

**ENFRENTANDO OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS CONSIDERANDO O ATIVISMO JUDICIAL: UMA
ANÁLISE DA POLÍTICA DE EDUCAÇÃO EM UM CASO
PARADIGMÁTICO**

**FACING THE LIMITS OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN
PROTECTING FUNDAMENTAL RIGHTS CONSIDERING JUDICIAL
ACTIVISM: NA ANALYSIS OF EDUCATION POLICY IN A
PARADIGMATIC CASE**

Artenira da Silva e Silva¹

Letícia Moreira de Martini²

RESUMO

A constitucionalização abrangente dos direitos fundamentais propiciou um movimento de ascensão principiológica que deu novos contornos à atividade interpretativa, na busca da máxima assimilação do conteúdo constitucional para a resolução dos casos concretos. Neste rumo, a intervenção judicial nos programas sociais passa a se justificar mediante o não cumprimento do Estado de suas finalidades públicas (sociais), associada à necessária adoção de uma racionalidade argumentativa, capaz de afastar um possível absolutismo jurídico, inibindo o culto ao criacionismo judicial, e, ao mesmo tempo, impulsionando o maior respaldo à segurança jurídica. A discricionariedade político-administrativa entra neste confronto, cujos limites densificam a apreciação em torno da proteção dos direitos fundamentais, e corporificam o objetivo desta pesquisa. Como procedimento de análise de dados adotou-se a análise de conteúdo de um caso empírico relativo à política de educação, extraído do Informativo nº 909 do Supremo Tribunal Federal, onde a Corte, prestigiando demasiadamente os poderes da autonomia administrativa, decidiu acerca da constitucionalidade das idades mínimas e requisitos para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental. Os demais procedimentos de pesquisa empregados consistem em levantamento bibliográfico, documental e jurisprudencial, além da análise de conteúdo dos demais dados colhidos.

PALAVRAS-CHAVE:

Discricionariedade Administrativa. Intervenção Judicial. Direitos Fundamentais. Educação.

¹ É pós-doutoranda em Direitos Humanos na Universidade Federal do Pará (2019). É pós-doutora em Psicologia e Educação pela Universidade do Porto-Portugal (2014). Graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Saúde e Ambiente pela Universidade Federal do Maranhão (2000) e Doutora em Saúde Coletiva pela Universidade Federal da Bahia (2005). Atualmente é docente e pesquisadora associada da Universidade Federal do Maranhão e consultora em violência doméstica e proteção de direitos infanto-juvenis. Atua predominantemente no Programa de Pós-graduação de Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA.

² Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Técnica de Gestão Administrativa (Advogada) da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão.

ABSTRACT

The comprehensive constitutionalization of fundamental rights led to a movement of principled ascension that gave new contours to judicial interpretive activity, seeking the maximum assimilation of constitutional content for the resolution of concrete cases. Taking this into consideration judicial intervention in social programs became justified in face of the non-compliance of the State with its public (social) purposes, associated with the necessary adoption of an argumentative rationality capable of ruling out possible legal absolutism, inhibiting the cult of judicial creationism, while it boosted greater support for legal certainty. A political-administrative discretion entered this confrontation, whose boundaries densifies the appreciation of protection of fundamental rights, and points out the main purpose of this research. The main data analysis procedure the content analysis of an empirical case related to education policy, taken from the Federal Supreme Court's Newsletter No. 909, where the Court, overly honoring the powers of administrative autonomy, ruled on the constitutionality of minimum ages and requirements for admission in kindergarten and elementary school. The other research methods employed consisted in bibliographic, documentary and jurisprudential survey, besides the content analysis of all the collected data.

KEYWORDS:

Administrative Discretion. Judicial Intervention. Fundamental Rights. Education.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo a análise dos limites da discricionariedade administrativa, em confronto à consecução dos direitos fundamentais oriundos das políticas públicas, cujo embate norteia a discussão acerca da possibilidade interventiva do Poder Judiciário no referido cenário. Como recurso empírico, será analisado um caso emblemático, relativo à educação, bem como o entendimento resolutivo adotado pelo Supremo Tribunal Federal no caso em questão.

A discussão se inicia partindo do reporte à constitucionalização abrangente enquanto precursora de um novo modelo valorativo, calcado na afirmação de um núcleo de direitos que clamava por proteção, cotejando-o como fundamento da jurisdição constitucional evocada. Nessa linha, a atividade jurisdicional ganha enfoque, na medida em que se enquadra na dimensão de busca das garantias sociais, e, por conseguinte, na invocação do cumprimento das políticas públicas previstas de forma programática no texto constitucional.

O alcance principiológico conferido ao ordenamento jurídico motivou essa escalada, a qual demanda um equilíbrio institucional entre os poderes, que se perfaz através de argumentos

de racionalidade e segurança jurídica, passíveis de direcionarem o julgador à melhor interpretação constitucional, sem descaminhá-lo para os arredores de um ativismo exacerbado.

Busca-se demonstrar que a atividade judicial em matérias afetas às políticas públicas deve ter como escopo o cumprimento da agenda política, e, neste sentido, o real controle de sua implementação e justa satisfação na sociedade, garantindo-se a prestação efetiva dos direitos fundamentais sociais, e dissociando esta postura do mero ativismo judicial.

