
REUTERS. *Fact check: Minneapolis building on fire is apartment complex, not police precinct.*

29/05/2020: <https://www.reuters.com/article/uk-factcheck-fire-building-mn-idUSKBN23537D>

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo – razão e emoção.** São Paulo: Edusp, 2002.

THE NEW YORK TIMES. *How George Floyd Was Killed in Police Custody.* Published May 31, 2020.

UOL. **Manifestações antirracistas entram no décimo segundo dia nos EUA e no mundo: a repercussão do caso George Floyd colocou em evidência a questão da brutalidade policial nos Estados Unidos.** 06/06/20. Disponível: https://cultura.uol.com.br/noticias/9160_manifestacoes-antirracistas-entram-no-decimo-segundo-dia.html

USA TODAY. *Fact check: George Floyd's death ruled a homicide, not fentanyl overdose.* April, 2021. Disponível: <https://www.usatoday.com/story/news/factcheck/2021/04/21/fact-check-george-floyd-autopsy-ruled-his-death-homicide/7317557002/>

Ativismo judicial, judicialização de políticas públicas e direito à educação

Judicial activism, judicialization of public policies and right to education

Antônio Augusto Barreira de Oliveira Farah¹

Liliane Mageste Barbosa²

RESUMO

O artigo objetiva conceituar o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas. Essa análise será contextualizada em precedentes relacionados ao direito à educação, notadamente ações judiciais que buscam implementação/control de políticas públicas relacionadas à obtenção/disponibilização de vagas em creches e pré-escolas e a prática do “homeschooling”. Demonstrou-se, a partir de uma metodologia dedutiva, os limites da expansão do Poder Jurisdicional para manutenção da higidez do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Ativismo Judicial; Judicialização; Políticas Públicas; Creche; Educação Domiciliar.

ABSTRACT

This article aims to conceptualize judicial activism and judicialization of public policies. This analysis will be contextualized in precedents related to the right to education, notably legal actions that seek implementation/control of public policies related to securing/providing vacancies in day-care centers, preschools and the practice of homeschooling. From a deductive methodology, the limits of the expansion of the Judicial Power to support the health of the Democratic State of Law were demonstrated.

KEYWORDS

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil. Assessor de Magistrado - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Ponta Grossa/PR, Brasil. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Curitiba/PR, Brasil. Professor da Sociedade Educativa e Cultural Amélia, Ponta Grossa/PR, Brasil. Endereço eletrônico: augbarreira@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1452677182422706>

² Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP, São Paulo/SP, Brasil. Defensora Pública do Estado de São Paulo, Itaquaquecetuba/SP, Brasil. Endereço eletrônico: lili_mageste@yahoo.com.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2959280329967654>

Judicial Activism; Public Policies; Judicialization; Day-Care; Homeschooling.

1. Introdução

A ascensão do Estado de Bem-Estar Social a partir do século XX criou para o poder público a tarefa de promover direitos fundamentais e sociais. Exige-se do Estado uma atuação positiva voltada à implementação de políticas públicas que assegurem à população o gozo de direitos sociais, como saúde, educação, dentre outros.

Neste contexto, a partir da segunda metade do século XXI surge o fenômeno do neoconstitucionalismo, em que se observa o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais e a busca da força normativa da Constituição, que se espraiou pelo ordenamento jurídico e impõe sua releitura à luz de suas disposições e dos direitos e garantias fundamentais nela previstos, implementando-se Estados Constitucionais e Estados Democráticos de Direito.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 implementou este modelo, eis que assume o papel de lei suprema do Estado, dispõe sobre a organização política e administrativa dos três entes federativos e dos demais poderes, prevê extenso rol de direitos fundamentais, sociais, políticos, além de estabelecer as regras do processo legislativo e sistemas de controle.

O Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, da CR/88³, exerce a função de árbitro das regras do jogo que estão estabelecidas na Constituição. Ao Poder Judiciário, portanto, não cabe mais o papel de “juiz boca da lei”⁴ mas de guardião da lei suprema, interpretando-a com definitividade.

Neste contexto neoconstitucionalista, iniciou-se um debate nos Estados Unidos, que se espalhou por outros países a exemplo do Brasil, acerca de juízes ativistas que decidiam de

3 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).

4

modo criativo e incorporavam inovações no sistema jurídico baseados em concepções próprias. Cunhou-se, então, a expressão “ativismo judicial”.

Se, de um lado, é preciso ressaltar que já não é mais cabível o papel do juiz robotizado, cuja função seria repetir o que está na lei, de outro percebemos o avanço da utilização de princípios e conceitos indeterminados para fundamentar decisões que desprezam a literalidade das disposições constitucionais ou legais e trazem inovações ao ordenamento, agigantando o Poder Judiciário em face dos demais poderes, e causando, assim, um desequilíbrio não albergado na Constituição.

Neste cenário, temos o avanço da judicialização de políticas públicas, em especial em democracias fragilizadas, em que o acesso à direitos positivados depende da atuação do Poder Judiciário. O desafio é diferenciar os fenômenos da judicialização da política e ativismo para garantir a realização de direitos fundamentais sem indevida incursão do Poder Judiciário na esfera de competências de outros poderes.

É imprescindível, desta forma, a análise acerca da judicialização das políticas públicas mediante utilização de ações coletivas e individuais e os eventuais limites da judicialização. Neste artigo, a abordagem será focada no direito à educação, representado pela garantia de acesso de crianças à creche ou pré-escola e no direito ao “homeschooling”.

