ideal, travaram lutas contra a Igreja, que monopolizava a oferta, e contra a burguesia, que via com receio o acesso dos trabalhadores à educação. (GORCZEWSKI; PIRES, 2006, p. 11-16).

Com a Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão determinou a organização de uma instrução pública e gratuita comum a todos no que concerne ao ensino indispensável. Constitucionalmente, a educação surge como direito na Carta Mexicana de 1917 e na Alemã de 1919, sendo reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) e, posteriormente, em 1966, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil somente em 06 de julho de 1992, através do Decreto nº 591. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Importa ressaltar que o primeiro documento internacional relativo à proteção dos direitos humanos foi a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1948), aprovada juntamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos,⁵⁸ na 9ª Conferência Internacional Interamericana da Organização dos Estados Americanos – OEA -, de Bogotá, em 30 de abril de 1948. A primeira expressou, em seu artigo 12, que toda a pessoa tem direito à educação e que esta deve inspirar-se nos ideais de liberdade, moralidade e solidariedade humana, e a segunda, em seus artigos 47 a 49, destacou a primordial importância do estímulo à educação, ciência, tecnologia e cultura, com compromisso de cooperar e de empreender esforços para assegurar o ensino básico, obrigatório e gratuito, e erradicar o analfabetismo, implementando, progressivamente, o ensino médio e superior, e fortalecendo o sistema de educação de adultos.

Mas é com o Pacto de São José da Costa Rica, celebrado em 22 de novembro de 1969 e promulgado no Brasil somente em 06 de novembro de 1992, pelo Decreto nº 678, (BRASIL, 1992a), que os estados americanos demonstraram a superação da fase de elaboração de princípios teóricos e se propuseram a consolidar a “plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura,

⁵⁸ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. (BRASIL, 1952).

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos”. Pelo Pacto, assumiu-se a obrigação de concretizar estes direitos. (GORCZEVSKI; PIRES, 2006, p. 22-23).

No Brasil, embora a educação tenha sido prevista nas Constituições anteriores, somente com a de 1988 foi erigida a direito fundamental social, através do art. 6º,⁵⁹ e, como tal, com prerrogativa da autoaplicabilidade, prevista no art. 5º, §1º,⁶⁰ constituindo-se em *cláusula pétrea*, protegida pelo art. 60, §4º, IV,⁶¹ como uma das formas de realização do ideal democrático. (GOMES, 2011, p. 179-181).

Apenas para traçar um referencial histórico, a primeira norma constitucional pátria a referir obrigatoriedade à educação foi o art. 150, parágrafo único, “a”, da Constituição Federal de 1934,⁶² mas vinculando-se o direito à “frequência”. Nas Constituições de 1937⁶³ e de 1946⁶⁴ o ensino primário era gratuito e na de 1967⁶⁵ a obrigatoriedade passou a ser vinculada à faixa etária e ao cidadão (obrigatório para todos).

E como a inquietação deste trabalho é a democraticidade da decisão concretizadora do direito à educação infantil, impõe-se, em um primeiro momento, fazer uma breve análise do que constitui esta modalidade de ensino que, a contrário senso do que referimos sobre a educação, não foi protegida por nenhuma das Constituições pátrias anteriores a 1988.

⁵⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

⁶⁰ Art.5º. [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

⁶¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:[...] IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988).

⁶² Art. 150. Compete á União: [...] Paragrapho unico (sic). O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, n. XIV, e 39, n. 8, letras *a* e *e* , só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá ás seguintes normas:[...] a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos. (BRASIL, 1934).

⁶³ Art. 130. O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição modica e mensal para a caixa escolar. (PORTO, 2012).

⁶⁴ Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I – o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II – o ensino primário oficial é gratuito para todos, o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos; [...]. (BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2012).

⁶⁵ Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a **igualdade** de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. [...] § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:[...] II - o ensino dos sete aos quatorze anos è obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais[...]. (BRASIL, 1967).

A educação infantil, em especial, como primeira etapa de um processo que se dá na família, na comunidade e nas instituições educacionais, vem se tornando cada vez mais necessária em complementação à ação da família, como reconhecido pela Declaração Mundial de Educação para Todos. (UNESCO, 1990). Este documento, do qual o Brasil é signatário, reconhece a importância da educação como instrumento do progresso social, econômico e cultural, da tolerância, da cooperação internacional e, de um modo geral, de um mundo mais seguro, sadio, próspero e ambientalmente mais puro (COSTA, 2011, p. 148).

Destaca-se, aqui, o artigo 5º, que trata dos meios e do raio de ação da educação básica, e que dispõe:

A diversidade, a complexidade e o caráter mutável das necessidades básicas de aprendizagem das crianças, jovens e adultos, exigem que se amplie e se redefina continuamente o alcance da educação básica, para que nela se incluam os seguintes elementos:

A aprendizagem começa com o nascimento. Isto implica cuidados básicos e educação inicial na infância, proporcionados seja através de estratégias que envolvam as famílias e comunidades ou programas institucionais, como for mais apropriado.

Neste contexto, a Constituição Federal expressamente prevê ser educação obrigatória a fundamental, hoje, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 53/2006, correlacionada não à etapa escolar, mas à idade, compreendida dos quatro aos dezoito anos incompletos (art. 208, I, da CF⁶⁶). (BRASIL, 1988). Neste sentido, considerando ser a pré-escola a etapa educacional que inicia aos quatro anos, a lógica evidencia que a educação obrigatória, hoje, inicia na pré-escola (que é a última fase da educação infantil).

Já quanto à educação infantil, refere a Magna Carta, em seu artigo 208, IV, que ela será oferecida em creches e pré-escolas às crianças até cinco anos de idade (ante a alteração pela Emenda Constitucional nº 53/2006, pois a idade máxima era de 6 anos, motivo pelo qual muitas das decisões ainda se referem a esta idade).

Por sua vez, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) - Lei nº 9.394 de 1996 -, com última atualização em 1999 -, dispõe dividir-se a educação em: básica e superior.

⁶⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...];

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

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

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

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (BRASIL, 1988).

Esta abrange todos os cursos disponíveis após o ensino médio (sequenciais, graduação, pós-graduação e extensão). Já a educação básica compreende a infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (art. 21⁶⁷), (BRASIL, 1996), sendo a educação infantil aquela que compreende o atendimento em creches, dos zero aos três anos de idade (ou quatro incompletos) e em pré-escola dos quatro aos cinco anos (ou seis incompletos).

Ainda, com fulcro no art. 211, §2º, da CF, (BRASIL, 1988)⁶⁸ verifica-se que, no âmbito do compromisso com a educação, ainda que possa oferecer outras etapas, a responsabilidade prioritária do ente municipal é com a educação infantil e o ensino fundamental, o que significa que somente após atender integralmente esta demanda, poderá fornecer outras etapas.

Com fulcro na Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 54,⁶⁹ também prevê a obrigação estatal de garantir a educação infantil em creche e pré-escola às crianças até 0 a 5 anos, não indo além do dispositivo constitucional, em que pese substituir o verbo *garantir* por *assegurar* que é, em tese, menos impositivo (BRASIL, 1990).

Destas referências legislativas, um apontamento importante é o que diz com a denominação que a Constituição e as legislações utilizavam em relação a estas primeiras etapas escolares. Na sua origem, o art. 208 da Constituição,⁷⁰ ainda que inserido na Seção relativa à educação, qualificava a prestação social em creches e pré-escola como “atendimento”, diversamente do que fazia com o restante das etapas que eram reconhecidas como “ensino”. (BRASIL, 1988). A partir da Emenda Constitucional nº 53 de 2006, a redação do artigo foi alterada para “educação infantil.” (BRASIL, 2006).

Esta divergência de nomenclatura talvez possa explicar a dificuldade que ainda se tem em aceitar a educação infantil, hoje especialmente na forma de ensino em creches, como

⁶⁷ Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior. (BRASIL, 1996).

⁶⁸ Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (BRASIL, 1988).

⁶⁹ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

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

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

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade; (BRASIL, 1990).

⁷⁰ Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (BRASIL, 1988).

um direito subjetivo do cidadão, pois, se a assistência social como um todo não é um direito fundamental social expresso no art. 6º (apenas a assistência aos desamparados), um direito de natureza prioritariamente assistencial não poderia ter a força normativa que possui um direito vinculado diretamente à educação.

Apenas para pontuar, destaca-se que no Município de Canoas, por exemplo, a educação em creche estava vinculada à Secretaria de Saúde até o ano de 1999, quando passou para a Secretaria de Educação, pois antes havia o “forte olhar do cuidar e apenas resquícios do educar,” como afirmado pela Secretária de Educação, Eliane Freitas Escobar, confirmando a constatação supra. (ANEXO E).

Veja-se que todas as demais etapas de ensino, além da fundamental, estão reguladas sem que se reconheça, ainda assim, que todas são direitos subjetivos do cidadão. O acesso ao ensino superior, por exemplo, não é obrigatório, nem para o cidadão, nem para o Estado, não se podendo perquirir em juízo o direito a uma vaga na universidade sob este fundamento. Outros direitos sociais previstos no artigo sexto também não possuem a prerrogativa universal de subjetividade, como o direito à moradia, por exemplo, como já pontuamos. (MELLO, 2005, p.130).

É que, conforme Mello, em princípio, todos os direitos sociais possuem estrutura normativa para serem direitos subjetivos, ou, em termos práticos, para poderem ser deduzidos individualmente em juízo. O fato de não se reconhecer esta justiciabilidade universal é um critério político e não técnico. (MELLO, 2005, p. 130).

Talvez por isso, então, seja tão difícil definir quando se reconhece a subjetividade ao direito fundamental social. É sustentável, então, como afirma Mello, com fulcro em Ferrajoli, que ela esteja em todos os direitos sociais. Todavia, alguns são mais judicializáveis que outros. (MELLO, 2005, p. 130). Isto, por si só, evidencia que o sistema não é íntegro e coerente, pois não há lógica nele, nem se pode visualizá-lo como um “romance em cadeia” nesta matéria. É necessário, pois, que se encontrem, na fundamentação das decisões, as razões que conectem estas peças soltas, com base na principiologia constitucional, de forma que se possa identificar além do paradigma dworkiniano, seus apontamentos de responsabilidade decisória.

E quando voltamos à análise da educação infantil, outro argumento que fragiliza a incondicional universalidade do acesso à educação em creches, e mesmo sua subjetividade, é

o da sua facultatividade, o qual, mesmo pontuado em algumas defesas municipais⁷¹ não possui um razoável contraponto judicial.

É que a Constituição, em seu art. 208, I, disciplina que o dever do Estado com a educação se dá mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos (idades da pré-escola e ensino fundamental). E quando, em seu inciso IV, dispõe sobre a garantia de educação infantil em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade, não confere a esta etapa as características de “obrigatoriedade e gratuidade”, como o faz com a educação fundamental e, agora, com a Emenda Constitucional, com a pré-escola. Da mesma sorte, nem a LDB, nem o ECA, derivados da Constituição, conferem obrigatoriedade à educação em creches. (BRASIL, 1988, 1990, 1996).

Assim, nenhum dos dispositivos legais aplicáveis caracteriza como obrigatória a educação infantil em creches, já que, consoante o art. 208, I, da CF, esta compulsoriedade inicia-se aos quatro anos, que é a idade para ingresso na pré-escola, ainda que seu art. 208, IV, a reconheça como dever do Estado. (BRASIL, 1988).

Neste contexto, vê-se que, se com relação à gratuidade, toda a educação pública, inclusive a superior, gozará deste direito, por força do art. 206, IV, da CF, a questão da obrigatoriedade impõe uma análise sobre qual o alcance e sentido desta expressão, ou, dito de outra forma, se é compulsoriedade de frequência e/ou de oferta, pois, não raro, o argumento municipal é o de que a facultatividade desta, somado ao da programaticidade da norma constitucional pela ausência de previsão expressa de subjetividade do direito como o há para o ensino fundamental, autoriza os entes municipais a disponibilizar o acesso conforme sua previsão orçamentária específica.⁷²

Com efeito, sustentar uma facultatividade da educação infantil em creches e outorgar-lhe o *status* de direito subjetivo parece um contrassenso, pois se a criança tem direito subjetivo à educação infantil, e não se vincula ela a um direito meramente assistencial, sequer os pais poderiam deixar de incluir o bebê em alguma escola infantil, pena de comprometer seu completo desenvolvimento e socialização.

⁷¹ Vejam as razões de apelação do Município no processo nº 008/5.14.0003544-3, do Juizado da Infância e Juventude de Canoas. (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

⁷² Vide, v.g., o argumento do Município na apelação do processo nº 008/5.14.0003544-3, do Juizado da Infância e Juventude de Canoas. (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

Neste contexto histórico de assistencialismo, Carmem Craidy e Gládis Kaercher destacam que educar e cuidar são processos complementares e indissociáveis na educação infantil, pois todo o contexto de interação da criança faz com que ela atribua significado àquilo que a cerca, constituindo-se uma experiência cultural junto a seu grupo social; e isto é o que chamamos educação, experiência onde um ambiente de cuidado, afetivo e com suporte material é fenômeno intrínseco (2001, p. 16), afastando, pois, o argumento assistencialista.

Todavia, além destes dois argumentos (histórico cunho assistencial e não obrigatoriedade), tem-se o expresso dispositivo constitucional no §1º do art. 208 afirmando que o ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, logo, poder-se-ia extrair deste contexto, em uma análise superficial, que o ensino não obrigatório (creche, por exemplo) não seria direito público subjetivo.

Bem, uma inicial análise silogística já evidencia que esta conclusão seria falsa, pois afirmar que todo A é B, e C não é A, não leva à conclusão de que C não seja B. O fato é que C não é presumidamente B, e nem seria em uma visão absolutamente procedimentalista, mas pode sê-lo, em uma visão substancialista da Constituição, que possa, em uma análise principiológica, íntegra e corente, conferir-lhe tal condição.

É que a educação infantil em creche não é obrigatória, nem está referida como direito subjetivo na Constituição pátria, ao contrário da fundamental. E, se é possível concluirmos que esta obrigatoriedade da educação é relativa à posição do Estado em relação ao cidadão, também podemos argumentar que há, aqui, uma relação de reciprocidade que vincula ambos (cidadão e Estado) em uma relação de obrigatoriedade; a contrário senso, o mesmo se poderia argumentar em relação à facultatividade. Assim, definir que, apesar disto, ela constitui, sim, direito subjetivo, exige a força de outros argumentos.

Por outro lado, como política social, a ampliação paulatina do acesso à educação infantil vem regulamentada pela Lei 13.005/2014, que regulamenta o PNE (Plano Nacional de Educação), cuja meta atual é atingir cinquenta por cento da demanda de educação infantil em creche até o ano de 2024, já estando ultrapassado o prazo (findado em 2016) para disponibilização universal de vagas em pré-escolas (ensino obrigatório). (BRASIL, 2014).

E, por mais que se possa pretender diferenciar a natureza desta legislação programática do PNE em relação ao texto constitucional, é relevante a ausência de lógica em um sistema que judicialmente prevê como universal e imediata a obrigação do Município para

com a educação em creche e legalmente permite que ele atenda até 2024 apenas cinquenta por cento da demanda, não tendo sido esta lei declarada inconstitucional.

Ainda que esta legislação certamente ceda em face de um comando constitucional, é necessário que haja uma legitimidade argumentativa suficiente a superá-la, pois a tese do irrestrito direito subjetivo à educação em creche não encontra a devida acolhida nas administrações justamente por não ser clara e conflitar com estes argumentos (ausência de obrigatoriedade, subjetividade expressa no comando constitucional, previsão de responsabilidade pela não concessão, e existência de legislação infraconstitucional autorizando a paulatina ampliação do atendimento).

Neste passo, reveste-se de grande importância a hermenêutica e argumentação jurídica, para evidenciar se, nos limites da Constituição, se pode construir o entendimento de subjetividade e universalidade da educação em creches. Todavia, mesmo as doutrinas compiladas, são enfáticas em destacar a subjetividade do direito à educação fundamental, mas, no tangente à educação infantil em creche, apenas referem-no existir em face da jurisprudência pátria. É o que se vê em Sarlet (2015, p. 352), em Lazari (2016, p. 122-127), em Gomes (2011, p. 180), em Sifuentes (2009, p. 67), em Tessmann (2006, p. 97), etc.

Por outro prisma, se constitucionalmente a questão é controversa, parece que a exegese viria de uma interpretação extensiva do art. 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente ⁷³ que dispõe sobre a possibilidade de ações de responsabilidade por ofensa a direitos assegurados, e por não oferecimento ou oferta irregular de diversos direitos, entre os quais o atendimento em creche e pré-escola. Com efeito, o dispositivo nada refere quanto a

⁷³ Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

IX - de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes.

X - de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.

§ 1º As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais, difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei. [...]. (BRASIL, 1990).

direitos subjetivos e, tratando a ação cabível como ação “de responsabilidade”, mais parece vincular-se à proteção da política pública do que propriamente a direitos subjetivos. Isto também deflui do art. 210 do ECA.⁷⁴ que trata de legitimidade coletiva e difusa, silenciando sobre qualquer regulamentação sobre legitimidade individual, ainda que o parágrafo primeiro do artigo 208 confira possibilidade de ação individual em um contexto que abrange outras hipóteses de ações individuais que não propriamente a para vagas em creches, como, por exemplo, vagas em ensino fundamental, cujo não atendimento implica, sim, em responsabilidade.

Extrair-se, pois, da exegese deste artigo uma subjetividade do direito à educação em creche, também depende de um adequado exercício interpretativo, que deve estar presente, essencialmente, nas decisões concretizadoras deste direito e que analisaremos mais detidamente no próximo capítulo.

Por ora, importante destacar que, talvez, os argumentos mais esclarecedores em relação à importância da educação infantil, inclusive a em creche, tenham sido compilados nos estudos do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, instituição que efetua a radiografia da educação infantil. (RIO GRANDE SO SUL, 2015). Na avaliação do ano de 2015, destacaram, em sua análise geral, “a influência positiva da frequência na Educação Infantil sobre o desempenho das crianças nas demais etapas de ensino”, evidenciada quando comparada a taxa de atendimento das crianças de 0 a 5 anos com o percentual de alunos que atingiram os dois níveis mais elevados na Avaliação Nacional de Alfabetização. Neste estudo, localidades em que o percentual de atendimento à educação infantil era inferior a 20% possuíam uma média de 51% de alunos inseridos nos dois níveis mais elevados de alfabetização até o 3º ano fundamental, enquanto os municípios com atendimento superior a 80% da demanda em educação infantil obtiveram índices de cerca de 78% de inserção.

Confirmam estes dados as pesquisas sobre o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica de 2015, onde a nota média de 4,9 nas séries iniciais foi obtida nas localidades onde o atendimento em educação infantil é inferior a 20%, contra a média de 6,5

⁷⁴ Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária. (BRASIL, 1990).

daquelas crianças cuja localidade atende mais de 80% da respectiva demanda em educação infantil.

Neste sentido, já destacava Jean Piaget a importância de a criança estabelecer contato com o mundo, experimentando-o ativamente, para que desenvolva a inteligência. Para um bebê, por exemplo, estabelecer relações com objetos é essencial para seu processo de desenvolvimento, ao passo que a partir dos dois anos se desenvolve a capacidade de efetuar operações lógico-matemáticas (seriação, classificação) (CRAIDY; KAERCHER, 2001, p.30), evidenciando a necessidade de estímulo adequado nesta faixa etária para o regular desenvolvimento posterior. E, ainda que possível proporcionar estes estímulos no lar, não podemos ignorar que muitas crianças podem deles ser privadas, quer pela incapacidade pessoal dos pais, quer por sua ausência, com delegação a terceiros sem o devido comprometimento, fator que torna, nestes casos, imprescindível a ação estatal.

E ainda, se, como afirma Mônica Sifuentes, a política adotada no Brasil de evitar a reprovação, como forma de liberar vaga para outros alunos e fortalecer as estatísticas da alfabetização, tem sido fator de aumento do número de analfabetos funcionais (2009, p.25), assume especial relevância uma política pública que evidencie relação direta com o melhor desempenho escolar das crianças, como é o caso da educação infantil, ainda mais quando o combate ao analfabetismo é diretriz de todas as normativas internacionais, fato que faz com que a educação infantil assuma especial importância, justificando sua inclusão como direito fundamental subjetivo do cidadão, apesar de este juízo moral necessitar amparo no ordenamento jurídico para ser vinculativo e não constituir-se em ativismo.

Mas não se limitam a estes argumentos os estudos do Tribunal de Contas gaúcho. Informam, ainda, que, “o nível de ocupação das mulheres com todos os filhos matriculados em creche em 2012 foi de 72,9%”, não se verificando, todavia, o mesmo avanço na taxa de ocupação de mulheres com nenhum filho frequentando creche, que representavam 42,6%, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (2012). Tal evidencia que a promoção da autonomia econômica das mulheres mães, com sua inserção no mercado de trabalho, está ligada à disponibilização da política pública de acesso à educação infantil. Neste passo, como afirma o estudo, a igualdade de direitos entre homens e mulheres na sociedade

“só poderá se consolidar se as instituições sociais tiverem novas significações, o que inclui o incremento no atendimento em Creches e Pré-escolas”. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).⁷⁵

Esta reflexão traz um especial reforço argumentativo quanto à obrigatoriedade desta prestação estatal, que diz essencialmente com a dignidade dos pais e com a concretização do direito fundamental social ao trabalho. É que a prestação social de educação infantil em creche assume, aqui, um caráter de ação afirmativa para garantia da igualdade de acesso e permanência no mercado de trabalho. Claro que as mulheres ainda estão, hoje, em situação mais frágil que os homens, posto ser, ainda, delas, em regra, o maior compromisso com o cuidado dos filhos, ainda que esta realidade seja impactada pelas transformações sociais nas famílias. Todavia, a reflexão, ainda que passe pela questão da igualdade entre homens e mulheres, transcende este argumento, trazendo à reflexão, também, a igualdade entre o cidadão com vínculo parental e os demais no acesso ao trabalho.

Estaríamos, pois, tratando de dois direitos fundamentais buscando proteção: o direito à educação, pelo prisma das crianças, e ao trabalho, em atenção aos pais, consubstanciando, então, uma dupla carga valorativa em favor da obrigatoriedade estatal a esta prestação social.

E, neste contexto, se o debate for sobre a legitimidade democrática do argumento, é preciso destacar que a luta das mulheres por creches para seus filhos é histórica. O termo creche é de origem francesa (*crèche*) e, no Brasil, estes estabelecimentos eram mantidos historicamente por órgãos de caráter médico/assistencial, ao passo que a pré-escola vinculava-se aos órgãos do sistema educacional. De 1900 a 1930 fomentaram-se reivindicações de trabalhadores e iniciou-se a oferta de atendimento pelas empresas aos filhos de seus funcionários, hoje existindo como direito social do trabalhador (art. 7º, XXV, CF)⁷⁶. Desde o início, porém, havia resistência neste tipo de atendimento, pois se difundiam os “discursos pedagógicos que procuravam demonstrar que a ausência da relação afetiva mãe-filho, em

⁷⁵ Esta forma proativa de monitorar e cobrar dos Municípios ações para a evolução da política pública de acesso à educação rendeu frutos. Da 19ª posição do Estado em termos de taxa de atendimento de matrículas na Educação Infantil no ano de 2008, quando se iniciou o trabalho do TCERS, avançamos, em 2015, para a sétima posição. Também foram verificados resultados favoráveis no que tange à aplicação de recursos na Educação Infantil. Em 2008, os Municípios gaúchos investiram R\$ 95 milhões do FUNDEB⁷⁵ na Educação Infantil, ao passo que, em 2015, R\$ 693 milhões do Fundo foram aplicados nesta etapa escolar. (BRASIL, [2017?]). Desta forma, é possível constatar ser necessário fomentar a execução da política pública através de atenção fiscalizadora constante, e, especialmente, por ações construtivas integradoras.

⁷⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; [...]. (BRASIL, 1988).

determinados momentos da infância, tornava-se irreversível, podendo produzir ‘personalidades delinquentes e psicopatas’.” (GONÇALVES, 2010).

Maria da Glória Marcondes Gohn destaca que, em São Paulo, por exemplo, a partir da década de 1970, desenvolveram-se na periferia os “centros comunitários das igrejas”, onde se organizavam os chamados “clubes de mães”, ambientes que possibilitavam o diálogo e a troca de experiências quanto aos problemas enfrentados no cotidiano, especialmente a nova realidade da estrutura econômica da sociedade capitalista que inseriu a mulher no mercado de trabalho sem a constituição de uma infraestrutura mínima que lhe possibilitasse desenvolver esta atribuição em face de sua “responsabilidade” familiar. Surgiu, então, o Movimento de Luta por Creches, que intensificou a conscientização política da necessidade de assunção estatal desta responsabilidade. (1985, p. 106).

A partir da década de 1980 houve um considerável progresso na concepção social e política sobre a educação infantil, avançando estudos e pesquisas em prol de sua instituição, culminando com a contemplação constitucional do direito ao atendimento em creche. (GONÇALVES, 2010), e, mais especificamente, sua contemplação como parte do direito à educação (e não meramente assistencial), o que lhe confere grau de fundamentalidade.

Por este prisma, como afirma Sarlet, a educação infantil para além do fato de ser reconhecida como “direito do homem” (no sentido de direito natural, com dimensão pré ou supraestatal) e como “direito humano” (positivado na esfera do direito internacional), é, no contexto pátrio, um direito fundamental, por estar reconhecida por nosso direito constitucional (a partir de 1988), ou na concepção combinada de Pérez Luño e Pedro C. Villalon, compilada por Sarlet, incluir-se “no conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado de Direito” e que “nascem e acabam com as Constituições.” (SARLET, 2015, p. 30-32).

Estas referências legislativas, estatísticas e argumentativas foram necessárias para evidenciar a historicidade do direito à educação, sua evolução no pensamento humano e sua repercussão social, pois, se variam, de época para época, a forma como definimos e redefinimos os fenômenos sociais, certo é que à educação deve-se dar sempre especial atenção, pois possui um significado que se projeta para o futuro, sendo dotada de força transformadora de toda a sociedade.

Somente cidadãos conscientes podem construir sociedades melhores e não há como conscientizar para a cidadania sem, antes, propiciar-se as bases para o raciocínio crítico proporcionadas pela educação. Se o que buscamos é, também, desenvolvimento econômico e progresso social, o primeiro compromisso de um Estado está em preparar o indivíduo para ser o agente transformador e construtor desta realidade.

É possível concluir, pois, que, historicamente, a educação é reconhecida como direito essencial do cidadão, por concretizar uma igualdade intelectual necessária ao pleno exercício da cidadania. É direito do homem (natural), humano (normativa internacional) e fundamental (Constitucional), contemplado especialmente pelos arts. 6º e 208 da CF. (BRASIL, 1988).

Não obstante, as normativas, em regra, vinculam a essencialidade à educação fundamental, obrigatória e gratuita, hipótese não abarcada pelo ensino em creche. Este, embora fruto de demandas sociais que datam do início do século passado, com sua importância evidenciada por preparar o aluno à alfabetização e socialização e fomentar o trabalho da mulher, sua dignidade e igualdade ao homem, somente foi contemplado constitucionalmente em 1988, ainda assim sem as características de obrigatoriedade e de direito subjetivo conferidas ao ensino fundamental. Tal fato, somado à legislação do Plano Nacional de Educação, que estabelece como meta o atendimento de, no mínimo, cinquenta por cento da demanda de vaga em creche até 2024, evidencia a conflitiva entre a legislação e as interpretações judiciais que conferem subjetividade ao direito e o concedem irrestritamente, exigindo destas uma carga argumentativa adequada.

Mas, para além da obrigatoriedade da concessão do direito à educação em creche em face de sua fundamentalidade, outros parâmetros influenciam a concessão deste direito prestacional, como sua viabilidade em face da tese da reserva do possível, sua inclusão ou não no conceito de mínimo existencial, ou, ainda, sua vinculação à tese do não retrocesso social, questões que abordaremos doravante, ainda que perfunctoriamente.

3.2.2 O mínimo existencial

Quando o assunto é judicialização de direitos sociais, o argumento sobre o mínimo existencial aparece, em regra, como forma de balizar a necessidade de serem

implementadas, judicialmente ao menos, algumas das prestações pretendidas em juízo. Mas o que, de fato, vem a ser isto e quais seriam estas prestações?

A ideia de um mínimo existencial foi concebida na Alemanha, sustentada inicialmente pelo jurista Otto Bachof, no início da década de 1950, com fulcro no fato de que a dignidade da pessoa humana não se limita à liberdade, sendo necessário um mínimo de segurança social para uma existência digna. Posteriormente, o mínimo foi consagrado pelo Tribunal Federal Administrativo e pelo Tribunal Constitucional Federal. (PIMENTA, 2016, p. 209).

Todavia, tanto lá como aqui não há uma definição constitucional do que seja o mínimo existencial ou mínimo social. Na Constituição alemã ainda existe a previsão de que nenhum direito fundamental poderá ser afetado em sua essência (art.19), mas a brasileira não faz qualquer menção a este argumento, que acaba vinculado à proteção da vida e da dignidade humana. (PIMENTA, 2016, p. 210-211).

Em uma perfunctória síntese, poder-se-ia dizer, com fulcro em Sarlet, que se compreende “como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto saudável)”. Ele relaciona-se com outros direitos sociais, ainda que não, necessariamente, com todos e não da mesma forma –, constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado. (SARLET, 2007, 2015, p. 335).

Também poderia ser caracterizado como “um conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”, ou, mais aprofundadamente, tratar-se de “subgrupo qualificado de direitos sociais, sem previsão legal específica no ordenamento pátrio (bem como no alemão, onde teve origem), mas fruto de construção hermenêutica, no intuito de salvaguardar direitos fundamentais sociais sem os quais se mostra impossível a existência digna do homem.” (LAZARI, 2016, p. 98; 110).

Segundo Lazari, “constitui-se como um subgrupo qualificado de direitos sociais” porque se extrai dos conceitos de dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, e Estado democrático de direito. (LAZARI, 2016, p. 100, 117), mas que, segundo Ana Paula de Barcellos, também se aplica aos direitos fundamentais e ao acesso ao judiciário, este como elemento instrumental, afirmando:

[...] o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a *fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário. (BARCELOS, 2002, p. 258).

O limite do mínimo existencial é objeto de controvérsias, e, não raro, acaba sendo definido em atos de ativismo judicial, ante a ausência de regulamentação legal ou principiológica de fácil dedução, destacando Sarlet que, assim como sua relação com os direitos sociais, ele “exige permanente atenção e desenvolvimento por parte da doutrina e da jurisprudência constitucional.” (2015, p. 332).

De qualquer sorte, o que se reconhece é que nem os direitos sociais se limitam ao mínimo existencial, nem este se limita ao mínimo vital. Direitos sociais não se limitam ao mínimo porque existem e são exigíveis para além dele, com a diferença de que, nestes casos, uma argumentação especial deverá ser efetuada para denotar a necessidade de preservação da dignidade ou vida. Por outro prisma, não se limita o mínimo existencial ao mínimo vital, pois, segundo Sarlet, fundamentado na doutrina e jurisprudência alemãs, além de a dignidade não ser passível de quantificação, uma existência digna abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se além do limite da pobreza absoluta. Ainda, destaca que a fixação do valor da prestação destinada à garantia das condições existenciais mínimas de existência também estará sujeita às flutuações, não apenas econômicas e financeiras, mas também das expectativas e necessidades vigentes, variando no tempo e no espaço, motivo pelo qual não há fórmula estanque de quanto seja o mínimo existencial. (2007, p. 07).

Todavia, destaca Sarlet, que os direitos ligados ao mínimo existencial somente podem ser aferidos “à luz das circunstâncias de cada pessoa individualmente considerada.” (2015, p. 368-369).

O conteúdo do mínimo é visto, por um lado, pelo seu aspecto qualitativo e não quantitativo, no sentido de que se define pelo conteúdo mínimo a não despersonalizar o direito em questão. Dito de outra forma, aquele padrão mínimo exigível cuja redução exclua elementos essenciais do direito, onde a educação deixe de ser educação, a saúde deixe de ser saúde, etc. (PIMENTA, 2016, p. 212).

Arango afirma que a questão do mínimo social, especificado pelas necessidades básicas, foi sempre entendida como questão de justiça distributiva, a partir de John Rawls,⁷⁷ pois implica redistribuição econômica; mas a distribuição deveria levar em conta as condições de cada pessoa, logo os direitos fundamentais sociais deveriam ser associados à justiça compensatória e não à justiça distributiva. Nesta perspectiva, o limite seria individualizado segundo a situação peculiar da parte, ou seja, pelo prisma do sujeito, e não do objeto, onde é definido a partir do direito social. (ARANGO, 2005, p. 99-100).

Há, também, uma correlação entre o conteúdo mínimo e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, de forma que o mínimo existencial estaria consubstanciado no núcleo essencial do direito. Mas o que seria o núcleo essencial?

Marcus Gouveia dos Santos afirma que a determinação de qual é o núcleo essencial do direito é feita pela decomposição do direito fundamental em conteúdo principal e em conteúdo instrumental. Este não geraria direito subjetivo ao titular do direito ao passo que aquele corresponderia ao conteúdo e às faculdades do enunciado normativo ligadas à dignidade humana e que constituem formas primárias típicas de seu exercício. (2016, p.249).

A concepção sobre a proteção do núcleo possui duas teorias: a objetiva e a subjetiva. A primeira discute sua proteção enquanto instituição jurídica abstrata, enquanto a segunda o analisa em face do direito subjetivo de cada indivíduo. Não vamos nos aprofundar, apenas destacar que a posição adotada por Konrad Hesse, no sentido da dupla dimensão (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais, de forma complementar, é a que mais se coaduna com a melhor exegese. (FREITAS, 2007, p. 199-200).

Outrossim, ainda no que tange à proteção ao núcleo essencial, evidenciam-se as teorias relativa e absoluta. Pela primeira, o núcleo protegível é aquele preservado, no caso concreto, diante da ponderação com outros direitos que busquem restringi-lo, não havendo, pois, um elemento fixo, permanente. Já para a teoria absoluta, todavia, existe uma esfera permanente de proteção em cada direito fundamental. (FREITAS, 2007, p. 198).

Um bom exemplo para ilustrar a questão do mínimo existencial no contexto deste estudo é o da educação infantil. Como vimos anteriormente, nossa Constituição consagra

⁷⁷ “Ricardo Lobo Torres destaca a importância do mínimo social de Rawls por superar a concepção utilitarista da utópica pretensão de redistribuição social de recursos sem instrumentos políticos adequados, quantificações, limites e identificação de beneficiários, para uma concepção que leva em conta as necessidades e o peso das pretensões para garantir uma igualdade substancial. (TORRES, 2009, p. 54 - 58).

expressamente a educação obrigatória como sendo a educação fundamental, que, hoje, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 53/2006, compreende a educação a partir da pré-escola. (BRASIL, 2006). Por sua vez, com fulcro na Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 54,⁷⁸ também prevê a obrigação estatal de garantir a educação infantil em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) - Lei nº 9.394 de 1996 -, com última atualização em 1999 -, também disciplina a educação infantil em creche dos zero aos três anos e pré-escola dos 4 aos 5 anos. (BRASIL, 1990, 1996). Todavia, como sabemos, nenhuma legislação diz qual é o conteúdo do mínimo existencial em educação ou se, por outro lado, a educação como um todo ou parte dela (e qual parte) constitui o mínimo existencial humano.