Nessa perspectiva, torna-se imperiosa a observância das balizas da discricionariedade administrativa, a fim de conformar a intervenção judicial aos seus limites, buscando sempre, todavia, preservar os interesses maiores da coletividade e os fins sociais do Estado democrático, em renome aos auspícios constitucionais.

Na sequência, o presente estudo passa a analisar um caso empírico de intervenção judicial na política de educação, à luz do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF), considerando os argumentos que motivaram a decisão da Corte. O caso tratado remonta-se ao debate acerca da constitucionalidade das idades mínimas, bem como dos requisitos para o ingresso na educação infantil e ensino fundamental, a partir do Informativo nº 909, do STF, resultado do julgamento conjunto da arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 292, e da ação declaratória de constitucionalidade nº 17.

Os métodos de pesquisa empregados no desenvolvimento deste artigo consistem em revisão bibliográfica, conduzida através de referencial teórico proposto à resolução adequada dos problemas apostos, pesquisa documental e jurisprudencial, realizada no sítio do STF, fazendo-se uso da análise de conteúdo para significar os dados colhidos na análise documental realizada.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO ABRANGENTE E A RACIONALIDADE JURÍDICO-ARGUMENTATIVA: UM EQUILÍBRIO NECESSÁRIO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

As experiências pelas quais as sociedades passaram sempre propuseram expectativas no mundo jurídico, no modo de significar e valorar a letra da lei. Transformações decorrentes do segundo pós-guerra e toda a conseqüente derrocada dos direitos humanos, impulsionaram uma ascensão principiológica que teria por escopo a reconstrução de uma legislação capaz de assegurar os direitos que haviam sido violados, albergando-os a nível constitucional.

Compreende-se que a Constituição representa o intercâmbio entre as esferas política e jurídica, de modo que o seu conjunto de princípios reflete as aspirações sociais de um dado momento, a necessidade emancipatória de forças que desejam ter assegurada no documento escrito a garantia efetiva da prestação estatal. Assim, muito mais do que “um pedaço de papel” (APPIO, 2008, p. 19), o compromisso textual pactuado depende do alinhamento de poderes capazes de dar efetividade aos comandos impostos.

Nessa perspectiva, a verdadeira acepção de uma Constituição real se dá por meio da apreensão de que a sua essência não se limita a um mero enquadramento jurídico-formal de normas, mas à contemplação de uma hermenêutica com fim sociológico. Denota-se, portanto, que, muito além de sua criação inicial, os desdobramentos interpretativos que o texto constitucional incita, revelam uma postura dialética, de escopo social e adequada ao seu tempo.

A reunião desse arcabouço valorativo passou a fundamentar as constituições democráticas, dando nova roupagem ao conceito de jurisdição constitucional, buscando viabilizar a concreção dos programas sociais previstos, e tornando efetivas as promessas de bem-estar social. A pretensão do constitucionalismo inaugurado permitiu uma releitura do conceito de Constituição, extraindo sua máxima significância, a fim de colmatá-la sob os entornos das insurgências sociais.

Uma nova teoria do direito, com viés principiológico, passa a fundamentar o *Welfare State*, conduzindo uma legislação libertária, capaz de se desapegar do formalismo literário emanado dos ideais liberalistas e dos regimes autoritários, reafirmando assim os mecanismos

de consolidação da cidadania no cenário brasileiro. “Com o advento do Estado social, a normatividade cede espaço à programaticidade” (APPIO, 2008, p. 85), e com esta, a necessidade de levar a Constituição Federal a sério, extraindo-se da natureza indeterminada e programática de suas normas, formuladas à luz da doutrina abrangente do “*welfare*” (BURGOS, SALLES, VIANNA, 2006), os sentidos conducentes à melhor implantação da dinâmica social.

Streck (2017) aponta para o modelo transformador assumido pelo Estado, o qual se desprende da concepção liberal para voltar-se à promoção dos direitos sociais, tendo como um dos objetivos federativos a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. A implementação das políticas públicas torna-se, portanto, imperiosa, viabilizando a patente atuação da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais prestacionais.

Essa “invasão do Direito sobre o social” (BURGOS; SALLES; VIANNA, 2006, p. 3), propiciou a severa atuação do Judiciário enquanto condutor de questões públicas, reafirmando garantias tendentes a esculpir o modelo valorativo almejado, prestigiando a efetividade da Constituição.

Para Burgos, Salles e Vianna (2006), a projeção do papel do juiz na vida social não advém, em primeira análise, de pretensões de ativismo judiciário, mas se escalona conforme o contexto fático-histórico que recepcionou o modelo institucional adotado, segundo a concepção de que a atuação do juiz não parte do acaso, mas de uma decisão política que lhe concedeu autoridade para exercê-la³.