Justifica-se a pesquisa em decorrência da necessidade de reflexão crítica sobre o equilíbrio na atuação dos três poderes, especialmente em face do papel do Poder Judiciário em uma democracia constitucional, que deve operar como árbitro das regras do jogo e assumir função contra majoritária na garantia de direitos fundamentais.

A partir da metodologia dedutiva, o trabalho, amparado no estudo doutrinário, normativo e jurisprudencial, será dividido da seguinte forma: inicialmente, versará sobre o ativismo judicial e suas consequências. Em seguida, será delineado o cenário evolutivo da judicialização da política, como instrumento para implementação e controle de políticas públicas notadamente quanto ao direito à educação. Posteriormente, o artigo abordará os

limites de ingerência do Poder Judiciário na esfera competencial do Poder Executivo e Legislativo.

2. Ativismo Judicial.

O termo ativismo judicial é empregado com certa frequência. No entanto, raras vezes debruça-se o cientista do direito em tecer-lhe uma definição precisa, o que leva à sua utilização sem o devido rigor técnico. Diversas definições são propagadas pela doutrina⁵. Assim, importa-nos conceituar ativismo judicial para, em seguida, descrever suas consequências.

Georges Abboud conceitua uma decisão ativista como a decisão judicial em que a lei é desprezada em detrimento de ideologia política, econômica, religiosa, pela pressão da opinião pública ou concepções pessoais, sejam progressistas ou conservadoras. Existindo uma decisão ativista, haverá uma ilegalidade ou inconstitucionalidade⁶.

A consequência de uma decisão ativista, seja em um processo individual, seja em uma lide coletiva, é uma ofensa à democracia já que representa incursão indevida do Poder

⁵ Conforme Júlio Grostein, “com efeito, a multiplicidade de conotações que podem ser conferidas à expressão – com grande variedade de tons ideológicos – é impeditivo de uma compreensão minimamente isenta (...)”. em *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019. Pag. 27. Acerca dessa imprecisão conceitual, Lênio Luiz Streck faz uma crítica ao Ministro Luís Roberto Barroso, que alterou sua concepção de ativismo após ser escolhido para compor o Supremo Tribunal Federal: “Barroso dizia, até um tempo atrás, que havia bastante ativismo, para ser bem generoso com as suas críticas de então. Tudo está a indicar que, agora, já não considera haver tanto ativismo. É o que se depreende de sua entrevista. Todavia, ao mesmo tempo, em posição externada na sabatina do Senado, revela um movimento de defesa de um poder normativo criador por parte do STF: “Quando há uma manifestação política do Congresso ou do Executivo, o Judiciário não deve ser ativista, deve respeitar a posição política. Mas se não há regra, o Judiciário deve atuar”. Ao mesmo tempo, há a defesa de que o Supremo Tribunal Federal deva ser uma “vanguarda iluminista” pronta a atuar subsidiariamente ante a inércia dos demais poderes (...)”. Em *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em ConJur - Senso Incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Acesso em 16.11.2021.

⁶ Abboud, G. *Processo Constitucional Brasileiro*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2020. Pag. 1361/1362.

Judiciário na esfera de atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo), que se agiganta em especial porque decide com definitividade. Assim, o Poder Judiciário, a quem incumbe a guarda da Constituição conferindo-lhe força normativa, além do papel de árbitro das regras do jogo, acaba por desrespeitá-la, o que é danoso à democracia. Lenio Luiz Streck afirma que:

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?⁷

Assim, para decidir, é imprescindível que o julgador se atente aos postulados da CR/88, buscando fontes normativas para fundamentar a decisão e concretizando imperativos constitucionais. Em uma democracia permeada por mecanismos de *accountability*⁸, espera-se do Poder Judiciário que a fundamentação da decisão judicial⁹ seja embasada nos aludidos

⁷ STRECK, L.L. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em ConJur - Senso Incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Acesso em 16.11.2021.

⁸ Confira os ensinamentos de Georges Abboud, que afirma que “a conquista do constitucionalismo referente à limitação de poderes, inclusive o da administração pública, além de ser consectária da consagração de direitos fundamentais, do dever de motivar e dos princípios da moralidade e impessoalidade, é também fruto da evolução do processo civilizatório das sociedades sob a égide do constitucionalismo”. Ademais, esclarece o autor que “na ideia de representação está presente a ideia de *accountability* (dever de prestar contas mediante critérios racionais e previamente estabelecidos). Ou seja, de algum modo o governante é considerado responsável pela forma como age em nome daqueles que o elegeram”. ABBOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4^a ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. pp. 61 e 1.341. O autor esclarece que a comparação entre democracias fortes e frágeis deve ser estabelecida de acordo com a existência e o funcionamento mecanismos de prestação de contas. Assim, quanto ao Poder Judiciário, a fundamentação da decisão deve ser reconhecida como instrumento de “*accountability*”, para conferir força normativa aos imperativos constitucionais e ao compromisso democrático assumido em 1988.

⁹ CR/88: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

postulados. Afinal, o ativismo se caracteriza pela atuação do julgador sem respaldo em parâmetros normativos e, portanto, é o agir do Poder Judiciário sem prestar contas.