Pois bem, para definir qual conteúdo do direito à educação consubstancia o mínimo, Ana Paula de Barcelos o vincula à educação fundamental, que seria garantidora do exercício da cidadania em igualdade mínima de condições. Para ela, o “direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana, e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos.” (2002, p. 262-267).

Já Rafael de Lazari (2016, p. 122-127), que entende estar o conteúdo mínimo existencial relacionado ao direito social específico, afirma que, aqui, corresponderia à educação fundamental obrigatória e gratuita e à infantil, vez que a educação fundamental é tratada constitucionalmente como direito público subjetivo.⁷⁹ Outrossim, destaca que o compromisso constitucional com a educação superior é apenas de acesso, pelo que o critério *darwinista* de capacitação individual para o ingresso afasta um conteúdo mínimo deste direito.

O autor ainda pontua que a não oferta da educação obrigatória sujeita o administrador à responsabilidade objetiva, caso afastada a reserva do possível (art. 208, §2º, CF) e que o direito social à educação antecede absolutamente a todos os demais, de forma que, mesmo em se admitindo a oposição de reserva do possível, os argumentos deveriam ser extremamente contundentes, posto que esta etapa da educação inclui o mínimo existencial. (LAZARI, 2016, p. 122-127).

⁷⁸ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

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

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

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade [...]. (BRASIL, 1990)

⁷⁹ Art. 208 [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. (BRASIL, 1988).

Segundo Sarlet, embora não se limitem os direitos sociais ao mínimo existencial, no direito brasileiro, assim como no lusitano, se adere à tradição alemã de utilizar o mínimo existencial como uma cláusula de barreira às omissões estatais, especialmente fundando o

[...] direito ao mínimo existencial tanto no direito à vida, quanto, em especial, na dignidade da pessoa humana, inclusive vinculando-o ao livre desenvolvimento da personalidade, de tal sorte que – a despeito de algumas divergências – o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural [...] incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais [...]. (2015, p. 329 – 332).

E, embora o magistrado insira a educação infantil no rol do mínimo existencial, assim como em Lazari não fica clara a motivação de tal entendimento, pois relata com precisão o mínimo existencial com fulcro na gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental, mas em relação à educação infantil, não se limita à pré-escola, que integra aquela modalidade de ensino, mas trata-a integralmente, pelo que se subentende também o atendimento em creches. A justificativa, porém, é apenas a de que o STF reconhece a educação infantil também como direito subjetivo, não havendo uma especial argumentação relativa ao ensino em creches. (SARLET, 2015, p. 352).

Neste passo, sem qualquer avaliação crítica sobre a inclusão ou não da educação em creche no mínimo existencial, o fato é que os argumentos até aqui analisados evidenciaram-se genéricos sobre a importância e fundamentalidade desta etapa da educação e sua inclusão no mínimo existencial. Com efeito, a crítica, aqui, é a de que não fica clara a motivação da inclusão da educação infantil em creches em patamar igual à da etapa fundamental obrigatória, vez que os argumentos utilizados são constitucionalmente dirigidos à educação fundamental e não à infantil na sua etapa creche, ao menos não objetivamente.

Como vimos, o conteúdo do mínimo é essencialmente qualitativo, ligado ao limite em que o direito passa a não mais sê-lo. Ora, para que se diga que o ensino em creche é essencial à educação, ele deveria ser imprescindível, e não o é. Neste sentido, consoante anteriormente exposto, exigir-se-ia uma argumentação especial para equiparar estas etapas da educação, vez que a mera referência constitucional, ou mesmo ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que nada acrescenta na hermenêutica jurídica deste direito, deixa em aberto a real fundamentação de se enquadrar o direito à creche no mínimo existencial.

A questão está em, além da literal interpretação constitucional, encontrar uma justificativa principiológica que sustente esta argumentação ainda que se reconheça a facultatividade do ensino. Dito em outras palavras: se o direito à educação em creche faz parte do mínimo existencial por dizer com a dignidade da criança, como explicar a liberdade dos pais em matricular ou não os filhos nesta etapa da educação? Estariam estas crianças que permanecem em seus lares com sua família, sem educação infantil dos zero aos três anos, com seu direito à dignidade ferido?

3.2.3 A reserva do possível e os custos dos direitos

A tese da reserva do possível também teve seu início, segundo a doutrina constitucionalista, através do Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no caso conhecido como *numerus clausus*, que era a regra utilizada pelas universidades para restringir acesso, em face do excesso de demanda. Como o artigo 12, §1º, da Lei Fundamental prevê que todos os alemães têm o direito de escolher livremente sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação, arguiu-se a inconstitucionalidade daquelas regras que, todavia, foram referendadas pelo Tribunal, em face da inexistência de um direito subjetivo individual à vaga, bem como porque o cidadão só poderia exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dele pudesse racionalmente esperar. (PIMENTA, 2016, p. 105-109).

A decisão do Tribunal alemão preocupou-se com proporcionalidade e razoabilidade, na esteira de sua jurisprudência, o que não ocorre no Brasil, onde, a questão deu lugar à disponibilidade de recursos e aos custos dos direitos, ligando-se, pois, à escassez real (inexistência ou insuficiência de recursos orçamentários) e à escassez ficta (indisponibilidade de recursos). (PIMENTA, 2016, p. 112, 113).

Pimenta (2016, p. 129) constrói o conceito da tese como uma

[...] restrição fática e jurídica, que condiciona, excepcionalmente, os direitos fundamentais sociais à existência fática e jurídica dos recursos, bem como ao exame da razoabilidade e proporcionalidade, tanto do ponto de vista do indivíduo (aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado), quanto do Estado (efetivar determinados direitos, respeitando, entretanto, a existência de outros).

Já Gesta Leal destaca o critério previsto no acórdão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de existência de um

[...] inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a

limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta política. (LEAL, 2005, p. 159).

Nesta seara, então, é possível constatar que a tese da reserva do possível, aqui, liga-se umbilicalmente à doutrina econômica dos custos dos direitos, pois, como afirmam Holmes e Sunstein, na obra, *The cost of rights*, “levar os direitos a sério é levar a sério a escassez.”⁸⁰

Neste sentido, levar a sério este argumento, ainda que com reservas, significa demonstrar adequadamente a efetiva indisponibilidade total ou parcial de recursos; o não desperdício dos recursos existentes e sua eficiente aplicação, cujas provas são ônus do poder público segundo Sarlet. (2015, p. 372-373).

Especificamente no que tange ao argumento do superior custo dos direitos sociais, Stephen Holmes e Cass Sunstein sustentam que todos os direitos possuem custos para sua proteção, tanto os negativos quanto os positivos. Por este prisma, todos os direitos fundamentais seriam direitos positivos, vez que exigem custeio para sua garantia ou implementação. Afirmam:

Where there is a right, there is a remedy” is a classical legal maxim. Individuals enjoy rights, in a legal as opposed to a moral sense, only if the wrongs they suffer are fairly and predictably redressed by their government. This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 43).⁸¹

Destacam como custo o aparato público necessário para garantir os direitos de liberdade e o fato de as demandas judiciais destes direitos também exigirem estrutura para sua proteção. Assim, se o argumento dos custos fosse legítimo, a alegação de não contemplação em face de seus custos também seria oponível em face dos direitos de liberdade e não apenas em relação aos direitos sociais. Todavia, em relação aos primeiros não se opõe o argumento.

Holmes e Sunstein afirmam, também, que o significado dos direitos muda conforme circunstâncias de tempo e local, bem como critérios de valor, porém, construir o direito sobre um terreno sólido como o processo orçamentário anual torna-o menos

⁸⁰ No original: “*Taking rights seriously means taking scarcity seriously*”. (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 94).

⁸¹ “Onde há um direito, há um remédio’ é uma máxima legal clássica. Os indivíduos gozam de direitos, em um sentido jurídico, em vez de um sentido moral, apenas se as violações que eles sofrem são razoável e previsivelmente corrigidas pelo governo. Este ponto simples trilhou um longo caminho para revelar a inadequação da distinção entre direitos negativos e direitos positivos. O que mostra é que todos os direitos legalmente aplicados são necessariamente direitos positivos.” (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 43, tradução nossa).

contestável do que deixá-lo flutuando acima do tempo e do lugar, ou como um caráter absoluto. Seria “mais realista e mais produtivo definir os direitos como poderes individuais decorrentes da adesão ou afiliação a uma comunidade política e como investimentos seletivos de recursos coletivos escassos, feitos para alcançar objetivos comuns e para resolver o que geralmente são percebidos como urgentes problemas comuns.” Em suas palavras:

Freedom of speech is a revealing example. What freedom of speech means in contemporary American constitutional jurisprudence is not what it meant fifty or one hundred years ago. The significance and implications of First Amendment rights have not stood still in the past and will surely continue to change in the future. Many reasons account for this ceaseless and unpredictable evolution. Judgments about issues of value, fact, and harm change with time and place. But another source of variation is more mundane, for rights are rooted in the most shifting of all political soils, that of the annual budgetary process, a process thick with ad hoc political compromises. Built on such shifting terrain, rights are bound to be less infeasible than the desire for legal certainty might lead us to wish. To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 123).

O que se percebe pelos argumentos, então, é a intersecção entre direito e economia, especialmente na reflexão sobre o conceito de escassez integrar o direito a ponto de Holmes e Sustain negarem existência ao direito humano diante da ausência de recursos para sua efetivação, o que, no que diz com os direitos sociais é uma tese bastante considerável, fosse possível avaliar, de pronto, qual o verdadeiro limite orçamentário com o qual se está tratando.

Os autores afirmam não haver direito sem meios econômicos de efetivação, posto que os direitos somente existiriam em uma dimensão de tempo e espaço concreto, sendo a escassez um elemento intrínseco do direito, restringindo-o, posto que, “*for the most part, the level of protection welfare rights receive is a determined politically, not judicially, whether such rights are officially constitutionalizes or not.*” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 121).⁸²

Todavia, Sarlet opõe-se a ambos os entendimentos, afirmando, com apoio em Virgílio Afonso da Silva, que os gastos institucionais seriam comuns a todos os direitos, motivo pelo qual estas despesas devem ser excluídas da comparação, restando, ainda, os direitos sociais com os custos de sua realização. Sarlet não concorda com a afirmação de que

⁸² Em tradução livre: “em sua maioria, o nível de proteção que os direitos sociais recebem é determinado politicamente, e não judicialmente, se esses direitos se constituem oficialmente ou não.” (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 121, tradução nossa).

a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, mas sim apenas uma espécie de limite jurídico e fático à sua realização, podendo, também, ser, até, sua garantia. (SARLET, 2015, p. 294-296).

É que para o magistrado gaúcho a reserva do possível tem tríplice dimensão: a efetiva disponibilidade fática dos recursos, a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e a proporcionalidade da prestação, caso em que atua como garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, garantindo o núcleo essencial do direito social. (SARLET, 2015, p. 296).

Por outro prisma, com relação à aplicação concreta da reserva, a maioria dos autores, como Sarlet, sustenta a utilização de técnicas de ponderação. Ana Paula de Barcellos destaca, todavia, que os críticos à ponderação dividem-se em três grupos: o dos *defensores dos limites iminentes*, sustentando que cada direito possui limites próprios, decorrentes de sua estrutura; os *conceitualistas*, que negam conflitos entre direitos fundamentais, e os defensores da *hierarquização*, que buscam a hierarquia entre os princípios por seus enunciados normativos, com elementos objetivos para decisão. A crítica ao último se dá pela unidade da Constituição e impossibilidade de hierarquização e aos dois primeiros por não permitirem individualização, pelo que a autora entende imprescindível a ponderação. (BARCELLOS, 2005, p. 66-75).

Não obstante, qualquer que seja a interpretação aceita, o fato é que a tese da reserva do possível encontra larga resistência, inclusive nos tribunais, em face da inconfiabilidade nos dados fornecidos pelas administrações.⁸³

Com efeito, é a ausência de uma adequada transparência ou mesmo sistematização de dados, que não permite confiabilidade suficiente ao argumento para que se possa, em um juízo de ponderação ou de coerência, limitar o direito fundamental em sua razão, ainda que, concretamente, possa o direito ser reconhecido, em face dos ditames constitucionais e circunstâncias concretas de seu titular, mas não exequível, em patamares que, somente com um juízo profundo, dialógico e transparente poderia definir qual.

⁸³ Veja, a este respeito, o acórdão do Supremo Tribunal na ADPF nº 45. (BRASIL, 2004).

3.2.4 A proibição de retrocesso social

O terceiro argumento diretamente vinculado aos direitos fundamentais e, em grande medida, aos fundamentais sociais, é o chamado *proibição (ou vedação) ao retrocesso*, que, também, não possui previsão constitucional expressa, caracterizando-se como uma restrição às restrições dos direitos fundamentais, e que os blindava à supressão de direitos já consagrados, sendo, pois, uma norma protetora da eficácia destes direitos. (NETTO, 2010, p. 113).

Como afirma Calil de Freitas, a fórmula do Estado Democrático de Direito se caracteriza, também, pelo “permanente e contínuo progresso das condições de vida da sociedade”, pelo que, uma vez atingido determinado nível sociocultural, já não será mais compatível admitir-se o retrocesso a níveis inferiores, pena de ofensa às seguranças jurídica e social. (FREITAS, 2007, p. 217).

Sarlet, neste sentido, destaca que, mais do que a vinculação direta à dignidade da pessoa humana, esta tese possui conexão com a da segurança jurídica, que é expressão inarredável do Estado de Direito, e a da confiança, da qual a estabilidade das instituições sociais e estatais é pressuposto. (2015, p. 451-453).

Não obstante, além destes e, em certa medida, deles decorrente, o não retrocesso vincula-se ao conceito da máxima eficácia e efetividade (art. 5º, §1º, CF); à proteção contra medidas de cunho retroativo, expressas na proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; à autovinculação dos atos estatais e, ainda, e especialmente, ao sistema de proteção internacional que prevê a “progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados.” (SARLET, 2015, p. 464-466). Este conjunto de proteções constitucionais fundamentam, pois, a vedação ao retrocesso.

Trata-se de um aprofundamento do conceito que define a eficácia negativa como critério de invalidade de norma que torne o direito fundamental ineficaz. Aqui, a eficácia jurídica proibitiva ao retrocesso pressupõe a invalidade, por inconstitucionalidade, da revogação de norma infraconstitucional concretizadora de princípios constitucionais relativos a direitos fundamentais. (BARCELLOS, 2002, p. 66-71).

E, embora a vedação seja mais comumente referida em relação aos direitos sociais, em face da tensão já destacada quando analisamos a reserva do possível, ela não se aplica exclusivamente a eles, como afirma Calil de Freitas:

Não apenas os direitos sociais, de cunho prestacional, podem ser atingidos pelo retrocesso e, de conseguinte, não apenas eles gozam da proteção do princípio da proibição de retrocesso social. É possível afirmar, quanto ao ponto, que todo e qualquer direito fundamental naquilo que tenha sido objeto de desenvolvimento legislativo goza da proteção da proibição de retrocesso. (2007, p. 216-217).

O professor destaca que a proteção se dá tanto na perspectiva subjetiva, em face do direito adquirido, quanto na objetiva, ante a garantia institucional de seguridade ao direito fundamental segundo as características constantes na norma ordinária que primeiro o regulamentou, pelo que, com base em Canotilho, define a tese como uma garantia constitucional contra a anulação, revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. (FREITAS, 2007, p. 219).

Netto também o define como uma “norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia.” (2010, p. 113).

Sarlet, todavia, também destaca que a proteção aos direitos fundamentais abrange não só o poder do legislador ordinário, mas, especialmente, o poder de reforma constitucional através de emendas (art. 5º, §1º, c/c art. 60, da CF). Já no que tange à sua limitação ao núcleo fundamental, antes referida, o jurista afirma que, como a proibição ao retrocesso não é regra, mas princípio, não admite solução na “‘lógica do tudo ou nada’ (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional [...]”, pelo que destaca a importância do núcleo fundamental dos direitos sociais como limite ao retrocesso. (SARLET, 2015, p. 466-468).

Neste sentido, não havendo autonomia absoluta, a relativização, segundo o autor, se dá pela hierarquização (ou ponderação), em que o conteúdo mínimo deve sempre ser preservado. Assim, considerando a possibilidade de a revisão ser peculiar à função legislativa, bem como a reavaliação global e permanente das metas de ação ser viável, inclusive, para efetivação do direito fundamental, Sarlet destaca que até mesmo os direitos de liberdade

podem ser restritos, desde que preservados seu núcleo essencial, não havendo justificativa para tratamento diferenciado em relação aos direitos sociais. (SARLET, 2015, p. 466-472).

Ocorre que, por este prisma, não se verifica a distinção prática entre o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso se, ao fim e ao cabo, somente o núcleo do direito social acabará por restar efetivamente preservado, o que desmonta o sentido prático da vedação ao retrocesso, que se expressaria como um argumento menor do que o do mínimo existencial, embora de mais fácil identificação.⁸⁴

Em um exercício hermenêutico, parece-nos mais adequado, então, que o retrocesso seja avaliado pelo prisma da concretude material possível da política pública em implementação e não sua concretude formal. Desta forma, se houver previsão formal de universalidade de determinado direito que, concretamente, não possua viabilidade material de concessão universal, a política pública materialmente possuiria uma limitação, motivo pelo qual sua alteração, de forma a conformá-la à realidade, embora possa formalmente ser um retrocesso, não o seria substancialmente, o que não violaria a tese. Esta interpretação, parece-nos, poderia ser bem mais ampla do aquela protetora unicamente do núcleo essencial, ressaltando-se que, claro, sendo uma exceção, a demonstração cabal da circunstância fática seria pressuposto para legitimidade de qualquer alteração.

Todavia, este dilema já foi enfrentado por Konrad Hesse, idealizador da teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), de 1978, e segundo a qual a cláusula do Estado Social da Constituição alemã vincularia o Estado à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo, afirmando que, embora não se pudesse induzir o conteúdo substantivo da vinculação diretamente da Constituição, uma vez produzidas as regulações legais ou regulamentares uma regressividade seria inconstitucional pela irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. A teoria, todavia, foi muito contestada em face da dependência de recursos econômicos e, então, Hesse restringiu a proteção ao núcleo essencial. (NETTO, 2010, p. 102).

Destaque-se, por sua vez, que a vedação não é destinada apenas à atividade legislativa. Sarlet (2015, p. 470) refere a vinculação também ao controle dos atos do executivo

⁸⁴ É que, se pode ser empiricamente difícil definir qual a abrangência do núcleo essencial do direito fundamental, a redução, alteração ou supressão pode ser mais evidente, ainda que possa ser turbada por substituições falsamente compatíveis.

e, embora o autor não refira, seria possível imaginar que, por este prisma, também se pudesse vincular a atividade judicial ao não retrocesso, quando reconhecidos de forma pacífica direitos sociais não expressos, especialmente considerando-se a evolução hermenêutica sobre a normatividade dos princípios constitucionais.

Assim, é possível concluir que, no tocante aos direitos sociais prestacionais, a proibição ao retrocesso social impõe, *prima facie*, uma proibição ao legislador de supressão ou alteração de direitos sociais já reconhecidos de molde a violar sua eficácia, devendo ser preservado o conteúdo de dignidade reconhecido e já satisfeito em relação ao respectivo direito social, cujas eventuais alterações impõe a substituição por esquemas alternativos ou compensatórios de proteção.

Especialmente no tocante ao direito social à educação infantil em creches, interessa-nos analisar a aplicabilidade da tese em face da interpretação judicial de sua universalidade. É que, como veremos, a obrigatoriedade de concessão universal pelo Estado de vaga à educação infantil em creche é pacífica nos tribunais, especialmente nos superiores, onde a exegese é a da prestação universal, sem vinculação a nenhum critério de necessidade.⁸⁵

Neste passo, a reflexão aqui, para além do questionamento sobre a inviabilidade de o administrador reduzir o número de vagas já disponibilizado, está em definir se a interpretação judicial pacífica, individualmente considerada, poderia, eventualmente ser alterada ou se ela se integra de tal forma à legislação existente que inviabiliza um retrocesso interpretativo.

O argumento do não retrocesso, como vimos, vincula-se eminentemente à atividade legislativa e aos atos administrativos. Neste sentido, eventual alteração na interpretação dos tribunais em relação a estes atos não os alteraria em si. A questão, todavia, está em considerar que a pacífica interpretação judicial da legislação a conforma no sentido da concretização do direito e, então, conforme o apontamento crítico supra, não admitiria alteração.

Por ora, todavia, a doutrina segue a limitação aceita por Hesse de proteção ao núcleo essencial (NETTO, 2010, p. 102), que, de qualquer forma, já é naturalmente protegido pelos tribunais na concessão de direitos prestacionais, não repercutindo, como se esperaria, a

⁸⁵ Vide, por exemplo, o acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

vedação ao retrocesso, senão apenas como um argumento aditivo ao do mínimo existencial para proteção de direitos sociais.

Superados estes aportes teóricos, poder-se-ia evoluir para uma construção da decisão democrática em direitos sociais. Todavia, como nossa base é o pensamento de Dworkin e o filósofo sofre críticas, principalmente de Hirschl, de não possuir qualquer amparo empírico para suas construções, bem como de Hart, por, supostamente, apresentar uma teoria utópica, pensamos ser melhor mesclar a construção teórica com elementos fáticos, obtidos pela análise concreta da realidade judiciária, legislativa e administrativa em face da política pública da educação infantil.

Nesta perspectiva, abertos estão nossos olhos para a complexidade teórica do tema, de forma que necessitamos, ainda, abri-los para suas verdades empíricas, conciliando-as tanto quanto possível, para, ao final, poder traçar elementos que sejam concretamente relevantes e imprescindíveis à atuação judicial democrática (e, neste contexto, à decisão judicial) relativa a direitos sociais.

O último capítulo deste estudo, então, abordará esta realidade em toda sua complexidade conhecida (há muito mais do que se pode evidenciar, cuja análise limitou-se em face da ausência de dados concretos compilados), para, então, ao final, convergir toda esta gama de conhecimento para um único propósito: formatar elementos necessários a uma decisão jurídica democrática para o direito à educação infantil.

4 DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA E O EXEMPLO PRIVILEGIADO DA EDUCAÇÃO INFANTIL: A REALIDADE DO MUNICÍPIO DE CANOAS

O progresso não é senão a realização das utopias. (Oscar Wilde)

Como afirmamos, na primeira parte deste estudo buscamos formatar um pano de fundo com fundamentos teóricos mínimos a subsidiar uma discussão que amparasse as reflexões acerca das inquietações provocadas pela concretude do direito à educação infantil, mais especificamente aquele vinculado à concessão de vaga em creches para o público de zero a quatro anos.

A questão central que se busca definir diz com a democraticidade da jurisdição relativamente a esta prestação social (ensino em creche), especialmente considerando o elemento central do conceito de democracia dworkiniano – a igualdade.

É que se, por um lado, a jurisdição busca justamente garantir igualdade entre os cidadãos, de forma que aqueles que acorrem ao judiciário obtenham o acesso ao mesmo direito que a administração confere a outros já beneficiados pela política pública, por outro torna privilegiados aqueles que judicializam seu direito em relação aos que, pelos mais variados motivos, não acessaram a justiça e não foram contemplados pela administração.

Trata-se, aqui, de analisar a igualdade pelo prisma dos demais direitos individuais não contemplados e, essencialmente, enxergar a necessidade de a jurisdição criar instrumentos e procedimentos adequados à satisfação de direitos sociais prestacionais, pois, como visto, ainda se mantém a prática vinculada à satisfação dos direitos individuais liberais e não direitos individuais sociais visto como aqueles que existem em colisão conhecida com diversos outros direitos também individuais. Esta dimensão coletiva do direito não pode ser ignorada, e, para além desta discussão, também não se pode descurar do fato de o judiciário não dispor de meios procedimentais adequados para satisfação de direitos sociais.

Dentre tantos direitos prestacionais sociais, mormente diante das cada vez mais abrangentes disposições do artigo 6º da Constituição Federal⁸⁶ que, em virtude das Emendas Constitucionais nº 26 de 2.000, 64 de 2.010 e 90 de 2.015, incorporou, respectivamente,

⁸⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

moradia, alimentação e transporte ao rol original de direitos sociais (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados), a opção especificamente pelo direito fundamental à educação infantil se deve, em parte, à sua peculiaridade de não depender, por si só, segundo a jurisprudência pátria, de critérios subjetivos para concessão. É que a educação enquanto direito é devida igualmente para todas as crianças, ainda que, segundo Fernando Facury Scaff, relativamente à implementação direta dos direitos sociais, diversamente da saúde que pode ser considerada individualmente, o direito à educação seja sempre coletivo. (2013, p. 149).

Ainda, limitou-se o direito à educação apenas à sua modalidade infantil, e, mais especificamente, à dissonância relativa à etapa de ensino em creches, em face de ser esta a demanda de maior controvérsia jurídica, em razão de a legislação pátria não prever a obrigatoriedade desta etapa escolar, como analisado anteriormente. Desta forma, a decisão judicial relativa a este direito social assume contornos que precisam ser mais bem analisados diante de um contexto de ativismo judicial, como o analisado no capítulo anterior, para identificarmos os limites em que se perfectibiliza não só quando do reconhecimento do direito individual, mas quando de sua eventual satisfação, haja vista a inexistência de um procedimento específico de execução aos chamados direitos sociais prestacionais.

O Município de Canoas aparece aqui como exemplo privilegiado, em face da gama de peculiaridades e multiplicidade de abordagens jurídicas ligadas diretamente ao cerne da discussão deste estudo, bem como por sua expressividade no contexto estadual, sendo o quarto mais populoso da unidade federativa, com população estimada para 2017 de 343.853 (trezentos e quarenta e três mil, oitocentos e cinquenta e três) habitantes, constituindo-se a terceira maior economia do Rio Grande do Sul, segundo dados do IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, [200-]), mas possuindo, todavia, em termos de atendimento à educação infantil, uma situação historicamente desfavorável em relação aos demais municípios gaúchos, aparecendo na 454^a, 462^a e 445^a posição no *ranking* de atendimento à educação infantil do Tribunal de Contas do Estado nos anos de 2013 a 2015, atendendo neste último ano, apenas 20,14% das crianças de zero a três anos do Município e estando na vigésima primeira colocação, em um ranking das vinte e cinco maiores cidades de toda a região sul, em atenção à demanda de educação infantil em creches. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Por certo existem muitos exemplos, em cada rincão deste país, de dilema para implantação da política pública de acesso à educação infantil; todavia, a cidade de Canoas foi escolhida também por, além de possuir um significativo volume de demanda judicial relativa a esta prestação social, oferecer uma multiplicidade de enfoques necessários ao debate e permitir que se possam obter conclusões para além da teoria, com uma visão eminentemente empírica do contexto social, como poderemos apurar. É que, além das demandas individuais, já foram objeto de decisão uma Ação Civil Pública, abarcando a tutela coletiva deste direito, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da legislação municipal relativa à regulamentação da oferta de educação infantil no município, como aprofundaremos, destacando aqui que a discussão coletiva sobre a obrigatoriedade de atendimento integral da demanda está sobrestada, aguardando julgamento do paradigma nº 761908 do Supremo Tribunal Federal.⁸⁷

E enquanto a questão não é definida na Suprema Corte, a solução coletiva do litígio segue indefinida, multiplicando-se demandas individuais junto ao Juizado da Infância e Juventude de Canoas. Estima-se (não há dados empíricos exatos, pois o sistema judicial não é específico) que cerca de 80% dos processos da Vara, de um total de 8.282 em janeiro de 2018 (ANEXO A), se refira a causas desta natureza prestacional.

Como se pode concluir, tal demanda acaba consumindo a força de trabalho, em detrimento ao bom e regular andamento de todos os demais processos e procedimentos de interesse público e indisponíveis, cuja atribuição detém aquela Vara Judicial, como: ações civis públicas, ações relativas a atos infracionais, destituições de poder familiar, medidas de proteção, acolhimentos institucionais, infrações administrativas, etc.⁸⁸

Tal se dá porque estes feitos para vaga em creche, em tese menos urgentes em relação a tantos outros de competência de um Juizado da Infância e Juventude, necessitam ter rápido trâmite, em razão do grande volume e da grande entrada mensal. Caso não se encerrem, em pouco tempo, o volume se torna impossível de administrar. Destes dados, então, já é possível concluir o imenso prejuízo social destas demandas, cujo vulto indica estar não só o direito individual social, mas praticamente a política pública, gerenciada, em grande parte, pelo Poder Judiciário.

⁸⁷ O paradigma diz com o Tema nº 548, “dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”, discutindo a autoaplicabilidade ou não do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal, tendo como relator o Ministro Luiz Fux. (BRASIL, 2017)

⁸⁸ Criada pela Resolução nº 310/2000 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 20 de março de 2000, que reespecializou a 6ª Vara Cível em Juizado da Infância e Juventude, com competência para todos os feitos atinentes a esta matéria. (RIO GRANDE DO SUL, 2000).

Nestes feitos, a concretização é bastante complicada, pois, caso o ente público não disponibilize a vaga, a execução é feita mediante o bloqueio nos cofres do município dos valores necessários ao custeio da escola de menor custo indicada pelo requerente, e que são entregues à parte, mediante alvará, com ulterior prestação de contas (ANEXO A), procedimento que, dada a falta de padronização, multiplicidade, fragmentação de controle, etc., acaba criando um espaço propício à prática de atos corruptivos.

Para finalizar a análise das informações empíricas, dedicaremos-nos a uma avaliação crítica das decisões judiciais relativas à matéria, tendo como base tudo que até aqui analisamos teoricamente em relação a este direito social para, então, ao final, concluir construtivamente, com base no formato proposto por Streck, de base dworkiniana, os parâmetros adequados para uma decisão democrática em direitos sociais que, de fato, leve os direitos a sério.

Vejamos, então.

4.1 CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A GESTÃO DA POLÍTICA MUNICIPAL

Como afirmado, o intenso volume de demandas individuais postulando deferimento de vagas em escola de educação infantil em trâmite no Juizado da Infância e Juventude de Canoas fez surgir a inquietação de que algo não estava bem nesta forma de prestação jurisdicional. Já abordamos, no início deste capítulo, as angústias surgidas pelo esgotamento da máquina pública judicial em atenção a estes feitos, em detrimento a tantos outros cujo direito fundamental é mais essencial, pois ligados a direitos com uma maior carga de ofensa à dignidade.

Mas, para além desta abordagem, a preocupação central vincula-se à democraticidade destas decisões concretizadoras do direito social prestacional de vaga em escola de educação infantil, com especial atenção às vagas na etapa de ensino em creches, com foco na garantia da igualdade e na efetividade das decisões judiciais.

O Colombiano César Rodríguez Garavito também evidencia, em seus estudos, especial preocupação com a execução das decisões em direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), afirmando que

Estas perspectivas han avanzado considerablemente en la aclaración conceptual y el ímpetu práctico de la exigibilidad judicial de los DESC. No obstante, su énfasis en la etapa de producción de las sentencias ha creado un punto ciego analítico y práctico: la etapa de implementación de las sentencias. Por esa razón, hay pocos estudios sistemáticos acerca de la suerte de decisiones sobre DESC, como la ya mencionada sentencia de la Corte Constitucional colombiana acerca del sistema de servicios de salud. Más allá de la sala de audiencias, ¿qué pasa con las órdenes contenidas en esas sentencias? ¿Hasta qué punto los funcionarios adoptan la conducta exigida por los tribunales para proteger un derecho específico? ¿Qué efectos tienen esas decisiones judiciales en el Estado, la sociedad civil, los movimientos sociales y la opinión pública? En última instancia, ¿contribuyen a la realización de los DESC?(GARAVITO, 2017, p.101)

Todavía, estas indagações, no que dizem com o direito social à educação infantil, careciam de uma quantificação para que se evidenciasse não retórica, mas concretamente, a gravidade do contexto e todas as suas implicações. Propusemo-nos, então, a efetuar um levantamento quantitativo do impacto da judicialização maciça de direitos sociais individuais no contexto da política pública e todos os seus reflexos, passando a efetuar as pesquisas respectivas.

Ainda que a ambição fosse meramente ilustrar a abordagem teórica, pois uma pesquisa quantitativa dependeria de profundidade e instrumentos metodológicos de pesquisa que excederiam os limites aqui propostos, já na primeira abordagem deparamo-nos com um obstáculo intransponível: nem o Judiciário, nem o Executivo dispõem de dados adequadamente sistematizados e quantificados em relação à demanda que sustentem avaliações precisas.

O Judiciário gaúcho, por exemplo, mapeia os processos das demandas de vagas em escola infantil juntamente com todas as demais ações cominatórias de natureza similar, como ação para medicamentos e tratamentos de saúde, por exemplo, pois os feitos são cadastrados no mapa mensal na classe “outros cíveis, criança/adolescente autor”, onde estão todos os processos que não se caracterizarem como classe específica e que são: alteração de poder familiar, colocação em família substituta, habilitações, irregularidade em entidades, infrações administrativas, ações constitucionais, incidentes cíveis, cautelares e medidas de proteção. Há, ainda, as ações civis públicas individuais movidas pelo Ministério Público, que também não possuem classe específica de vaga em escola de educação infantil, quiçá em creche (ANEXO A).

Todavía, consoante informado pela magistrada titular, cerca de oitenta por cento da demanda total se refere à vaga em escola de educação infantil, pois a quase totalidade dos processos qualificados por “outros cíveis”, e que equivalem a 84% (oitenta e quatro por cento)

do total de 8.282 (oito mil, duzentos e oitenta e dois) processos em janeiro de 2018, pertencem a este tipo de demanda, cuja decisão é de procedência em sua quase totalidade (ANEXO A).

Ainda, foi possível verificar um ingresso de 4.019 (quatro mil e dezenove) processos denominados “outros cíveis” no ano de 2017 e 3.969 (três mil, novecentos e sessenta e nove) processos em 2016, o que, apesar de denotar o intenso impacto destes feitos na atuação do Judiciário, não propicia sequer uma aproximação do que representa isto em número de vagas efetivamente concedidas, ainda que, como informado pelo Juízo, a demanda seja quase toda ela procedente. Isto porque foi possível averiguar, compulsando os feitos, que toda a demanda relativa à escola infantil (em especial creche) está classificada da mesma forma, ou seja, outros cíveis incluem, nesta temática, processos ordinários, em fase de cumprimento de sentença e execuções provisórias, inclusive das ações civis públicas ajuizadas, recebendo as execuções provisórias nova numeração, ou seja, computando como outro processo, embora seja o mesmo objeto. Assim, não havendo execuções provisórias em todas as demandas, não há como se aferir qual, de fato, o número de vagas deferidas, mesmo que aproximado, de forma que somente uma análise individual de cada feito poderia esclarecer tal questão, pesquisa que excede os limites aqui propostos.