Segundo Ramos Neto (2009, p. 2), vive-se um momento de “euforia constitucional”, incrementada pela “era dos princípios”, que trouxe consigo a fluidez interpretativa, tornando

³ Sadek analisa de modo comparativo o perfil do novo magistrado, afirmando que há uma discrepância de sua postura atual em relação aos padrões tradicionalistas sustentados alhures, fazendo insurgir novas valorações e possíveis riscos à legitimidade democrática: “[...] é possível sustentar que o magistrado de hoje dista de seu par de alguns anos atrás e que temos assistido a uma significativa renovação interna, no sentido de um maior pluralismo e a uma conseqüente quebra no modelo de mentalidade tradicional. Esta mudança não necessariamente deve ser vista como apenas positiva. Ela traz riscos, sobretudo se implicar uma ampliação do espaço dos juízes partidários de um ‘direito alternativo’, comprometidos com uma concepção de justiça social que tem no magistrado um paladino, ou ainda de juízes que, ao abandonar a discricção, guiem-se, sobretudo, pela presença na mídia e pela ânsia de substituir a classe política, com mandato popular” (2004, p. 22-23).

“hercúlea a tarefa de definição do conteúdo da norma regente do caso concreto, especialmente à luz de uma necessária racionalidade argumentativa”.

Assim, a interpretação constitucional, com vistas a garantir os direitos sociais positivados, passa a enfrentar o dilema que se volta à definição dos limites da discricionariedade judicial, no sentido de evitar decisões respaldadas em criações jurídicas arbitrárias, carentes de fundamento lógico, traduzidas no que Streck articulou enquanto uma “Jurisprudência de Valores” (2017, p. 229-230). Esse conceito revela a subjetividade do julgador, ancorada na expressão dos seus valores, cujo texto normativo encobre a faceta criativa. Nesse ponto, a postura ativista deve vir apoiada a um fundamento de validade, tendo por supedâneo a ponderação de princípios, afluyente da teoria da argumentação racional.

Como consectário dessa análise, no exercício da atividade de interpretação conforme a Constituição, muito embora a relação umbilical com os princípios possa revelar riscos à legitimidade democrática, o papel normativo daqueles permite extrair a compreensão de que a perda desta segurança jurídica é apenas aparente, quando se convoca a necessária observância de uma motivação racional. A jurisprudência de valores significaria então a deturpação da jurisprudência fundada em princípios, segundo a qual o juiz tem o condão de transpor as barreiras interpretativas fixadas pelo positivismo, ampliando a normatividade da Constituição ao possibilitar a ultrapassagem do Estado legal para o Estado constitucional (APPIO, 2008).

É nessa perspectiva que se diferencia o mero ativismo judicial de um constitucionalismo compromissório e dirigente, utilizando-se como bússola hermenêutica os parâmetros de uma jurisdição constitucional mais efetiva, voltada à concretização da democracia e da cidadania (STRECK, 2017). Afirma Appio (2008, p. 22) que “no Estado constitucional, os juízes se sentem diretamente vinculados à Constituição e não, à vontade do Poder Legislativo, razão pela qual ampliam seu espaço interpretativo, especialmente ao buscarem a concretização dos valores constitucionais”. Dessa forma, modela-se uma nova ideia de (in)segurança jurídica, que passa a ser guiada pelas transformações sócio jurídicas implantadas, resvalando na textura porosa do conteúdo constitucional. Não obstante as críticas, os vetores interpretativos devem coincidir com os objetivos estabelecidos pelo constituinte originário, em uma espécie de “acordo prévio” (APPIO, 2008, p. 50) acerca do conceito e do alcance da Constituição, cuja estrita observância corrobora com o que espera de uma sociedade segura, livre de decisionismos e pautada no compromisso social.

Nesse sentido, a intervenção judicial nas matérias afetas à administração pública deve partir de um discurso prévio de fundamentação, o qual servirá para indicar os limites que definem um argumento de princípio e um simples argumento de política (STRECK, 2017), mormente quando o juiz se esbarra com uma espécie de “caso difícil” (DWORKIN, 2011, p. 129), cuja interpretação ultrapassa “as experiências exegético-substantivas e as tentativas de controlar os sentidos por meio de operações lógico-analíticas” (STRECK, 2017, p. 329). Esse modelo hermenêutico eleva a técnica da argumentação, “a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do Direito” (STRECK, 2017, p. 329).

Segundo Mitidiero (2018), uma das razões da indeterminação do direito é a equivocidade de suas normas, que lhes confere textos ambíguos e complexos, cuja solução não se respalda no apuramento linguístico de sua redação, mas na atividade do intérprete. Nesta linha, muitas concepções dogmáticas podem advir da postura que o intérprete ocupa na sociedade, “que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados” (2018, p. 62), o que reflete a necessidade de amparo aos elementos racionais. Assim:

Para que esse processo de permanente determinação do direito possa ser realizado de forma segura, é preciso que seja empreendido de forma racional seja do ponto de vista da atividade interpretativa, seja do ponto de vista do seu resultado. Em outras palavras, a fim de que exista uma segura densificação do direito é preciso que a interpretação seja racional. *Sem racionalidade não há como realizar um controle intersubjetivo das razões invocadas pelo intérprete para suportar as suas decisões diante das dúvidas interpretativas surgidas em face do direito aplicável.* Uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável (MITIDIERO, 2018, p. 63, grifo nosso).

Quando se compreende que não há perfeição normativa capaz de abarcar todas as demandas sociais propostas, torna-se contundente a associação dessa ebulição jurisdicional às chamadas “zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito” (STRECK, 2017, p. 235), justificando a necessidade de dar-lhes respostas, para que sua previsão não se torne inócua na narrativa constitucional e sua eficácia possa ser sentida no meio social.