Observe-se que a interpretação da lei é tarefa ínsita ao operador do direito e ao julgador, que, portanto, deve interpretar os postulados normativos cientificamente. Dessa forma, não se exige uma interpretação literal para que não haja ativismo. O que não se admite, em verdade, é que o julgador disponha livremente do sentido da lei e de seu âmbito de incidência sem que essa conduta encontre respaldo no ordenamento¹⁰.

Outro ponto relevante é que ativismo não se confunde com controle de constitucionalidade. Trata-se de atribuição prevista na Constituição Federal e realizá-lo, portanto, não representa uma ingerência indevida do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo.

Colocadas essas premissas acerca da definição do ativismo, é oportuno destacar consequências danosas dessa prática à democracia. Um dos problemas centrais do ativismo é a influência da opinião pública sobre o Poder Judiciário, que é um poder contra majoritário na medida em que a ele incumbe a proteção de direitos fundamentais do jurisdicionado. Assim, a Constituição e seus compromissos políticos devem prevalecer em detrimento da opinião pública, assegurando-se o gozo de direito fundamental.¹¹

Outra consequência nefasta é que decisões ativistas permitem a indevida ingerência do Poder Judiciário na esfera de atribuição de outros poderes sem respaldo constitucional, o que

¹⁰ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.439.

¹¹ Essa influência da opinião pública nas decisões judiciais desemboca no ativismo punitivista, por exemplo. Em diversos episódios recentes, decisões judiciais foram fundamentadas com base na premissa de que o país se cansou da impunidade. O discurso jurídico, portanto, foi colonizado pela submissão à opinião pública, e não à CR/88 ou ao próprio papel contramajoritário do poder judiciário. Nesse sentido, Georges Abbud afirma que “*enxergar as garantias fundamentais como obstáculo à punição do Estado e o primeiro passo para, em seguida, se criminalizar o direito de defesa como um todo. Esse é um aspecto perigosíssimo da degeneração de uma democracia constitucional, sendo função do constitucionalismo realizar vigilância epistêmica constante acerca disso.*” ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.437.

causa desequilíbrio já que um poder se agiganta em detrimento dos demais, mormente porque possui a prerrogativa de decidir com definitividade.

Não bastasse, decisões ativistas tornam impossível a previsibilidade e a estabilidade democráticas já que não é possível prever decisões que aprovam ou rejeitam leis a partir de concepções pessoais. Destaca-se que a segurança jurídica caracteriza Estados Constitucionais. Um ambiente estável, indubitavelmente, é mais propício ao debate social que deve ocorrer com observância à regras do jogo pré-estabelecidas pela Constituição, o que garante legitimidade às mudanças.

3. Judicialização da política e ativismo.

Como dito, uma decisão ativista é desapegada da legalidade¹². A judicialização da política, de outro lado, é fenômeno que não se confunde com o ativismo e se observa quando se torna necessário recorrer ao judiciário para garantir direitos. Assim, através de decisões judiciais, há o controle ou a implementação de políticas públicas. Nesse sentido:

Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de

¹² ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.386.

inconstitucionalidades — de poderes ou instituições.¹³

É certo que a judicialização equivocada pode desembocar em decisão ativista e na ruptura com a legalidade. No entanto, em um contexto neoconstitucionalista, é natural que o Poder Judiciário seja demandado para garantir direitos fundamentais, sendo que os desvios se iniciam a partir do momento em que não há um direito fundamental que lastreie as pretensões deduzidas em juízo, embasando-se o julgador em concepções pessoais para rechaçar ou acolher essas pretensões.

Lenio Luiz Streck propõe uma teoria da decisão em que três perguntas devem ser respondidas para se valorar o ato decisório sobre política pública como ativista, segundo Sergio Rodas:

A primeira é: o caso trata de um direito fundamental? Se não, deve ser arquivado. Se sim, passa-se à segunda questão: nas mesmas condições do autor da ação, outras pessoas receberiam esse direito? Uma negativa deve fazer o juiz rejeitar o processo. Porém, se a resposta for afirmativa, ele deve se fazer uma última pergunta: posso transferir recursos de outras pessoas para fazer a felicidade de alguns sem ferir a equidade e a isonomia? Se sim, trata-se de judicialização, e o magistrado pode conceder o pedido. Caso contrário, ele estará agindo de forma ativista ao aceitar ao satisfazer a vontade do autor.¹⁴

Nesta seara, convencionou-se chamar de juristocracia¹⁵ a judicialização de todas as

13 STRECK, L.L. *O que é ativismo?* Disponível em *O que é ativismo? - Os Constitucionalistas*Os Constitucionalistas. Acesso em 16.11.2021.

14 RODAS, S. *Direito, e não moral, deve solucionar desacordos sociais, diz Lenio Streck.* Disponível em *ConJur - Direito, e não moral, deve solucionar conflitos sociais, diz Lenio.* Acesso em 21.11.2021.

15 “Quando admitimos que tudo pode ser judicializado num ambiente de completo ativismo, eliminamos qualquer discussão acerca do self-restraint – considerado um espaço imune à invasão judicial; no que especificadamente nos interessa, consistiria em parcela do nosso agir individual que não pode ser substituída ou imposta por decisão judicial.” ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompsom Reuters Brasil, 2020. P. 1.442 e 1.445.

questões, sem que haja espaços em que demandar o Poder Judiciário não seja possível. Georges Abboud adverte que a indeclinabilidade da jurisdição não pode servir como justificativa para invasão da competência dos demais poderes, já que *“nem sempre tudo que é judicializado merece respostas jurisdicionais de mérito”*¹⁶.