Infelizmente, estes são, em princípio, os únicos dados sistematizados, ainda que aproximados, computados pelo Judiciário, pois outras informações como: número de vagas concedidas por etapa escolar ou total financeiro bloqueado, não o são. Assim, embora a informação de que a maciça demanda é de vaga em creche (zero a três anos), não há como computar-se fielmente quanto, efetivamente, se refere a esta demanda escolar.

Aliás, a ausência de compilação adequada só reforça a conclusão de que o Poder Judiciário, enquanto instituição, não reconhece a natureza especial dos direitos sociais que são deduzidos em juízo; ao contrário, sua estrutura ainda é de tratamento desta pretensão através de uma visão individualista, liberal, não adequada à perspectiva de um estado social, inexistindo procedimentos administrativos que contemplem as especificidades destes direitos subjetivos, nem compromisso com a boa governança, no sentido de efetivar uma adequada compilação e transparência de dados para contribuir com o aprimoramento da política pública.

É preciso mudar esta visão para que possa o Judiciário efetivamente exercer a sua missão constitucional na construção de uma sociedade mais digna e igualitária, pois na

dinâmica do mundo moderno este objetivo ultrapassa, em muito, o estreito limite da prestação jurisdicional individual.

Não obstante, melhor sorte não tivemos ao acessar os dados disponibilizados pela administração pública, pois eles também se evidenciaram inconclusivos, ainda que se tenha verificado por parte do novel gestor um grande esforço em buscar compilar o maior número de dados possíveis (ANEXO B). Em verdade, até o final da elaboração desta dissertação os dados estavam em análise e, por dependerem de informações não sistematizadas, mesmo as conclusões apresentadas podem apresentar inconsistências em face da ausência de um sistema confiável de aferição.

Embora não seja este o objeto do trabalho, é necessário pontuar que um sistema único de informações administrativas deveria ser fomentado, de forma que todos os dados necessários à análise das políticas públicas implementadas estivessem disponíveis não só ao administrador, mas, especialmente, às autoridades que possuem atuação que dependa destas informações, como é o caso do Ministério Público e do Judiciário, por exemplo.

Maren Taborda destaca que o direito de acesso ou de informação sobre a atividade dos poderes públicos está diretamente vinculado aos princípios constitucionais da soberania popular e da democracia, expressando a necessidade de “transparência” (publicidade) nos atos do Estado. Diz a professora:

Na discussão em torno dos vários sentidos do princípio da publicidade, o mais imediato sentido é o de que este é, primeiramente, um preceito que tende a preservar a *res publica*, isto é, a comunidade política no sentido que Kant lhe dá, porque esta, sendo regida por leis, unida aos conceitos de “democracia” e de “governo não despótico”, é o fundamento do Estado de Direito. (2015, p. 263).

Por este prisma, ressalta-se imprescindível a uma boa governança que um sistema transparente e acessível dos dados relevantes das políticas públicas esteja disponível, como instrumento básico para propiciar uma construção dialógica social e interinstitucional.

Não havendo, é preciso destacar que foram determinantes para a obstaculização da pesquisa quantitativa, tanto a ausência de adequado e sistematizado registro das informações quantitativas relevantes afetas à política social (vez que inexistiam planilhas ou outros sistemas de fácil compreensão, com os dados compilados), quanto a difícil e parcial acessibilidade aos dados de gestões anteriores, ante a ausência de uma regular e normatizada forma de reunião e transmissão das informações.

Segundo pontuado, a nova gestão teve de levantar todos os dados relativos à educação infantil ao assumir, o que, por certo despendeu tempo e mão de obra para acessar conteúdo mínimo ao gerenciamento da política pública (ANEXO B). Estes fatos levam à conclusão de que nem as pretéritas administrações dispunham de dados de forma clara para geri-la, o que evidencia a ausência de mecanismos básicos para sua efetividade (adequado mapeamento) ou, no mínimo, que favoreçam a continuidade administrativa, quiçá que ensejassem alguma pretensão de transparência ou possibilidade de compartilhamento entre os poderes e instituições com atribuições e competências relativas a estas políticas públicas.

Em verdade, é possível vislumbrar na ausência de compilação e sistematização adequadas de dados uma forte tendência à pessoalização da informação na esfera administrativa, como forma de o servidor ou comissionado tornar-se indispensável à posição que ocupa, por ser o detentor de dados relevantes para o andamento da máquina pública e viabilização da administração, o que depõe contra a eficiência administrativa.

Hoje, como veremos nas análises de discurso, há desconfiança pelo Judiciário em relação aos dados fornecidos pela administração pública, tanto que na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, (BRASIL, 2004), o relator, o Ministro Celso de Mello, destaca, para afastar a cláusula da reserva do possível, a possibilidade de o Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que inviabilize o estabelecimento e a preservação de condições mínimas de existência, referindo a ilicitude desta conduta. Aqui, ainda que não o tenha feito de forma explícita, o julgador lança suspeita quanto às defesas dos entes públicos, de tal forma que o argumento da reserva do possível não é enfrentado materialmente nas decisões relativas à educação infantil, sendo rechaçado formalmente, como veremos na análise das decisões judiciais.

Por este prisma, a sistematização digital da informação se evidencia um importante instrumento para monitoramento e elaboração de novas diretrizes para a política pública, inclusive para propiciar que se construam pontes dialógicas no trato entre os poderes, minimizem-se as desconfianças e favoreçam-se decisões substanciais e não tangenciais, limitadas a presunções, como a supra.

Apesar destas considerações, dos dados apurados e disponibilizados pelo ente municipal é possível destacar algumas conclusões relevantes, como: o número de vagas

disponibilizadas na rede de atendimento e, também, em razão de ordem judicial, o impacto orçamentário dos bloqueios judiciais e o percentual que o investimento na educação infantil representa no orçamento total da educação.

Neste aspecto, destaca-se a informação constante no Inquérito Civil nº 01411.00057/2013, da Promotoria de Justiça Regional de Educação de Porto Alegre (PREDUC) (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 725), apontando a destinação de quase 33% do orçamento municipal para a educação fundamental, o que supera o percentual constitucional previsto (25%). E, embora necessárias aferições contábeis precisas para estipular exatamente qual o impacto da educação no orçamento, o que fica viável em procedimentos dialógicos que busquem estruturar a política pública, sempre importante ter em conta que o princípio que deve nortear as relações entre autoridades públicas, especialmente em face de uma administração que se pretende seja exercitada de modo consensual, e não via autoritária, deve ser o da boa-fé. (GIACOMUZZI, 2002, p. 269).

Inicialmente, destaca-se que, embora os dados não sejam precisos, eles indicam, pela informação fornecida (ANEXO B), a conclusão de que uma grande parte da política pública está sendo gerida através de ordens judiciais. É que foram 1.263 alunos matriculados por ordem judicial no ano de 2017, de um total de 1509 matrículas em creche e 1.742 matrículas em pré-escola (total de 3.251 matrículas). Ainda que não se possa saber exatamente qual o percentual de ações relativas a creches e a pré-escolas, respectivamente, o fato é que, no mínimo, o número de matrículas por ordem judicial equivale a 38,85% da demanda contemplada, ou seja, foi incluída em vagas da rede que poderiam ser destinadas a quem aguarda em fila, mas o foram para atender a quem requisitou judicialmente e que sequer necessitaria estar inscrito.

Em verdade, a influência na política pública é, provavelmente, maior se considerado apenas o ensino em creche, pois as vagas em pré-escola foram praticamente atendidas na integralidade pela administração, sendo o déficit especialmente naquela etapa de ensino (0 a 3 anos), o que leva à conclusão lógica de que as decisões relativas a creches são percentualmente bem superiores às de pré-escola e, logo, a interferência na política pública é percentualmente bem superior se considerada somente a etapa em creche, já que foram apenas 1.516 matrículas nesta modalidade, havendo 1.263 ordens judiciais.

Veja-se que o número de matrículas representa a universalidade de vagas novas, ou seja, as deferidas judicialmente e as efetivadas pela administração, conforme ordem de inscrição. Ocorre que, além deste número, há os demandantes que obtêm vaga judicial privada pelo procedimento de bloqueio de valores do caixa do Município, com prestação de contas ao Judiciário, sem monitoramento algum pela administração pública, e que não se incluem nestes números, não necessitando sequer estar inscritos, como veremos adiante, na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O número de vagas disponibilizadas por bloqueio não possui monitoramento pelo Judiciário e o Município controla apenas o montante de valor bloqueado, podendo-se chegar a um cálculo aproximado do número de vagas pelo custo médio mensal das escolas privadas. Assim, considerando que o valor bloqueado como destinado à educação foi de R\$948.666,69 no ano de 2017, ele equivaleria, considerando um custo médio estimado de R\$503,80/mês a vaga⁸⁹ e os doze meses do ano, a apenas 157 (cento e cinquenta e sete) vagas. (ANEXO B).

Ainda que se considere que nem todas as crianças permaneceram todos os meses do ano na escola, pois o ingresso se dá indistintamente, o número de vagas é extremamente pequeno perto do total de processos que tramitam no Juizado da Infância. Esta informação somada ao impacto dos bloqueios no orçamento da educação infantil naquele ano (1,6%) faz presumir que mesmo a hipótese de vaga por bloqueio não tem sido suficientemente eficiente para garantir o acesso imediato à educação infantil.

Por outro prisma, merece destaque a informação municipal de que as vagas na educação infantil obtidas via bloqueio judicial não recebem retorno do FUNDEB, pois, como se vê das informações municipais (ANEXO B), o reembolso parcial somente contempla as vagas na rede e conveniadas e não as vagas em escolas privadas, que, além de não serem computadas como matrícula efetiva, ainda são integralmente pagas pelo caixa do município. Isto evidencia a necessidade de um aprimoramento na execução desta política pública e um melhor diálogo entre os poderes, para encontrar uma forma de conciliar a jurisdição constitucional com uma maior eficiência administrativa, culminando em, no mínimo, uma justiça distributiva mais abrangente.

Outra abordagem efetuada na tentativa de obterem-se dados estatísticos foi através da análise do Inquérito Civil nº 01411.00057/2013. Todavia, em que pese a intensa

⁸⁹ Cálculo da variável “custo médio das vagas deferidas judicialmente através de bloqueio de valores” (ANEXO B) dividida pelo número de meses (três), em regra, bloqueados conforme informação judicial (ANEXO A).

mobilização do Ministério Público para implementar um efetivo diálogo e fomentar a ampliação da política pública, com realização de audiências e requisições de informações, as prestadas ao longo dos anos pelo Município evidenciam uma dissociação lógica nos dados fornecidos, de forma que há evidente impossibilidade de, a partir deles, obterem-se conclusões precisas da administração da política pública. Os números, por exemplo, não são claros com relação às reais vagas geradas, pois as informações, não sendo sistematizadas, mas fornecidas pelo Município em tabelas informais e sem unidade, não permitem com segurança, apontar quais dados oficiais servem de comparativo. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 544, 546-549, 559-562, 686,702).

Estes dados também não possuem uma análise técnica para constatar suas consistências e expressar maior objetividade, motivo pelo qual, em verdade, apenas se faz uma sistemática renovação de informações, mas não uma efetiva proposta de ajuste da política pública, com metas, com aferição de viabilidade e execução que evidenciassem possibilidade de alteração da realidade local a partir dessas medidas. Também aqui não se vislumbrou uma efetiva integração institucional entre os protagonistas desta política pública (Judiciário e Executivo), o que nos faz concluir que um procedimento sistêmico e dialógico e uma estrutura técnica específica deveriam ser formatados para propiciar um real impacto social, com resultados mais céleres e sem sofrer tão drasticamente soluções de continuidade ante a mudança periódica de administrações.

Comparando os dados obtidos, então, é possível concluir que uma parte da política pública do Município vem sendo efetivada mediante atuação da jurisdição constitucional, que, ao contemplar os demandantes, prioriza-os em relação aos demais cidadãos que, ao se inscreverem para vagas, aguardam sua contemplação consoante ordem de inscrição.

Ainda, há uma parcela que, sequer estando inscrita, obtém a vaga antes daqueles que se submeteram a todo o procedimento público, inclusive anteriormente aos demandantes, pois não se exige inscrição para a demanda judicial, como se vê da decisão do Tribunal de Justiça gaúcho (RIO GRANDE DO SUL, 2015b), fatores que denotam uma especial quebra do princípio da igualdade de direitos, sem qualquer justificativa além do fato da judicialização. Mas não é só isto. Os procedimentos dão conta de que este fator sequer angustia as diversas instâncias de prestação jurisdicional, vez que não repercute de nenhuma

forma nos processos individuais, ocultos pela ficção de universalidade que somente existe na teoria.

Mais relevante, ainda, é o confronto com os percentuais de atendimento à educação infantil apresentados pelo Tribunal de Contas do Estado que, embora estejam sempre desatualizados (a última avaliação se refere ao ano de 2015) e não evidenciem a relação entre a política pública em execução e a atividade jurisdicional, nos mostram que praticamente não houve evolução percentual no atendimento à demanda, ainda que a juridicização seja intensa. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Pois bem, estes dados dão conta de que das crianças do município em faixa etária de 0 a 3 anos, apenas 16,20% estava matriculada em 2012, 18% em 2013 e 20,14 em 2014 (RIO GRANDE DO SUL, 2015), dados que denotam uma evolução praticamente imperceptível frente a uma tão intensa judicialização (1.451 processos em 2013 e 4.169 processos em 2014).⁹⁰

Ao que parece, as afirmações de Hirschl que apresentamos no primeiro capítulo, no sentido de que a juridicização não aprimora a política pública, também se confirmam aqui. Lembremos que o jusfilósofo canadense afirmou que as experiências investigadas não provaram garantir mais igualdade; ao contrário, apenas que a juridicização acabava sendo de interesse das elites hegemônicas e que este processo de judicialização da política seria uma evidência de que “tudo muda para permanecer igual.” (HIRSCHL, 2017, p. 217).

Esta realidade evidencia que há necessidade de aprimorar a jurisdição constitucional, como forma de legitimá-la à efetividade assim como tem sido efetivas as normas constitucionais literais e as legislações programáticas, como a do PNE.

Neste particular, é possível verificar que, atualmente, de acordo com o disposto na norma do PNE, o Município cumpre o atendimento à integralidade da educação em pré-escola, cuja obrigatoriedade foi imposta ao final de 2016. Todavia, no que tange à educação em creche, o atendimento é mínimo, ainda que haja uníssonas decisões reconhecendo a obrigatoriedade. Ao que se evidencia, as administrações não introjetam o comando normativo emanado dos tribunais, mas vinculam-se ao comando legislativo, que possui um sistema idealizado para que seja atendido, com ações estruturantes da política pública, amarradas com

⁹⁰ Informação consoante mapas judiciais.

recursos oriundos do FUNDEB, fomentando a adesão dos municípios, ao contrário das decisões judiciais, que não importam em qualquer consequência em caso de descumprimento.

É preciso superar o paradigma positivista arraigado na concepção jurídica pátria e que, especificamente quanto ao tema ora posto em causa, não permite aos administradores e legisladores aceitarem como impositiva a universalidade concreta do direito à educação infantil em creche, fato que é facilmente constatável pelo alto grau de judicialização deste direito prestacional (ANEXO A) e o baixo percentual de sua concretização (ANEXO B), contraposto ao integral atendimento da educação fundamental na sua fase pré-escola (ANEXO B).

Outra faceta desta problemática é a de que o Judiciário não está sujeito a apontamento pelo Tribunal de Contas, diferentemente de toda a gestão pública desta política social, o que é um contrassenso, pois permite que o administrador aguarde ordem judicial para não ser apontado e que o Judiciário execute medidas através de procedimentos que se o administrador fizesse seria responsabilizado. Não há coerência aqui.

De todas estas reflexões, podemos concluir que, ainda que não existam dados sistematizados ou compilados adequadamente, de forma a propiciar um juízo de certeza na análise quantitativa da política pública afeta à educação infantil, os números que foram passíveis de apuração indicam uma intensa judicialização deste direito social, sem o correspondente aprimoramento da política pública, cuja evolução em números percentuais é pífia frente à judicialização.

Assim, não se pode afirmar que o Judiciário esteja contribuindo para o aprimoramento desta política e, ainda, é bastante evidente que somente as vagas por bloqueio não se enquadram naquelas que já seriam alocadas independentemente de ordem judicial às crianças em lista de espera, pois as vagas preenchidas pelo Judiciário representam aquelas em rede ou nas escolas conveniadas com o Município. Neste passo, o que se dá, na prática, é, simplesmente, o favorecimento da criança que obteve provimento judicial, em detrimento daquela que está aguardando na fila, o que fere a democraticidade que se espera de um tratamento isonômico, amparado em procedimentos que se guiam pelos princípios mínimos de boa governança.

A construção de alternativa a este modelo aprofundaremos ao final, quando da proposição de possibilidades democráticas à decisão judicial. Por ora, registramos estas

reflexões empíricas que, como dito, tem o objetivo de demonstrar o quão afastada está a jurisdição da realidade administrativa, com foco na teoria (cujo discurso analisaremos adiante) e não na consequência efetiva em termos de democraticidade da concretização deste direito social.

Por este prisma, inclusive, de visão crítica quanto à forma de reconhecimento e concretização do direito subjetivo à educação infantil, é que idealizamos o próximo tópico a ser abordado, com foco nas distorções viabilizadas pela judicialização desta política social, ratificando a ausência de um efetivo controle, agora em face de suas consequências corruptivas.

Ao analisar os apontamentos que faremos, o leitor poderá perceber que muito do que estes dados empíricos, ainda que inconclusivos, evidenciaram consistirão uma faceta patológica desta jurisdição constitucional, o que não significa uma oposição a ela; antes pelo contrário, cuida-se de fortalecê-la pela possibilidade de, enfrentando as mazelas, abrir-se a discussão para soluções construtivas.

4.2 PATOLOGIAS CORRUPATIVAS E RESPONSABILIDADE DECISÓRIA

Ainda que o foco da abordagem sobre jurisdição constitucional neste estudo seja atinente à sua democraticidade, há facetas na judicialização destes direitos que dizem diretamente com a ausência de uma adequada regulamentação, quer do direito, quer de sua instrumentalidade, bem como de procedimentos jurisdicionais compatíveis com uma demanda que envolve um direito individual de dimensão coletiva. É em razão disto a pertinência de uma abordagem do tema, ainda que perfunctória, que vá ao encontro da construção democrática que se busca.

A importância das patologias corruptivas circundantes à juridicidade dos direitos sociais poderia ser abordada no específico tópico da justiciabilidade. Todavia, como tem, em alguma medida, vinculação ao contexto fático que este capítulo aborda, será aqui aprofundado. Vejamos.

Desde o final da década de 1980, surgiram interesses e bens supraindividuais provindos de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis e que carecem de

proteção jurídica e política, já que insuficientes os atuais sistemas normativos, especialmente aqueles que visam ao combate da corrupção (LEAL, 2017, p. 114), cujas redes organizaram-se e profissionalizaram-se de tal forma que seu desmanche passou a ser tarefa deveras difícil, mesmo com todos os instrumentos hoje legalmente disponíveis. Tanto é que Baltazar Júnior afirma:

A prova em delitos da criminalidade organizada é fragmentária, dispersa, assemelha-se a um verdadeiro mosaico, montado a partir de várias fontes diversas, para permitir chegar-se a uma conclusão, seja pela pluralidade de agentes, seja pela utilização da estrutura empresarial como anteparo, seja pela hierarquia e compartimentalização, seja pela adoção sistemática de rotinas de segredo e destruição das provas. (2010, p. 170).

Tal gravidade não se expressa somente pela ação de uma criminalidade organizada, mas também pela ação individual ou de pequenos grupos, que, dada sua disseminação, acabam por afetar consideravelmente os cofres públicos, prejudicando, especialmente, a destinação de recursos para as prestações sociais.

Infelizmente, não há como se mensurar adequadamente qual, de fato, o impacto da corrupção na capacidade de o Estado atender aos custos dos direitos fundamentais sociais, pois não se tem como quantificar (medir e provar) qual o montante de prejuízo causado pela corrupção, vez que ou os dados, por óbvio, não são públicos ou, quando são, não há análises rigorosas sobre o tema (PEREIRA, 2002, p. 12). Não obstante, há generalizado senso comum da gravidade que tal mazela representa em nossa sociedade. Tanto assim que, em pesquisa do Instituto Vox Populi, no ano de 2009, noventa e sete por cento (97%) dos entrevistados consideraram grave (24%) ou muito grave (73%), o problema da corrupção no Brasil. (BIGNOTTO, 2011, p. 16).

Tal sentimento de desamparo frente à corrupção, ao fim e ao cabo, denota a potencialidade desta patologia atingir o próprio estado de direito, ante a falência deste em reprimir as forças particulares em seu interior, assumindo tal proporção que as experiências autoritária e totalitária se tornam um horizonte possível. (BIGNOTTO, 2011, p. 15-39).

E, embora se saiba que o fenômeno da corrupção exista desde as civilizações antigas, é certo que acabou potencializado com a atual globalização, pois a formação de uma sociedade de riscos, com inter-relações complexas, tensas e de difícil controle, fomenta as práticas corruptivas em geral, maximizadas, ainda, pelo que Leal chamou de “cidadania

apática”, mais ocupada com seus interesses pessoais do que com os coletivos. (LEAL, 2013, p. 217).

A relevância se dá em razão de a ausência de efetiva participação do cidadão com as coisas da comunidade fragilizar o aspecto democrático desta e fomentar a prática da corrupção, posto que permite a criação de um espaço com poder político sem controle social (LEAL, 2013, p. 209).

Por outro lado, o jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, otimisticamente vê na sociedade civil brasileira avanços por, consciente ou inconscientemente, conseguir internalizar os princípios constitucionais, avançando em sua direção até mais do que a esfera política. (GÓIS, 2017). Todavia, quando tratamos dos direitos fundamentais sociais, cuja concretização se evidencia bastante deficitária, é forçoso concluir que mais do que internalizá-los, é necessária atuação na busca por sua efetivação material, que poderia ser muito facilitada pela maior participação comunitária, especialmente para destinação apropriada de orçamento público, criação de programas voltados a uma adequada prestação e, inclusive, na medida do possível, na construção de decisões judiciais democráticas que digam com interesses da coletividade.

É que, em que pese todos os direitos fundamentais importem em custo para sua implementação, ligados à própria existência e a do aparato estatal (SARLET, 2015, p. 293; SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 43), são os direitos sociais prestacionais que mais dependem economicamente da disponibilidade orçamentária, pois, ao contrário dos primeiros, que tem custo estável, são estes ilimitados e variáveis, possuindo, pois, um limite fático à sua efetivação – uma das facetas da tese da reserva do possível.⁹¹ Diante disto, inafastável o impacto da corrupção em sua satisfação.

Klitgaard ressalta como efeitos da corrupção ligados a esta temática, tanto o desvio de recursos destinados a políticas públicas em benefício próprio ou de apadrinhados por funcionários públicos, ao referir que “*top government officials skew public policies to benefit themselves and a small number of cronies*”, quanto à concentração dos recursos

⁹¹ Em que pese em tese se admita exceção da reserva do possível, no sentido de que, comprovada a “incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política” em verdade há extrema dificuldade aos entes públicos de obter tal reconhecimento, pois, como refere o desembargador gaúcho, o STJ não aceita a exceção salvo “justo motivo objetivamente aferível”, considerando a possibilidade de manipulação da atividade financeira e/ou político-administrativa. (LEAL, 2009, p. 80).

subsistentes nas mãos da parcela mais favorecida em detrimentos dos mais pobres, ao afirmar que “*most studies show that the rich and privileged benefit from corrupt schemes at the expense of the poor, the rural, and the disadvantaged.*” (KLITGAARD, 1991, p. 39; 41).

No mesmo sentido Leal:

Quando a corrupção encontra-se dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes constituídos se ocupam por vezes com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas. (2013, p. 33).

Mas, por outro prisma, como afirma Vinícius Lima, “não há espaço válido para discricionariedade ou escolhas ‘legítimas’ contra os direitos fundamentais, ou uma licença para o não fazer”, não se podendo, com base na crença do Estado mínimo como solução à crise do Estado Social, suprimir direitos fundamentais sob o falacioso argumento de seus custos, sem avaliar os custos da ausência destes direitos. (2016, p. 145).

Então, fica claro ser necessário, precipuamente, combater-se a cultura patrimonialista, onde a esfera pública se confunde com a privada e tem o agente estatal a concepção da coisa pública como sua, propiciando a corrupção, para garantir-se, o mais possível, o acesso da população às prestações sociais devidas. No mesmo sentido, o jurista Carlos Ayres Britto, afirmou que “se fecharmos as três torneiras do patrimonialismo – desperdício de dinheiro público, corporativismo e corrupção sistêmica –, vai sobrar dinheiro.” (GÓIS, 2017).

Neste campo de combate à corrupção há uma zona fértil a ser explorada, especialmente em relação à transparência dos atos de gestão e fomento de instituições não governamentais de análise e controle destes dados. Neste contexto, Araújo destaca que o acesso à informação na era digital permite maior controle da responsividade dos governos (adoção de políticas sinalizadas pelos cidadãos), permitindo uma adequada responsabilização ou *accountability* (ARAÚJO, 2009, p. 291-292). Talvez este controle seja o maior empecilho à ampliação das redes de transparência, mormente pelo mau uso que muitos fazem das informações obtidas, especialmente aqueles grupos opositores à administração. Não obstante,

é, certamente, um caminho sem volta a ser trilhado com responsabilidade, sempre no interesse público, pois, especialmente no que diz com as políticas públicas em direitos sociais, uma adequada transparência permite uma decisão judicial mais adequada a cada realidade.

É que, sem transparência, as decisões administrativas tendem a ser fruto de interesses próprios ou de terceiros, formatando uma relação entre o público e o privado, que Avritzer avaliou gerar “um sistema de obrigações recíprocas sem nenhuma legalidade.” (AVRITZER, 2011, p. 57). E aqui, a imediata sensação de que estas afirmações voltam-se a práticas vinculadas aos poderes Legislativo e Executivo, minando a adequada prestação de políticas públicas, é confirmada pela avaliação de Nucci (2015, p. 10), ao afirmar que “se o Judiciário está enfermo de corrupção, o Legislativo e o Executivo encontram-se na UTL.” Com efeito, é neste contexto de maior legitimidade moral que o Judiciário avança em práticas ativistas na prestação de direitos sociais, buscando maior efetividade das normas respectivas, especialmente constitucionais.

Por este prisma, a primeira abordagem deste tópico diz com a corrupção que se alimenta da ausência de disciplina específica para satisfação concreta dos direitos sociais prestacionais pelo Judiciário, bem como de transparência em atos de gestão, pois tal propicia a ocorrência de atos corruptivos, criminosos, praticados em razão do campo aberto para execução de decisões concessivas de direitos sociais, sem forma ou regulamento predeterminado que ajuste procedimentos básicos de proteção a abusos e fraudes.

É que a ausência de forma legal prévia para a execução destas decisões evidencia uma falha do sistema judicial de concretização dos direitos sociais, que propicia patologias corruptivas e desvirtua a função do Judiciário, pois no dizer de Vinícius de Melo Lima, “a ampliação do poder discricionário associada à fragilidade dos mecanismos de controle da corrupção produz uma verdadeira diluição do Direito na Política.” (2016, p. 147).

Um ativismo em direitos sociais associado à inexistência de instrumentos de controle, ao fim e ao cabo, leva o Judiciário a administrar um número imenso de demandas sociais, em substituição ao executivo, sem qualquer amparo procedimental ou administrativo para executá-las e, a pretexto de ser um efetivo garantidor das políticas públicas constitucionais vinculantes,⁹² tende a acabar como mero instrumento para concretização de

⁹² Assim denominou Leal aquela “entendidas como ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas [...]” (LEAL, 2005, p.167).

abusos e ilegalidades, em absoluta contradição com a visão democrática de igualdade, que é o grande sustentáculo da democracia.

Mello, em sua obra *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, afirma que o Judiciário não está preparado para atender estas demandas, dizendo:

Tradicionalmente, a doutrina constitucional sustenta que apenas os direitos liberais podem ser tutelados por meio dos instrumentos processuais da atividade judiciária; já os direitos sociais padeceriam de uma congênita injusticiabilidade decorrente do seu próprio objeto, que exige sempre uma prestação material a ser cumprida pelo Estado, conforme pressupostos e condições jurídicas e materiais que não estão acessíveis ao agir judicial. (MELLO, 2004, p. 166).

E foi o que aconteceu na Comarca de Canoas, Rio Grande do Sul, cujo exemplo cita-se para ilustrar parte da problemática, e cuja contextualização fática já foi retratada no início deste capítulo.

A questão que aqui se pretende destacar está vinculada à execução destas decisões, especialmente em relação à patologia corruptiva constatada pelo magistrado titular do Juizado da Infância e Juventude de Canoas no final do ano de 2013 e que deu ensejo ao processo criminal número nº 008.2.14.0014939-0, da 4ª Vara Criminal daquela Comarca. (RIO GRANDE DO SUL, 2014a).

É que, citado, o Município não cumpria a determinação judicial de inclusão da criança em escola de educação infantil, ao que se sucedia o bloqueio de valores do caixa único para custeio, pelo requerente, de escola privada, cuja indicação e valores a própria parte apresentava, ante a ausência de indicação pelo Município. Assim, avolumavam-se bloqueios sistemáticos, até que se constatou a situação de reclamação de parte quanto a não obtenção de vagas, não obstante há meses já concedido o direito e efetuados bloqueios de valores nas contas do Município, levantados mediante alvará pelo advogado.

Encaminhada a situação ao Ministério Público, procedeu-se à investigação criminal da polícia judiciária e, em abril de 2017, foi recebida denúncia descrevendo 184 fatos criminosos contra 06 réus, narrando, em síntese, a formação de uma organização criminosa cujo *modus operandi* teria consistido em, no período de meados março de 2012 a 12 de dezembro de 2013, através de um político local e seu gabinete, juntamente com um advogado e seu estagiário, arrecadarem documentações de pessoas sob o argumento de obterem vagas em escolas de educação infantil, mas ajuizarem as demandas com vistas a obter alvarás judiciais em face do bloqueio de valores dos cofres públicos. Obteriam as vantagens

apresentando documentações entregues pelas responsáveis por uma escola de educação infantil, também denunciadas, sem que as crianças tivessem acesso à escola.⁹³

A prática teria sido de execução relativamente simples e, embora percebida pelo magistrado local, perdurou por quase dois anos até ser constatada, o que leva à questão: por que foi tão fácil a obtenção da vantagem ilícita através do Judiciário? *Simples*: não está ele aparelhado, nem preparado para a execução deste direito social prestacional através de processo judicial. Não possui instrumentos para estas aferições e percepções.

Ocorre que tanto a seleção quanto a contratação nestes casos (vaga em escola de educação infantil) pelo Executivo é precedida de licitações (ou o equivalente segundo a natureza da prestação), contratos, inspeções, alvarás, checagem da idoneidade e funcionamento, documentações, atendimento direto às famílias (não por procurações), etc., enfim, uma estrutura que o Judiciário não possui e procedimentos aos quais não está familiarizado o aparato judicial.

Estes procedimentos e todos os demais vinculados a esta espécie de ato administrativo estão justificados e norteados pelos princípios constitucionais de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da CF), além de todos os demais infraconstitucionais reconhecidos pelo direito administrativo - motivação, finalidade, razoabilidade, responsabilidade, isonomia, etc. (MAZZA, 2017, p. 107-167). E todas estas regras administrativas existem justamente para garantir a probidade e a moralidade públicas, por serem instrumentos, mais ou menos, eficazes contra, principalmente, a corrupção,

Assim é que justificar a ocorrência da patologia pelos argumentos da imprevisibilidade e excepcionalidade da conduta criminosa não parece revestir-se de suficiência, até porque, como afirmado anteriormente, não há, de fato, como mensurar as possibilidades corruptivas viáveis e não aferíveis, especialmente quando se trata de um procedimento de bloqueio onde os valores em espécie são entregues à administração do interessado, sem nenhum controle público além da entrega de recibos.

Não obstante, necessário registrar que, em que pese inexistam qualquer normativa ou procedimento a este respeito, em Canoas há, de regra, na intervenção ministerial, requerimento para “juntada de orçamentos de escolas credenciadas junto ao Conselho Municipal de Educação, assinados, contendo CNPJ e em via original”, fins de evitar a juntada

⁹³ Além do processo criminal, há uma síntese do fato disponível no sítio de Canoas. (CANOAS, [20--]).

do mesmo orçamento em diversos feitos e assegurar-se que a escola possui algum controle pelo referido conselho municipal, recentemente criado. (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Por outro enfoque, para além da corrupção paralela que mina uma adequada política pública, é de se questionar se a própria decisão ativista nesta seara pode ensejar aspectos patológicos que maculem sua legitimidade. Como já aprofundamos o tema ativismo e suas nuances, importa aqui destacar algumas patologias que eventualmente circundam uma decisão ativista em direitos prestacionais. Necessário frisar que não estamos, aqui, tratando de atos corruptivos, mas de disfunções patológicas que deslegitimam a atividade judicial. Não se pretende esgotá-las, mas exemplificar, como imprescindível argumento a sustentar decisões mais responsáveis hermeneuticamente.

Inicialmente, a patologia se identifica com a ausência de caráter democrático em razão de o ativismo alimentar a cultura estamental, pela qual poucos governam e impõem seus padrões de conduta, fato que se dá pela imposição de vontade do juiz, permitindo que a política se sobreponha ao direito. (LIMA, V., 2016, p. 139; LIMA, D., 2015, p. 120).

É que a dinâmica do ativismo corrompe o sistema democrático por exercer o Poder Judiciário o monopólio da interpretação jurídica sem submeter-se a qualquer critério majoritário. Ainda que se opere um debate nos autos, a decisão ativista ultrapassa estes limites, criando um direito próprio, fruto de convicções pessoais do juiz, as quais, ainda que possam ser louváveis, também podem decorrer das mais variadas motivações ocultas em uma interpretação para além dos limites constitucionais.

É neste passo que se argumenta o fomento de uma cultura jurídica estamental, onde poucos impõem o padrão de conduta a toda a coletividade, ao definir qual interpretação constitucional entendem mais adequada. Não há espaço aqui para a multiplicidade de debates; o pensamento jurídico é imóvel no sentido de concentrar-se nas mãos do juiz, na discricionariedade judicial, não sendo fruto das devidas discussões democráticas.

Ainda, esta hegemonia do aparato judicial opera na contramão da cultura dialógica que se busca e na democraticidade necessária à ordem jurídica, e, mais especificamente aqui, na tutela dos direitos prestacionais sociais, erigindo o juiz à figura do soberano que concede dádivas àqueles que as suplicam, ou seja, concede o privilégio da prioritária e imediata concessão do direito social a quem o demandar judicialmente. Danilo Lima destaca, como já pontuamos, a seletividade na concessão dos direitos fundamentais

como “verdadeiras dádivas concedidas pelos donos do poder”, em vez de se efetuar uma devida distribuição isonômica. (2015, p. 132).