Desse modo, Streck (2017, p. 239-240) propõe a delimitação de elementos racionais a serem observados, a fim de embasar e validar a intervenção judicial em matéria administrativa, com foco na propagação da jurisdição constitucional mais próxima do cidadão:

Percebe-se, assim, que a atribuição de sentido do que pode (ou deve) receber a chancela da *jurisdição constitucional* carece (ainda), para utilizar os próprios pressupostos habermasianos, de um discurso de fundamentação prévio (discursos de validade), do qual se possa extrair os limites e as condições de possibilidade sobre a oportunidade (ou não) de lançar mão do direito constitucional por meio de um controle judicial de constitucionalidade apto para estabelecer, entre outras coisas: a) “a clareza do direito e para a manutenção de uma ordem jurídica coerente”; b) a possibilidade de intervenção nos casos de “zonas cinzentas que surgem entre legislação e aplicação do direito”; c) quais as situações permissivas de “configuração criativa” da jurisdição constitucional (grifo do autor).

Através dessas balizas, torna-se possível o ajuste discursivo acerca do controle judicial das políticas públicas, “como um instrumento de ampliação do debate constitucional, assegurando a participação das minorias no processo democrático, bem como, da recondução do significado da cidadania [...]” (APPIO, 2008, p. 21).

3. INTERVENÇÃO JUDICIAL E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição dirigente de 1988, em seu texto aberto a princípios e valores, outorgou ao Estado a competência para a elaboração e implementação de políticas públicas em diversas áreas afetas aos direitos fundamentais sociais, estabelecendo programas específicos, cuja intervenção na vida dos destinatários passa a depender de medidas efetivas provindas dos âmbitos legislativo e executivo. Assim, para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o Estado necessita organizar-se no “*facere*” e “*praestare*”, transformando-se de Estado social de direito, para Estado democrático de direito (GRINOVER, 2010, p. 12).

Segundo Mânica (2008), as políticas públicas vão muito além do documento normativo que as instituiu, de modo que sua exasperação advém da efetividade social, que só se traduz por meio da implementação do conjunto de atos passíveis de viabilizar a concreção dos valores e objetivos que emanam do ordenamento jurídico.

Dessa forma, o Estado utiliza-se de sua discricionariedade para a mensuração e adoção do ato administrativo mais adequado à contemplação do fato que lhe é imposto, através da escolha da melhor técnica que esteja em seu domínio, reconhecendo-lhe a gerência do mérito

de seus atos, cujas decisões perpassam pela análise da insindicabilidade judicial, dado o seu juízo de destinação ao interesse público. No entanto, a extração semântica que se deve aferir da noção de interesse público provém de sua acepção enquanto interesse social, cuja finalidade última é a satisfação coletiva das prestações constitucionais.

Portanto, com base nessa compreensão, a partir do momento em que os entes responsáveis pela condução da norma constitucional deixam de cumpri-la, de modo efetivo e adequado aos interesses sociais, nasce uma predisposição de avanço do poder Judiciário, motivada, em larga escala, pela crescente mobilização dos cidadãos em prol do cumprimento da agenda política (BRANDÃO, 2013).

A leitura moral da Constituição, com uma textura principiológica, voltada à consecução dos seus fins sociais, fundamentou a nascente da intervenção judicial na atividade do Estado, com o escopo de moralizar a administração, dando-lhe conformação constitucional. Esta é a compreensão que deve ser mantida, de modo a evitar, por outro lado, que o “excesso moralizante” esvazie o conteúdo discricionário das prestações estatais. A inafastabilidade do Judiciário não garante a afastabilidade da Administração, não pressupõe a assimilação de macropoderes inibidores das condutas típicas das instituições sob controle. “Existe um espaço que deve ser preservado à revisão judicial pelo Poder Judiciário tendo em conta a capacidade técnica de atuação do Poder Executivo, bem como a sua representatividade popular” (APPIO, 2012, p. 121).

A ampliação do poder interventivo judicial não lhe confere a prerrogativa de adentrar à chamada “reserva especial de administração” (APPIO, 2004, p. 235-236), elegendo a política pública que julgue mais apropriada ao caso concreto. Em razão da natureza jurídica – e não política – da sua atividade finalística, esta deve se limitar ao controle da execução das políticas públicas nos moldes constitucionais, não se coadunando à dinâmica federalista qualquer percepção do Judiciário enquanto um administrador-substituto.

Em verdade, o que se sustenta é que a Carta Magna, ao estabelecer uma rede de proteção em matéria de políticas públicas e direitos sociais, não autorizou a ingerência do Judiciário na definição do conteúdo das matérias, tampouco na definição do momento de sua efetiva

implementação, restringindo-o à função fiscalizatória que lhe é imposta enquanto defensor da jurisdição constitucional⁴.

Nesse viés, argumentos em torno de uma hermenêutica constitucional adequada não devem servir de pretexto para aventuras políticas de juízes, propensas à fragmentação das instituições democráticas e geradoras de tensões e crises de governabilidade (APPIO, 2004). Não obstante a relevância histórica dos princípios constitucionais, enquanto elementos “de resgate da Moral pelo Direito, o juiz da causa deve poder confrontar o ato administrativo imoral com elementos concretos e objetivos que possam ser racionalmente justificados” (APPIO, 2012, p. 121).