De acordo com o autor, a juristocracia advém do ambiente de precariedade institucional e do *“infantilismo na crença da justiça”* já que a sociedade não confia no agir dos demais poderes, e acredita que o Poder Judiciário é formado por pessoas técnicas e neutras, que não pautam suas decisões por crenças políticas ou ideológicas¹⁷. Nesse sentido:

Nessa precariedade institucional, cada vez mais, buscamos o Judiciário para, por exemplo: efetivação de políticas públicas que sequer se referem a direitos fundamentais; obtenção de tratamentos médicos vultuosos e experimentais em detrimento de toda uma sociedade que arcará com seus custos; resolução de todos os problemas familiares; proibição da disseminação de produtos, propagandas, manifestações de pensamento, mesmo quando não há vedação legal para a hipótese.¹⁸

A partir dessas definições e considerações, será analisado o direito à educação sob dois recortes: vagas em creche pleiteadas em ações individuais e coletivas como direito fundamental a ser assegurado pelo Poder Judiciário e o direito ao *“homeschooling”*.

4. O arquétipo normativo brasileiro no direito à educação e a judicialização da política. Oferta de vagas em creches e pré-escolas em quantidade insuficiente à demanda.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a educação é um direito fundamental

¹⁶ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.451.

¹⁷ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.449.

¹⁸ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.449.

social¹⁹²⁰ e que é “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”²¹ Trata-se de um consectário do direito de igualdade, oriundo da dignidade da pessoa humana, sendo um pré-requisito para que o cidadão esteja apto ao mercado de trabalho e à participação em sociedade.

O direito à educação, consistente na oferta de vagas em estabelecimento de ensino adequado para crianças de 0 a 5 anos de idade, é previsto no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988²². Esse direito encontra previsão expressa no Estatuto da Criança e Adolescente, que assegura à criança e ao adolescente “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” (art. 54, inciso IV, ECA). A Lei 9.394/1996 prevê diretrizes e bases para a educação, e estabelece em seu art. 5º que “o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo.”

¹⁹ CR/88. 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.

²⁰ NOVO, B.N. MOTA, A. R. P. *O direito à educação na Constituição Federal de 88*. Disponível em O direito à educação na Constituição de 1988 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 17.11.2021. “A Educação mereceu destaque na Constituição Brasileira de 1988 que em seus dispositivos transitórios (ADCT 60 modificado pela Emenda Constitucional 14/1996) dava o prazo de dez anos para a universalização do Ensino e a erradicação do analfabetismo. Ainda em 1996 surgiu a nova LDB - Lei das Diretrizes Básicas, que instituiu a Política Educacional Brasileira. A lei 9131/1995 criou o Conselho Nacional de Educação, substituindo o antigo Conselho Federal de Educação que havia surgido com a LDB de 1961 e tinha sido extinto em 1994. Em 1990 foi organizado o SAEB - Sistema de Avaliação do Ensino Básico. Com a lei 9.424/96 foi organizado o FUNDEF - Fundo de Manutenção do Desenvolvimento do Ensino Fundamental (que depois de dez anos foi substituído pelo FUNDEB), que obrigou os Estados e Municípios a aplicarem anualmente um percentual mínimo de suas receitas (e desse montante, 60% pelo menos para o pagamento do pessoal do magistério)”.

²¹ Cf. art. 205, CR/88.

²² CR/88. 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Apesar do arquétipo constitucional e legal citado, o Poder Público não oferta vagas no ensino público em quantidade suficiente à demanda da população. Quanto às vagas em creche, por exemplo, Vladimir Passos de Freitas esclareceu que, apenas no ano de 2013, decisões judiciais obrigaram o Município de São Paulo à matrícula de 7.408 crianças em creches e pré-escolas, o que ocasionou, tão somente, alteração na lista de espera por vagas em creche, sendo que aqueles que obtiveram a vaga mediante decisão judicial ocupam as primeiras posições na fila, ao passo que aqueles que aguardavam administrativamente pelas vagas são direcionados à posições inferiores na fila de espera²³.

Para o aludido autor, referidas decisões são ativistas pois não há efetiva prestação jurisdicional uma vez que a atuação judicial se limita à alteração da posição na fila de espera e não soluciona o problema. Sugere, então, que a demanda por vagas em creche deveria ser solucionada coletivamente, mediante utilização da ação civil pública²⁴. Isso porque *“uma ação da natureza coletiva teria a virtude de igualar situações, evitando que uns alcancem o objetivo em*

²³ FREITAS, V. P. *Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios*. 2013. Disponível em ConJur - Segunda Leitura: Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios. Acesso em 17.11.2021.