É que nos direitos prestacionais, quando o cidadão demanda individualmente, recebe o privilégio de ser atendido prioritariamente pelo simples fato de ter submetido a demanda ao Judiciário, em detrimento a todos os demais que pública e notoriamente detém idêntico direito mas, pelos mais variados motivos, não tiveram acesso ao provimento jurisdicional.

Necessário pontuar, todavia, que aqui se opera, s.m.j., uma lógica diversa daquela tradicional concepção traduzida pela expressão *dormientibus non succurrit ius, ou* “o direito não socorre aos que dormem”, e, também, apresenta um elemento desestruturante do tradicional pensamento individualista, pois, como vimos, há uma multiplicidade de direitos individuais conhecidos, de igual importância e não satisfeitos, que colidem com a pretensão individual deduzida em juízo, pelo que necessário criar estruturas procedimentais que contemplem esta realidade.

Por outro prisma, a decisão ativista em direitos prestacionais sociais não colabora com o caráter democrático da coletividade à medida que, além de não estimular a busca de soluções pelas instâncias adequadas, acaba, com a concretização de seus comandos, por manter a administração em uma confortável situação de irresponsabilidade administrativa, respaldada na decisão judicial.

Tal se dá em face de o administrador público, amparado no argumento (sequer embasado necessariamente em devida comprovação) de que não dispõe de condições de cumprir a decisão, apenas assistir ao Judiciário bloqueando verbas públicas e entregando-as a particulares para satisfação concreta do direito social, sem comprometer-se com uma política pública efetiva. A negligência administrativa acaba, pois, premiada com a substituição do administrador pelo Judiciário. E, como vimos anteriormente, é bem visível esta situação quando evidenciado que não há uma ampliação significativa da política pública municipal neste particular.

A decisão judicial, então, acaba revelando-se uma armadilha ao caráter democrático da comunidade, passando os representantes eleitos a não gerir a política pública adequadamente, entregando-a ao Judiciário, abrindo um espaço para uma gama de atos corruptivos, como os supradescritos, objeto de ação penal, e tantos outros similares que

podem ser fomentados por grupos vinculados a associações, consultorias, e, inclusive, à própria administração, etc.

Outra faceta (já mencionada de alguma forma) que se evidencia viável como patologia é, por exemplo, a administração buscar alternativas para contornar a decisão judicial, efetuando reservas de vagas para atendê-la. Assim, o administrador deixaria de conceder a vaga que há para atender as requisições judiciais, de forma que todo o trabalho judicial, em verdade, nada representa em termos concretos, a não ser a priorização das demandas judiciais em face das demandas gerenciadas pela comunidade diretamente ao executivo, quando, em verdade, o ideal é justamente que a comunidade busque a satisfação da demanda junto ao administrador da política pública. A democraticidade, aqui, fica amplamente comprometida, pois o cidadão que se submeteu a toda a seleção pública, inclusive aos sorteios de ordem de atendimento, e aguarda, pacientemente, sua vez é preterido em face de outro que ajuizou demanda sem se submeter a qualquer critério coletivo.

É evidente, ainda, que este tipo de prática paternalista pelo Judiciário pode fomentar uma apatia democrática, com a inércia dos cidadãos em gestionar a ampliação da política pública, na medida em que se cria a consciência geral de que o caminho é o judicial, quando, em verdade, deveria ser o Estado-administração, bem como uma apatia da administração, posto que, não havendo um critério sindicável e não sendo atendida a totalidade da demanda por um executivo já no seu limite orçamentário, ou ante impedimentos burocráticos (inexistência de escolas públicas e particulares aptas a contratar com a administração, por exemplo), ficará a administração tentada a socorrer-se da jurisdição para burlar estes entraves, de forma que, em vez de buscar envidar esforços para regularizar estas situações, mais fácil se mostra aguardar a tutela judicial.

Como argumento final, também se percebe a falha de democraticidade em face de os bloqueios judiciais poderem comprometer o orçamento da educação. Embora não tenha sido possível aferir adequadamente o impacto efetivo dos bloqueios judiciais na política pública, pois se evidenciaram os dados avaliados inconsistentes, parece evidente que qualquer gestão financeira fica comprometida com uma intervenção direta e imprevisível nos cofres públicos, como é o caso da natureza destas decisões. Isto, ainda sem contar o impacto dos honorários sucumbenciais em face da proliferação destas demandas, podendo inviabilizar o desejável investimento na política pública, gerando um círculo vicioso que, sem uma mudança de rumo, acaba por inviabilizar a desejada reorganização administrativa.

Todos estes argumentos, longe de pretender descredibilizar a jurisdição constitucional dos direitos individuais, quer coletiva, quer individualmente, objetivam demonstrar a necessidade de ser ela aperfeiçoada e que, por mais que se busque legitimá-la, é preciso olhar além, um olhar dialógico que consiga enfrentar as críticas e buscar um caminho que preconize o exercício da cidadania, mas de uma cidadania igualitária e responsável.

Certo que tal ambição implica um debate construtivo permanente para que seja alcançado o ideal, ou, como Dworkin preconiza, para que se chegue à resposta correta, motivo pelo qual pretendemos, com os derradeiros tópicos deste trabalho, demonstrar a possibilidade de fazê-lo, traçando diretrizes que possam ser aperfeiçoadas na busca de maior democratização à intervenção judicial na política pública de acesso à educação infantil quando das satisfações de direitos individuais. Assim, partindo da análise dos discursos jurídicos, finalizaremos com os apontamentos indicativos de alternativas ao aperfeiçoamento da democraticidade da decisão em direitos prestacionais sociais.

4.3 O DISCURSO JURÍDICO: FUNDAMENTOS E OMISSÕES

Construídas, então, as bases do estudo, impõe-se uma acurada análise dos argumentos que são comumente utilizados nas decisões e acórdão judiciais sobre educação infantil para que possamos, então, refletir sobre as características destas decisões em face de todo o contexto até então explorado.

Ressaltamos, inicialmente, que o discurso praticamente não varia nas demandas relativas à educação infantil,⁹⁴ especialmente em relação ao Município de Canoas, motivo pelo qual é possível uma análise por amostragem relativa às ações individuais, em suas diversas instâncias, complementada com o estudo da ação coletiva para implementação de acesso universal e da ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal que disciplinou a oferta desta política pública nesta cidade, com abordagem de seus argumentos centrais de mérito.

⁹⁴ Vide acórdãos relativos a diferentes municípios gaúchos nos processos nº 70076430875, 70076429935, 70076238823, 70069548295, 70053834842, 70076396019, etc., bem como decisões do STF nos recursos AI nº 761908, RE nº 554075, AI nº 592075, REsp. nº 511645, etc.

4.3.1 Exposição dos argumentos

Como analisamos, o direito à educação infantil vem sendo reconhecido pelos tribunais como um direito subjetivo, ou seja, cada titular é detentor da prerrogativa de buscar individualmente sua prestação positiva perante o Estado, através de demanda individual para satisfação da obrigação de fazer ou, alternativamente, cominação de uma pena pecuniária, consubstanciada no custeio de escola particular.

É preciso, então, definir se esta decisão que reconhece subjetividade ao direito social à educação infantil está no limite proposto pelo presente trabalho ao exercício da jurisdição, qual seja, o de não ser uma decisão ativista, motivada pelo subjetivismo moral do julgador, mas, em uma visão não meramente procedimentalista, e sim substancialista da Constituição, convergente com a integridade do direito, respeitando sua historicidade, métodos de interpretação e fontes, consoante propõe Dworkin.

Como já aprofundamos, no capítulo anterior, o referencial teórico sobre o direito fundamental à educação, formadas estão as bases para viabilizar uma análise crítica das decisões em foco. Optamos por fazê-lo da seguinte forma: apresentaremos expositivamente as fundamentações argumentativas do juízo de primeiro grau no processo nº 008/5.14.0003544-3, no Agravo de Instrumento nº 70064586175, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564, em relação à Lei Municipal canoense nº 5.456/2009, bem como da Ação Civil Pública nº 008/5.09.0021696-1, de natureza coletiva, ambas também tramitando no Tribunal de Justiça gaúcho. (RIO GRANDE DO SUL, 2009, 2015a, 2015b, 2015c; CANOAS, 2009).

Ainda, pontuaremos a decisão monocrática do AI nº 957370, cujas razões fundamentam-se nas do Recurso Especial nº 718.203, ambas do Superior Tribunal de Justiça, e Recurso Extraordinário nº 410715 do Supremo Tribunal Federal⁹⁵, pois representam a multiplicidade de visões pacíficas em relação à demanda. (BRASIL, 2005a, 2005b, 2007) Buscamos, desta forma, instigar o leitor a atentar para aspectos como: a convergência, fragmentação e a consistência ou não dos argumentos e, especialmente, as abordagens judiciais relativas a tudo que construído até aqui. No item seguinte, sistematizaremos os

⁹⁵ Este paradigmático porque enfrentou a matéria mais profundamente e passou a ser citado como referência nas decisões de primeiro e segundo graus de jurisdição nos diversos processos e decisões compulsadas.

apontamentos críticos que se evidenciam relevantes no contexto do estudo, o que favorecerá uma identificação ou não do leitor com o pensamento que propomos.

Vejamos, então.

No que tange à decisão da Comarca de Canoas, fundamenta-se ela nas seguintes afirmativas centrais: **a)** estar o direito amparo nos artigos 205, 206, 208 da CF; 53 e 54 do ECA; 4º, II, e 11 da LDB; **b)** dever a garantia do direito à educação ser tratada como prioridade dentro do universo do Estado, mormente em se tratando da educação infantil, primeira etapa da educação básica, e sendo considerada “meio *indispensável* para o pleno desenvolvimento da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, visando ao seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”; **c)** estar consolidado o entendimento no Supremo Tribunal Federal, em especial no RE nº 410.715, de que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, e **d)** ser pacífico, conforme acórdão do AI nº 70064586175, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho, que a garantia da vaga na rede pública ou na rede privada é devida a expensas do Município. (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

O Tribunal de Justiça gaúcho, neste processo referido como parâmetro pela decisão de primeiro grau, afirma, em decisão monocrática, da lavra do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em síntese que: **a)** constitui dever do município assegurar às crianças o acesso à educação, cabendo-lhe garantir vaga em creche ou pré-escola na rede pública ou, então, na rede privada, às suas expensas; **b)** o direito tem amparo na Constituição, no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, e na LDB, sendo que esta preconiza a importância da etapa para o “desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social”, devendo o ente público atuar complementando a ação da família e da comunidade; **c)** o pleito é prioridade absoluta, pois se destina ao desenvolvimento, inserção social e futura qualificação para o trabalho, e **d)** é desnecessário o prévio pedido administrativo para que o autor busque seu direito em juízo, sendo que o interesse processual emerge não do indeferimento na via administrativa do pedido formulado, mas da demora, ainda que involuntária, em satisfazer a pretensão qualificada como urgente. (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

No que concerne a Canoas, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564 (RIO GRANDE

DO SUL, 2015c), ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça sob o fundamento de que dispositivos da Lei Municipal nº 5.456/2009 que previam, por exemplo, prioridade de contemplação às crianças vinculadas a famílias de menor poder aquisitivo, comprovação de renda de ambos os pais ou responsáveis, comprovação de insuficiência de recursos, e afirmavam que não haveria garantia de alocação da totalidade dos candidatos ordenados pelo sorteio, obstaculizavam a efetivação do direito social à educação, previsto expressamente nos artigos 196, 197, I, 199, I, alíneas “a” e “b”, III, 200, “caput” e §1º, 211, “caput” e §2º, e 215, “caput” e §1º, todos da Constituição Estadual, afrontando os artigos 1º e 8º da Constituição Estadual, c/c artigos 6º, “caput”, 205, 206, inc. I, 208, incs. I e IV, e 227, todos da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Liminarmente foi reconhecido que a negativa ou obstaculização do acesso à educação infantil implica violação ao direito constitucional à educação, sendo dever do poder público municipal assegurar aos infantes vaga em creche ou pré-escola e, se a demanda de crianças for superior à oferta de vagas, dever do ente público providenciar a adoção de medidas que garantam a inserção em estabelecimento de ensino.

Colacionados todos os dispositivos constitucionais federais e estaduais relativos à educação, o acórdão, no mérito, confirmou a liminar e afirmou, repisando os argumentos da ADIN nº 70042621466, do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 410.715, do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 753.565 e do Agravo de Instrumento nº 957.370/SC: **a)** ser o direito social à educação previsto constitucionalmente, como dever do Estado e direito de todos, sendo direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, com igualdade de acesso e permanência, assegurada a educação infantil como dever do Estado (princípios repisados na Constituição Estadual); **b)** dever o direito social à educação ser assegurado com absoluta prioridade em relação às crianças e adolescentes, incumbindo ao Poder Público a adoção de uma série de medidas que sejam capazes de garantir o máximo de condições de acesso a creches e unidades de pré-escola; **c)** serem vedadas discriminações por motivos econômicos; **d)** no que tange à obrigatoriedade, repisando o parecer do Procurador de Justiça Paulo Emílio J. Barbosa, o fato de a Emenda Constitucional 59/2009 prever que a educação básica é obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, não autorizando a privação unilateral dos menores de quatro anos de idade à educação, de forma gratuita e sem distinção, pois as normas da Constituição Estadual atacadas não possuem qualquer limite temporal para a educação infantil; e, **e)** considerando a pouca probabilidade de que pessoas com condições econômicas procurem vaga em creche

pública, negar o pedido seria autorizar critérios que reduzissem o acesso a pessoas que vivem com orçamentos parcos.

Ainda no tocante ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi julgada a Ação Civil Pública nº 008/5.09.0021696-1 (RIO GRANDE DO SUL, 2009),⁹⁶ de natureza coletiva, cujo pedido central, além do reconhecimento e garantia do direito universal de acesso à educação infantil, buscava o estabelecimento de um programa de implementação desta política pública, que, à evidência, não estava sendo projetado, quiçá implementado pelo Município, postulando-se a condenação à obrigação de inclusão de previsão orçamentária suficiente à construção, equipamento, despesas com pessoal e outras que se façam necessárias para efetivo funcionamento de, no mínimo três escolas de educação infantil por ano, até suprir integralmente a demanda. Trata-se da busca de reconhecimento de que o Judiciário pode intervir na política pública para determinar a execução de políticas inexistentes ou deficitárias. O pedido, ainda, reconhecendo a realidade fática das listas de espera, buscava transparência, com a correta documentação deste procedimento, acessível às partes a documentação comprobatória.

Não obstante, o juízo *a quo*, julgando parcialmente procedente a demanda, em razão do acesso universal, sem critério impeditivo, ao exercício de direito fundamental, fez prevalecer o disposto no art. 5º, § 1º, da Resolução nº 5/2009, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação,⁹⁷ com garantia de oferta na rede de ensino sem requisito de seleção e com transporte de alunos e de seus responsáveis quando a escola não for localizada dentro de um raio de dois quilômetros da residência da criança, deferindo prazo de

⁹⁶ Neste contexto, apenas para ilustrar, em síntese, a discussão quanto à obrigatoriedade de concessão do direito à educação em creches e pré-escolas começou a ser investigada coletivamente, em Canoas, através do Inquérito Civil nº 00739.00148/2006, tramitando na 2ª Promotoria Especializada do Município. Sem êxito na construção extrajudicial de uma solução para o problema junto ao ente municipal, foi ajuizada, em novembro de 2009, a Ação Civil Pública nº 008/5.09.0021696-1, julgada parcialmente procedente em primeira instância, e, em recurso nº 70050740398, da 7ª Câmara do Tribunal de Justiça gaúcho, afastadas quaisquer restrições ao exercício do direito à educação infantil, responsabilizando-se o ente municipal à concessão de vaga a toda criança que necessitar, sem quaisquer critérios.

Houve a Reclamação Constitucional (nº 18.390), em face de a decisão violar o princípio da reserva de plenário, consoante Súmula Vinculante nº 10 da Suprema Corte, distribuída ao Ministro Teori Zavascki (BRASIL, 2008b), que cassou o acórdão proferido, sendo, então, ajuizada a ADIN nº 70064086564, antes referida, e que tramitou paralelamente, declarando inconstitucionais os dispositivos da Lei Municipal nº 5.456/2009. Foi, então, proferido novo acórdão mantendo a responsabilidade do ente municipal na disponibilização de ensino infantil, mas negando intervenção na execução da política pública.

⁹⁷ Art. 5º. A Educação Infantil, primeira etapa da Educação Básica, é oferecida em creches e pré-escolas, as quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade no período diurno, em jornada integral ou parcial, regulados e supervisionados por órgão competente do sistema de ensino e submetidos a controle social. § 1º É dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção. [...]. (BRASIL, 2009b).

30 dias para a concessão da vaga. Negou, todavia, os procedimentos de transparência e a intervenção na política pública, sob o argumento de invasão indevida na discricionariedade administrativa.

Interpostos recursos tanto pelo Ministério Público (RIO GRANDE DO SUL, 2015d), quanto pelo Município, foi suspensa a eficácia da tutela antecipada, com o recebimento da apelação do Município em duplo efeito⁹⁸, sendo ambas as irresignações improvidas em termos similares à decisão *a quo*, entre outros argumentos afirmando, em síntese, que: **a)** não se pode impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos sem que haja rubrica própria para atender à determinação; e que **b)** a intervenção do Judiciário, obrigando a criação generalizada de vagas escolares pelo Município, de fato, poderia implicar prejuízo orçamentário imediato, com risco de lesão a outras necessidades públicas.

Atualmente encontram-se suspensos os recursos, aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, através do paradigma nº 761908, antes referido. Todavia, ainda que decidida a questão, por certo não se encerrarão as discussões, vez que a orientação do Supremo já é no sentido da obrigação do Estado à prestação e, ainda assim, multiplicam-se ações individuais, pois entre garantir teoricamente e concretizar o direito há uma distância bastante significativa. (BRASIL, 2012).

Já o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também converge entendimento com os demais, tanto que no AI nº 957370 a decisão monocrática funda-se nas razões do Recurso Especial nº 718.203, que reconhece o direito sob os seguintes argumentos: **a)** decorrer de norma constitucional e, especialmente, do Estatuto da Criança e do Adolescente; **b)** obrigação de realização prática da promessa legal, pena de restarem como promessas “vãs e frias enquanto letras mortas no papel”; **c)** inaceitabilidade da eficácia imediata de direitos previstos em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias ou Leis Ordinárias em detrimento de direitos constitucionalmente consagrados e que são inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação; **d)** ser a educação direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, e não mera diretriz insindicável que dependa de oportunidade de implementação; **e)** ser ela direito subjetivo, e, pois, inafastável a jurisdição; **f)** ser a atuação vinculada e não discricionária, não havendo, com a decisão, interferência na

⁹⁸ Por este motivo pelo qual até hoje não há qualquer avanço na regularização da política pública ou repercussão fática desta Ação Civil Pública, cujos recursos especiais e extraordinários estão sobrestados.

harmonia entre os poderes, pois o Judiciário nada mais faz do que cumprir seu mister constitucional ante o descumprimento da lei; **g**) afrontar a isonomia, pilar da sociedade, atender a algumas crianças e outras não, ferindo de morte a cláusula da dignidade humana e **h**) dever o Estado desincumbir-se da prestação através de sua rede própria e para tal, visando ao cumprimento de seus desígnios, podendo-se valer da propriedade privada, não podendo delegar ao particular seu dever, quer incluindo a criança em uma lista de espera, quer sugerindo inclusão em escola particular, pois tal dependeria de licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse *longa manus* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe às vezes. (BRASIL, 2007, 2005a).

Já o Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha fechado questão, pois, como afirmamos, está sobrestada a decisão em razão do paradigma nº 761.908 (Tema nº 548), sobre o “dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”, discutindo a autoaplicabilidade ou não do inciso IV do artigo 208 da Constituição Federal, acenou sua orientação quando julgou o Recurso Extraordinário nº 410.715, com acórdão datado de 22 de novembro de 2005 (anterior, pois à Emenda Constitucional nº 56, de 2006), e que fundamenta até hoje as decisões judiciais relativas à matéria (BRASIL, 1988, 2005b, 2006, 2012, 2017).

Em linhas gerais, o voto do Ministro Celso de Mello, acolhido por unanimidade, afirma que: **a**) a educação é direito público subjetivo e prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, “*caput*”); **b**) seu adimplemento impõe, ao “Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, 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, “às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV)”, não há espaço para discricionariedades ou mera conveniência e oportunidade; **c**) “o alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil” não podem ser menosprezados pelo Estado; **d**) não poder o STF demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, para não restarem comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa; **e**) embora de forma excepcional, pois Legislativo e Executivo a tem primariamente, o Judiciário exerce a função de implementar políticas públicas quando os demais descumprirem seus encargos e vierem a comprometer a integridade dos direitos constitucionais individuais e/ou coletivos; **f**) não ignorando a reserva do possível, vinculada

às possibilidades orçamentárias do Estado, deve ser comprovada objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira, desde que não se crie obstáculo artificial ou fraudulento, pela manipulação de dados, devendo haver justo motivo objetivamente aferível, impondo-se aos municípios aparelharem-se para atender à demanda e não tergiversar, e, **g)** ser “o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão do Poder Público.

Sintética e esquematicamente, são estes os argumentos que sustentam o entendimento das diversas instâncias julgadoras do direito à educação infantil.

À análise, então.

4.3.2 Análise dos discursos

A presente abordagem objetiva avaliar criticamente o sentido das decisões jurídicas retrorreferidas no contexto do universo teórico abordado e, essencialmente, a convergência ou não com os critérios de democraticidade aqui apontados.

Lembramos, outrossim, que o objetivo deste estudo não é uma apreciação de mérito relativamente ao direito posto em causa, embora este possa evidenciar-se inevitável, mas sim crítica em face dos recursos discursivos utilizados para fundamentar as decisões, de forma a verificar se se revestem de democraticidade, especialmente à luz da concepção dworkiniana do direito como integridade.

É que, como vimos, uma legitimidade argumentativa exige uma adequada fundamentação baseada em uma coerente “reconstrução da história institucional do direito”, “colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito” e “de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política” (ABBOUD, 2014, p. 471). Desta

forma, evidenciar-se-á mais convincente e concretizável a universalidade do direito à educação infantil em creche.

Assim, objetivando contribuir para o aprimoramento destas decisões, é possível, após esta exaustiva exposição de toda a coletânea de principais fundamentos dos discursos jurídicos de diversos graus de jurisdição relativos ao tema, efetuarmos algumas observações, como, inicialmente, a de que todos os convergem, ainda que com argumentos fragmentados, à procedência da demanda para o fim de reconhecer e concretizar o direito individual de vaga em escola de educação infantil.

Opera-se aqui, sem dúvida, o que Lenio Streck chama de *standardização do direito*, onde uma “decisão de tribunal vira referência – plenipotenciária – para a atribuição de sentido ao texto, perdendo-se a especificidade da situação concreta que a gerou” (2014a, p. 416). A pacificidade das decisões a partir do paradigma da Suprema Corte parece evidenciar que não há um espaço para uma construção hermenêutica aqui.

Esta standardização também fica bem clara em face da generalidade das decisões, pois mesmo as dos tribunais superiores, com dezenas de laudas e compêndio de doutrina e jurisprudência, focam muito mais em *argumentos afirmativos*, de autoridade, do que em argumentos explicativos, de justificação. Dito de outra forma, dizendo que a educação infantil em creche é e não porque ela é. Ainda, mesmo nas hipóteses em que se busca explicar o porquê, resumem-se as fundamentações a abordagens genéricas e tangenciais.

Veja-se isto, por exemplo, quando o Ministro Celso de Mello no RE 410.715 (BRASIL, 2005b, p.1.535) faz referência a que: “o alto significado social e irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil [...] não podem ser menosprezados pelo Estado”. Não há, aqui, qualquer menção a qual o fundamento para a conclusão de possuir a educação infantil alto significado social. Não o negamos, mas ele não pode ser presumido em uma decisão.

Da mesma forma, ao afirmar que a amplitude conceitual do direito à educação abrange, “na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas [...]” (BRASIL, 2005b, p. 1548), simplesmente confere a esta etapa da educação o mesmo tratamento constitucional dado à etapa fundamental, ampliando o texto constitucional sem nenhuma fundamentação sobre porque o faz, vez que as dezenove laudas do voto se referem,

eminentemente, ao direito às previsões constitucionais afetas ao direito à educação e à sua etapa fundamental (da qual, como vimos, não faz parte o direito à educação em creche).

Neste sentido, é possível perceber uma evidente igualdade de tratamento entre as etapas iniciais da educação básica (creche e pré-escola). Todavia, como vimos, há relevância na diferenciação, especialmente por não ser a educação infantil em creche obrigatória, não lhe sendo atribuída, expressamente, a característica de direito subjetivo, como o é ao ensino fundamental, e estar prevista como uma política pública cuja universalidade é disciplinada legalmente como de implementação escalonada. Não obstante, nenhuma referência a estes argumentos é abordada nas decisões sobre a matéria.

Veja-se isto, também, na análise quanto à *subjetividade* do direito à educação em creche. Todos os julgadores reconhecem sua justiciabilidade, ainda que implicitamente pela admissibilidade do feito, na esteira do explícito reconhecimento dos tribunais superiores, que abordam a matéria com argumentos de autoridade, sem uma fundamentação integral do motivo pelo qual entendem ser um direito subjetivo público.

O acórdão do STF, por exemplo, que dedica várias laudas ao assunto, argumenta que os postulados constitucionais informam o direito público subjetivo à educação e impõem o dever jurídico de viabilizar o acesso efetivo ao atendimento em creche e pré-escolas, pois se trata de um direito fundamental de segunda geração, que impõe uma obrigação de fazer ao Estado e exprime uma exigência de solidariedade, vinculando-se à dignidade humana e possuindo alto significado social. Segundo o ministro, o direito à educação só se cumpre se dotado de eficácia e acionabilidade, caracterizando-se como uma inconstitucionalidade por omissão a não realização da meta constitucional de igual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola (BRASIL, 2005b, p. 1.533-1.536).

Todavia, como afirma Elival Ramos,

É certo que todos os direitos veiculados por normas programáticas não deixam de serem direitos públicos subjetivos *in fieri*, porém, sistematicamente, o enunciado do §1º do art. 208, ao destacar essa qualidade do direito específico ao ensino fundamental, somente pode ser interpretado no sentido de lhe conferir exigibilidade imediata, aparelhada pela correlata proteção jurisdicional. (RAMOS, 2015, p. 272).

E, ainda que se sustente que a normatividade estaria na legislação infraconstitucional, como o ECA e a LDB, o fato é que estas acabam por reproduzir os

dispositivos constitucionais e não ampliar a interpretação acerca da exigibilidade imediata do direito, pois, como segue afirmando Ramos:

Nem se diga, de outra parte, que, no caso do direito fundamental *sub examine*, havia normatização legislativa suficiente para torná-lo prontamente judicializável. Na verdade, o art. 54 da Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA), se limitou a reproduzir, *ipsis litteris*, o disposto no art. 208 da Constituição Federal, não tendo, pois, autonomia regulatória em relação a este, que permita afirmar tratar-se de concretização do preceito do artigo 208, IV, da Carta Magna, dotando-o de plenitude eficaz. (RAMOS, 2015, p. 272).

Assim, fica claro que a subjetividade do direito à educação em creches ou sua acionabilidade acaba sem uma adequada construção jurídica no contexto da norma constitucional, tanto no que diz com os fundamentos das decisões, quanto da abordagem na doutrina pátria, como já analisamos, pois se concentram em generalidades e não na especificidade das questões abordadas relativas à educação em creche.

Em verdade, uma coerente interpretação não converge ao entendimento da subjetividade universal e incondicionada. É que, mesmo sendo judicializável, necessário um argumento especial, fundado na dignidade e devidamente evidenciado, para que possa ela ser contemplada. Neste passo, decisões estandardizadas não são adequadas à contemplação deste direito fundamental.

Outra observação, em complementação, diz com a *universalidade* do direito. Muitas vezes, esta ideia é construída a partir de uma concepção de proteção aos hipervulneráveis, para que não se construam critérios tão amplos que vedem seu acesso, como se vê no acórdão relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade analisada (RIO GRANDE DO SUL, 2015c), ou no voto do Ministro Celso de Mello, com a referência a que o objetivo do legislador constituinte, em termos de educação infantil, seria “fazer cessar em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola”, ou que as imposições constitucionais foram estabelecidas em favor das pessoas carentes. (BRASIL, 2005b, p. 1.537 e 1.548).

Não obstante, não é aceita sequer a possibilidade de critérios que favoreçam o acesso prioritário dos mais carentes, como se viu na ADIN gaúcha retrorreferida, ainda que os requisitos mencionados na norma municipal, por seu conteúdo, atentassem contra a isonomia, ao destinar vagas apenas a alguns segmentos da população (beneficiários de bolsa família e famílias com renda *per capita* inferior a um salário mínimo). O teor do acórdão, todavia, deixa clara a impossibilidade de fixação de critérios para concessão.

No mesmo sentido é o conteúdo da decisão de primeiro grau que, ao mesmo tempo em que permite a existência de critérios, afirma que o acesso à educação é universal e irrestrito, de forma que os critérios seriam, em princípio, meramente administrativos quanto à escola pretendida, por exemplo, não servindo como forma de atender prioritariamente aos mais necessitados.

Aliás, neste aspecto da vulnerabilidade, é mais provável que o acesso à educação infantil pela via judicial seja mais fácil àqueles com melhor poder aquisitivo, do que aos verdadeiramente carentes, que não dispõem de tempo e condições de esperarem atendimento por advogados públicos. É que, embora inexistam investigações que conheçamos sobre qual o poder aquisitivo do público que se beneficia com a judicialização para acesso a creche, Daniel W. Liang Wang e Octavio Luiz Motta Ferraz afirmam que, em relação à saúde, estudos apontam que “há uma forte evidência empírica indicando que, [...] litigantes que reivindicam judicialmente tratamentos de saúde tendem a vir de origens privilegiadas”, pois possuem maior acesso à informação, à assistência jurídica e ao sistema judiciário. (2013, p. 167).

Esta percepção vem confirmada pela assertiva, no Inquérito Civil nº 01411.00057/2013 (MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2013, p. 554), onde, em audiência realizada, sustentou-se que nas ações individuais judiciais para obtenção de vaga em creche privilegiam-se famílias que não necessitam, pois muitas escolas municipais possuem qualidade melhor que as privadas. Ainda que não existam pesquisas específicas, as informações colhidas junto à Secretaria Municipal de Educação de Canoas (ANEXO E) dão conta de que é grande o número de crianças provenientes de famílias com excelentes condições financeiras que acessa a educação infantil pública, em face de esta ser, inclusive, melhor do que a educação particular disponível no Município, em razão do exemplar atendimento pedagógico e fiscalização destas escolas.

Neste contexto, o voto na ADIN retrorreferida, evidencia a inclusão de argumentos morais, vinculados às preconcepções do julgador, sem cunho científico e, especialmente, não dialógico, posto que sequer oportunizado seu contraponto para que fosse inserido como fundamento retórico na decisão do feito.

Por outro prisma, também a sustentação da *indispensabilidade* da educação em creche para o “pleno desenvolvimento da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, visando o seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o

trabalho,” contida na sentença do processo analisado em primeiro grau de jurisdição, carece de argumentos (RIO GRANDE DO SUL, 2015a, p. 63, verso). Ainda que tal seja a redação do art. 22 da LDB em referência à educação básica, não há como se aplicar esta característica, incondicionalmente, ao atendimento em creche, pois este dispositivo legal conflita com a previsão constitucional de facultatividade da educação nesta etapa escolar.

Educação em creche não é indispensável como atividade educativa por este prisma, ou seria direito subjetivo da criança nascer e ser encaminhada para passar o dia na creche, já que a constituição não aponta idade mínima. Fica claro que é preciso construir uma resposta aqui, com aporte multidisciplinar para tal conclusão (psicológico, sociológico, etc.), e não simplesmente fazer uma afirmativa.

Da mesma forma, no que tange ao argumento da *prioridade da educação*. Ainda, que compartilhem o entendimento da especial importância do direito à educação no sistema de valores do nosso ordenamento constitucional, não é a afirmativa esclarecida de forma que evidencie o que isto significa no contexto da decisão.

É certo que a educação se apresenta como o primeiro direito social elencado no rol do artigo 6º e, como nada é aleatório em um texto constitucional, cremos não ser mero acaso esta ordem, denotando lexicamente a prioridade da educação. No mesmo sentido Sarlet, ao afirmar que a maior fatia do orçamento destinada à educação (no mínimo 25% em relação ao Município), demonstra, também, sua prioridade (2015, p. 351).

Todavia, em regra, sempre que as decisões se referem a esta prerrogativa deste direito social, a vinculam ao art. 211, §2º, da CF, como se nada mais existisse de obrigação ao Município antes de contemplar a integralidade do acesso à educação. Podemos ver esta ideia implícita no acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, onde se diz, após tratar da limitada discricionariedade governamental na concretização de políticas públicas:

[...] os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais [...]. (BRASIL, 2005b, p. 1.544).

Como não há no relatório ou no corpo do acórdão qualquer menção a que o Município estivesse preferindo atender outra demanda de ensino que não a fundamental e a infantil, a inserção deste argumento traz a ideia de que a prioridade de que fala a Constituição

se dá em face de todas as obrigações municipais, o que não se confirma com qualquer interpretação que se faça do artigo, ainda mais se feita uma interpretação sistêmica do ordenamento.

É que esta prioridade a que se refere o artigo 211, §2º, da CF, se dá em relação a outras etapas da educação e não em relação a outros direitos sociais ou mesmo outras obrigações de cunho diverso que detenha a municipalidade. (BRASIL, 1988). A prioridade da educação, neste sentido, exige outros argumentos para além deste dispositivo constitucional, pois não se imagina, por exemplo, o ente público deixando de atender saúde ou de pagar a folha de pagamento dos servidores porque atender a universalidade do direito à educação infantil é prioridade. Neste sentido, é necessário fazer uma leitura sistêmica e não pontual e individualizada do significado de prioridade, que, todavia, não vem bem esclarecida nas decisões judiciais.

Por outro prisma, é bem possível argumentar que a universalização da educação em creche, que é facultativa, sem contrapartida orçamentária, culminará com o sucateamento da educação constitucionalmente fundamental e obrigatória, pois não há mágica orçamentária aqui e o cobertor é, sem dúvida, curto.

Assim, imaginar-se uma ampliação maciça de vagas em educação infantil importaria ou em desatendimento de outro dever da municipalidade ou, o que é pior, em sucateamento da educação fundamental em favor da maior disponibilização de acesso à educação infantil, fatores que precisam ser enfrentados responsabilmente pelas decisões que impõe a ampliação da política pública, ainda que individualmente, pois a multiplicidade de pretensões individuais coletivizam o espectro da ação judicial.