Nessa direção, avalia-se que, quando o poder Judiciário atua verificando o efetivo cumprimento das metas da Administração, em consonância ao princípio constitucional da eficiência, age em um processo de racionalização da aplicação do direito, dando ênfase à concretização dos direitos fundamentais. Estimula-se assim o debate e preserva-se o regime democrático (MANCUSO, 2011).

Segundo Canela Júnior (*apud* GRINOVER, 2010, p. 14), tomando-se o juiz como coautor de políticas públicas, “fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos –, o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle”. Cabe assim ao Poder Judiciário a manutenção da equidade normativo-constitucional, materializando as previsões estatuídas para além de uma unívoca concepção de legitimidade democrática.

É de se perceber que a atuação judicial passa a se legitimar perante os espaços deixados “em branco” pelas outras esferas do poder, notadamente o Legislativo e o Executivo em matéria de políticas públicas. Nesta linha, a legitimidade democrática merece vir atrelada ao que se

⁴ Segundo Appio (2004, p. 216-217), há três momentos distinguíveis acerca do controle judicial de políticas públicas: na sua formulação, execução ou avaliação. Esse controle pode ser presenciado, portanto, em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas sociais e econômicos. Assim, “a avaliação judicial das políticas públicas não se apresenta como novidade no contexto brasileiro, já que se faz a partir do controle de legalidade e legitimidade atos administrativos [sic], especialmente através da aplicação da Lei de Improbidade administrativa (Lei 8.429/92), bem como através dos instrumentos de repressão penal. Ademais, existem instrumentos correlatos ao controle exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, visando assegurar a própria credibilidade das políticas públicas a serem implementadas. Contudo, a participação do Poder Judiciário no processo de formulação e execução das políticas públicas se apresenta como fenômeno absolutamente inédito, pois implica a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade de juízes não-eleitos”.

compreende como um Estado constitucional democrático: ao mesmo tempo em que assume a importância da soberania popular como canal representativo, defende a preservação das matrizes constitucionais, dos valores e direitos fundamentais. Assim, “ao contrário do constitucionalismo liberal, que seria marcado pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e a clara separação dos poderes” (KOERNER, MACIEL, 2002, p. 123), o constitucionalismo democrático, por sua vez, “priorizaria os valores da dignidade humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado” (KOERNER, MACIEL, 2002, p. 123-124). Pode-se assim diferenciar uma argumentação jurídica, daquela de caráter meramente político, como afirma Appio (2012, p. 136):

Ao implementarem uma política pública a partir de um dever genérico previsto na Constituição, os juízes estão atuando no plano estritamente político, definindo os perdedores e ganhadores dentro da comunidade jurídica, além de mensurar-lhes as perdas e ganhos. Interferem, portanto, no espaço reservado aos demais poderes, suprimindo as prerrogativas inerentes ao sistema representativo e impondo suas concepções próprias acerca do tamanho do Estado. Agem, portanto, como um bloco ou partido político. Já nos casos em que interferem de forma positiva, visando assegurar o cumprimento dos princípios constitucionais, utilizam-se de um argumento jurídico e não, político, qual seja: de que existe uma vinculação plena dos atores políticos ao texto da Constituição a qual vem a determinar que o Poder Judiciário assegure sua concretização.

Portanto, diante de uma conduta primária defeituosa e leniente, falar-se em excesso de ativismo pode conduzir a ideias reducionistas, que se limitam à percepção da consequência como a causa do problema, desconfigurando o nexos e desajustando ainda mais o sistema de garantias fundamentais⁵. Trata-se de assegurar a diferença delimitada por Streck (2017) entre constitucionalismo compromissório (e dirigente) e ativismo judicial.

⁵ Exemplo emblemático desponta da análise do Recurso extraordinário nº 592.581, ocorrido na data de 13 de agosto de 2015, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por unanimidade e sob repercussão geral, que o Judiciário, ao impor à Administração Pública a oferta de obras de melhorias emergenciais em estabelecimentos prisionais, visando cumprir às determinações constitucionais assecuratórias da dignidade humana dos detentos, não extrapola os limites de sua atuação jurisdicional. Para o ministro relator Ricardo Lewandowski, o caso em tela evidencia flagrante ofensa aos direitos fundamentais, já que, no atual Estado democrático de direito, considerada a prisão como exceção, devem ser ofertadas ao preso as garantias necessárias para que exerça seu múnus com dignidade, possibilitando a futura ressocialização. Por essas razões, acreditou o colegiado que não se estava diante da implementação de uma política pública pelo Judiciário, em afronta ao princípio da separação dos poderes e ao argumento da reserva possível, já que a atuação provinha de patente omissão estatal, apta a afastar a hipótese de excesso de ativismo judicial. O limite foi claramente definido pelo ministro Lewandowski, esclarecendo que a simples invocação de ameaça a direitos fundamentais não embasa a pretensão jurídica, de modo que os juízes devem se ater ao desenho constitucional da repartição dos poderes, sem a pretensão de fazer de seu ofício um governo. Deve, portanto, restar clara a retração inconstitucional da autoridade estatal e as incontestáveis consequências gravosas aos jurisdicionados: “Nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais

Santos (2011, p. 24) acredita que “muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.)”. Nesse ponto, defende a necessidade de o Judiciário posicionar-se, em grande medida, na condição de *ultima ratio* para a consecução das garantias constitucionais:

É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças. Mas, tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na resolução. O sistema judicial está, hoje, colocado perante o seguinte dilema. Se não assumir a quota-parte da sua responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente (SANTOS, 2011, p. 40, grifo nosso).