²⁴ Cito, aqui, precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que rechaçou a tese do autor: APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Insurgência da Municipalidade contra sentença de procedência que a condenou a ofertar vagas de educação infantil em número suficiente para atender a demanda, determinando ao ente municipal que promovesse, no prazo de 90 dias, a matrícula e o atendimento das crianças que aguardavam vaga em creche desde outubro e novembro de 2019 e, no prazo de 6 meses, reduzisse a espera por vaga em creche para, no máximo, 30 dias, contados da data do requerimento. Acolhimento parcial do pleito recursal. Direito fundamental à educação assegurado pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Dever do Poder Público Municipal de oferecimento de ensino infantil. *Todavia, a imposição de oferta de forma genérica, sem individualização dos beneficiários da medida, acarreta ingerência indevida do Judiciário na Administração Pública. Obrigação de fornecimento de vagas que deve ficar limitada às crianças que aguardam por atendimento desde outubro e novembro de 2019, cujos nomes estejam elencados em lista de espera informada pela Secretaria Municipal de Educação. Afastada a ordem, determinada à Municipalidade, de redução da espera por vaga em creche para, no máximo, 30 (trinta) dias, contados da data do requerimento. Desarrazoado compelir o Poder Público Municipal a disponibilizar quantidade indeterminada de vagas.* Recurso de apelação parcialmente provido. (TJSP; Apelação Cível 1000219-29.2020.8.26.0411; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Pacaembu - 2º Vara; Data do Julgamento: 09/08/2021; Data de Registro: 10/08/2021)

*detrimento de outros.*²⁵ Lenio Luiz Streck, acerca deste tema, afirma que

“em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. Só em liminares mandando matricular crianças em creches há mais de 7 mil só nos primeiros seis meses de 2013... em São Paulo. Aqui, desde logo cabe a pergunta: essa distribuição de remédios, internações e matrículas é, de fato, judicialização ou é fruto de ativismo? É contingência ou behaviorismo? Lembro, aqui, de Garapon, um antiativista ferrenho, que diz: o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.²⁶”

Respeitadas as opiniões contrárias, é necessário diferenciar situações em que a pretensão encontra respaldo direto no ordenamento jurídico e não depende de interpretação solipsista do julgador²⁷. O arcabouço jurídico que garante o direito à educação, consubstanciado na oferta de vagas a crianças de 0 a 5 anos em creches e pré-escolas é robusto, conforme dispositivos alhures mencionados. De se ressaltar que compete aos Municípios providenciar a vaga em creche pública, garantindo, assim, o acesso à educação²⁸.

²⁵ FREITAS, V. P. *Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios*. 2013. Disponível em ConJur - Segunda Leitura: Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios. Acesso em 17.11.2021.

²⁶ STRECK, L.L. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* 2013. Disponível em ConJur - Observatório Constitucional: O que é isto, o ativismo judicial, em números?. Acesso em 20.11.2021.

²⁷ Lenio Luiz Streck esclarece que “o sujeito solipsista é o *Selbstsüchtiger*, ou viciado em si mesmo. É aquele que se coloca na contramão dos constrangimentos cotidianos: isto é, ignorando que o dia a dia nos ensina que não se pode estabelecer sentidos arbitrários às palavras, ele pensa que pode e assim o faz, pois dá às palavras o sentido que quer.” Conclui, ainda, que o juiz solipsista é o juiz ativista já que “o juiz solipsista sabe que a integridade do Direito o constrange; mas como “viciado em si mesmo”, ignora o constrangimento epistemológico em favor da discricionariedade. Opta por uma verdadeira *Verleugnung* (usualmente traduzida como negação ou rejeição) jurídica.” STRECK, L.L. *Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!* Disponível em ConJur - Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!. Acesso em 10.03.2022.

²⁸ CR/88. Art. 211 (...). § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que entende que se está diante de um direito público subjetivo a ser tutelado judicialmente²⁹. O Superior Tribunal de Justiça se posiciona no mesmo sentido³⁰.

29 Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: *CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA. PLENA LEGITIMIDADE DESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 639337/SP, DJe de 29.6.2011). Ainda: EMENTA: CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido. (RE 463210 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 03-02-2006 PP-00079 EMENT VOL-02219-11 PP-02181 RT v. 95, n. 849, 2006, p. 199-202 RMP n. 31, 2009, p. 187-191). Por fim: EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATRÍCULA EM ESCOLA PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. INDEVIDA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM MATÉRIA RESERVADA À ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. 1. O acórdão do Tribunal de origem revela-se em dissonância com a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que tem dado máxima efetividade ao disposto no art. 208 da Constituição Federal, assegurando à criança vaga em creche ou pré-escola próxima à sua residência. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 1337654 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 04/11/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 10-11-2021 PUBLIC 11-11-2021)*

³⁰ STJ - REsp nº 511645 - Acórdão. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. DEVER DO ESTADO. 1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com o fito de assegurar a matrícula de duas crianças em creche municipal. O pedido foi julgado procedente pelo Juízo de 1º grau, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem. 2. Os arts. 54, IV, 208, III, e 213 da Lei 8069/1990 impõem que o Estado propicie às crianças de até 6 (seis) anos de idade o acesso ao atendimento público educacional em creche e pré-escola. 3. É legítima a determinação da obrigação de fazer pelo Judiciário para tutelar o direito subjetivo do menor a tal assistência educacional, não havendo falar em discricionariedade

Assim, afirmar que as decisões que garantem a obtenção de vaga em creches e pré-escolas são ativistas é defender que, nesta hipótese específica, o juiz deve se orientar tão somente pelas consequências jurídicas de sua decisão, notadamente quanto ao impacto orçamentário.

Ora, não se desconsidera que o ordenamento impõe a avaliação das consequências futuras da decisão na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42, alterado pela Lei nº 13.655, de 2018) que estabelece, em seu art. 20 que *“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”*.