Outrossim, no que tange aos argumentos relativos ao *mínimo existencial* e à *vedação de retrocesso social*, o que se vislumbra nas decisões é a pouca ou nenhuma aplicação, cujos valores teóricos e importâncias constitucionais passam ao largo da discussão da educação infantil, não obstante a relevância do tema quando abordamos a questão, no capítulo anterior, sobre compor ou não a educação infantil em creche o núcleo do direito social à educação e, assim, fazer parte ou não do mínimo existencial em direitos sociais.

Neste particular, importa ressaltar os argumentos de Sarlet, para quem o mínimo existencial deve ser visto de acordo com as circunstâncias pessoais (2015, p. 368-369) e de Pimenta, que afirma ser seu limite aquele em que o direito deixa de ser o direito (2016, p.

212). É que a educação não deixa de ser educação sem o ensino em creche, pois ela não é obrigatória. Até pode, no caso concreto e em circunstâncias especiais, constituir o mínimo essencial, em face da inexistência de condições (de qualquer natureza) dos responsáveis em conceder a educação necessária nesta faixa etária, por exemplo, comprometendo a dignidade da criança, mas não que o seja aprioristicamente, hoje, no contexto evolutivo de nossa sociedade, que, como dispõe o programa constitucional e a legislação federal (PNE) analisados, está neste caminho, mas ainda não o alcançou. Tal, ao que parece, converge com a afirmação de Sarlet no sentido de que a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais está sempre em evolução (2015, p. 332).

O papel da jurisdição, aqui, seria, primordialmente, definir a constitucionalidade deste processo evolutivo, de forma a não deixar estagnada a promessa constitucional, e, individualmente, tratar das questões atinentes à dignidade de cada criança em um contexto de subjetividade coletiva (ou homogênea).

Continuando, vemos que apenas com relação à tese da reserva do possível há alguma referência nas decisões. Ainda assim, se não é alegada, é ignorada, não obstante seja em face dela que, em princípio, não se atenda à demanda de forma universal, ou seja, é a não alocação de recursos suficientes, além do mínimo constitucional, um dos principais fatores a impedir o atendimento integral da demanda; todavia, isto não é, de nenhuma forma, objeto de análise nas demandas individuais que se multiplicam a ponto de, conjuntamente, evidenciarem a metaindividualidade das pretensões individuais.

Mesmo quando enfrentado, o argumento da reserva do possível é afastado com generalizações, como no voto do Ministro Celso de Mello, que conduz a uma presunção de ilegitimidade quase inafastável, praticamente presumindo fraudulentas eventuais justificativas e documentações juntadas pelo ente municipal. Afirmou-se no voto paradigmático, conferir-se “significativo relevo” ao argumento, bem como reconhecer-se a “gradualidade” do processo de concretização do direito social “subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”, mas que tal impossibilidade exige a comprovação objetiva, e, repisando o argumento da ADPF nº 45, antes analisada, salientando a possibilidade de criação de obstáculo artificial, com indevida manipulação da atividade financeira, afirmando, ainda, que “[...] o Estado não pode se furtar de tal dever sob a alegação de inviabilidade econômica [...]”. (BRASIL 2004).

Desta forma, revela-se praticamente impossível deduzir do acórdão quando, concretamente, seria aceita como limite a reserva do possível. Atingir-se ou ultrapassar o percentual constitucional ou legal previsto para a educação seria suficiente para sustentar o argumento? E, não sendo, qual seria um limite razoável considerando-se as demais obrigações municipais também afetas a direitos fundamentais antes citadas?

Aqui, na dicotomia do entre o fático e o jurídico (inexistência absoluta de caixa e inexistência relativa, em face do limite orçamentário), em verdade o que se releva é apenas a dimensão fática, ante o desvirtuamento da tese pela “doutrina e jurisprudência brasileiras, nas quais passou a ser sinônimo de existência de recursos financeiros disponíveis nos cofres fazendários.” (SANTOS, 2016, p. 167).

Em verdade, não há um enfrentamento concreto do argumento, que, como a maioria dos antes vistos, são tangenciados em justificativas abstratas como, aqui, “a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível”. Aliás, a questão sequer é citada na sentença de primeiro grau (RIO GRANDE DO SUL, 2015a, p. 62-65), também não havendo no feito nenhuma análise orçamentária mínima da situação do atendimento à educação (e o atendimento ou não do mínimo constitucional), que legitimasse o argumento de que é plenamente possível o atendimento universal da demanda ou de que forma isto é possível. A universalização é, pois, determinada com bases eminentemente teóricas, não concretas, e genéricas, com fundamentações como: “vê-se, portanto, que incumbe efetivamente ao Estado (lato sensu) garantir o acesso universal à educação, independentemente de quaisquer condições.” (RIO GRANDE DO SUL, 2015a, p. 63, verso).

Ainda que se trate de uma decisão que não analisa a prova dos autos, apenas a constitucionalidade ou não da tese analisada, conceitos genéricos, imprecisos e extremamente abertos não conferem coerência ao direito, pois, como afirma Streck (2014a, p. 617), o direito a uma resposta constitucionalmente adequada exige uma detalhada fundamentação.

Toda esta retórica evidencia apenas a constatação de que os argumentos utilizados não foram, como afirma Dworkin, responsabilmente formulados. Podem até ser legítimos, mas não convencem desta legitimidade, pois se situam mais na concepção pessoal dos julgadores – ainda que possa ser acertada – do que em uma análise íntegra, coerente e responsável do direito pátrio, visto em sua universalidade, evidenciada através de uma fundamentação completa.

Assim, como derradeira argumentação, imprescindível analisar as decisões no que tange ao fenômeno do *ativismo judicial*. Inicialmente, cumpre destacar o que fundamentamos, com base em Tassinari sobre o *ativismo* como uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais, ou pelo exercício com supremacia de competências não lhe reconhecidas constitucionalmente, diversamente da *judicialização da política* que se apresenta como um fenômeno contingencial de atuação do Judiciário ante a insuficiência dos demais poderes e no limite da Constituição. (TASSINARI, 2013, p. 27-37).

Pois bem, o próprio acórdão do Pretório Excelso evidencia que, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada, não se pode demitir da obrigação de tornar efetivos os direitos sociais, ainda que reconheça ser sua competência excepcional, caso contrário restaria comprometida a integridade e eficácia dos direitos individuais e coletivos garantidos pela Constituição, por efeito de sua violação negativa ante a inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, caracterizando uma inconstitucionalidade por omissão. (BRASIL, 2005b, p. 1.537-1539).

Tal fundamentação, *a priori*, poderia sugerir que este é um caso de judicialização da política e não de ativismo. Todavia, todas as abordagens supra dão conta do quanto a interpretação judicial excede os limites constitucionais e, mais: ao excedê-los, não fundamenta adequadamente razões que, convergindo com a integridade do direito, justificariam isto, pois silencia em relação a questões controversas, abordando-as de forma genérica, como vimos em relação à globalidade, universalidade, prioridade, etc.

A decisão, aqui, enquadra-se especificamente nas dimensões ativistas que Campos descreveu como: *interpretativa*, pela ampliação das normas e princípios constitucionais, com afirmação de direitos e poderes implícitos ou não claramente previstos nas constituições; *controladora de políticas públicas e sociais*, ultrapassando a mera anulação de leis para definir políticas públicas no lugar do Executivo e Legislativo; e *de soberania judicial*, com a Corte como titular da palavra final ou única palavra sobre o que significa a Constituição. (CAMPOS, 2014, p. 349).

Mas, para além disto, a postura ativista evidenciada pelas decisões se caracteriza, segundo Elival Silva Ramos, pela atribuição de eficácia plena à norma do artigo 208, IV, da Constituição, que, constitucionalmente possui eficácia limitada e natureza programática, em

que pese não seja dado ao Poder Judiciário discricionariedade para definir o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. (2015, p. 269-272).

Para Ramos, a única modalidade de direito à educação que possui *status* diferenciado é o ensino fundamental, pois declarado como direito público subjetivo, cujo sentido, aqui, é de exigibilidade imediata, ao contrário dos demais que são direitos fundamentais derivados, ou seja, direitos a uma igual participação nas prestações estatais concretizadas por lei, segundo a medida e capacidades existentes. O autor, como visto, traz à discussão aquilo que é omitido na fundamentação das decisões judiciais: a questão de o direito à educação infantil não ser amparável, de plano, através de ações judiciais, pois dependente “de providências integrativas que extrapolam os limites da função jurisdicional.” (RAMOS, 2015, p. 271-272).

Todavia, como afirma Streck, o Brasil é um país de modernidade tardia e a Constituição dirigente um “contraponto a essa tempestade globalizante/neoliberal”, possuindo sua dimensão política uma força sugestiva relevante, de forma que o Poder Judiciário “não pode assumir uma postura passiva”, devendo inovadoramente inserir-se nas relações dos poderes, especialmente porque a Constituição é substantiva, estabelecendo direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu*, que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. (2013, p. 138-149).

Neste contexto, se é possível caracterizarmos a decisão como ativista, também se pode debater a legitimidade de decisões ativistas, como o faz Campos (2014, p. 358), ao afirmar que a única expressão genuinamente ilegítima do ativismo judicial é a antidialógica.

Ainda assim, vislumbramos, aqui, uma forma ilegítima de jurisdição ativista, pois não há, como se viu da análise das decisões, espaço para qualquer diálogo no contexto desta forma de concretização de direitos sociais subjetivos. É que o Judiciário, sendo chamado a agir, na omissão dos demais poderes, ainda que oportunize defesa ao Município no processo de conhecimento, não possui um específico regramento para processar estas demandas, acabando por adaptar procedimentos próprios de processos individuais privados, e não efetuando qualquer abordagem que evidencie a metaindividualidade do direito.

Como afirmado no acórdão do Superior Tribuna de Justiça (BRASIL, 2005), a forma teoricamente adequada de execução seria com a matrícula do aluno através da rede própria municipal, pois a inclusão em escola particular “dependeria de licitação ou delegação

legalizada, acaso a entidade fosse *longa manus* do Estado ou anuísse, voluntariamente, fazer-lhe às vezes”. Não obstante, na execução da obrigação de fazer, quer provisória quer definitiva, quando o Município não disponibiliza a vaga, é determinado o bloqueio na conta bancária municipal, por meio do BacenJud, no valor equivalente a três meses de custeio da escola de menor orçamento informada pelo autor como sendo a mais próxima de sua residência, com a expedição de alvará em favor do representante legal da criança, mediante prestação de contas, evidenciando, assim, mais uma manifestação do ativismo judicial (CANOAS, 2016). Da mesma forma, são bloqueados na conta do Município os honorários advocatícios do patrono da parte. (RIO GRANDE DO SUL, 2014b, p. 100-106).

Aliás, no que tange ao bloqueio de valores referentes a honorários, o que se vê é que este montante importa em substancial prejuízo aos cofres públicos e poderia ser destinado à construção de escolas de educação infantil, solvendo paulatinamente a demanda, como se postulou na Ação Civil Pública em que este pedido foi julgado improcedente sob o argumento de invasão indevida na esfera administrativa. Todavia, invade-se incondicionalmente esta esfera com o saque de valores das contas públicas para custeio das milhares de demandas individuais, tornando ilógico o sistema judicial.

Por outro prisma, não há *ex officio* nenhuma diligência para aferição da veracidade das informações da parte, não há diligências nas escolas para saber-se se há efetiva frequência e nem um controle administrativo do número de vagas concedidas a cada escola, ou outro procedimento administrativo paralelo de verificação de dados (ANEXO A; RIO GRANDE DO SUL, 2014b, 2016b), pois não há uma regulamentação processual específica para a execução destes direitos prestacionais por parte do Judiciário que acabam por caracterizar uma espécie de programa de “bolsa-escola judicial”, onde simplesmente são entregues valores para que a parte pague a escola indicada mediante recibos.

Alguma proteção do interesse público, aqui, se dá pela atuação do Ministério Público, que, também, não possui padrão de procedimento, sendo as diligências efetivadas segundo a visão de cada membro ministerial. Nestes casos, foi possível observar, na atuação como *custos iuris*, preocupação ministerial no sentido de que as escolas informadas sejam credenciadas junto ao Conselho Municipal de Educação, e que os orçamentos entregues venham em via original e contenham CNPJ, como vimos. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Deste contexto, extraímos duas outras conclusões, que se inter-relacionam: a ausência de influência da dimensão metaindividual nos processos individuais e a limitação da defesa aos argumentos de interesse público secundário, expressos pela administração, ignorando-se o interesse público primário e as fundamentações a ele referentes não espostas expressamente pelo ente público, mas facilmente presumíveis pela natureza da demanda.

Explicamos.

Nenhuma das decisões analisadas expressa nos processos individuais qualquer espécie de preocupação com a dimensão coletiva do direito posto em causa, embora, como afirma Fernando Facury Scaff, relativamente à implementação direta dos direitos sociais, diversamente da saúde que pode ser considerado individualmente, ser o direito à educação sempre coletivo. (2013, p. 149).

Da mesma forma, também não denotam as decisões a relevância de interesses públicos primários que imponham a legitimação de argumentos de ordem pública e procedimentos específicos, para além do que alegado pela administração, que, em regra vem a juízo em razão de interesse público secundário. E leia-se aqui, especialmente, o reconhecimento da existência fática das filas de espera a ensejar uma abordagem do direito à igualdade de tratamento e o argumento da reserva do possível, entre outros.

É que mesmo sendo pública e notória a metaindividualidade conflituosa e não convergente em nenhum momento do processo em primeiro grau, a questão da existência de um direito socialmente homogêneo não teve qualquer reflexo nestes feitos, cujas análises leva inexoravelmente à conclusão de que o exercício jurisdicional ainda se vincula aos princípios liberais individualistas preconizados.

A incongruência é que o liberalismo não aceita a justiciabilidade dos direitos fundamentais, e, ainda que se tenha evoluído para reconhecer o direito social subjetivo, mantivemo-nos com métodos e técnicas, como diz Mello (2005, p. 130-133), vinculadas a um esquema argumentativo subsuntivo, com interpretação literal e sistemática dos textos legais, e uma avaliação política apenas individual em relação à consequência da negação, sem uma análise sistêmica da medida judicial, como sustentamos.

Neste sentido, decorrente desta dimensão metaindividual do direito posto em causa, é clara a existência de argumentos de ordem pública para além do que possa a

administração alegar. Todavia, nestas causas, ainda com uma visão individualista do direito, a coletividade é somente protegida pelo argumento da administração ré e, em alguma medida, pela ação hercúlea do Ministério Público, que, no seu mister constitucional, busca legitimar um procedimento que não possui qualquer instrumento de proteção aos interesses públicos ou aos demais interesses individuais fundamentais concorrentes no plano social.

A posição do *parquet* é complexa, pois, se de um lado está uma família esperando que o Ministério Público legitime seu pleito, de outro se evidencia uma anônima multiplicidade de crianças desassistidas e sem representação processual própria que serão prejudicadas pela decisão individual, pois esta culminará por privilegiar aquele que buscou o amparo judicial em detrimento àqueles que, por uma infinidade de motivos, não tiveram o mesmo acesso.

Desta forma, a ação individual não expressa um direito subjetivo, mas um poder subjetivo individual de obter uma prestação do Estado, como concebe Barzotto (2005, p. 74-76). Daí, também, aquela referência a uma metaindividualidade conflituosa, onde cada detentor de direito individual é adversário do outro na concorrência por recursos escassos, já que, aqui, a utopia da universalização não é seriamente enfrentada, tal como observamos nas reflexões de Atria (2005, p. 41-42) quando afirma ser a concepção de exigibilidade de um direito individual incompatível com a natureza do direito social, que não convive com a ideia de concorrência em um mercado onde cada um é uma ameaça contra a qual o outro deve defender-se.

Em contrapartida, os instrumentos coletivos que serviriam para disciplinar minimamente a política pública, como a Ação Civil Pública, são fragilizados com provimentos genéricos, inexecutáveis, e que em nada contribuem para a construção de uma política pública eficiente. Não bastasse, ainda ficam represados, sem prazo para julgamento, por anos a fio, como ocorre no STF com a educação infantil (Tema 548), sem que exista judicialmente nenhum procedimento de acompanhamento desta política pública para subsidiar a legitimidade dos argumentos sustentados nos feitos individuais ou mesmo que servisse como instrumento para uma política judicial dialógica para construção de soluções.

Ficou muito presente nestes dados obtidos que não há uma convergência institucional para a solução do problema: Judiciário atua tanto nos feitos individuais quanto nos coletivos com uma visão individualista de solução de demandas, contendo-se quanto à

intervenção eficiente na política pública de forma coletiva, mas fazendo esta intervenção de forma transversa nos feitos individuais. A questão é que são tantas demandas individuais que o que seria individual assume uma dimensão coletiva e as justificativas para não intervir na discricionariedade administrativa da política pública acabam, na prática, cedendo à conclusão de que há, sim, mais do que uma intervenção na política pública, uma criação de política pública, com a prática de bloqueios judiciais, só que desordenada, menos eficiente e menos democrática.

Por outro prisma, também o Ministério Público, que ainda se verifica tentar alçar soluções, tanto através de expediente coletivo junto à Promotoria Regional de Educação de Porto Alegre, quanto através de medidas pontuais de fiscalização da execução das decisões, ainda assim não atua em concerto quiçá entre si, vez que cada promotoria limita-se, em regra, à sua área de atuação, com algumas intersecções pontuais, quiçá em conjunto com os demais atores sociais envolvidos (Judiciário, Legislativo e Executivo).

Há uma atuação individualizada das autoridades no que tange à gestão da política pública. Cada qual justifica sua atuação no limite de suas competências e atribuições, mas não há um diálogo construtivo eficiente. No caso de Canoas, a Promotoria local atua na demanda individual, mas não acompanha o expediente coletivo da Promotoria Regional do qual, por sua vez, não participa o Judiciário. O Município, que não se convence da legitimidade dos argumentos judiciais, recebe determinações do Judiciário, mas se limita a cumprir, privilegiando os demandantes em detrimento aos demais cidadãos que aguardam vaga. Se o Município cumprisse a determinação da mesma forma que o Judiciário (entregando a verba ao particular), seria, certamente, apontado pelo Tribunal de Contas do Estado, pois a prática seria ilegal. A execução individual do Judiciário, todavia, não se vincula a apontamentos daquele tribunal e não possui limitações, quiçá legais. Em suma: não há, em um contexto desta natureza, a mínima probabilidade de conciliação de discursos e práticas que levem a uma perspectiva de regularização da política pública.

A compreensão dos direitos humanos pelo prisma social exige que a hermenêutica jurídica evolua e encontre caminhos para garantir o direito subjetivo de um, sem prejudicar o direito subjetivo dos demais, em sua metaindividualidade. Necessário que os protagonistas do sistema jurisdicional, administrativo e legislativo encontrem um caminho viável e equilibrado, pois, se é evidentemente inadequada a forma atual de concretização de direitos sociais, a questão é: é possível construir decisões e procedimentos mais eficientes e democráticos? Esta

é a indagação que se busca esclarecer neste último tópico do estudo: a construção de decisões democráticas.

4.4 O ESPAÇO DE INTERVENÇÃO JUDICIAL: A DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA E O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

Ao chegarmos ao objetivo deste estudo, que é traçar diretrizes de uma decisão jurídica democrática na concretização do direito social à educação infantil, é possível que o leitor já tenha, ao longo do caminho, construído, por si, a ideia que apresentaremos.

É que os fundamentos já estão postos, fática e juridicamente. As críticas foram destacadas e os aportes teóricos de solução dos principais conflitos foram apontados. Apenas um argumento ainda não foi devidamente explorado, não obstante tenha sido apresentado quando tratamos do ativismo judicial. Deixamos para aprofundá-lo neste momento final, fins de melhor compor esta exposição. Não o anteciparemos, mas, da mesma forma, ele estará sempre presente ao longo deste tópico, denotando ser indissociável da resposta correta que propomos.

Mas, retomemos, sinteticamente, os principais apontamentos, em uma contextualização fática ordenada temporalmente, vez que a estrutura do estudo seguiu uma lógica teórica. Partimos de uma conflitiva real: a intensa judicialização, no Município de Canoas, de demandas que buscam o reconhecimento e a concretização do direito subjetivo à educação infantil, com especial destaque à educação em creche, que é a etapa maciçamente deficitária (em oposição ao atual integral atendimento da demanda de pré-escola, por incluir o ensino fundamental).

Quanto a isto, verificamos que a decisão judicial não serve como guia à ação quer do legislador, quer do administrador, que não adaptam a política pública ao uníssono entendimento judicial. Ainda, vimos que a judicialização compromete a eficiência da Justiça da Infância e Juventude, consumindo suas forças de trabalho, e, ainda assim, não representa concretamente uma democraticidade pelo prisma da igualdade que, justamente, é o fundamento desta jurisdição constitucional, pois, ao argumento de igualar os demandantes àqueles beneficiados pela política pública, privilegia-se-os em relação às demais crianças que aguardam a satisfação administrativa do direito.

Na prática, então, o que se pode verificar é que a jurisdição constitucional, no que tange à política pública de acesso à educação infantil, acaba ou privilegiando os demandantes em detrimento a outras crianças que aguardam chamamento, ou executa uma política pública que chamamos de “bolsa-escola judicial”, pois retira dos cofres públicos aportes financeiros e entrega-os aos demandantes para pagamento de escolas particulares, mediante mera apresentação de recibos. Todavia, executa estas decisões sem os controles administrativos próprios do executivo e, assim, ainda fomenta a possibilidade de patologias corruptivas.

Observamos, também, que o conteúdo destas decisões excede o limite constitucional, sendo elas, pois, tipicamente ativistas, ainda que não haja um conceito uníssono do que seja ativismo judicial ou uma exata zona de separação entre ele e a judicialização da política. Todavia, mesmo que consideremos o ativismo uma forma de prestação jurisdicional ilegítima, o fato é que, em um país como o Brasil, que ainda não implementou direitos fundamentais básicos, culmina por ser tolerado e até desejado por muitos, evidenciando-se, de alguma forma, necessário à concretização de direitos sociais, ainda que não contribua para o caráter democrático da comunidade, quer pelo prisma da invasão da esfera de atribuição de outros poderes, quais sejam, Legislativo e Executivo, quer pelo conteúdo e procedimento da decisão, cuja fundamentação não expressa a integridade e coerência do direito.

Neste contexto, a proposta é buscar a compatibilização entre a jurisdição constitucional e a representatividade democrática do Legislativo e do Executivo como forma de construção de caminhos à satisfação mais igualitária do direito.

Não se trata de buscarmos mecanismos como os utilizados pelo Canadá, Nova Zelândia e Israel, que neutralizaram a ação do Judiciário em alguns temas, criando, segundo Ran Hirschl, mecanismos inovadores para compensar a onda constitucionalista, conforme aponta Streck, tendo o Canadá trazido a cláusula “não obstante”, pela qual há a preponderância da interpretação do legislativo em alguns casos, mesmo contrário ao texto constitucional; Israel previsto a possibilidade de o parlamento criar, por maioria absoluta, lei contrária ao conteúdo de uma *Basic Law*, e a Nova Zelândia excluído a possibilidade da *judicial review*. (STRECK, 2014a, p. 178).

Neste estudo, porém, buscamos uma forma de concretização às políticas públicas que atenuem a tensão entre os poderes, formatando-se um modelo equilibrado, promotor de

democraticidade à sociedade através do respeito à integridade do direito, sem descuidar do fomento à realização das promessas constitucionais, sempre tendo em conta a total abrangência do princípio da igualdade, pois, como afirmou Streck, com Dworkin, a igualdade é a “virtude soberana da república.” (2014a, p. 591).

Pois bem, iniciaremos aqui apoiando-nos na Teoria da Decisão Judicial formatada por Lenio Streck, inspirado na Teoria da Integridade de Dworkin e na hermenêutica filosófica de Gadamer (FERNANDES, 2016, p. 368). Busca ele a possibilidade de respostas corretas, tendo como essência proteger o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Neste sentido, afirma Streck ser a Constituição “o elo conteudístico que liga a política e o direito, donde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia.” (2014a, p. 600).

Formatada no contexto de uma Crítica Hermenêutica que, segundo o professor, está “inexoravelmente condenada à abertura e ao diálogo”, pois, como destacou, lembrando Gadamer, “é uma ilusão pretender ter a última palavra” (2013, p. 948), a Teoria de Streck fundamenta-se em cinco princípios mínimos, necessariamente presentes em toda a decisão concretizadora da Constituição, como forma de alcançar a melhor e mais adequada resposta à questão em causa (2014a, p. 598-620), e que seriam: a preservação da autonomia do direito, o controle hermenêutico da interpretação constitucional, o efetivo respeito à integridade e coerência do direito, o dever fundamental de justificação das decisões, e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, já analisados no item 3.1.3.

O professor afirma serem seus princípios realizáveis pela resposta a uma série de indagações, utilizando a lógica gadameriana de perguntas e respostas, posto que, para o autor alemão, a conversão de uma prática social em objeto de interpretação, por exemplo, significa colocar uma pergunta ao intérprete, pois “compreender algo é compreender essa pergunta” (MOTTA, 2017, p.213). Assim, através de resposta às indagações de Streck buscaremos encontrar caminhos de maior democraticidade à decisão sobre o direito prestacional social à educação infantil.

Vejamos.

Como primeira indagação, Streck busca a compreensão sobre estar ou não sendo respeitada a autonomia do direito, questionando se a decisão está comprometida com

argumentos morais, políticos ou econômicos (2014a, p. 619), ou seja, se ela é ou não, de alguma forma, ativista ou decisionista, com o uso da moral, da política ou da análise econômica como corretivas do direito, cuja autonomia buscamos preservar.

Vimos, aqui, que as decisões de concretização do direito à educação infantil são ativistas, ainda que reconheçamos o fato de as fronteiras entre o ativismo e a judicialização da política serem tênues, fixando-se no campo da interpretação sobre o conteúdo do texto constitucional. Nas decisões analisadas pudemos constatar uma fundamentação para além dos limites constitucionais, como vimos em Tassinari (2013, p. 27-37), caracterizando uma interpretação criativa e expansiva, intervindo, para a garantia de direitos fundamentais e democracia inclusiva, nas escolhas políticas do Executivo e Legislativo, ante a omissão ou déficit funcional destes. (CAMPOS, 2014, p.354).

Como para esta interpretação criativa impregnaram-se argumentos morais, de natureza afirmativa, sem uma adequada fundamentação na tradição, coerência e integridade do direito e em suas condições histórico-concretas, as decisões não atendem a este primeiro princípio, sendo, pois, ativistas. (STRECK, 2014a, p.616).

O maior desafio do jurista, nesta seara, está, então, em estabelecer quais os limites da criatividade judicial em matéria de direitos sociais. Pedro Rui da Fontoura Porto ressalta que o texto legal não existe por si, mas manifesta-se pelo discurso do intérprete aplicador que se expressa em uma espiral hermenêutica (gadameriana) em que a compreensão é o resultado de um movimento circular e evolutivo. Mas, segundo o jurista, interpretar a lei criativamente não se traduz em arbítrio, estando vinculado a restrições que dizem com o grau, limite, modo e legitimidade de sua criatividade, embora não detalhe em que consistem, na prática, tais limitações. (PORTO, 2006, p. 223-224).

Por outro prisma, não se ignora o argumento da necessidade de concreção dos direitos fundamentais sociais, constitucionalmente reconhecidos, pois não podem as promessas constitucionais ficar *ad perpetuam* à espera de implementação, à mercê da discricionariedade do legislador e do administrador, no caso, municipal. Como afirma Vinícius Lima, a autonomia municipal não é um ‘cheque em branco’ para omissões lesivas aos direitos fundamentais. (2016, p.217).

Se desde Montesquieu já se pregava que poder conferido ao homem sem controle é passível de abuso, também há que se definirem, então, instrumentos que, viabilizando um

sistema de garantias à efetividade dos direitos sociais a prestações positivas, lhes confira legitimidade democrática, com limites à atuação judicial.

Este movimento de judicialização da política, ao que se evidencia, não caminha para uma extinção, e, de qualquer sorte, como vimos, não obstante as críticas ao ativismo antes apresentada, em regra se demonstrará um excelente instrumento para o combate à corrupção que coexiste com a precariedade dos serviços públicos, quer pelo desvio de recursos, quer pela má utilização dos bens coletivos, quer pela execução de uma política clientelista de favorecimentos, etc., o que ressalta a importância de se estabelecerem maneiras de controle aos “poderes selvagens” citados por Ferrajoli. (LIMA, V., 2016, p. 164).

A historicidade do direito à educação infantil, como vimos, dá conta da luta pelo acesso a esta etapa escolar até seu reconhecimento constitucional. Sua implementação, com vistas à universalidade é política pública imprescindível. Todavia, aqui, em respeito à autonomia do direito, a única forma que vislumbramos de obter a melhor a resposta é se for construída consensualmente pelos envolvidos, ou, como afirma Campos, dialogicamente (2014, p. 333), como veremos adiante.

A segunda indagação de Streck diz com a discricionariedade da decisão, ou seja, se essa concepção é ou não convergente com o que vem sendo decidido e o que consta na doutrina, possuindo um controle hermenêutico. (2014, p. 619).

Este questionamento está, como vimos, imbricado com a primeira indagação, embora mais abrangente. Aqui, foi possível observar que as decisões, em verdade, se amparam em uma doutrina produzida a partir da própria interpretação do Supremo Tribunal, em uma decisão ativista. Vimos em Sarlet (2015, p. 352), em Lazari (2016, p. 122-127), em Gomes (2011, p. 180), em Sifuentes (2009, p. 67), e em Tessmann (2006, p. 97), por exemplo, a referência à subjetividade do direito à educação infantil em creche como fruto da jurisprudência pátria, sem um aprofundamento que denotasse maior sustentação à conclusão.

Aliás, é bem por isso que nas abordagens acerca do ativismo judicial que pontuamos, a concreção de políticas públicas está presente como exemplo (CAMPOS, 2014, p. 328-332). Como vimos, em que pese haja vasto amparo doutrinário e uníssono jurisprudencial, pois se trata de decisão estandardizada a partir da orientação do Supremo Tribunal Federal, isto, por si, não significa não ser discricionária a decisão, pois sem a reconstrução da história institucional da regra a ser aplicada, com um efetivo controle

hermenêutico. Dito em outras palavras: não deixa de ser discricionária a decisão ou doutrina que, afastando-se do direito, fundamenta-se unicamente em fontes contaminadas por predadores endógenos, ou, como afirma Streck, não se constituam “precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador.” (2014a, p. 620).

Como afirma Tassinari, “o problema nunca foi discutir se juízes devem interpretar a Constituição, mas saber como ocorre esta interpretação, tendo em vista que, muitas vezes, acaba sendo mitigada pela atuação discricionária de juízes e tribunais.” (2013, p.80). Já Lima, em sua obra *Teoria Hermenêutica da Responsabilidade Decisória* parafraseando Dworkin, ressalta que uma teoria sobre concepção de democracia constitucional deve justificar um esquema interpretativo em torno de decisões jurídicas concretas, que, em matéria de direitos sociais, não pode ser tomada pelo juiz solipsista, ante sua interdisciplinaridade, nem pode a decisão ser fruto de um contraditório pífio, mas sim de uma efetiva participação moral dos interessados, refletindo a decisão uma responsabilidade do intérprete que opera com limites hermenêuticos. É que, como afirmou, “na seara dos direitos sociais, onde se verifica a complexidade dos temas tratados e a interdisciplinaridade, a decisão jurídica não pode ser tomada pelo juiz solipsista, mas sim, num contexto mais amplo” com uma hermenêutica dialógica e participativa que interaja com os atores sociais na busca da resposta correta (LIMA, V., 2016, p. 231-242). Destaque, aqui, à dialogicidade.⁹⁹

O terceiro questionamento indaga se a decisão possui uma consistência articulada, ou seja, se os argumentos podem ser aplicados a outros casos semelhantes (pois o princípio que se extrai da *holding* da decisão possui caráter de universalidade), bem como se está sendo respeitada a integridade e coerência do direito. (STRECK, 2014a, p. 620).

Como afirma Motta, Dworkin defende deverem os juízes ao decidir observar uma “coerência de princípio”, que exija “que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente de justiça.” (MOTTA 2012, p. 103). Transpondo tal ideia para a concretização dos direitos sociais, é possível dizer que, por um viés, coerência aqui é respeitar, de alguma, forma os padrões legais que impõe ao administrador uma moralidade ao executar a política pública, compreendendo o direito também como integridade política, onde o governo tem uma só voz e age de forma coerente e fundamentada em princípios. (MOTTA, 2012, p. 104).

⁹⁹ Dialogicidade é utilizada neste estudo como ato de dialogar, de intercomunicar-se, considerando que esta é “uma atividade que opera na esfera do social e tem, na comunicação interpessoal, lugar privilegiado, levando à construção coletiva e dialógica do conhecimento.” (BICALHO; OLIVEIRA, 2012).

Aqui, da mesma forma, embora vejamos os mesmos argumentos aplicados à universalidade dos casos, e poderemos responder afirmativamente em um plano jurídico abstrato (ainda que em ativismo e sem fundamentação compatível), lembremos o apontamento de Dworkin no sentido de que nem sempre a standardização das decisões é critério de coerência. (DWORKIN, 2014, p. 263-264). Mais ainda quando, empiricamente, não há qualquer indicativo mínimo que afirme possa ser a decisão aplicada à universalidade da demanda. Dito de outra forma, se todas as crianças buscassem a tutela judicial, não há a mínima condição de responder se e quando poderiam ser as decisões de imediata concreção aplicadas, pois não há qualquer investigação sobre isto nos feitos que, como visto, ignoram o argumento público da reserva do possível.

Assim, é essencial, como afirma Streck, que se possa dar caráter de universalidade substancial (no plano da fático) à decisão, situação absolutamente diversa da verificada no presente estudo, quando constatamos que as decisões não possuem uma lógica quanto à universalidade, pois, de um lado, o Judiciário omite-se em intervir na política pública, sob argumento de prejuízo orçamentário, reconhecendo, implicitamente, a progressão à universalidade, como vimos no acórdão da Ação Civil Pública de Canoas (RIO GRANDE DO SUL, 2009), mas, de outro, reconhece nos feitos individuais e na ADIN analisados (RIO GRANDE DO SUL, 2015c) a universalidade da obrigação, de forma incondicionada e imediata, e, assim, acaba por intervir na política pública por via transversa, ante o volume de demanda individual. Por mais que os argumentos analisados sustentem os entendimentos, não conseguimos alcançar onde aí existe uma lógica razoável.

Uma substancial universalidade não pode ser deduzida das decisões atuais que concretizam o direito à educação infantil, nem vislumbramos como, através da judicialização individualista-liberal hoje praticada, se possa alcançar este objetivo, que, ao contrário do idealizado, como vimos não opera uma real isonomia entre os cidadãos, e promove uma ação descoordenada das instituições que buscam a implementação do programa constitucional.