Nessa vertente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática proferida na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 45-9⁶, demonstrou que a investidura judicial na formulação e implementação de políticas públicas justifica-se pelo cumprimento dos direitos fundamentais, ainda que oriundos de normas constitucionais programáticas, cuja previsão não deve servir de supedâneo à inefetividade das prestações estatais:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando

se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete ‘impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada’”.

⁶ Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) (grifos nossos).

Com efeito, reconhece-se a força vinculante das normas programáticas sobre os deveres estatais, cuja normatividade não se esconde por detrás de uma previsão genérica; seus comandos conferem limites à atividade legislativa e produzem balizas para as ações administrativas, que devem se pautar na assunção de resultados condizentes aos princípios constitucionais. Neste sentido, “as normas programáticas estão endereçadas a todos os aplicadores das normas constitucionais e, com especial ênfase, o Administrador Público a quem incumbe concretizar os deveres constitucionais genéricos através de políticas econômicas e sociais” (APPIO, 2008, p. 93).

As novas concepções acerca das alocações de competência entre os poderes, em consonância à teoria dos “*checks and balances*”⁷, não significam uma ruptura à lógica da separação, mas traduzem a sobreposição de um pensamento que não se coaduna à clássica tripartição atribuída a Montesquieu (2000, p. 175), onde o Poder Judiciário funciona como um poder “nulo”, e “os juízes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”. Assim sendo, a tônica proposta para a separação dos poderes “se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade-fim” (APPIO, 2004, p. 233). Neste sentido, afirma Grinover (2010, p. 13):

[...] as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si sós. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*.

Através dessa compreensão, e observadas as arestas que definem o que se reserva ao âmbito da discricionariedade administrativa, torna-se possível a compatibilização da intervenção judicial em políticas públicas com o regime democrático, cujo balanceamento visa

⁷ A teoria dos “freios e contrapesos” foi adotada pela primeira vez na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, seguida pela Constituição francesa de 1791.

prestigiar os valores e fins sociais, consubstanciando ativamente a jurisdição constitucional, que não subjaz interpretações decisionistas e desprovidas de conteúdo jurídico.

4. A POLÍTICA DE EDUCAÇÃO SOB ANÁLISE: CONSTITUCIONALIDADE DAS IDADES MÍNIMAS E REQUISITOS PARA INGRESSO NA EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL, À LUZ DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando o direito à educação como indicador primário de política pública afeta à dignidade humana, e perfeitamente alocado enquanto direito fundamental social (art. 6º/CF), passa-se a analisar um caso emblemático tratado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde se confronta a possibilidade de intervenção judicial aos discursos protetores da autonomia administrativa.

Nesse contexto, em 2018, o STF publicou o Informativo nº 909, que definiu as idades mínimas e os requisitos para ingresso de crianças na educação infantil e no ensino fundamental, culminando na seguinte redação: “são constitucionais a exigência de idade mínima de quatro a seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a fixação da data limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas”.

O Informativo foi resultado do julgamento conjunto da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 292 e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 17. Na sessão, que ocorreu em 1º de agosto de 2018, o Plenário da Corte decidiu, por 6 votos a 5, pela improcedência da ADPF e pela procedência da ADC.

A ADPF nº 292 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra as disposições constantes nos artigos 2º e 3º da Resolução 1/2010⁸ e artigos 2º, 3º e 4º da Resolução

⁸ Art. 2º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter 6 (seis) anos de idade completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

Art. 3º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 2º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.

6/2010⁹, da Câmara de Educação Básica (CEB) do Conselho Nacional de Educação (CNE), que fixam limites temporais para o acesso de crianças no ensino infantil e fundamental. A PGR alegou ofensa ao princípio da acessibilidade à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, previsto no art. 208, I, da Constituição Federal (CF), ao princípio da acessibilidade à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças com idade até 5 (cinco) anos, previsto no art. 208, IV, da CF, além do princípio da isonomia no acesso à educação, cuja investidura constitucional o reveste enquanto direito social e direito público subjetivo, nos moldes dos arts. 5º e 6º, *caput*, e art. 208, §1º, a ser oferecido regularmente pelas autoridades públicas, sob pena de responsabilização, conforme imposto no art. 208, §2º, da CF.

Além disso, afirmou a PGR que o impedimento do acesso à escola para as crianças que completassem 4 anos após a data de 31 de março, estimularia a preocupante evasão escolar, já que o adolescente, que passaria a concluir o ensino médio com 18 anos, não mais se submeteria ao poder familiar dos pais, conforme previsto nos arts. 227 e 229 da CF/1988. Soma-se a isto o fato de desabrigar o jovem da garantia da tutela estatal referente à educação básica, que tem como limite a idade de 17 anos, além de provocar o seu retardo no ingresso à universidade.

Destacou ainda a PGR que a estipulação de requisito impeditivo do pleno acesso das crianças ao ensino infantil pode ensejar elevação da taxa de repetência e evasão escolar, “o que pode se apresentar como fator de exclusão, principalmente das classes menos favorecidas, encobrendo a ineficiência e resistência do estado em dar acesso a um ensino de qualidade” (p. 12)¹⁰.