Deve-se considerar, no entanto, que *“o consequencialismo não pode ser subterfúgio para o julgador adaptar a legislação ao que ele considera juridicamente mais adequado. Novamente, o consequencialismo não pode transformar o lícito em ilícito, nem o inconstitucional em constitucional (...) Consequências não podem invalidar a lei ou a Constituição”*³¹.

A garantia de acesso à educação por meio da disponibilização de vagas em creches e pré-escolas não encontra amparo em normas abstratas, mas se embasa em direito fundamental expressamente previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional, sendo que a Lei 9.394/1996 estabelece em seu art. 5º que o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo.

Assim, incumbe ao Poder Judiciário a garantia de direitos fundamentais positivados na Constituição e na legislação infraconstitucional³², inexistindo incursão indevida na esfera de competência de outros poderes. Nesse caso, seja individual seja coletivamente, a judicialização da política pública não ofende o princípio da separação dos poderes, tampouco

da Administração Pública, que tem o dever legal de assegurá-lo. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso Especial provido.

³¹ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 351/352.

³² Cf. artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988; art. 54, inciso IV, ECA; art. 5º da Lei 9.394/1996.

representa ativismo judicial.

Importante ressaltar, por fim, que a viabilidade das pretensões deduzidas em juízo não retira a possibilidade de solução extrajudicial e coletiva do litígio. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, no bojo da Ação Civil Pública de n. 0150735-64.2008.8.26.0002 que trata do assunto, realizou audiências públicas em 2013 e 2017 para debater o assunto e possíveis encaminhamentos face à deficiência das vagas ofertadas frente à demanda. Nesta audiência, foram ouvidos representantes da Municipalidade, professores, ativistas, mães, educadores, juízes, advogados, promotores e defensores públicos³³. Isso porque a questão é complexa e a abertura ao diálogo é oportuna para o alcance de uma solução a longo prazo.

5. Ensino Domiciliar

Outra discussão recente atinente ao direito à educação que tem ganhado palco no Brasil é a prática de “homeschooling”, em que a família abdica do envio da criança/adolescente à uma instituição formal, providenciando sua educação em ambiente doméstico, assumindo para si a responsabilidade na condução da educação de seus filhos.

Sobre essa prática, ensina-nos Carlota Boto que, a um tempo em que a “nova prática” de escolarização domiciliar tem crescido e ganhado espaço em diversos países do mundo, é prática antiga posto que praticada antes do direito à escolarização ter se universalizado. Esse direito decorre do princípio da igualdade uma vez que garante o acesso a oportunidades. Aponta, ainda, que a legislação brasileira firmou a obrigatoriedade escolar desde 1934, mas que os adeptos desta “nova velha” prática elegem o postulado da liberdade para sustentar que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a menos que haja expressa previsão

³³ TJSP promove audiência pública sobre vagas em creches de São Paulo. Disponível em TJSP promove audiência pública sobre vagas em creches de São Paulo. Acesso em 21.11.2021.

legal, para justificar a viabilidade da implementação deste modelo no Brasil³⁴.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi demandado a decidir sobre a constitucionalidade de adoção desse sistema educacional no Brasil. Dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, trava-se interessante discussão acerca do ativismo judicial e judicialização da política na seara do direito à educação.

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por genitores de uma adolescente que objetivavam autorização judicial para que fosse assegurado à família o direito de educar sua filha em ambiente doméstico. As instâncias ordinárias entenderam que, por inexistir previsão legal expressa, não seria possível atender ao pedido dos autores.

Através da interposição de recurso extraordinário e reconhecida a repercussão geral, o caso foi submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 822 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, restando aprovada a tese de que *“não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.”*³⁵

³⁴ BOTO, C. *“Homeschooling”: a prática de educar em casa.* 2018. Disponível em *“Homeschooling”: a prática de educar em casa – Jornal da USP.* Acesso em 20.11.2021.

³⁵ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator originário, merece destaque. Na construção de seu raciocínio, entendeu o Ministro que duas perguntas deveriam ser respondidas pelo Tribunal: *“podem os pais de uma criança ou responsáveis por ela optarem para o ensino domiciliar para a educação dos filhos ou a Constituição exige a matrícula em ensino oficial? (...) No caso de se admitir a educação domiciliar, quais são os requisitos e obrigações a serem observados, considerando que não há uma lei específica que regulamente o ensino domiciliar?”*³⁶ O Ministro, então, defendeu a razoabilidade das duas correntes, contrárias e favoráveis à prática do *homeschooling*, e que a solução adequada deveria ser trazida, portanto, através de uma argumentação jurídica densa, já que a Constituição não trouxe uma resposta clara ao dilema.

Pontuou, então, que: a) o estado é grande e ineficiente na condução de políticas públicas; b) os resultados oriundos das provas que avaliam o sistema de educação são preocupantes e reforçam a primeira conclusão citada; c) *“por convicção filosófica, sou mais*

dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

³⁶ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 12.

favorável à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado, salvo nas hipóteses em que se considere essa intervenção absolutamente indispensável”³⁷.