E se a promoção e fomento à concreção da política pública se inserem nas atribuições do Ministério Público, que as vem desempenhando, no caso de Canoas, junto à Promotoria Regional de Educação de Porto Alegre, é necessário que, de alguma forma, haja comunicação sistêmica destas informações ao juízo responsável pela análise individual do direito prestacional e que estas informações sirvam à análise dos processos. Hoje não há procedimentos legais que operem esta necessária integração, necessitando ser fomentados

para que se obtenha alguma probabilidade de evolução e universalização concreta do direito que se reconhece a alguns.

Dito de outra forma: é necessário haver um diálogo institucional sobre o direito posto em causa, fática e juridicamente, fins de, a partir de consensos construídos dialogicamente, estruturar a política pública adequadamente.

Como quarta indagação, questiona-se se a decisão está devidamente justificada, ou seja, se todos os argumentos das partes foram enfrentados. Trata-se, aqui, mais do que fundamentar, expressar a responsabilidade política do julgador, que deve explicitar as condições pelas quais ele compreendeu, justificando sua decisão. É um *accountability hermenêutico* (dever de prestação de contas), ligado à coerência e integridade. (FERNANDES, 2016, p. 371).

Esta talvez seja a indagação mais abarcada ao longo do estudo. O tópico anterior dedicou várias laudas aos apontamentos críticos às decisões relativas à educação infantil, aos quais nos reportamos, para evitar repetições desnecessárias. Concluímos ali que, de fato, não há uma fundamentação suficiente nas referidas decisões. Uma responsabilidade hermenêutica exige uma abordagem integral da demanda, pois fundamentar significa tratar as pessoas como dignas de respeito, como indivíduos ou membros da comunidade política, pois a “fundamentação das decisões guarda forte conexão com a dignidade humana.” (SARMENTO, 2016, p. 309).

Mais uma vez sem entrar no mérito, o fato é que uma decisão democrática deve ser adequadamente fundamentada e enfrentar clara e coerentemente todos os argumentos, abordando íntegra e expressamente todos os argumentos, não com meras afirmativas, mas sim, como preconiza Dworkin, com responsabilidade, justificando a decisão, pois, como afirma Streck, “no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado.” (2013, p. 339).

É, também, o compromisso com a integridade e coerência do direito. Mas, mais que isto, significa sair da zona de conforto de uma jurisdição que necessita “baixar pilhas” de processos “recorta, copia e cola” e assumir o compromisso de uma jurisdição efetivamente parceira, resolutiva, proativa e eficiente.

Mas, para além dos argumentos já esposados, necessário frisar um viés da fundamentação que consideramos imprescindível: a abordagem de argumentos de ordem pública, ainda que não deduzidos pelas partes na demanda individual. É que, como vimos, as decisões não enfrentam questões relativas à reserva do possível, à existência de demanda similar represada, ou evidenciam preocupação com a dimensão coletiva do direito posto em causa, limitando-se a contrapor os argumentos municipais, apresentando fórmulas genéricas.

Necessário que a fundamentação avance para incluir toda a complexidade envolvida, ou seja, não se limite a dizer que desconhece a legitimidade das filas, por exemplo, como se isto isentasse o julgador. Elas existem. Há pessoas esperando e outras sendo privilegiadas e este argumento tem de ser responsabilmente enfrentado, da mesma forma como deve sê-lo o argumento da reserva do possível, ainda que seja para afastá-lo, mas que se o faça não genericamente, em uma zona de conforto que facilita a atividade jurisdicional (ao afirmar que não pode ser invocado), mas não confere legitimidade argumentativa, pois não diz se, nas circunstâncias concretas, ele é legítimo ou não.

É necessário que as situações sejam enfrentadas no caso concreto e não através de decisões estandardizadas que, como vimos, tanto não são reconhecidas que não são cumpridas. Como pontuamos várias vezes ao longo do estudo, precisamos ultrapassar as barreiras do processo de formatação privatista, tradição do judiciário pátrio, e abarcar verdadeiramente a jurisdição de direitos sociais, com processos que atendam à complexidade da demanda e lhes confira legitimidade argumentativa.

Quando analisamos os argumentos utilizados para concretização do direito social à educação infantil, parece que nos deparamos com o mesmo impasse. O diálogo institucional é raso. Os argumentos das decisões, apesar de extensos, poderiam ser sintetizados em poucas linhas, talvez assim: “a educação é um direito fundamental social e a Constituição diz que é dever do Estado fornecer creche e pré-escola. As demais leis, como não poderiam deixar de ser, pena de inconstitucionalidade, confirmam; logo, deve ser fornecida a vaga”. Ao menos economizaríamos papel, o que ambientalmente é muito bom.

A questão é que, evidentemente, não há nada de concreto, muito menos de específico, para a realidade de cada município nestes dispositivos. Alguém pode, sem medo de errar, dizer que todo município brasileiro tem orçamento para custear educação infantil universal e obrigatória para todas as suas crianças? Ou, apenas para nos restringirmos ao

Município de Canoas, foco desta dissertação, é possível dizer que ele possui? E esse argumento considera a universalidade de obrigações municipais, também relativas a direitos fundamentais, ou não? Em que isto importa?

Veja-se que a questão não está, *a priori*, em se possui condições ou não, está em definirmos se é responsabilidade do julgador enfrentar esta questão e, se sim, de que forma deveria enfrentá-la, vez que, como visto, os feitos individuais não trazem a riqueza de detalhes necessária a uma cognição adequada.

Voltamos, aqui, aos argumentos de Cláudio Ari Mello ao efetuar sua “reconstrução analítica dos deveres de fundamentação prescritos no artigo 489” do CPC, já referido, quais sejam: a) não se limitar à mera referência ao dispositivo legal, devendo dizer por que o aplica e qual o sentido do texto, mediante argumentos racionais e objetivos; b) ao usar conceitos indeterminados (dignidade, boa-fé, etc.), definir o significado que entende adequado, esclarecendo os motivos de aplicação ao caso concreto em análise; c) não limitar-se à generalidade, devendo demonstrar o ajuste do argumento ao fato objeto do processo, explicando, analiticamente, o ajuste de precedentes judiciais e enunciados legais ao caso; d) observar regras de ética discursiva, respeitando as partes como agentes racionais com propostas legítimas, compreendendo “o processo judicial como uma prática institucional dialógica e respeitosa da autonomia argumentativa de seus participantes” (mais uma vez a dialogicidade) e e) utilizar uma fundamentação analítica quando utilizar o método da ponderação, com razões jurídicas, técnicas ou fáticas, reduzindo ou eliminando a subjetividade da escolha.¹⁰⁰ (MELLO, 2016, p. 267-268).

Como vemos, para fundamentar a decisão deve estar especialmente presente o resultado de um processo dialógico estabelecido com respeito às partes e a toda a coletividade.

As indagações finais de Streck dizem com a dúvida sobre o respeito ao direito fundamental a ter a melhor resposta a partir do direito, caracterizando a decisão como uma resposta constitucionalmente adequada, encontrada nas leis, nos princípios constitucionais,

¹⁰⁰ Aqui Mello expressa sua concepção a partir da técnica de ponderação, que é refutada por Streck, adepto à teoria dworkiniana do direito como integridade. Neste estudo, filiamo-nos ao pensamento dworkiniano esclarecendo o porquê, haja vista a maior incidência de ativismo judicial através de técnicas ponderativas, em nossa concepção. Assim, este critério pode ser lido, a partir de Dworkin, como uma fundamentação íntegra e coerente, respeitando a história do direito, como analisamos nos itens anteriores.

nos regulamentos e nos precedentes com DNA constitucional e não na vontade individual do aplicador.

O pensamento de Streck foi sintetizado por Abboud, que afirmou buscar a decisão democrática identificar precisamente o fato concreto, toda a legislação aplicável, súmulas e “precedentes”; efetuar a análise teórica do direito através da doutrina, identificar todos os pedidos, defesa, exceções, teses e argumentos das partes (e aqui destacamos, considerando a dimensão coletiva do direito social, a observância de argumentos de ordem pública que influenciem na causa e devam ser objeto de análise), explicitar, argumentativamente, as razões da sobreposição de uma tese a outra, e demonstrar, na construção, as consequências jurídicas de sua decisão. Neste aspecto, sinteticamente: fato, pedidos, teses, leis, súmulas, jurisprudência, razões e consequências. (ABBOUD, 2014, p. 473-474).

Todavia, considerando a natureza da demanda social, não há, em uma decisão solipsista, como o intérprete ter pleno domínio de todas as circunstâncias de fato e possíveis consequências, ante a multiplicidade de fatores envolvidos, como vimos ao longo de todo este estudo, posto que “a cultura individualista e dispositiva do processo civil, entretanto, fortalece interpretações que acabam privilegiando a necessidade da prolação de sentenças genéricas, sucedidas de liquidações e execuções individuais, na contramão da história.” (MENDES, 2012, p. 274).

Estas demandas sobre direitos sociais prestacionais se caracterizam, como afirma Vitorelli, como “litígios coletivos irradiados”, caracterizados por envolver “vasto grupo de pessoas, afetadas de modos distintos pela controvérsia, com visões diferentes sobre como ela deveria terminar e, por isso mesmo, com interesses diversos, a serem representados no processo”. Segundo o autor, eles possuem alto grau de complexidade e conflituosidade, pertencendo a esta categoria demandas como as ambientais e as para alteração de instituições estatais complexas, como o sistema de saúde e o funcionamento de escolas e creches, cuja solução impõe mudanças estruturais complexas. Neste sentido, as restrições próprias da estrutura processual civil, enraizadas no pensamento jurídico, dificultam que o juiz tenha possibilidade de coletar os dados pertinentes e necessários à decisão, interpretá-los e definir se valem como indicadores. (VITORELLI, 2016, p. 516-517, 572).

É justamente esta a realidade, como vimos na pesquisa empírica, das ações relativas à educação infantil, que tem mostrado sua ineficiência no fomento a qualquer

melhora na política pública, única forma de, efetivamente, atingir-se a concretização do ideal constitucional, que, por certo, não é a satisfação de alguns, com olhos de mercador à necessidade de outros.

Neste passo, a mera adaptação do processo civil tradicional para dar conta da demanda coletiva, como pensa a maioria da doutrina brasileira a partir das concepções de Cappelletti (VITORELLI, 2016, p. 517-518) não se mostra suficiente, sendo necessária a construção de formas diversas de concreção do direito e, mais, que fomentem a sua transferência paulatina para a sociedade, adequado palco à resolução destes conflitos.

Dworkin nos traz uma excelente contribuição, com sua visão de democracia em parceria, pela qual não se busca uma unanimidade, mas a aceitação de que as pessoas devam agir com igual consideração e respeito para com as demais, ou seja, significa mais que um voto igual, e sim “igual interesse no resultado da deliberação.” (MOTTA, 2017, p. 30-31).

E esta concepção democrática irradia-se para além da deliberação popular, atingindo, também, instituições que, operando em um contexto de parceria na busca pelo igual resultado da deliberação, podem alcançar as melhores respostas, como preconiza Streck, através da busca de fundamentos autênticos que, compondo o círculo hermenêutico, possibilitem novos pontos de partida, com uma fusão de horizontes da qual advirá a resposta correta (LUIZ, 2013, p. 178), limitada pela integridade e coerência do direito.

Esta visão conjuga-se com o que se espera de um bom governo, não havendo como afastar, aqui, a importância dos princípios de uma boa governança que, conforme Canotilho, na perspectiva de um Estado Constitucional significa responsabilidade na condução dos assuntos do Estado, não se aplicando apenas ao Poder Executivo – à administração -, mas a todos os demais agentes públicos, aí incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário, destacando questões politicamente fortes como: governabilidade, responsabilidade (*accountability*) e legitimação. Afirmo ele que “um primeiro repto à nova ciência do direito constitucional” está em “colocar no centro das suas investigações o *princípio da condução responsável* dos assuntos do Estado.” (CANOTILHO, 2012, p. 326 - 329).

E, independentemente da forma de Estado que se conclua ideal para um desenvolvimento sustentável e equitativo (intervencionista, regulador, etc.), afirma o professor português que a estatalidade moderna

[...] aponta para novos princípios: princípio da transparência dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado (cfr., por exemplo, o art., I-50 e III-399 da Constituição Europeia); o princípio da coerência entre as diferentes políticas e acções que um Estado promove no âmbito político, económico, social, cultural, ambiental e internacional; o princípio da abertura, especialmente vocacionado para a procura de soluções múltiplas de governo, desde as clássicas acções estatais, até aos novos procedimentos de negociação e de participação (vide, por exemplo, o art. III-398 da Constituição Europeia); o princípio da eficácia em que se coloca a questão central de um Estado promover políticas que deem respostas às necessidades sociais com base em objectivos claros, com avaliação do seu impacto futuro e tomando em consideração a experiência anterior; por fim, o princípio da democracia participativa, em que as instituições políticas têm o dever fundamental de dialogar com os cidadãos e outras associações representativas (cfr., por exemplo, art. 147 da Constituição Europeia). (CANOTILHO, 2012, p. 331-332, grifo do autor).

Aliás, no que tange à transparência, importa destacar as palavras de Victor Abramovich e Christian Courtis, no sentido de que no debate judicial sobre políticas públicas “*desde la perspectiva de las estrategias de exigibilidad directa, es importante subrayar el enorme valor que tuvo en el caso la información que emanaba del próprio Estado [...]*” (2004, p. 150). Afirmam ainda, sobre a importância das informações estatais:

Ante la espinosa cuestión de los límites de la actuación de la Justicia cuando está en juego el debate de políticas públicas o la implementación de partidas presupuestarias o incluso la evaluaciones técnicas que corresponden prima facie a otros poderes del Estado, el tribunal valora la documentación pública acompañada como prueba y los propios dichos del Estado, como evidencia del reconocimiento expreso de los hechos centrales del caso, aún cuando el próprio Estado hubiera pretendido controvertir algunos de esos hechos en el curso del proceso. (2004, p. 150).

Assim, como afirmou Lustoza, a atuação do poder Público deve estar norteada pelos valores da boa administração, direcionada ao cumprimento dos direitos fundamentais dos administrados, pressupondo a eleição dos melhores meios disponíveis para consecução destes objetivos (2015, p. 207), pois, como afirmou Sarlet, com fulcro em Badura, há necessidade de um planejamento político-administrativo como condição procedimental e organizacional para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais. (SARLET, 2015, p. 369).

Neste contexto, não se pode esquecer a concepção constitucional de democracia, em Dworkin, como a de um “governo em que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito.” (MELLO, 2004, p. 93).

No que se refere ao controle judicial de políticas públicas, afirma Lustoza haver um duplo compromisso: com a efetividade constitucional e com a democraticidade de uma

prática institucional que opere sob a premissa da ação coordenada dos poderes (2015, p. 215). Ainda que o autor traga a ideia em um contexto de argumento procedimentalista, em oposição ao que construímos como resposta correta aqui, ela é particularmente adequada à composição que idealizamos, em que a parceria e integração exigem uma visão diferenciada da prestação jurisdicional, e em que o diálogo institucional é o protagonista.

Aliás, o judiciário já vem se modernizando com práticas inovadoras à solução dos litígios, com instrumentos como a mediação e a arbitragem. Eles, todavia, são insuficientes para a resolução da demanda social, que exige reformas estruturais na política pública, postura que, em princípio, o Judiciário tem resistência a adotar, ante o princípio da separação de poderes.

Todavia, não há como fazer omelete sem quebrar os ovos. Se a jurisdição constitucional pretende alcançar mínima efetividade há que operar mudanças, ainda que sejam difíceis, especialmente porque a atual concepção já foi uma reação à condição do Judiciário de mero aplicador da lei em ditaduras recentes que fortaleciam o Executivo. (SANTOS, 2017).

E, ainda que, como afirmou Campos com fulcro em Louis Fisher (2014, p. 228), ajuste-se a *judicial review* ao nosso constitucionalismo porque nos sentimos seguros com o sistema de *checks and balances*, por preferir um poder fragmentado, rejeitando supremacias e valorizando a democracia, a liberdade, o discurso e a limitação do governo, necessário considerar o destaque de Streck, com base em Habermas, no sentido de que a divisão de poderes deve garantir a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo, legitimando-se por procedimentos e processos pelos quais a soberania popular reste homenageada como artífice da sua própria história. (2014a, p. 212).

E, neste particular, acompanhamos Cláudio Ari Mello, para quem “defender qualquer forma de supremacia judicial é certamente a forma mais segura de produzir um movimento de reação contra as funções atribuídas ao Poder Judiciário nas democracias constitucionais contemporâneas.” (2004, p. 305).

É que a democracia, como afirma Bolzan de Moraes, “é algo em construção que deve ‘acontecer’ na sociedade, além da perspectiva ‘cidadão’ e ‘Estado’, na esfera do ‘entre’ os dois”, sendo necessário que se construam novas opções teóricas que levem em

consideração a realidade com a perspectiva de uma Constituição criada para o povo. (2010, p. 83).

O professor gaúcho, embora destacando a necessidade de participação do povo na jurisdição constitucional, não propriamente o foco desta abordagem, também salienta a necessidade de reconstrução de um sentido democrático para a jurisdição constitucional, como alternativa para combater a concepção individualista atual, aprisionada no paradigma racionalista e iluminista dos séculos XVIII e XVIII (MORAIS, 2010, p. 89), justamente a raiz da ausência de um processo judicial adequado aos direitos sociais.

E, neste contexto, necessário destacar a diferença verificada entre os procedimentos adotados pela administração pública e os judiciais. Estes permanecem estanques por anos, ao passo que a administração está sempre na busca de instrumentos mais democráticos. Tal é possível verificar, por exemplo, na situação específica do acesso à educação infantil em Canoas, onde é visível o constante aprimoramento nas práticas para inscrição e seleção (ANEXO E).

Do ano de 1999 para cá, por exemplo, o processo seletivo evoluiu da inscrição manual e escolha por ordem de inscrição, que estimulava a espera da abertura das escolas em longas filas, por dias, de forma até atentatória à dignidade, para o atual sorteio igualitário entre inscritos em um processo inclusivo que oportuniza acesso aos mais vulneráveis através de medidas como: a criação de postos em locais estratégicos, abertos em finais de semanas, feriados e com horário estendido, facilitando aos pais trabalhadores a inscrição; acessibilidade universal nestes postos; disponibilização de pessoal treinado a solucionar os principais problemas mapeados, como orientação à obtenção de documentação; criação de programa informatizado para evitar duplicidade de inscrição; efetivação de sorteio público e transparente, etc. (ANEXO E).

É possível, pois, evidenciar-se a evolução da democratização do processo seletivo de acesso à educação infantil (ainda que limitado em razão da discussão quanto à possibilidade de priorização dos mais vulneráveis), demonstrando-se, pois, a dinamicidade democrática das práticas dos representantes eleitos, em flagrante oposição à imobilidade dos procedimentos judiciais.

Uma alternativa para formatação de demandas judiciais que atendam aos direitos sociais, sustentada por Edilson Vitorelli, é a implantação dos processos de reformas

estruturais, nos quais se exige a participação de todos os potencialmente afetados na condição de destinatários ou prejudicados pela ação, ainda que por representantes com responsabilidade, em caso de impossibilidade de participação direta. Não nos aprofundaremos, posto que tal não cabe neste estudo, apenas o pontuaremos, então. (VITORELLI, 2016, p. 574-576).

Nesta concepção, a participação deve contribuir para a construção da decisão. Por este prisma, o processo busca o envolvimento, a cooperação e o consenso dos participantes, mitigando-se, o quanto possível, as desigualdades de impacto em razão da posição de cada um destes na demanda, que, inclusive, “não é tomada em apenas um momento, mas também durante todo o período de sua implementação, que pode durar vários anos.” (VITORELLI, 2016, p. 574-576).

O autor ainda destaca que, apesar de uma demanda desta natureza, que define como “*town meeting*”, exigir dedicação maior do juiz, a verdade é que processos repetitivos também tem alta carga de exigência e, em regra, cada julgador teria um ou dois casos de demanda estrutural sob sua jurisdição, o que não inviabilizaria seu trabalho, sendo os obstáculos mais de natureza cultural e de expertise (ausência de conhecimentos e habilidades necessárias) do que materiais. (VITORELLI, 2016, p.577).

Em termos de modelos de decisões estruturantes, os exemplos mais destacados vem da Corte Constitucional colombiana, como o expresso na sentença T-025, de 2004, surgido “*de la decision de la Corte de acumular em uno solo proceso 1150 acciones de tutela iniciadas por familias forzosamente desplazadas, y declarar um ‘estado de cosas inconstitucional’*”,¹⁰¹ em face da falta de políticas públicas para solucionar a situação dos cidadãos desalojados pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, as FARC. Estas pessoas perdiam suas terras e não tinham acesso a direitos fundamentais básicos, e, para solução da demanda, a Corte determinou uma série de medidas institucionais em um processo de implementação de ações de emergência que continuam até hoje, com 22 audiências públicas e 289 decisões, entre outras medidas ordenando ao governo que instituísse uma

¹⁰¹ A tese é uma forma de processo de reforma estrutural, onde a Corte Constitucional da Colômbia exige que estejam presentes as seguintes condições: (I) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (II) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (III) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (IV) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário. (BRASIL, 2015b).

política coerente, com prazos de avaliação de sua eficácia, estabelecendo-se uma coordenação entre as ações das instituições governamentais. Entre os efeitos indiretos da sentença, está a participação da sociedade civil no processo, através de organizações de direitos humanos, apesar de, economicamente, 98% das pessoas desalojadas vierem em situação de pobreza, apesar da ação estatal. (GARAVITO, 2017, p. 105-125).

Já a sentença T-153, de 1998, declarando que a penosa situação da população carcerária¹⁰² equivalia a um ECI, não teve o mesmo êxito, pois não se estabeleceu nenhum mecanismo de supervisão significativo, pelo que, inclusive a Corte decidiu reabrir o caso em 2015. (GARAVITO 2017, P. 105).

Por sua vez, a sentença T-760, que trata de estruturar medidas necessárias em face da quebra iminente do sistema de saúde, adotou um sistema intermediário entre o monológico e o dialógico, mais moderado e com determinações de meio e não de resultado para que o governo

formule un plan de contingencia para ocuparse de la quiebra inminente del sistema de salud pública, cree protocolos administrativos para resolver las quejas de los pacientes, y establezca mecanismos para supervisar eficientemente a los prestadores privados de servicios de salud. La debilidad relativa de estas órdenes se ve compensada por los plazos estrictos y las medidas provisionales fuertes que se le imponen al Gobierno para que este unifique la cobertura básica de los pacientes de los sistemas de salud públicos y privados, como se había ordenado en la ley de 1993 (que, no obstante, no se había cumplido). (GARAVITO, 2017, p. 125).

Mas não se limitam à Colômbia os registros de exemplos dialógicos. Na Índia também se tem experiências neste formato, guiadas pela fórmula “direitos fortes, decisões moderadas e supervisões fortes”, assumindo o tribunal a função de “*negociador inserto en el proceso, para facilitar el diálogo entre el Estado y los ciudadanos*”. Ainda, há na África do Sul, onde, em que pese haja experiências dialógicas, estas se dão segundo a fórmula “direitos fortes, decisões débeis e ausência de seguimento.” (GARAVITO, 2017, p. 123-124).

Não obstante, é necessário fazer o contraponto aqui, pois Vitorelli vê nos litígios estruturais um formato em que as possibilidades de realização de um direito influenciarão na compreensão de seu próprio conteúdo (2016, p. 532), aproximando-se do pensamento de Holmes e Sunstein sobre o direito estar atrelado às possibilidades econômicas (que analisamos no tópico atinente à reserva do possível). Aqui, como lá, não concordamos com a tese. Uma coisa é a possibilidade fática de implementação, outra é a existência do direito. Um

¹⁰² No Brasil há a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, com objeto similar.

princípio de igualdade não permite deixar de reconhecer um direito isonômico. O limite de satisfação sim poderá ser variável, e dependerá de condições fáticas a serem aferidas e construídas em um processo dialógico de reforma estrutural.

Neste contexto de demanda estrutural, vale citar as duras críticas tecidas por Lenio Streck à tese do Estado de Coisas Inconstitucional, defendida por Carlos Alexandre de Azevedo Campos e sustentada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2015b). O professor qualificou-a como uma nova forma de ativismo judicial camuflada, invocando a “advertência de Hirschl sobre a *juristocracy*”, afirmando que “não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais.” (STRECK, 2015).

E, ainda que, no debate com Streck, Campos (2015) sustente a dialogicidade, afirmando que o ECI “não favorece unilateralismos judiciais”, pois “nada pode ser resolvido pelo Judiciário isoladamente”, acompanhado de juristas como, por exemplo, César Garavito, colombiano que vê no ativismo dialógico uma “via intermedia entre la restricción judicial y la juristocracia.” (GARAVITO, 2017, p.119), não é ela (dialogicidade) pressuposto neste procedimento estruturante, pois resolver em processos conjuntos não significa abrir mão da supremacia judicial e não está bem claro em que medida isto é possível em uma demanda estruturante de um país onde a supremacia judicial muitas vezes é imprescindível, ante a ausência de uma cultura de parceria autêntica.

Por outro lado, também não se pode afirmar que os processos de reformas estruturais exijam uma proposta dialógica, pois são institutos diversos, mas a experiência americana demonstrou que a mera emissão de ordens ao administrador não era suficiente para alcançar os resultados desejados e, ou o juiz se envolvia minuciosamente na execução, ou teria de se conformar com a ineficácia de sua decisão. (VITORELLI, 2016, p. 533), o que parece também ser a realidade aqui, depois de tudo que vimos ao longo deste estudo.

E, por fim, também não é que a postura dialógica seja, por si, democrática. Ela é, em um sistema democrático, potencializadora da legitimidade dos direitos fundamentais, embora em governos autoritários possa servir como controle do Judiciário (SILVA; FERREIRA, [201-], p. 04), fatos que exigem uma adequada formatação destes procedimentos de forma a não incorrerem, de forma transversa, nos mesmos erros que pretendemos dirimir.

Na defesa do ativismo dialógico, Garavito afirma que

Los efectos directos e indirectos que pueden surgir potencialmente de ese diálogo incluyen el desbloqueo de ciertos procesos de política pública, mejoras de la coordinación entre organismos públicos que previamente estaban desconectados y la creación de políticas públicas enmarcadas en el lenguaje de los derechos.(2017, p. 128).

Além destas discussões, o fato é que implementar processos dialógicos é um imenso desafio ao judiciário, pois, além de abandonar o processo tradicional formalmente, deve-se adaptar substancialmente, mudando os paradigmas que norteiam muitas das concepções, como, por exemplo, de que o juiz antes decide e depois fundamenta, evidenciada pela seguinte afirmação do Ministro Luiz Fux aos alunos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: “como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução”. (FUX, 2005).

No dialogicidade não há espaço para isto, pois a decisão é construída pela multiplicidade de opiniões e debate de ideias, em um procedimento que busca a resolução pela participação, com a construção da decisão judicial através do diálogo institucional para concreção da melhor resposta à situação concreta – no caso, o direito subjetivo à educação infantil -. Afasta-se, pois, a ideia de que o processo não é o local adequado para resolver o problema social, vez que, como afirma Vitorelli, “na maioria dos casos, a alternativa ao processo é a manutenção do *status quo*, porque nenhuma outra ferramenta de mudança social se apresenta com potencial concreto para fazer a alteração que se pretende.” (2016, p. 523).

O ativismo judicial, que Carlos Alexandre de Azevedo Campos afirmou ter na antidialogicidade sua única expressão aprioristicamente ilegítima, pode ceder à parceria democrática na construção de um direito não estandardizado, mas que oportuniza dinamicidade e espiralidade hermenêutica, oxigenando-se continuamente e, desta forma, propiciando uma concreta evolução na progressão de satisfação do direito social. O autor traz a ideia de diálogos institucionais como um processo de construção coordenada entre o Poder Judiciário e os demais poderes acerca da interpretação constitucional (2014, p. 332-333), ainda que, aqui, para além do ativismo, este diálogo coordenado deva abarcar toda a atuação jurisdicional, especialmente no tocante à concreção da decisão.

Assim, a concepção dialógica pode atender à faceta de multiplicidade de titularidade do direito homogêneo à educação por dois prismas: um para o reconhecimento deste direito e outro para sua concretização, o que, evolutivamente, pode, inclusive, ser concomitante e, ainda, propiciar a desjudicialização deste tipo de demanda, pela construção de alternativas que as dirimam no contexto social.

Mas, então, e aqui nos encaminhamos para a conclusão, tendo esta como última abordagem, ainda que perfunctória, posto que o assunto, por si só, renderia outra dissertação, o que seria, concretamente, um processo dialógico?

Para Campos, um processo dialógico, pelo prisma do ativismo judicial, caracteriza-se pela construção coordenada entre os poderes institucionais dos significados constitucionais. Através dele, a atuação do tribunal torna-se mais legítima em razão do respeito ao espaço dos demais poderes. (CAMPOS, 2016, p. 332-333).

Segundo Santos, amparado em Edgar Morin, o processo dialógico pode ser definido como “a associação complexa, complementar, concorrente e antagônica de instâncias necessárias em conjunto à existência, ao funcionamento e ao desenvolvimento de um fenômeno organizado.” (SANTOS, 2017).

Já Garavito destaca que a dialogicidade está vinculada a três elementos da sentença: a) ao conteúdo substantivo, reconhecendo a violação do direito social e em que medida – direitos fortes-, b) às medidas judiciais, com ordens não tão precisas quanto às monológicas, mas definindo as principais linhas dos procedimentos, com propósitos mais amplos para que outros órgãos do poder projetem e implementem as políticas, e c) aos mecanismos de acompanhamento, tendendo a iniciar um processo que estimula o debate sobre alternativas de políticas públicas para resolver o problema estrutural detectado na sentença, cujo detalhamento vai surgindo no curso do processo de monitoramento, e não na própria sentença. Na dialogicidade, geralmente são aprovadas novas decisões à luz do progresso ou atrasos no processo, estimulando-se o debate entre as partes interessadas por meio de audiências públicas deliberativas. (GARAVITO, 2017, p. 121-122).

Por outro prisma, a teoria dialógica de Christine Bateup, segundo Silva e Ferreira, divide-se quanto ao método e quanto à estrutura. Metodologicamente pode ser: a) por aconselhamento, onde os juízes recomendam determinadas ações para as instituições políticas, em pareceres não vinculantes, e b) centrada no processo, quando a decisão judicial pode forçar as instituições políticas a adotar outra medida que pode ser objeto de nova apreciação judicial. (SILVA; FERREIRA, [201-], p. 5-7).

Já, estruturalmente, pode-se expressar através: a) da construção coordenada da interpretação, o que historicamente não envolve o judiciário, que intervém com poder de decisão em caso de desacordo; b) da interpretação dos princípios jurídicos, onde outras

esferas de poder atuam quando há erro judicial na interpretação, quer por instrumentos de fiscalização, quer por articulação pelo legislativo de ação para ampliar a visão de acordo com os objetivos políticos; c) do fomento à discussão social sobre o significado constitucional (teoria do equilíbrio), o que, embora não resolva a questão contramajoritária, possui o maior sucesso num diálogo substantivo entre as instituições; e d) da parceria, centrada na concepção de que diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional e para a busca de melhores respostas. Destacando-se, ainda, a possibilidade e até recomendação de fusão das propostas dialógicas. (SILVA; FERREIRA, [201-], p. 7-10).

Outro autor que aprofunda o estudo é Sebastián Linares, para quem um diálogo democrático exige que cada parte apresente suas razões de forma a convencer o outro em um diálogo livre, pois

[...] si el desacuerdo del que parten los contrincantes es, o bien sobre cláusulas abstractas ambiguas o vagas, o bien sobre la interpretación y el alcance de los derechos constitucionales en situaciones concretas de vulneración, lo deseable es que los participantes puedan esgrimir argumentos destinados a definir el alcance de los derechos y a esclarecer la medida en que esas situaciones vulneran (o no) esos derechos. Si, en cambio, una de las partes estuviera obligada a reconocer que la otra tiene razón, o tuviera proscrita la invocación de "razones–basadas–en–derechos", entonces no existe el diálogo. (LINARES, 2008).

A visão de Linares, todavia é de um diálogo democrático onde se substitui a supremacia judicial pela supremacia legislativa ou executiva, o que, consoante exaustivamente analisado no capítulo dois deste estudo, não se adapta à realidade brasileira.

Silva e Ferreira afirmam com Linares que “a concepção dialógica diferencia-se da dialética, pois nesta as autoridades atuam separadamente em distintas fases de tempo, ao passo que naquela, em face do poder de agenda judicial, há condições para um diálogo”, pois a corte pode “chamar a atenção dos representantes políticos, convocar audiências públicas, obrigar a tomar decisões ante certos parâmetros e controlar todo o processo de decisão e execução.” (SILVA; FERREIRA, [201-]).

No que tange às experiências pátrias, já vimos, no tópico relativo ao ativismo, as propostas dialógicas capitaneadas pelo STF na ADIN 3.772 (BRASIL, 2008), e que tem sido efetivadas com o reconhecimento de legitimidade a novas regulamentações feitas pelo legislador em relação a matérias já enfrentadas pelo Judiciário.

Aliás, esta proposta dialógica ainda se evidencia presente, por exemplo, em face da legislação canoense, declarada parcialmente inconstitucional. Neste contexto, visão e abordagem novas das questões que buscam a regulamentação da distribuição das vagas em educação infantil poderiam propiciar esta dialogicidade, que Bateup definiu como método centrado no processo e estruturalmente interpretativo, e que tem como base a proposta de um “segundo olhar” sobre a legislação. Neste contexto, afirma Tushnet, em alguma medida, a legitimidade de textos legais que sejam “consistentes com alguma visão razoável do que a justiça exige”, dizendo:

It is that legislatures rarely attend to justice (and courts do so, at least more often). One might question the empirical judgment here. Legislators often defend their votes on the ground that they were voting for something that was “the right thing to do,” in connection with social welfare policy and abortion policy for example, and “right” here blends “good public policy” and “advances justice properly understood.” Even if the legislative critic’s empirical assessment is correct, though, it is insufficient to make out the case for judicial review, I believe. The opponent of judicial review argues, I think correctly, that judges should not displace legislative decisions in the name of justice if the legislation at issue can be defended as consistent with some reasonable view of what justice requires even if no legislator actually held that view. Put another way: The justice-related reasons for judicial review authorize judicial invalidation of legislation that actually is unjust, but a statute supported by a reasonable view of justice’s requirements is not unjust even if no legislator held that view.¹⁰³(TUSHNET, 2009, p. 09).

Mas, para além desta proposta, há outras viabilidades de dialogicidade aqui. Embora não haja tradição de diálogo institucional na legislação brasileira, isto não impede a concretização de algumas formas, que não necessitam de mecanismos formais para a sua confecção, como o método centrado no processo, com estruturas interpretativa ou em parceria.