Assim, concluiu a requerente que as Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e 6/2010 geram uma oferta irregular de educação, limitadora da discricionariedade político-administrativa do Estado, incapaz de embasar a tese do juízo de simples conveniência e/ou oportunidade.

⁹ Art. 2º Para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do ano que ocorrer a matrícula.

Art. 3º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6 (seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

Art. 4º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 3º deverão ser matriculadas na Pré-Escola.

¹⁰ Conforme petição inicial consultada no portal do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=4542311&tipo=TP&descricao=ADPF%2F292>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

A ADC nº 17 foi ajuizada pelo governador do Estado do Mato Grosso do Sul, questionando a constitucionalidade dos arts. 24, II, 31 e 32, *caput*, da Lei nº 9.394/96 (LDB)¹¹. O STF declarou constitucionais os dispositivos impugnados, adotando a tese proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso, nos seguintes termos: “é constitucional a exigência de 6 (seis) anos de idade para o ingresso no ensino fundamental, cabendo ao Ministério da Educação a definição do momento em que o aluno deverá preencher o critério etário”¹².

O entendimento que prevaleceu foi no sentido de que, em razão da ausência de previsão expressa na LDB acerca da delimitação temporal da idade para o ingresso escolar, bem como da abertura constitucional, caberia ao poder público defini-la. O Ministro Luiz Fux, relator da ADPF, argumentou que o poder Judiciário não possui capacidade técnica e competência institucional para a definição objetiva desses critérios¹³.

Para a maioria dos ministros, a exigência de 4 e 6 anos completos até 31 de março do ano referente à matrícula no ensino infantil e fundamental, respectivamente, foi norteadada por amplos debates e audiências públicas, com participação técnica e social de especialistas de todo o país, não havendo violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e acesso à

¹¹ Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

[...]

II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

- a) por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola;
- b) por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas;
- c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino.

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;

II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;

III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral;

IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;

V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança.

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: [...]

¹² Conforme consulta no portal do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=17&processo=17>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹³ Fonte: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-01/judiciario-nao-interferir-politicas-sistema-ensino>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

educação¹⁴. Acompanharam este entendimento, além do ministro Luiz Fux, os ministros Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Carmen Lúcia.

Nesse sentido, segundo a posição prevalecente, o requisito temporal objetivo, além de proporcionar maior segurança jurídica, “insere-se no campo de conformação do administrador, sobretudo em razão da ‘expertise’ do CNE e da ampla participação técnica e social no processo de edição das resoluções, em respeito à gestão democrática do ensino público [...]”¹⁵.

Foram vencidos os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Dias Toffoli. O ministro Celso de Mello defendeu que o poder público não pode munir-se de amplo grau de discricionariedade para dispor, sob critérios meramente pragmáticos, sobre o direito fundamental de acesso à educação, comprometendo a sua eficácia. O relator da ADC, ministro Edson Fachin, argumentou acerca do corte etário: “isto não está na Constituição. E não acredito que uma resolução possa alterar a Constituição. A distinção entre a educação infantil e fundamental emerge de um texto nítido, que não tem essa elasticidade”.

O que se observa do cenário exposto é que o resultado acirrado do julgamento – com apenas um voto de diferença – revela um entendimento não uníssono, com notável presença de obscuridade consensual, uma verdadeira “zona de penumbra”, cuja uniformização pretendida parece ainda engatinhar em seu rumo.

Não se pode deixar de salientar que o caráter programático da política de educação não justifica o manejo desmesurado do poder discricionário da administração. A proposta constitucional de regulação de um direito social deve pautar-se na técnica hermenêutica voltada à máxima satisfação da jurisdição constitucional, e não ao seu oposto, ou seja, a restrição desse direito, estabelecida sob critérios anômalos ao texto da Constituição. Com efeito, o caso retratado demonstra o cerceamento irrazoável do acesso inicial à educação infantil e ao ensino fundamental, mediante uma política refratária à fundamentalidade do direito educacional. Neste caso, uma intervenção positiva e racional do Judiciário não se alinha a essa medida, devendo,

¹⁴ Conforme notícia publicada no portal do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385446>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

¹⁵ Nesse sentido, já se posicionou o STJ, a exemplo do REsp 1412704/PE, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe: 19/12/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303529570&dt_publicacao=19/12/2014>. Acesso em: 20 jun. 2019.

ao revés, respaldar-se no efetivo controle das metas de eficiência do Estado, assecuratórias dos interesses nucleares dos cidadãos. Neste sentido:

Vale dizer que, quando se discute *atividade discricionária*, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa [...]. Evidentemente, o juiz não apenas *pode, como deve*, verificar se a escolha feita pelo administrador público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público *quando ela não se afigure inapropriada*. No momento em que o ordenamento jurídico permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, *permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada* (FERRARESI, *apud* GRINOVER, 2010, p. 23-24, grifos do autor).

Assim sendo, da mesma forma que cabe ao Poder Judiciário intervir na consecução de uma política pública prevista, visando dar efetividade a um programa social eventualmente omitido pela gestão pública, em inversão semântica, e por consequências análogas, também é de sua competência a fiscalização da política pública, quando esta, embora já tenha sido criada, macula frontalmente as premissas constitucionais.