A partir desses *standards*, conclui que a educação domiciliar é diversa da opção pela “não educação”³⁸, esta última repudiada pelo ordenamento, e que a prática é adotada em outros países. Por fim, afirmou que a Constituição e a legislação infraconstitucional não albergam como único padrão de ensino possível a educação institucionalizada ou formal, sendo que da leitura dos artigos 208, §3º, da CR/88, art. 1º, §1º e art. 6º, ambos da Lei de Diretrizes Básicas da Educação e art. 246, do CP não se extrai essa conclusão. Na realidade, há apenas a regulamentação do ensino em ambiente escolar, inexistindo qualquer dispositivo constitucional ou legal do qual se extraia a proibição de adoção de outros modelos pedagógicos de ensino. Pelo contrário, para o Ministro, a leitura do texto constitucional permite a adoção desse modelo.

Em consequência, o Ministro entendeu que haveria a necessidade de fixação de balizas mínimas para regulamentação do *homeschooling*, sugerindo que:

“É possível a regulamentação e eu estou propondo que ela seja do seguinte teor: a) para evitar eventuais ilegalidades e garantir o desenvolvimento acadêmico das

³⁷ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 12.

³⁸ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. “O *unschooling*, por outro lado, nega a relevância das instituições formais de ensino, despreza a existência de currículos programáticos, avaliações periódicas e conteúdos pedagógicos prédefinidos por educadores, bem como defende que a criança deve ser o agente diretivo principal do seu próprio aprendizado, tendo controle do conteúdo e da forma de aprendizagem. Embora em ambos os casos as crianças sejam retiradas dos ambientes escolares, há grande diferença entre o *unschooling* e o *homeschooling*, na medida em que a educação familiar preocupa-se com a instrução formal e curricular, mesmo que realizada em seus próprios lares, enquanto o *unschooling* não acredita nos instrumentos pedagógicos e curriculares empregados nas instituições de ensino, muito menos preocupa-se com o conteúdo a ser ministrado para os educandos.” Pag. 36.

crianças e adolescentes e avaliar a qualidade do ensino, até que seja editada legislação específica sobre o tema, com fundamento no art. 209 da Constituição, os seguintes parâmetros devem ser seguidos: 1) os pais e responsáveis devem notificar às secretarias municipais de educação a opção pela educação domiciliar, de modo a se manter um cadastro e registro das famílias que adotaram essa opção de ensino naquela localidade. 2) os educandos domésticos, mesmo que autorizados a serem ensinados em casa, devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas. Portanto, a criança não ficará entregue à própria sorte nem correrá o risco de eventual irresponsabilidade dos pais, porque haverá um monitoramento da sua evolução no aprendizado. 3) as secretarias municipais de educação, a partir do cadastro, devem indicar a escola pública em que a criança em *homeschooling* irá realizar as avaliações periódicas, com preferência para os estabelecimentos de ensino mais próximos ao local de sua residência. 4) as secretarias municipais de educação podem compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, o conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente e/ou Conselho Tutelar, ou seja, admite-se o monitoramento de como esteja funcionando o ensino domiciliar”.³⁹

O Ministro Edson Fachin acompanhou o voto do Ministro Luís Roberto Barroso para reconhecer que a Constituição adota a pluralidade de concepções pedagógicas e, portanto, é legítima a pretensão de inclusão da educação domiciliar na política pública educacional, dele dissentindo quanto à regulamentação proposta já que, por ora, o legislador não está em mora, devendo, portanto, ser instado a regulamentar o tema em um ano⁴⁰.

O Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto divergente, afirmando que da

³⁹ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 23.

⁴⁰ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 99.

Constituição não se extrai vedação absoluta ao ensino domiciliar no Brasil⁴¹, desde que haja participação/regulamentação pelo Estado, já que a lei suprema considera dever solidário da família e do Estado a promoção de direitos (dentre eles, o direito à educação) das crianças e adolescentes, como forma de garantir-lhes proteção integral. Apesar de inexistir vedação, não haveria direito público subjetivo uma vez que não há previsão legal expressa e não é hipótese de autoaplicação. Incumbiria ao Congresso Nacional, portanto, observadas as diretrizes constitucionais, debater o assunto e eventualmente regulamentar a prática no Brasil.⁴²

Digna de destaque, ainda, as considerações do Ministro Luiz Fux, ao afirmar que *“aqui eu me lembro de uma obra memorável (...) do Professor Mauro Cappelletti, que escrevia com muita acidez sobre Juízes Legisladores. E depois ele complementou aquela obra com uma outra obra denominada Juízes Irresponsáveis. De sorte que, além da falta de capacidade institucional, nós não temos lei autorizando esse ensino domiciliar. Aí nós nos perguntaríamos: mas nós não temos lei autorizando? Mas por que nós não temos lei autorizando? Porque isso se discute no Parlamento desde 2015, e essa não é a vontade do Parlamento.”*⁴³

O Ministro Gilmar Mendes considerou, ainda, que *“acolher a ideia de homeschooling supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que deslocar energia pública – humana e institucional – para cumprir com a fiscalização da prática.”*⁴⁴. Esclareceu, ainda, que o debate deve

⁴² STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 71.

⁴³ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 102/103.

⁴⁴ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 146.

ser conduzido democraticamente, com a profundidade merecida, e não pela via estreita de uma decisão judicial⁴⁵.