E, neste prisma, já se tem um mecanismo formatado com esta visão, exatamente no Juizado da Infância e Juventude, para tutelar, de uma forma em alguma medida dialógica, os direitos fundamentais de crianças e adolescentes acolhidos, e que são as audiências concentradas, instituídas pelo Provimento nº 32 da Corregedoria Nacional da Justiça, de 24 de

¹⁰³ Em tradução livre: “É que as legislaturas raramente atendem à justiça (e os tribunais o fazem, pelo menos com mais frequência). Pode-se questionar o julgamento empírico aqui. Os legisladores frequentemente defendem seus votos com base no fato de que eles estavam votando em algo que era “a coisa certa a fazer” em relação à política de assistência social e política de aborto, por exemplo, e “certo” aqui mistura “boa política pública” e “avanços”. justiça corretamente compreendida.” Mesmo se a avaliação empírica do crítico legislativo estiver correta, não é suficiente para defender a revisão judicial, eu acredito. O opositor da revisão judicial argumenta, penso corretamente, que os juízes não devem deslocar decisões legislativas em nome da justiça se a legislação em questão puder ser defendida como consistente com alguma visão razoável do que a justiça exige, mesmo que nenhum legislador tenha realmente essa opinião. Dito de outra forma: As razões relacionadas à justiça para a revisão judicial autorizam a invalidação judicial de legislação que na verdade é injusta, mas um estatuto apoiado por uma visão razoável das exigências da justiça não é injusto mesmo que nenhum legislador tenha essa opinião.”

junho de 2013. Através delas, se busca a adoção de medidas, em audiências onde a multiplicidade de opiniões e pareceres técnicos é exposta na busca da melhor resposta para a proteção de cada direito fundamental. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Um expediente judicial similar poderia garantir o acesso a dados constantemente atualizados sobre a composição das listas, do orçamento municipal utilizado e disponível, ou de qualquer outro relevante, oportunização de exposição e contraponto em relação a visões ou princípios da comunidade que possam justificar uma fundamentação responsável. Neste espaço jurisdicional poderiam ser efetivadas reuniões, audiências públicas, e, inclusive, audiências coletivas de processos individuais, de forma que se pudesse ter uma noção de todo em relação à demanda e se viabilizasse sua contemplação efetiva. O processo decisório, então, seria sustentável, com racionalidade dialógica, centrada no processo e participativa, e com metas que propiciassem a universalização do bem estar. (LIMA, V., 2016, p. 262).

Neste contexto, outras variáveis poderiam demonstrar relevância, hoje sequer discutidas ou mesmo rechaçadas ante o temor quanto a privilégios e discriminações, como a preferência a crianças em situação de vulnerabilidade social, por exemplo. Vimos que quase todas as manifestações judiciais preocupam-se com isto e que, em certa medida, é para protegê-las que não se abre mão da universalidade. O fato, porém, é que justamente isto não se tem conseguido, pelo que acreditamos procedimentos públicos, interinstitucionais e participativos possam, de fato, construir uma realidade socialmente mais justa, pois, como afirma Vinícius Lima, a universalização dos direitos sociais exige uma responsabilidade compartilhada entre os entes públicos e a sociedade, sendo um desafio à fiscalização judicial em matéria de políticas públicas, devendo priorizar as pessoas necessitadas e em situação de pobreza, em um cotejo entre o mínimo existencial e a reserva do possível. (2016, p. 247).

Nestas audiências uma multiplicidade de agentes, além das partes, poderia opinar e acrescentar argumentos à solução da demanda, como o Conselho Municipal de Educação, Conselhos Tutelares, Procuradorias Municipais, entidades representativas, etc., fins de que a decisão seja adotada com base em argumentos partilhados em uma ação na busca da melhor resposta ao caso concreto.

Afinal, como afirma Habermas, é preciso atentar para a necessidade democrática de auto-organização de uma comunidade jurídica em que autonomia privada é diferente de autonomia do cidadão, pois só haverá verdadeira autonomia à medida que o cidadão puder se

compreender como autor do direito ao qual se submete enquanto destinatário, afirmando, com Young, que a “justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva.” (HABERMAS, 2011, p. 146, 160).

Trata-se, então, de uma proposta transformadora da atuação judicial em termos de direitos sociais, de forma a resgatar a dignidade da jurisdição constitucional e o protagonismo da comunidade política na implementação das políticas públicas, pois, como afirmou Vinícius Lima, “a aplicação do modelo de participação dialógica no âmbito dos direitos sociais possibilita o debate em torno da decisão jurídica democrática de concretização das prestações fáticas de incumbência do Poder Público.” (2016, p. 240).

A dialogicidade pode significar, neste prisma, tanto ou mais do que outros modernos métodos de resolução de conflitos como a arbitragem e a mediação, por exemplo, pois, como afirmou Sarlet, a “efetiva implantação dos direitos sociais a prestações não pode ficar na dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera.” (SARLET, 2015, p. 369).

Esta proposta converge com as conclusões de Francisco José Borges Motta quando, pelo prisma processual, vê a resposta jurídica e democraticamente correta como resultado de um processo correto. (MOTTA, 2017, p. 250). Também aqui a participação, como garantia do autogoverno, conduz à conclusão de que um procedimento correto é necessário para garantia da questão substantiva.

Uma efetiva parceria no autogoverno atinge a todos e não isola o demandante individual à condição de combatente com os demais utilizando a jurisdição como arma para satisfação de seu direito fora do concurso intersubjetivo. Ao contrário, traz à discussão a compreensão de que forma implementar estes direitos, e em que medida, respeitando a soberania dos poderes e a participação da sociedade.

É neste contexto que Garavito vê o sucesso das sentenças dialógicas para uma melhor execução de decisões estruturantes ao eliminar dois obstáculos: “*la resistencia política y la capacidad institucional*”, quer porque os setores com interesses na manutenção do *status quo* podem resistir à efetivação das medidas estruturantes, quer porque os tribunais possuem deficiências institucionais para tratar de políticas sociais e, em um contexto estruturante e

dialógico, pode-se promover a busca colaborativa de soluções, pelo conhecimento relevante compartilhado (2017, p. 127-128).

Certo é que o estudo da dialogicidade (ou dialogismo) judicial, por si só, comportaria outra dissertação, motivo pelo qual limitaremos-nos a estas pinceladas como forma de suscitar o diálogo sobre as alternativas de construção da decisão judicial democrática em demandas para concretização do direito à educação infantil.

Podemos concluir, então, ser a dialogicidade um mecanismo integrativo da jurisdição constitucional que propicia a formatação de decisões em direitos sociais, e, aqui, especialmente no que se refere à educação infantil, construídas dentro de princípios de uma democracia em parceria, para implementação de um direito íntegro e coerente, na busca de maior isonomia entre os cidadãos e, especialmente, maior efetividade de uma jurisdição que tenderá a estruturar ações adequadas à resolução da demanda no meio social. Desta forma, a decisão judicial servirá de catalisador para que a própria comunidade encontre respostas adequadas para a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, fomentando a redução, ao invés da ampliação, da judicialização destes direitos.

Alguns poderão dizer que esta proposta é apenas uma utopia. Mas, afinal, o primeiro passo para realizar um sonho não é acreditar nele?

5 CONCLUSÃO

O presente estudo foi idealizado em face de uma realidade que, em dezenove anos de atuação na Comarca de Canoas, vimos crescer e tornar-se praticamente insustentável – a busca pela jurisdição constitucional para reconhecimento e concretização do direito subjetivo à educação infantil. A questão não é de fácil solução, e foi justamente este o objetivo deste estudo: auxiliar na construção de respostas adequadas, traçando pontos críticos, apontando limites e construindo caminhos (possibilidades) mais democráticos à atuação judicial.

Partimos, então, da indagação sobre a viabilidade, no Constitucionalismo Contemporâneo, de o agir judicial garantir segurança jurídica, em alguma medida, e, ainda, promover a universalização e a isonomia dos direitos sociais, atendendo a critérios de democraticidade, aqui especificamente pelo prisma da educação infantil, que, como vimos, comporta uma etapa em creche, facultativa, e outra em pré-escola, obrigatória, pois constitui esta a etapa inicial do ensino fundamental, sendo este constitucionalmente definido como direito público subjetivo do cidadão.

Buscamos, inicialmente, demonstrar o processo histórico de construção da atual concepção de jurisdição constitucional, convergindo aportes teóricos sobre democracia, teoria do direito e constitucionalismo, para concluir que Direito e Estado evoluíram de um paradigma legal, positivista, para um paradigma constitucional, principiológico, e de um Estado Liberal, individualista, para, reinterpretando o significado de liberdade, um Estado em que os direitos fundamentais combinam diversas dimensões, especialmente a social.

Neste contexto, o Judiciário, como guardião de uma Constituição que se insere em uma concepção de dirigismo e normatividade, assume o poder de, mais do que fiscalizar, concretizar a aplicação dos princípios constitucionais. E, em uma realidade onde as máculas do sistema político contaminam o pleno exercício da democracia, pela falta de representatividade substancial dos eleitos, criando uma descrença e fragilizando as instituições que deveriam ser o espelho do povo – legislativo e executivo-, formata-se o ambiente propício para uma reformulação no exercício do poder, sendo projetada no Judiciário a esperança democrática de realização dos ideais constitucionais.

Não obstante, nenhuma reformulação institucional foi operacionalizada para que pudesse a jurisdição atender a esta demanda com eficiência, pois ainda possuímos um

processo idealizado para atender a pretensões liberal-individualistas, de natureza privatista, e não as de natureza social. Neste cenário, ainda que o Judiciário tenha assumido sua missão constitucional, as adaptações operadas para tal não se evidenciaram eficazes, concluindo-se não estar ele, ainda, preparado para o atendimento de demandas relativas a direitos prestacionais.

Além disto, pudemos constatar que a decisão judicial em direitos prestacionais sociais de acesso à educação infantil em creches, da forma como é formatada hoje, não atende, plenamente, a critérios democráticos, especialmente considerando a essência da democracia: a igualdade. Ainda que concordemos com as propostas substancialistas de hermenêutica constitucional, e não vejamos a atuação do Judiciário apenas como guardião da democraticidade dos meios de decisão, harmonizando e equilibrando os poderes (visão procedimentalista), mas sim, então, com uma atuação mais efetiva como intérprete da vontade geral (visão substancialista), a interpretação deve contemplar, primordialmente, o amplo espectro do princípio da igualdade.

Tal não se dá aqui, em sede de direitos prestacionais, pois, a pretexto de concretizar individualmente o direito à educação para garantir a isonomia do demandante em relação àqueles que foram beneficiados pela política pública, ignora-se um universo (no caso de Canoas muito maior) de crianças que também estão à espera de contemplação. Despreza-se, pois, outro viés da igualdade – aquele representado pela existência de direitos individuais similares de crianças que não tiveram, pelos mais variados motivos, acesso à jurisdição, ou seja, desconsidera-se a dimensão coletiva do direito social homogêneo à educação como fator relevante à decisão de concretização individual.

Neste particular, releva destaque o argumento evidenciado pelas análises de discursos no sentido de que o Judiciário se nega a intervir na política pública coletivamente, ao fundamento da não invasão da esfera de discricionariedade do administrador, mas intervém, teoricamente de forma ainda mais intensa, através da contemplação de demandas individuais, inclusive criando políticas próprias como a viabilizada pelo bloqueio de contas públicas para custeio de escolas privadas, sem que isto sequer represente melhora significativa nos índices de acesso à educação.

Pelo prisma hermenêutico, observou-se que as decisões de concreção se utilizam de interpretações extensivas, que ultrapassam o limite da própria Constituição, evidenciando-

se, pois, nesta perspectiva, ativistas, ainda que este fenômeno não possua uma definição pacífica, especialmente sobre qual seja o exato limite entre ele e o da judicialização da política, pelo que adotamos a interpretação de que este é contingencial à justiça constitucional, em face da omissão dos demais poderes, e aquele indica uma postura judicial interpretativa para além dos limites constitucionais, formatada de acordo com critérios exógenos ao direito e não coerentes e íntegros.

No âmbito dos direitos sociais, um ativismo importaria, por exemplo, em reconhecer direitos implícitos, não claramente previstos na Constituição, definindo-se e concretizando-se políticas públicas sem diálogo institucional, o que, concluímos, traduz a jurisdição hoje praticada em relação ao direito social prestacional à educação infantil.

Assim, ainda que não esteja na essência da definição de ativismo a invasão da esfera de competência dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, posto que a jurisdição constitucional pressuponha esta possibilidade, em alguma medida, a questão da ilegitimidade está na extrapolação de limites ao agir judicial, o que se dá, também, pela ausência de uma adequada fundamentação das decisões.

Neste sentido, para traçar os limites e possibilidades de uma decisão democrática, utilizamo-nos dos argumentos da teoria da decisão que mais se aproximou do pensamento de Ronald Dworkin de Direito como Integridade (*Law as Integrity*), e que nos é mais adequada à obstaculização das discricionariedades propiciadas, por exemplo, pelos juízos de ponderação preconizados pela Teoria dos Princípios, de Robert Alexy, inadequadamente adaptados à prática brasileira.

Em face disso, embasamo-nos nos fundamentos da Teoria da Decisão de Lenio Streck, e que se estrutura de forma a evitar as mazelas decorrentes do ativismo judicial, do qual deve ser blindada a decisão, a qual necessita possuir controle hermenêutico, respeitar a integridade e coerência do direito, ser devidamente fundamentada, justificando-se as opções feitas, e oferecer uma resposta, não necessariamente definitiva, mas adequada ao caso concreto.

Com relação a isto, foi possível verificar que, apesar de serem uníssonas as decisões no sentido do reconhecimento do direito subjetivo universal e incondicionado à educação infantil em creche, elas não se fundamentam em critérios de integridade e coerência, pois são, eminentemente, estandardizadas, sustentadas por argumentos afirmativos, com

expressões genéricas, sem esclarecer adequadamente o que significam no contexto concreto da decisão, e com tangenciamentos ou não enfrentamento de teses críticas, evidenciando um ativismo interpretativo, soberano e controlador de políticas públicas, de forma antidialógica.

Essa postura ativista das jurisdições foi, inclusive, objeto das reflexões teóricas e apontamentos empíricos das pesquisas de Ran Hirschl sobre o fenômeno da ampliação dos poderes jurisdicionais - a juristocracia -, observando não ter ele proporcionado ampliação da igualdade social, conclusão que vai ao encontro da realidade da jurisdição em direitos sociais prestacionais à educação infantil que investigamos, pois, em que pese limitado o estudo à cidade de Canoas e disponibilizados poucos dados, ficou claro o fato de a intensa judicialização não representar uma melhoria na política pública que, sem o compromisso do administrador, fica estagnada.

Esta realidade se dá primordialmente pela falta de diálogos institucionais que construam caminhos para maior efetividade das ações de governo, visto este em um contexto de boa governança, que inclui a ação de todos os agentes estatais com competência ou atribuição para intervir na matéria e que, deixando de atuar isoladamente, devem unir força e conhecimento para alcançar o objetivo comum de dar concreção às promessas constitucionais.

Este conjunto de reflexões, que aqui pontuamos exemplificativamente, nos conduziu à formatação do que seriam limites mínimos necessários (vedações) e possibilidades (condições) para maior democraticidade do agir judicial concretizador do direito social prestacional à educação infantil, garantindo o exercício adequado do poder contramajoritário da jurisdição, em uma perspectiva social e igualitária.

Estas propostas, longe de objetivarem limitar a jurisdição constitucional, objetivam, ao contrário, ampliar seu espectro de ação e sua visão sobre o significado concreto de igualdade, permitindo uma ação efetivamente transformadora, especialmente através do poder da intercomunicação, do qual já tratava Canotilho.

Assim, pudemos concluir como limites mínimos à decisão democrática concretizadora do direito prestacional social à educação infantil, os seguintes:

- a) o ativismo e a discricionariedade, vistos aqui como interpretações para além dos limites constitucionais, em razão de uma moral não ínsita no sistema

jurídico, ou fundadas em solipsismos, ainda que por reprodução de decisões com estes vícios de origem;

- b) a argumentação genérica, tangencial e estandardizada, expressa pela ausência de justificação quanto aos motivos da decisão com base no caso concreto, ou consubstanciada em uma fundamentação que se limite a argumentos de autoridade (afirmativos) e não de justificação (explicativos);
- c) a ofensa ao princípio da igualdade, por não observar a dimensão coletiva do direito social que se pretende e não estabelecer princípios isonômicos de distribuição de forma a garantir igual consideração e respeito a todos, privilegiando, imotivadamente, os demandantes em detrimento a todo o restante da coletividade.

Por outro prisma, construtivo, identificamos as seguintes possibilidades (condições) às referidas decisões:

- a) para além de uma perspectiva meramente individualista, representar a decisão judicial democrática de concretização do direito à educação infantil, fundada na integridade e coerência do direito, a resposta adequada ao caso concreto, como resultado de um processo dialógico, estruturante e concretizador de uma efetiva democracia em parceria;
- b) construírem-se nos limites constitucionais as decisões concretizadoras do direito individual à educação infantil em creche, justificando, íntegra, coerente e fundamentadamente os argumentos do caso concreto que levem à conclusão sobre a especial circunstância de ofensa à dignidade que justifique um tratamento especial em face da coletividade (igualdade substancial), vez que, ao contrário do direito ao ensino em pré-escola, esta etapa ainda não constitui parte do núcleo essencial do direito fundamental à educação.

A dialogicidade possibilitará ao Judiciário, que não dispõe de informações suficientes para uma decisão solipsista, nem de meios de concretização idôneos, como bem apontado na pesquisa de Ran Hirschl, com a qual a nossa convergiu, estabelecer, em parceria com as partes e com a própria comunidade, inclusive por seus representantes, e balizado por critérios de integridade do direito, um diálogo responsável, transparente e estruturante, que

conduza à resposta correta, no caso concreto e não genericamente, tendo presente a moral da comunidade ínsita no sistema, expressando um conjunto coerente de princípios, que evidencie a evolução do direito e da sociedade a partir dele.

Esta concepção tem a virtude de tirar a jurisdição do solipsismo e integrá-la em um efetivo modelo de democracia participativa. É mais que dialética estática, é movimento, é efetividade, é construção. É inserir o direito em um contexto real, de facticidade, enfrentando o caso concreto em todas as suas nuances e não apenas em poucas teses discutidas em autos burocráticos, de decisões “recorta, copia e cola”, sem a devida profundidade, e que, em matéria de direitos sociais, como vimos, não apresenta efetividade e democraticidade. Enfim, é em processos dialógicos que vemos a possibilidade de construção de uma resposta adequada, pois não há uma resposta universalizável aqui.

E, claro, o ideal é que este processo dialógico se estruture através de lei, com regras e procedimentos definidos, de forma a garantir sua maior vinculatividade, afinal, ainda não superamos este paradigma. Todavia, como vimos, há plena viabilidade de conciliar instrumentos dialógicos no formato atual, estruturando-se administrativamente procedimentos a exemplos de outros de natureza similar, com atos como: audiências públicas envolvendo todos os interessados, para além das partes, instauração de processos administrativos para acompanhamento da política pública no limite necessário às decisões judiciais, fomento a práticas de transparência e compartilhamento de informações, etc. Dessa forma, é possível formatar um processo em que se concretize um efetivo diálogo institucional para a solução tanto de demandas coletivas quanto individuais, e de forma que seja feita uma cognição que respeite a dimensão coletiva do direito.

Uma teoria da decisão democrática dialógica para o Brasil possibilitará equilibrar a balança entre as forças majoritárias e contramajoritárias, atenuando o fantasma da juristocracia e possibilitando uma atuação judicial proativa. O mérito estaria, também, no fomento à capacitação da comunidade política para resolução de seus problemas, ou, especialmente no que tange ao nosso tema, qualificá-la a encontrar os caminhos de concretização do ideal constitucional de satisfação dos direitos fundamentais sociais prestacionais à educação infantil, de forma a garantir uma igualdade substancial em relação a cada um e a todos os cidadãos. Esta perspectiva do agir judicial é, para nós, a que mais se aproxima da concepção constitucional de democracia de Dworkin, e que endossamos, como um governo em que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja

estrutura, composição e práticas tratem a todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito.

E, ainda que não buscássemos como resposta correta aquela construída no caso concreto, através de diálogos institucionais em processos que primem pela participação e sejam guiados pela integridade e coerência do direito, pois, contrariamente à lógica dissertativa, não iniciamos este ensaio com uma solução preconcebida; ela surgiu. Em verdade, tudo que fizemos foi colher as pedras que fomos tirando do caminho ao longo do estudo e, por si, fez-se aquele castelo teórico que almejávamos quando introduzimos esta jornada. Fica agora o desafio de aprofundar e aperfeiçoar esta ideia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

_____. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Submissão e Juristocracia. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, p.519-527, ago. 2016.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gergélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. rev. Trad. Virgílio Afonso da Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015a.

_____. Princípios Formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios Formais e outros aspectos da teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 03-36.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015b.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. In: MELLO, Cláudio Ari, organizador. **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-104.

ARAÚJO, Wagner Frederico Gomes de. Transparência e controle social na era da internet: uma discussão sobre o Legislativo na América do Sul. In: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Prevenção e combate à corrupção no Brasil: 3º Concurso de Monografias da CGU – Trabalhos Premiados**. Brasília. DF, julho 2009.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09-46.

AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo, et al. (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 43-62.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Limites e Justificação do poder do Estado**. 2. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2015.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **1946**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 5). Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9>. Acesso em: 20 jan. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proteção de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. A função representativa e majoritária das cortes constitucionais. In: ROSA, Alexandre Morais da, et al. (Org.). **Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 159-175.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: cadernos do Centro de Ciências Sociais da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 69-100.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 47-88.

_____. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BENITES, Afonso. Dos 513 deputados na Câmara do Brasil, só 36 foram eleitos com votos próprios. Por quê? **El país**. Brasília, 20 abr. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/politica/1461023531_819960.html>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BICALHO, Rute Nogueira de Moraes; OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de. O processo dialógico de construção do conhecimento em fóruns de discussão. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v.16, n.41, p.469-83, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n41/aop2712.pdf>>. Acesso em: 23 mar 2018.

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e Opinião Pública. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). **Corrupção e sistema político no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 15-42.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e Notas Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Constituição e normatividade dos princípios**: discursos e prefácios. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. A decadência da democracia representativa no Brasil. In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coord.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 262-263.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 16 jul. 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Planalto**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. **Planalto**, Brasília, DF, 14 fev. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. **Planalto**, Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. **Planalto**, Brasília, DF, 11 nov. 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. **Planalto**, Brasília, DF, 04 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015. **Planalto**, Brasília, DF, 15 set. 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc90.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018

_____. **Decreto nº 30.544, de 14 de fevereiro de 1952**. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/decreto-30544-1952-carta-da-organizacao-dos-estados-americanos>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. **Planalto**, Brasília, DF, 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Planalto**, Brasília, DF, 06 nov. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. **Sobre o FUNDEB**. Brasília, DF, [2017?]. Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/financiamento/fundeb/sobre-o-plano-ou-programa/sobre-o-fundeb>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1975. **Planalto**, Brasília, DF, 15 jul. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Planalto**, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. **Planalto**, Brasília, DF, 30 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Planalto**, Brasília, DF, 25 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**, Brasília, DF, 16 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Ministério da Educação. **Resolução nº 5/2009**, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2009b. Disponível em: <http://www.seduc.ro.gov.br/portal/legislacao/RESCNE005_2009.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 957370/SC**, Brasília, DF, 29 de novembro de 2007. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=3577383&num_registro=200702016798&data=20071207&tipo=0>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 718.203/SP**, da Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2005a. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7177054/recurso-especial-resp-718203-sp-2005-0008518-5-stj/relatorio-e-voto-12915391?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF-Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas-Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial-Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel>> (Transcri%C3%A7%C3%B5es)>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797/DF**. Brasília, DF, 15 de setembro de 2005. Relatora: Ministra Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736569/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2797-df>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.772/DF**. Brasília, DF, 29 de outubro de 2008. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2399227>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 410715 SP**, Segunda Turma. Brasília, DF, 22 de novembro de 2005b. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 DF**. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015b. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional nº 18.390**. Brasília, DF, 20 de agosto de 2014a. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4618621>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral de Agravo de Instrumento nº 761908**. Brasília, DF, 24 de maio de 2012. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28761908%2C%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ya6pubbq>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Brasília, DF, 27 de junho de 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 548 – Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a 5 (cinco) anos de idade**. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2017. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

CALGARO, Fernando. Câmara muda Pacote Anticorrupção e aprova punição a juiz e MP. **Globo.com**, Brasília, DF, 30 nov. 2016. G1 Política. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-muda-pacote-anticorruptao-e-aprova-punicao-juiz-e-mp.html>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Devemos temer o "estado de coisas inconstitucional"? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 out. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional#sdfootnote2sym>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOAS. Lei Municipal nº 5.456/2009, de 17 de dezembro de 2009. **Leis Municipais**, Canoas, RS, 17 dez. 2009. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rs/c/canoas/lei-ordinaria/2009/545/5456/lei-ordinaria-n-5456-2009-dispoe-sobre-a-matricula-em-vagas-publicas-para-os-niveis-de-ensino-infantil-e-fundamental-regulares-de-educacao-no-municipio-de-canoas-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CANOAS. Prefeitura é vítima de fraude. **Prefeitura de Canoas**. Canoas, RS, [20--]. Disponível em: <<http://www.canoas.rs.gov.br/acessibilidade/noticia/visualizar/id/118766>>. Acesso em 27 jan. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. In: ROSA, Alexandre Moraes da. **Hermenêutica, Constituição, decisão judicial: estudos em**

homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 373-403.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 32**. Brasília, DF, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/Provimento%20N%C2%BA32.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRAIDY, Carmem; KAERCHER, Gládis Elise P. da Silva. **Educação Infantil para que te quero?** Porto Alegre: Artmed, 2001.

DELLAGNEZZE, René. Escolas do Pensamento Filosófico e Econômico e o Pensamento Positivista e Progressista do Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 18, n. 139, ago. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16181&revista_caderno=15>. Acesso em: 24 ago. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/303110/5/dworkin-ronald---o-direito-da-liberdade-introducao>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jeferson Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Is democracy possible here?** Principles for a New Political Debate. Princeton: Princeton University Press, 2008. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/2735550/dworkin-ronald-is-democracy-possible-here>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

_____. **Justiça para ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, [California], v. 86, p. 453- 458, maio 1998. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1585&context=californialawreview>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos Fundamentais: limites e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUX, Luiz. Setenta anos de história e memória 1935-2005. **Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/deplf.htm>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

GARAVITO, César Rodriguez. Mas allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: LANGFORD, Malcolm et al. (Org.). **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017. p. 98-135.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Gustav Radbruch e seu pensamento em “Cinco Minutos de Filosofia do Direito”. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-22/gustav-radbruch-pensamento-cinco-minutos-filosofia-direito>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **A força da periferia: a luta das mulheres por creches em São Paulo**. Petrópolis: Vozes, 1985.

GÓIS, Fábio. Ayres Britto saúda instituições que impedem desgoverno em balanço de 2017. **Congresso em Foco**, Brasília, DF, 29 dez. 2017. Disponível em: <<http://m.congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ayres-britto-sauda-instituicoes-que-%E2%80%9Cimpedem-desgoverno%E2%80%9D-em-balanco-de-2017-leia-a-entrevista/>>. Acesso em 15 jen 2018.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Direito Humano à educação e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

GORCZEWSKI, Clóvis; PIRES, Francisco Luiz da Rocha Simões. Educação – breve histórico da conquista de um direito fundamental. In: **Direito à educação: a questão da educação com enfoque jurídico**. Clóvis Gorczewski, organizador. Porto Alegre: UFRGS, 2006. p. 11-34.

GONÇALVES, Renata. **A história das creches: A história das creches, jardim-de-infância, escola infantil, escola do tricô, casa dei bambini, o infantário, surge a creche no Brasil**. [S.l., 2010]. Disponível em: <<http://monografias.brasile scola.uol.com.br/pedagogia/a-historia-das-creches.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HITLER, Adolf. *Mein Kampf*. [S.l.: s.n.], 1924.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W.Norton Company, Inc. 1999.

HOUELLEBECQ, Michel. **Submissão**. Tradução Rosa Freire d'Aguiar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Canoas. **Cidades: Panorama**. [Brasília, 200-]. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/canoas/panorama>>. Disponível em: 20 jan. 2018.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilhos Benedette et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 1991.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005 da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2005. v. 1, t. 1. p. 157-178.

_____. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade: instrumentos de direito material e processual**. Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/responsabilidadepenal_EBOOK.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires (Org.). **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas**. Porto Alegre: FMP, 2015. Disponível

em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF> Acesso em: 05. Abr. 2016.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. **Revista mexicana de sociología**, [Cidade do México], v.70, n. 3, jul./sep. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032008000300003>. Acesso em: 01 mar 2018.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política no estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LIMA, Vinicius de Melo. **Teoria hermenêutica da responsabilidade decisória: direitos sociais entre ativismo judicial e decisão jurídica democrática**. Curitiba: Juruá, 2016.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **O direito à igualdade na Constituição Brasileira: comentários ao estatuto da igualdade racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. Tradução Bruno Miragem, Notas da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Interpretação Jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 265-284.

_____. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In: MELLO, Cláudio Ari (Org.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 105-138.

MELLO, Thiago de. Democracia direta, indireta e representativa. **Educação**, [S.l., 2015?]. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/sociologia/assunto/organizacao-social/democracia-direta-indireta-e-representativa.html>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **Inquérito Civil nº 00739.00148/2006**, 2ª Promotoria Especializada de Canoas, 17 ago. 2006.

_____. **Inquérito Civil nº 01411.00057/2013**, Promotoria Regional de Educação de Porto Alegre, 11 de abril de 2013.

MONTORO, André Franco. **Da democracia que temos para a democracia que queremos**. Brasília: Editora Paz e Terra, 1974.

MORAIS, Fausto. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito**. 218f. Dissertação (Mestrado em Direito)– Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2010, São Leopoldo, 2010.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Democracia e representação política ou como escolher dentre “escolhas já escolhidas”. In: TRINDADE, André Karan et al. (Org.). **Direito e Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 209-225.

MOTTA, Francisco José Borges. As condições democráticas de Ronald Dworkin e o instituto da *judicial review*: a democracia é possível aqui? In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires (Org.). **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais: percursos em encruzilhadas**. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 202-236. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. **Levando o direito a sério: uma crítica ao protagonismo judicial**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NÃO” vence com dois terços dos votos válidos. **Notícias Terra**, São Paulo, 23 out. 2005. Referendo. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/referendodesarmamento/interna/0,,OI722137-EI5475,00.html>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e Anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. A Injustiça Extrema e o Conceito de Direito. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios Formais e Outros Aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [Paris], 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. Nova York, 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. Constitucionalismo: origem e evolução histórica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 21, jan./jun. 2013.

PEREIRA, José Mathias. **Reforma do Estado e transparência**: estratégias de controle da corrupção no Brasil. [S.l.], 2002, p. 12. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/1472/4/ARTIGO_ReformaEstadoTransparencia.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2018.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais**: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PORTO, Walter Costa. **1937**. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. (Coleção Constituições Brasileiras, v. 4). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 02 abr. 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

RADBRUCH, Gustav. **El Hombre en el Derecho**. Traducción de Aníbel del Campo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas. **Radiografia da Educação Infantil**. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://portal.TCERS.rs.gov.br/portal/page/portal/TCERSrs/publicacoes/estudos/estudos_pesquisas/radiografia_educacao_infantil_2015/Radiografia_2015.pdf>. Acesso em 25 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação Civil Pública nº 008/5.09.0021696-1**, do Juizado da Infância e Juventude, Canoas, RS, 24 de novembro de 2009.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70064086564**. [Porto Alegre], 21 de setembro de 2015c. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Disponível em:

<<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/236020904/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-70064086564-rs>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 008/2.14.0014939-0**, da 4ª Vara Criminal. Canoas, RS, de 27 de outubro de 2014a.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70064586175**, da 7ª Câmara Cível. Canoas, RS, de 30 de abril de 2015b. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70070522164**, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Canela, RS, 01 de dezembro de 2016. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70050740398**, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Canoas, RS 16 de dezembro de 2015d. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro.

_____. Tribunal de Justiça. **Acolhimento**, Porto Alegre, [20--]. Disponível em: <<http://ijj.tjrs.jus.br/acolhimento#>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Resolução nº 310/2000**, Porto Alegre, RS, 20 de março de 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/administrativa/>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Execução Cível nº 008/5.16.0004896-4**, do Juizado da Infância e Juventude. Canoas, RS, de 31 de outubro de 2016b.

_____. Tribunal de Justiça. **Fase de Cumprimento de Sentença nº 008/5.15.003350-5**, do Juizado da Infância e Juventude. Canoas, RS, de 26 de novembro de 2014b.

_____. Tribunal de Justiça. **Processo nº 008/5.14.0003544-3**, do Juizado da Infância e Juventude de Canoas, 20 de agosto de 2015a.

Rondônia. Tribunal Regional Eleitoral. Entenda qual a diferença entre votos válidos, nulos e brancos. **Jusbrasil**. [Porto Velho], 2011. Disponível em: <<http://ro.jusbrasil.com.br/noticias/2395908/entenda-qual-a-diferenca-entre-votos-validos-nulos-e-brancos>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

Rosa, Pedro Luiz Barros Palma da. Como funciona o sistema proporcional? **Revista Eletrônica EJE**, Brasília, DF, n. 5, ano 3, [2013?]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A construção dialógica das decisões no processo coletivo. **Gen Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em:

<<http://genjuridico.com.br/2017/07/17/construcao-dialogica-das-decisoes-no-processo-coletivo/>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. **Direitos sociais:** efetivação, tutela judicial, fixação de parâmetros para intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017b.

_____. **Ensaio sobre a lucidez.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017a.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133-154.

SCHOLZE, Victor. Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 19, n. 4129, 21 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30277/emprego-da-teoria-da-constituicao-dirigente-adequada-a-realidade-brasileira/1>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

SIFUENTES, Mônica. **Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática. **Publica Direito, [201-]** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

_____. **Dicionário de Hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte (HG): Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 out. 2015a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out->

24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo?>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC**: prestação jurisdicional, Florianópolis, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5. ed., ver., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**, São Pulo, 8 jan. 2015b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

TABORDA, Maren Guimarães; BORGES, Gemaliel Valdovino. Transparência, direito fundamental de acesso e participação na gestão da coisa pública: exposição de motivos ao projeto de lei de processo administrativo no município de Porto Alegre. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anísio Pires (Org.). **Bens jurídicos indisponíveis e direitos transindividuais**: percursos em encruzilhadas. Porto Alegre: FMP, 2015. p. 260-281. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/file/MIOLO%20WEB.PDF>. Acesso em: 21 fev. 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TESSMANN, Erotildes Kniphoff. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade frente às normas constitucionais vogentes no Brasil. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.). **Direito à educação**: a questão da educação com enfoque jurídico. Porto Alegre: UFRGS, 2006. p. 71-98.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do Desarmamento**: fronteiras entre racionalidade e razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O Problema do Conhecimento Prático na Teoria Discursiva do Direito de Alexy. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (Org.). **Princípios Formais e outros aspectos da teoria Discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 37-68.

TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. **Harvard Public Law Working Paper**, [Massachusetts], n. 09-20, 26 mar. 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857>. Acesso em: 25 jan. 2018.