Entre o objetivo de compatibilização da discricionariedade administrativa com os comandos constitucionais, a hermenêutica constitucional ganha um dilema: de um lado, uma limitação temporal não prevista na carta Magna; de outro, a recusa à extensão interpretativa. Na tentativa de equilíbrio entre a autocontenção e o ativismo judicial, despontam no meio-termo os direitos fundamentais, cuja preservação impescinde de um discurso de fundamentação racional, capaz de propor a ponderação principiológica necessária e conducente ao possível alcance de um “ponto ótimo”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A valoração principiológica que passou a ganhar corpo com o advento das constituições modernas, impôs um novo modelo de hermenêutica, que se destacou na resolução dos “casos difíceis”.

Com efeito, a técnica ortodoxa da subsunção legal aos fatos concretos, não se mostrou mais como a única alternativa apta a solucionar as complexidades então insurgidas. Nesse

ponto, quando se adota a perspectiva normativa dos princípios, garante-se uma resposta pautada na dinâmica constitucional.

Não se deve perder de vista que, para a manutenção dos escopos da segurança jurídica, elementos jurídico-rationais devem ser observados, cujas balizas norteadoras guiam-se pela preservação dos direitos fundamentais.

Este desafio torna-se o ponto crucial quando o poder Judiciário passa a intervir nas políticas públicas, e é justamente o parâmetro que orientará as fronteiras entre a discricionariedade judicial e uma atuação compromissória.

Vislumbra-se que a previsão da autonomia político-administrativa do Estado, muito embora decorra do modelo federalista implantado, sofre limitações fundadas na sua necessária conformação constitucional e no cumprimento efetivo dos fins sociais. Ao mesmo tempo em que a inafastabilidade do Judiciário não significa a afastabilidade da administração, também não prescreve a presunção exacerbada dos poderes estatais.

Nessa linha, a análise conjunta da ADPF nº 292 e da ADC nº 17, revela que o Supremo Tribunal Federal prestigiou demasiadamente a discricionariedade política do CNE, em uma deferência exacerbada à postura de autocontenção, cujo desequilíbrio decisório claramente não se respaldou em uma argumentação racional e ponderativa.

Não se trata de invadir campo de “reserva especial da administração”. Na realidade, quando se evocam direitos fundamentais, cabe falar em reserva de justiça, de cidadania, de dignidade humana, e o direito igualitário ao amplo acesso à educação, previsto constitucionalmente, insere-se neste conjunto. A distinção é perceptível: a fiscalização exercida pelo poder Judiciário deve se concentrar na acusação de uma oferta irregular de educação, que não condiz com os princípios constitucionais, dissociando-se de uma atuação substitutiva das competências legislativas e/ou administrativas, onde haveria a designação judicial da política pública aplicável ao caso concreto.

Trata-se de um campo arenoso, de limites certamente não generalizáveis. Contudo, sustenta-se que as Cortes superiores devem privilegiar a técnica argumentativa mais condizente ao Estado democrático, cuja devida observância à integridade normativa da rede de princípios

albergada constitucionalmente, conduz teleologicamente à segurança jurídica do ordenamento que se visa preservar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

_____. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/87373>. Acesso em: 05 ago. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 263, maio/ago. 2013, p. 175-220. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de constitucionalidade 17*. Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 1º de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=17&processo=17>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 292*. Arguente: Procurador Geral da República. Arguido: Ministério da Educação. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de agosto de 2018 (pedido de liminar). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=292&processo=292>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45-9*. Arguente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de maio de 2004. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. *Informativo n. 909*. Idade mínima para ingresso na educação infantil e no ensino fundamental – 3. São constitucionais a exigência de idade mínima de quatro e seis anos para ingresso, respectivamente, na educação infantil e no ensino fundamental, bem como a fixação da data limite de 31 de março para que referidas idades estejam completas. 1º de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo909.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. *Recurso Extraordinário 592.581/RS*. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015 (repercussão geral). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz WERNECK. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, n. 08, dez. 2006. Centro de estudos de Direito e Sociedade – CEDES – IUPERJ: Rio de Janeiro, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010, p. 9-37. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Lua Nova: *Rev. Cultura e Política*, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57>.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, jan./jul. 2008, p. 89-104. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/694>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. *Resolução n. 1*. Define diretrizes operacionais para a implantação do ensino fundamental de 9 (nove) anos. 14 de janeiro de 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15541-rceb001-10-pdf&category_slug=abril-2014-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. *Resolução n. 6*. Define diretrizes operacionais para a matrícula no ensino fundamental e na educação infantil. 20 de outubro de 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15542-rceb006-10-pdf-1&category_slug=abril-2014-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 19 jun. 2019.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS NETO, Newton Pereira. A construção do direito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades no uso das sentenças aditivas. *Observatório da jurisdição constitucional*, Brasília: IDP, ano 2, 2008/2009.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder judiciário: Perspectivas de Reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. X, n. 1, maio 2004, p. 01-62. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762004000100002&script=sci_arttext>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário julga válida data limite para idade de ingresso na educação infantil e fundamental*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385446>. Acesso em: 20 jun. 2019.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI; Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-131.

Data de Submissão: 04/02/2021

Data de Aceite: 18/06/2021