O resultado do julgamento foi acertado. Causa preocupação, no entanto, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso. Georges Abboud retratou o mencionado voto como exemplo de um “ativismo ideológico-moralista” já que o Ministro realizou “*uma leitura deveras subjetiva da Carta Constitucional, claramente não pela solução que parece ser oferecida pelo Direito posto, mas sim aquela que lhe pareceu mais favorável ao progresso do país, de acordo com suas próprias ideias (...) o então Relator editou uma verdadeira lei em seu voto.*”⁴⁶

Lenio Luiz Streck também teceu severas críticas ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, esclarecendo que as deficiências do ensino público não justificariam a adoção desse modelo de ensino, além de ignorar a escola como um espaço de sociabilidade. Acrescentou que não há direito em não enviar os filhos à escola, mas a Constituição impôs um dever de fazê-lo. Prevalecesse o voto do então relator, ainda, aprofundar-se-ia desigualdades e mazelas da sociedade brasileira, além de gerar custos ao erário. Catalogou, então, o mencionado voto como uma “medida provisória *ad hoc*”⁴⁷.

As críticas apresentadas são acertadas. Da leitura dos votos vencedores, observa-se que houve preocupação dos julgadores em não realizar incursão indevida na esfera competencial do Parlamento, em especial porque a questão é objeto de debate legislativo⁴⁸. Outro ponto relevante que se observou nos votos vencedores foi a análise das consequências da decisão,

⁴⁵ STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno. Pag. 156/157.

⁴⁶ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. P. 1.426.

⁴⁷ STRECK, L.L. *Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão*. 2018. Disponível em ConJur - Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. Acesso em 21.11.2021.

⁴⁸ PL 3.261/2015. Para maiores informações, confira: Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br).

conforme previsão legal expressa⁴⁹, na medida em que haveria impacto orçamentário sem qualquer lastro legislativo ou constitucional que o albergasse. Observa-se, assim, que a lacuna na Constituição ou nas leis não autoriza que o debate seja realizado no âmbito do Poder Judiciário, sob pena de desembocarmos num cenário ativista e pernicioso ao Estado Democrático de Direito.

6. Conclusão

O presente estudo buscou diferenciar ativismo judicial e judicialização de políticas públicas a partir da análise de recortes de duas situações paradigmáticas, relacionadas ao direito à educação.

Enquanto direito social em uma perspectiva neoconstitucionalista, em que se observa o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais e a busca da força normativa da Constituição, a implementação do direito à educação é demandada judicialmente. Ocorre que é necessário estabelecer premissas para que a realização de direitos fundamentais não se converta em ruptura do Estado Democrático de Direito.

O acesso a creches e pré-escolas por crianças de 0 a 5 anos é direito público subjetivo que autoriza a tutela jurisdicional individual ou coletiva. Em um cenário de deficiente oferta de vagas, o acesso à direito fundamental positivado depende da atuação do Poder Judiciário. Essa intervenção encontra respaldo no papel que foi atribuído à Corte Constitucional e aos Tribunais Brasileiros, qual seja, de garantidores de direitos fundamentais.

Entretanto, esse raciocínio não se aplica ao direito à educação domiciliar, sendo que o Poder Judiciário não pode agir em toda hipótese de lacuna legislativa. Nesse caso, há *self-restraint*, ou seja, trata-se de espaço imune à judicialização uma vez que o debate deve se situar no Parlamento. Por essa razão, acertada a decisão do RE 888815/RS que, por maioria

49 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42, alterado pela Lei nº 13.655, de 2018) – artigos 20 a 24.

de votos, fixou a tese de que “*não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira.*”⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal, neste caso, exerceu o papel de árbitro das regras do jogo constitucional, preservando o espaço de atuação dos Poderes.

50 STF. RE 888815 / RS - RIO GRANDE DO SUL; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO; Redator(a) do acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES; Julgamento: 12/09/2018; Publicação: 21/03/2019; Órgão julgador: Tribunal Pleno.

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações. 4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BENIGNO NÚÑEZ NOVO. ANTONIO ROSEMBERGUE PINHEIRO E MOTA. **O direito à educação na Constituição Federal de 1988**. 2019. Disponível em O direito à educação na Constituição de 1988 - Jus.com.br | Jus Navigandi. Acesso em 17.11.2021.

BOTO, CARLOTA. **“Homeschooling”: a prática de educar em casa**. 2018. Disponível em “Homeschooling”: a prática de educar em casa – Jornal da USP. Acesso em 20.11.2021.

FREITAS, VLADIMIR PASSOS DE. **Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios**. 2013. Disponível em ConJur - Segunda Leitura: Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios. Acesso em 17.11.2021.

GROSTEIN, JULIO. **Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2019.

RODAS, SERGIO. **Direito, e não moral, deve solucionar desacordos sociais, diz Lenio Streck**. Disponível em ConJur - Direito, e não moral, deve solucionar conflitos sociais, diz Lenio. Acesso em 21.11.2021.

STRECK, LENIO LUIZ. **O que é ativismo?** Disponível em O que é ativismo? - Os ConstitucionalistasOs Constitucionalistas. Acesso em 21.11.2021.

STRECK, LENIO LUIZ. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** 2013. Disponível em ConJur - Observatório Constitucional: O que é isto, o ativismo judicial, em números? Acesso em 20.11.2021.

STRECK, LENIO LUIZ. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em ConJur - Senso Incomum: O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? Acesso em 10.03.2022.

STRECK, LENIO LUIZ. **Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão.** 2018. Disponível em ConJur - Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. Acesso em 21.11.2021.

STRECK, LENIO LUIZ. **Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!** Disponível em ConJur - Notícia de última hora: CNJ autoriza a cura de juiz solipsista!. Acesso em 10.03.2022.