UEQUED, Andrea da Silva. Reponderando o caso Lüth: uma abordagem à luz da teoria da ponderação de Robert Alexy. In: LEAL, Rogério Gesta; GAVIÃO FILHO, Anízio Pires (Org.). **Coletânea do I Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 567-592. Disponível em: <http://www.fmp.com.br/imgs_upload/3%20EBOOK%20seminario%20internacional.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos. Jomtien, Tailândia, 1990. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

VENERIO, Carlos Magno Spricigo. **A concepção de democracia de Hans Kelsen: relativismo ético, positivismo jurídico e reforma política**. Criciúma: UNESC, 2010.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VOTO em branco. **Tribunal Superior Eleitoral**. Brasília, [20--]. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-em-branco>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

WALDRON Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1346-1360, abr. 2006. Disponível em: <https://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S.l.], p. 167-189. 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32492.pdf>> Acesso em: 26 jan. 2018.

XAVIER, José Tadeu Neves. **A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade**. 338 fls. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13169>>. Acesso em: 23 mar 2018.

ZILIO, Rodrigo Lopez. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ANEXO A**TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO**

Pelo presente, autorizo ANDREA DA SILVA UEQUED, mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, em elaboração da dissertação, a compulsar autos de processos judiciais e dados estatísticos do Juizado da Infância e Juventude de Canoas, para estudo de casos, ficando expressamente vedada a veiculação, de qualquer forma, da identificação pessoal dos envolvidos, autorizada a identificação no trabalho do número dos processos, seu conteúdo e decisões, para demonstração da fonte e dos dados analisados. Autorizo, também, a utilização das informações fornecidas no questionário em anexo, subscrito pela signatária.

Canoas, 10 de janeiro de 2018.



ANNIE KIER HERYNKOPF

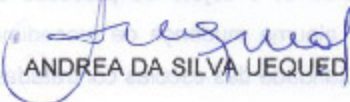
Juíza de Direito.



FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO –
MESTRADO

Em consonância com o TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO anexo, subscrito pela entrevistada, seguem indagações relativas a questões administrativas e jurídicas em relação às demandas de direito prestacional social de educação infantil tramitando no Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Canoas. As indagações são técnicas e estatísticas, não possuindo conotação subjetiva, nem pretendem buscar a opinião da entrevistada sobre os assuntos tratados. As respostas poderão integrar a dissertação intitulada provisoriamente DECISÃO JURÍDICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites da intervenção judicial na concretização de direitos sociais, a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

Canoas, 10 de janeiro de 2018.

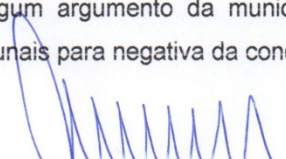

 ANDREA DA SILVA UEQUED

FMP
QUESTIONÁRIO
do Ministério Público

- 1) Em termos estatísticos, o sistema Themis separa os processos relativos à educação infantil? Como são classificados no sistema? Há outras demandas classificadas sob a mesma denominação?
- 2) Qual o percentual (ainda que aproximado) de demandas de pedidos de vaga em educação infantil tramitam na Vara? Qual o número total de feitos?
- 3) É possível definir, ainda que aproximadamente, quantas vagas foram concedidas anualmente nos anos de 2014 a 2017? E quantas entradas de processos desta natureza ocorreram?
- 4) Tem sido reconhecida alguma idade mínima para concessão da vaga?
- 5) E com relação ao turno integral? O que os Tribunais vêm entendendo relativamente ao Município de Canoas?
- 6) Houve, há alguns anos, uma organização criminosa no Município para locupletamento indevido com base em verbas municipais bloqueadas em processos judiciais de concessão de vaga em escola de educação infantil, o que, inclusive, é objeto de processo crime. A partir dessa experiência houve alguma mudança de procedimento no que tange à verificação da regularidade das escolas contratadas? Elas são avaliadas judicialmente no que tange à sua regularidade para recebimento de verbas públicas? E quanto à regularidade para funcionamento? E quanto ao efetivo funcionamento?
- 7) Há informações de qual o percentual atual do orçamento municipal investido na educação infantil? Para as decisões judiciais dos Tribunais em relação às demandas do Município estes dados tem demonstrado alguma relevância?



- 8) Há algum procedimento permanente que viabilize acesso aos dados do Município e diálogo sobre a efetivação da política pública?
- 9) Qual é a forma de execução destas decisões? Há bloqueio de valores? Como se dá este procedimento, em regra? Quem administra estes valores bloqueados? De que forma?
- 10) Há algum levantamento estatístico de qual o valor total bloqueado anual ou mensalmente nos anos de 2014 a 2017?
- 11) Há alguma regra, ou parâmetro de valores, referendado pelos Tribunais, em relação à verba honorária nestes processos?
- 12) Há alguma investigação da situação fática dos requerentes para concessão do direito?
- 13) Há, nos feitos, algum argumento da municipalidade que tenha sido acolhido pelos Tribunais para negativa da concessão do direito?



ANNIE KIER HERYNKOPF
Juíza de Direito

QUESTIONÁRIO ANDREA UEQUED

1- Não há separação no sistema. Os feitos relativos à educação infantil têm sido cadastrados como ações ordinárias (natureza), "outros cíveis (criança/adolescente autor)" (classe). Quando o pedido parte do Ministério Público são distribuídos como ação civil pública (natureza e classe). Sim, existem outras demandas classificadas sob a mesma denominação.

2- Existem 8.282 processos em tramitação na data de hoje (22/01/2018), sendo que 6.971, ou seja, cerca de 84% são ações ordinárias da classe "outros cíveis". Em que pese a existência de processos que não tratam de educação infantil dentro da classe "outros cíveis", pela observação empírica, acredita-se que estes representam percentual desprezível. Assim, é possível afirmar que pelo menos 80% dos processos em tramitação neste Juizado, tratam de educação infantil.

3- Em consulta ao sistema themis (de janeiro de 2014 a dezembro de 2017), obteve-se o número de 14.512 entradas de ações ordinárias da classe "outros cíveis". Considerando-se que a procedência do pedido (concessão de vaga em escola infantil), seja em primeiro grau ou em recurso, tem sido obtida na integralidade dos casos, pode-se estimar que o número de vagas concedidas, no período, se aproxima do número de processos iniciados na classe acima nominada.

4- Não, os pedidos têm sido procedentes para crianças de 0 a 6 anos incompletos.

5- De forma geral, da observação cotidiana, é possível afirmar que o TJRS tem concedido o pedido de turno integral. Não há notícias de processos deste Juizado em tramitação nos Tribunais Superiores, com exceção da Ação Civil Pública que tratou da matéria, no viés coletivo.

6- Não tenho condições de informar se houve mudanças de procedimento, na medida em que passei a ser titular do Juizado em data posterior. O procedimento normal é o de exigir a juntada de três orçamentos, liberação de alvará e posterior prestação de contas, com vista à parte contrária e Ministério Público. No caso de prestação de contas irregular, o assunto é encaminhado ao MP para as providências que entender cabíveis. As questões relativas ao funcionamento/regularidade das escolas alvo de bloqueio judicial não têm sido discutidas nos feitos. Quando, eventualmente, algum questionamento é levantado pelas partes/MP, o assunto é debatido no momento da prestação de contas. Se a questão não é resolvida nos próprios autos, como já afirmado acima, o assunto é encaminhado ao MP.

7- Não disponho de dados para responder a tal questão.

8- Além das ações individuais de pedido de vaga em escola infantil, não há outros processos relativos à educação infantil tramitando neste Juizado. Entretanto, esta magistrada sempre esteve disponível para tratar do assunto de forma extrajudicial, já tendo travado algumas reuniões com representantes do Município de Canoas, bem como no âmbito da Coordenadoria da Infância e Juventude do TJRS, com a participação do MP, sem que se tenha obtido qualquer avanço na matéria.

9- A execução das decisões se dão a partir da antecipação de tutela deferida (na fase de conhecimento) ou da sentença de procedência (processo de cumprimento de sentença). Em ambos os casos, o descumprimento da decisão pode gerar o bloqueio de valores para compra da vaga na rede particular de ensino, mas somente no caso de a vaga não ser disponibilizada na rede pública. Os bloqueios se dão a partir da apresentação de

orçamentos, sendo deferido alvará de levantamento ao representante legal da criança, com posterior prestação de contas.

10- Não.

11- Tenho fixado verba honorária com fundamento no art. 85, §5º, por apreciação equitativa. Geralmente, tem ficado no patamar de R\$400,00. Observo que quando se identifica o ajuizamento de ações separadas para irmãos, tenho determinado a reunião dos feitos, evitando-se o trabalho cartorário e fixação de honorários de forma desnecessária.

12- Não compreendi a pergunta

13- Até o momento, não observei acolhida de teses defensivas, mas posso responder apenas informalmente, pois não analisei todos os recursos já julgados. Não me recordo de alguma ocasião em que não tenha sido determinada a concessão de vaga.

ANEXO B

Canoas, 23 de janeiro de 2018.

Exmo. Sr. Luiz Carlos Busato,
 DD. Prefeito Municipal,
 Canoas, RS.

 **PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS**
 Gabinete do Prefeito
 Protocolo Nº 058
 Data: 23/01/18

Apraz-me cumprimentá-lo e, na oportunidade, informar-lhe que a signatária está elaborando dissertação de mestrado com foco na judicialização da educação infantil, com título provisório de **DECISÃO JURÍDICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites da intervenção judicial na concretização do direito social à educação infantil**, a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.


O estudo tem como foco a realidade do Município de Canoas e, além da análise teórico-filosófica, busca traçar, através de dados empíricos, a forma de execução da política pública e o impacto da intervenção judicial no planejamento de gestão deste Município. É objetivo final traçar critérios democráticos, especialmente dialógicos, que conciliem a jurisdição constitucional com o processo de construção social da comunidade.

Para tanto, como não localizei os dados necessários no sítio do Município, solicito as informações elencadas no questionário em anexo, acompanhadas de comprovações documentais como planilhas, relatórios, etc., bem como a indicação, por V.Exa., de servidor que possa esclarecer, de forma célere, eventuais dúvidas através de meios rápidos de comunicação (telefone, WhatsApp, e-mail, etc.).

Destaco a urgência do acesso às informações em face dos prazos afetos à conclusão da dissertação, indicando para retorno o e-mail: andreauequed@mprs.mp.br.

Certa de que o interesse na formatação de meios democráticos de resolução destas demandas sociais é mútuo, conto com sua colaboração.

Atenciosamente,


 ANDREA SILVA UEQUED.

PREF. MUN. CANOAS
 Alvaro Santos
 Matr. 52863


QUESTIONÁRIO

Preliminarmente: o presente questionário refere-se aos anos de 2014 a 2017, pelo que devem os dados ser fornecidos separadamente. Caso não haja dados compilados, indicar este fato e o motivo da ausência de registro.

- 1) Qual o número anual total de inscritos para vagas em escolas de educação infantil?
- 2) Qual o número anual de vagas concedidas pelo Município em escolas municipais? Qual o número de vagas compradas na rede privada pelo Município? Qual o número de vagas em escolas conveniadas? Há forma remanescente de atendimento à demanda?
- 3) Destes números indicados no item 2, quantos se referem a vagas concedidas por determinação judicial em escolas municipais? Quantos na rede privada? E na rede conveniada? E em outro estabelecimento?
- 4) Qual o valor anual bloqueado judicialmente para atendimento da demanda de educação infantil? Qual o custo médio das vagas deferidas judicialmente através de bloqueio de valores? Qual é o custo em termos percentuais no total afeto à educação infantil?
- 5) Qual o valor anual em termos absolutos e percentuais investidos na educação infantil? Quanto representa do orçamento anual da educação? E quanto representa do orçamento anual do município?
- 6) Houve, há alguns anos, uma organização criminosa no Município para locupletamento indevido com base em verbas municipais bloqueadas em processos judiciais de concessão de vaga em escola de educação infantil, o que, inclusive, é objeto de processo crime. Há alguma forma de controle pelo Município da execução das vagas deferidas por

bloqueio de valores? As escolas contempladas judicialmente possuem alguma fiscalização municipal?

- 7) Considerando que os dados da educação informados pelo Tribunal de Contas ao Judiciário indicam que a política pública afeta à educação infantil não vem, ao longo dos anos, demonstrando o compromisso da administração com sua estruturação, e que não se observa contundente contestação nos processos individuais em relação a este argumento, é possível indicar se nos anos em referência, houve melhorias na oferta de educação infantil? Caso positivo, quais as causas da ausência de evidência empírica deste fato?
- 8) No campo da transparência, os dados da educação infantil são diretamente acessíveis pelos demais Poderes (Legislativo e Judiciário)? Como?
- 9) Qual a forma de atenção à política pública atualmente? Houve ampliação da oferta de vagas anualmente no período analisado?
- 10) Vislumbra o Município algum espaço dialógico que possa conciliar a jurisdição constitucional com o processo de construção social da comunidade? Qual?
- 11) Outros dados que se julgar relevantes.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Ofício nº 132, de 2018 – GP

Canoas, 23 de março de 2018.

A Senhora
Andrea Silva Uequet

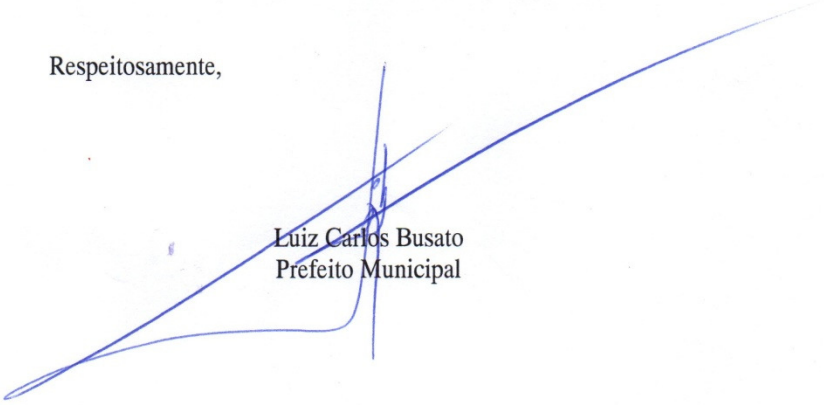
Assunto: **Resposta a correspondência.**

Senhora,

Ao cumprimentá-la, cordialmente, venho pelo presente acusar o recebimento do documento, a fim de atender ao solicitado encaminho as informações em anexo.

Sendo o que se apresentava para o momento, reitero os protestos de estima e consideração.

Respeitosamente,



Luiz Carlos Busato
Prefeito Municipal



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Cont. Ofício nº 132, de 2018 – GP

Em resposta ao estudo solicitado, para fins de elaboração de dissertação de mestrado, com foco na judicialização da educação infantil, constante no Processo 2018003695, temos a informar o seguinte:

1) Qual o número anual total de inscritos para vagas em escola de educação infantil?

No ano de **2017** o total de inscritos para vagas na Educação Infantil foi de 7.376, sendo que 2.059 inscrições foram para a pré-escola e 5.317 foram de creche.

No ano de **2016**, o total de inscritos para vagas na Educação Infantil foi de 7.579, sendo que 2.022 inscrições foram para a pré-escola e 5.557 foram de creche.

No ano de **2015**, o total de inscritos para vagas na Educação Infantil foi de 7.702, sendo que 3.108 inscrições foram para a pré-escola e 4.594 foram de creche.

No ano de **2014**, o total de inscritos para vagas na Educação Infantil foi de 2.714, sendo que 790 inscrições foram para a pré-escola e 1.924 foram de creche.

2) Qual o número anual de vagas concedidas pelo Município em Escolas Municipais? Qual o número de vagas compradas na rede privada pelo Município? Qual o número de vagas em escolas conveniadas? Há forma remanescente de atendimento à demanda?

No ano de **2017** a capacidade total do Município foi de 8.394 alunos, sendo que 5.478 em rede própria, 2.139 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 777 em rede privada.

No ano de **2016** a capacidade total do Município foi de 8.348 alunos, sendo que 5.474 em rede própria, 2.098 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 776 em rede privada.

No ano de **2015** a capacidade total do Município foi de 6.880 alunos, sendo que 4.339 em rede própria, 1.462 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 1.079 em rede privada.

No ano de **2014** a capacidade total do Município foi de 5.116 alunos, sendo que 3.274 em rede própria, 1.201 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 641 em rede privada.

3) Destes números indicados no item 2, quantos se referem a vagas concedidas por determinação judicial em Escolas Municipais? Quantos na rede privada? E na rede conveniada?

No ano de **2017** foram matriculados, após ter determinação judicial 1.263 alunos, sendo 777 em rede própria, 349 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 137 em rede privada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Cont. Ofício nº 132, de 2018 – GP

No ano de **2016** foram matriculados após ter determinação judicial 374 alunos, sendo 117 em rede própria, 87 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 170 em rede privada.

No ano de **2015** foram matriculados após ter determinação judicial 1.112 alunos, sendo 698 em rede própria, 246 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 168 em rede privada.

No ano de **2014** foram matriculados após ter determinação judicial 88 alunos, sendo 60 em rede própria, 13 em Associações Filantrópicas/Conveniadas e 15 em rede privada.

4) Qual o valor anual bloqueado judicialmente para atendimento da demanda de educação infantil? Qual o custo médio das vagas deferidas judicialmente através de bloqueio de valores? Qual é o custo em termos percentuais no total afeto à educação infantil?

5) Qual o valor anual em termos absolutos e percentuais investidos na educação infantil? Quanto representa do orçamento anual da educação? E quanto representa do orçamento anual do município?

	2014	2015	2016	2017
Valor bloqueado judicialmente para atendimento da demanda de vagas em educação infantil no exercício	R\$ 268.813,54	R\$ 63.290,24	R\$ 70.610,28	R\$ 706.674,39
Valor bloqueado judicialmente para atendimento da demanda de vagas em educação infantil exercícios anteriores	R\$ 183.994,33	R\$ 9.725,00	R\$ 60.109,84	R\$ 241.992,30
Valor total bloqueado judicialmente para atendimento da demanda de vagas em educação infantil	R\$ 452.807,87	R\$ 73.015,24	R\$ 130.720,12	R\$ 948.666,69
Custo médio das vagas deferidas judicialmente através de bloqueio de valores	181 bloqueios 1.485,16	37 bloqueios 1.710,55	86 bloqueios 821,05	404 bloqueios 1.749,19
Custo médio das vagas deferidas judicialmente através de bloqueio de valores referente a exercícios anteriores	134 bloqueios 1.373,03	5 bloqueios 1.945,00	41 bloqueios 1.466,09	190 bloqueios 1.273,64
Custos percentuais relativos aos bloqueios judiciais em relação ao valor destinado para educação infantil	0,9865771%	0,1476959%	0,2150937%	1,6139904%
Valor anual investido na educação infantil (com base nas despesas empenhadas)	R\$ 45.896.856,48	R\$ 49.436.198,00	R\$ 60.773.582,71	R\$ 58.777.715,32
Percentuais investidos em educação infantil em relação ao orçamento da educação	20,8652238%	19,3394264%	19,7620574%	18,2479938%
Percentuais investidos em educação infantil em relação ao orçamento do município	3,7911190%	3,7714009%	3,8725698%	3,8897997%
Despesas empenhadas no município				
	R\$ 1.210.641.395,36	R\$ 1.310.817.893,87	R\$ 1.569.334.744,79	R\$ 1.511.073.044,85
Despesas empenhadas na educação				
	R\$ 219.968.196,22	R\$ 255.623.910,68	R\$ 307.526.537,99	R\$ 322.105.080,98
Despesas empenhadas na educação infantil				
	R\$ 45.896.856,48	R\$ 49.436.198,00	R\$ 60.773.582,71	R\$ 58.777.715,32



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Cont. Ofício nº 132, de 2018 – GP

6) Houve, há alguns anos, uma organização criminosa no Município para locupletamento indevido com base em verbas municipais bloqueadas em processos judiciais de concessão de vaga em escola de educação infantil, o que, inclusive, é objeto de processo crime. Há alguma forma de controle pelo Município da execução das vagas deferidas por bloqueio de valores? As escolas contempladas judicialmente possuem alguma fiscalização municipal?

7) Considerando que os dados da educação informados pelo Tribunal de Contas ao Judiciário indicam que a política pública afeta à educação infantil não vem, ao longo dos anos, demonstrando o compromisso da administração com sua estruturação, e que não se observa contundente contestação nos processos individuais em relação a este argumento, é possível indicar se nos anos em referência, houve melhorias na oferta de educação infantil? Caso positivo, quais as causas de evidência empírica deste fato?

9) Qual a forma de atenção à política pública atualmente? Houve ampliação da oferta de vagas anualmente no período analisado?

A atual Administração, logo que assumiu, implementou uma Comissão de Educação Infantil com servidores de diversas secretarias, para universalizar o acesso à Educação Infantil. Primeiramente, fez uma análise situacional para entender como se organizava e se estruturava a rede.

Cabe aqui ressaltar que esta etapa não foi simples nem rápida, pois o Município não contava com nenhum banco de dados sistematizado, quanto mais informatizado, com informações referentes à Educação Infantil. Os dados levantados nas questões anteriores foram sistematizados já nesta gestão, que tem em seu planejamento a informatização de tudo, a médio prazo.

Após o levantamento de dados, a gestão pôde então analisar a rede e identificar os nós críticos a serem desatados, o que o planejamento norteou e a Administração vem executando.

Um dos nós críticos identificados foi a do alto número de vagas compradas em rede privada ou filantrópica, o que representa uma diminuição no valor recebido por aluno em relação ao que está matriculado na rede pública.

Este dado levou à gestão a decidir, em um primeiro momento, por não aumentar o número de vagas compradas e investir na criação de vagas na rede própria, que tem financiamento pleno do FUNDEB. Além disso, determinou que além da construção das novas unidades, todas as escolas de Educação Infantil deveriam ser reformadas e ampliadas, quando possível, em aproveitamento das estruturas administrativas, visando respeitar o princípio da economicidade das finanças do Município.

Do planejamento da Comissão de Educação Infantil, feito em 2017, estão as seguintes fases:

1 – Análise situacional (vagas oferecidas, demanda manifesta e demanda não atendida, com projeção de demanda ao longo dos próximos anos, a partir dos dados do IBGE).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Cont. Ofício nº 132, de 2018 – GP

- 2 – Melhorias e ampliação da rede própria de Educação Infantil (em andamento):
- mais de R\$ 7 milhões em obras em 2017 (parte finalizada e parte em andamento);
 - Criação de 480 vagas, representando 9% de ampliação na rede própria ainda em 2017;
 - Ampliação das escolas de Educação Infantil (projeção de ampliação de até 5.000m², ou cerca de 100 novas salas de aula, além de outras dependências).
- 3 – Retomada de obras paralisadas na Administração anterior:
- As quatro obras foram repactuadas com o Governo Federal e estão em fase de lançamento de edital de licitação para reinício de obras (2 delas) e início de obras (nas outras 2).
- 4 – Construção de novas escolas:
- A administração estuda as áreas com maior demanda atual e as que têm projeção de crescimento, para a construção de novas escolas de Educação Infantil. Oito áreas já foram reservadas e estão cadastradas no FNDE à espera de financiamento federal.

8) No campo da transparência, os dados da educação infantil são diretamente acessíveis pelos demais Poderes (Legislativo e Judiciário)? Como?

Todos os dados referentes às contas públicas constam do Portal da Transparência e o Ministério Público conta ainda com acesso ao Módulo de Virtualização de Processos (MVP).

10) Vislumbra o Município algum espaço dialógico que possa conciliar a jurisdição constitucional com o processo de construção social da comunidade? Qual?

A atual administração entende que a busca de soluções deve ser conjunta entre poderes governamentais e sociedade. Neste sentido, tem desde o início de 2017 buscado diálogo com Ministério Público, Judiciário e outros setores da sociedade, para que todos tenham conhecimento do atual andamento das políticas públicas e os seus desafios, orçamentários, estruturais, sociais e culturais.

11) Outros dados que se julgar relevantes.

O custo médio de uma vaga na Educação Infantil, na rede pública municipal, em 2017, é de R\$ 6.344,90 (foram considerados todos os empenhos com exceção da compra de vagas, cabendo informar que é um dado apenas estimado).

O que retornou em percentual para o Município, das vagas da infantil é 15,67% do repasse do FUNDEB 2017.

O número total de alunos inscritos para vagas na Educação Infantil em 2018 é 7.376 crianças.

Cabe informar que estamos zerando os inscritos na modalidade pré-escola no exercício 2018.

Não temos como precisar o número do passivo real de crianças necessitando de vagas, considerando que muitos pais optam por outras vias, que não a estabelecida no edital de inscrições, tornando impossível precisarmos tais dados.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Gabinete do Prefeito

Cont. Ofício nº 132, de 2018 – GP

Em 2016 o número de inscritos na modalidade creche foi 5.557, sendo atendidos inscritos 1.516. Na pré-escola foram inscritos 2.022, sendo inscritos atendidos 1.767.

A tabela de retorno do FUNDEB, por tipo de vaga atualizada, na **rede pública** é: creche e pré-escola (integral) - R\$ 5.389,36, creche e pré-escola (parcial) - R\$ 4.145,66 e na **rede conveniada (filantrópicas)** é creche (integral) - R\$ 4.560,23 e creche (parcial) - R\$ 3.316,53.

Até a data de 09/02/2018, em conformidade com o Edital nº 260/2017, o número de inscritos na modalidade creche foi de 5.317, sendo chamados 1.517 alunos, representando 28,53% em chamamentos. Na modalidade pré-escola, foram inscritos 2.058 crianças, sendo chamados 2.025 alunos, representando 100% em chamamentos.

Em 2017, foram matriculados pelo município (rede própria, conveniada e contratada) 3.251 alunos (1.509 creche e 1.742 pré-escola) de todas as portas de entrada, via inscrição do edital público e de decisões judiciais.

ANEXO C

1



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Pelo presente, autorizo ANDREA DA SILVA UEQUED, mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, a compulsar os autos do IC nº 008.2.14.0014939-0 e seus apensos, da 4ª Vara Criminal de Canoas, podendo, sem identificação das partes, extrair cópias e utilizar os dados nele constantes para subsidiar pesquisa que poderá integrar a dissertação intitulada provisoriamente **DECISÃO JURÍDICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites da intervenção judicial na concretização de direitos sociais**, a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* suprarreferido.

Canoas, 21 de março de 2018.


EDA SALETE ZANATTA DE MIRANDA
Juíza de Direito

ANEXO D

1

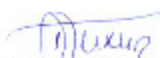


**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Pelo presente, autorizo ANDREA DA SILVA UEQUED, mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, a compulsar os autos dos ICs nº01411.00057/2013 e 01411.00120/2016, relativos à política pública de educação infantil do Município de Canoas, podendo extrair cópias e utilizar os dados ne e constantes para subsidiar pesquisa que poderá integrar a dissertação intitulada provisoriamente DECISÃO JURÍDICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: possibilidades e limites da intervenção judicial na concretização de direitos sociais, a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* suprarreferido.

Canoas, 10 de janeiro de 2018.


DANIELLE BOLZAN TEIXEIRA
Promotora de Justiça – PREDUC/POA

ANEXO E



**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

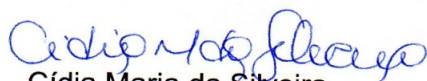
TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

Pelo presente, autorizamos ANDREA DA SILVA UEQUED, mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, em elaboração da dissertação, a utilizar as informações fornecidas na entrevista em anexo, para subsidiar a pesquisa intitulada **DECISÃO JURÍDICA E DIREITOS SOCIAIS: possibilidades e limites da intervenção judicial democrática na concretização do direito à educação infantil.**

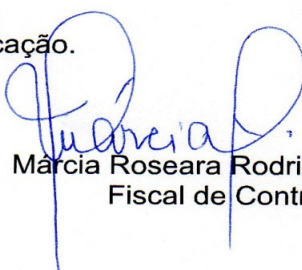
Canoas, 08 de maio de 2018.



Eliane Freitas Escobar,
Secretária Municipal de Educação.



Cidia Maria da Silveira,
Assessora Pedagógica.




Márcia Roseara Rodrigues,
Fiscal de Contratos.



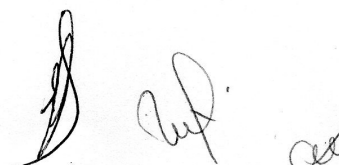
**FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

Aos 08 dias do mês de maio de 2018, às 11h, na Secretaria Municipal de Educação de Canoas, foi efetuada pela mestrandia Andrea da Silva Ueque entrevista com Eliane Freitas Escobar, Secretária de Educação, Cídia Maria da Silveira, Assessora Pedagógica e Márcia Roseara Rodrigues, Fiscal de Contratos e ex-diretora da Educação. Indagadas sobre a evolução histórica e as particularidades do processo de inscrição para a educação infantil do Município, as entrevistadas destacam que acompanharam todo este processo evolutivo, como servidoras públicas lotadas na Secretaria de Educação, destacando, inicialmente, que a administração das creches veio para a Secretaria de Educação em 1999, pois antes pertencia à Secretaria de Saúde, com o forte olhar do cuidar e apenas resquícios do educar. Nesta época, as inscrições eram feitas diretamente na escola, com filas enormes de pais que aguardavam a abertura das inscrições, em data específica, sendo selecionados conforme ordem de inscrição. Aguardavam, muitas vezes, por dias na fila. A documentação era avaliada na Secretaria, dando-se preferência às mães que trabalhavam e às famílias que tinham a menor renda *per capita*, com comprovação periódica na escola acerca do trabalho materno, ainda que informal. Até 2008 as inscrições eram feitas nas escolas e, então, foi efetuada uma reorganização, em 2009, com o procedimento sendo deslocado para as Subprefeituras, pois a cidade foi dividida em quatro quadrantes, tendo, respectivamente, quatro Subprefeituras. O procedimento era o mesmo, todavia não mais nas escolas. Antes de 2009 havia análise da ficha e, neste ano, passou-se a fazer sorteio das vagas. Entre 2013 e 2014 as inscrições passaram a ser feitas pela internet, com a alternativa presencial nas

Subprefeituras. Para o Jardim de Infância, as crianças eram classificadas pela ordem de inscrição, e como a inscrição abria à meia noite, somente os quem tinham esta disponibilidade acessavam as primeiras vagas. Assim, quando os pais chegavam à Subprefeitura, pela manhã, poucas vagas restavam, ou nenhuma. Este procedimento de efetivação nas Subprefeituras dificultava o acesso aos mais vulneráveis, pois chegavam muitas vezes sem a documentação, vindo de forma precária, em carroças, e não conseguindo fazer a inscrição pela falta de documentação correta. Em uma época tinha que trazer até declaração de imposto de renda. Desta forma, quem tinha toda a documentação correta, organizada, mesmo que não tão necessitado, tinha a garantia da vaga. Em 2017, houve uma nova modalidade, realizada pela internet, mas somente de forma presencial, com todos tendo acesso no mesmo horário, sendo instalados dois postos de atendimento no Bairro Mathias Velho e Guajuviras, em regiões necessitadas, com uma estrutura diferenciada para que todos os pais que chegassem tivessem atendimento. A realidade anterior fez com que discutissem a necessidade de ter postos nas regiões mais vulneráveis, o que foi feito. Fizeram ampla divulgação e pensaram em todas as dificuldades que os pais e responsáveis tinham para fazer a inscrição. O grupo de estudos mapeou tudo, como casos de avós que cuidam de netos, mas não dispõem de certidão, por exemplo, colocando em cada posto alguém para orientar como proceder nestes casos. Verificaram que havia crianças inscritas mais de uma vez, em diversos lugares, e, assim, foi criado um sistema que cruza os dados e não possibilita mais de uma inscrição, para que a mesma criança não concorresse mais de uma vez. O processo foi bastante transparente. Trabalharam nos finais de semana e feriados, assim como até às 19h, para permitir aos pais trabalhadores o acesso. Antes era das 8h às 17h e não nos finais de semana ou feriados. No único local que não tinha acessibilidade, oportunizaram um veículo para, se o pai não quisesse descer, pudesse ser levado até outro posto. Destacam que quanto ao ensino fundamental a central de vagas é do Estado. Após a inscrição, como não podem organizar por vulnerabilidade, fizeram sorteio público, aberto a toda a comunidade. O sorteio durou uma semana. Até 2016 havia sorteio para creche,



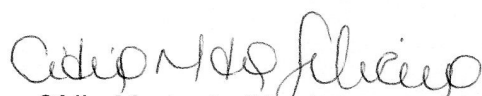
pois pré-escola era por ordem de inscrição. Em 2017, o sorteio foi bem mais transparente. De 2009 até hoje houve um grande aumento na procura por escola infantil, creditando isto ao excelente trabalho pedagógico que é oferecido nas instituições, tanto que não se vê a diferença em quem busca a vaga entre quem tem dificuldades financeiras ou níveis elevados. Muitas pessoas com excelentes condições financeiras buscam acesso na educação infantil pública. Até pelo número de denúncias, pode-se verificar que são muito mais intensas em escolas particulares do que nas públicas de educação infantil. Em 2017 passaram a ampliar a assessoria pedagógica, que toda semana está nas escolas, fazendo intervenção com o professor, e ampliaram a estrutura de psicomotricidade. Isto faz com que muitas famílias com condições procurem o atendimento, ficando claro isto no atendimento administrativo feito. Não possuem dúvida de que o atendimento é melhor nas escolas públicas do que nas particulares. Em 2016, com a obrigatoriedade de matrícula em pré-escola, passou-se a seguir a ordem de inscrição na internet. Em 2018, todas as crianças inscritas para pré-escola estão matriculadas, exceto as que foram chamadas e não quiseram a vaga. Está havendo um trabalho árduo para ampliar as vagas em creches. Destacam, porém, o diferencial da Cidade de Canoas em relação às demais do Estado quanto ao número de EMEIs. Canoas possui 40 escolas de educação infantil e mais 7 conveniadas, o que é bastante comparado com Porto Alegre, por exemplo, onde são aproximadamente 27 EMEIs e outras conveniadas. Além do número expressivo, Canoas possui projeto de ampliação. O credenciamento de escolas privadas está sempre aberto às escolas de educação infantil, sendo as vagas adquiridas de acordo com a necessidade e disponibilidade. Com relação à fiscalização das escolas que se cadastram pelo Conselho Municipal de Educação, afirmam que é bastante rigoroso, com verificação de alvará de localização e da vigilância sanitária, PPCI, além de toda a questão pedagógica, Regimento, espaços e atendimento à Resolução Municipal nº 17/2014. São feitas fiscalizações semanais nas escolas. Por fim, no que tange ao diálogo institucional, relembram um Fórum em que foi destacado o diálogo entre o Município e a



Justiça em Pelotas e Novo Hamburgo, com uma melhor solução para as demandas de educação infantil. Nada mais.


Andrea Silva Ueque,
Mestranda.


Eliane Freitas Escobar,
Secretaria Municipal de Educação.


Cidia Maria da Silveira,
Assessora Pedagógica.


Márcia Roseara Rodrigues,
Fiscal de Contratos.