

UMA ANÁLISE DE CASO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO FRENTE A OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NO FORNECIMENTO DE VAGAS EM ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL

A CASE ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT ON THE REALIZATION OF THE RIGHT TO EDUCATION BEFORE THE OMISSION OF THE PUBLIC POWER IN THE PROVISION OF VACANCIES IN EARLY EDUCATION SCHOOLS

Carla Luana da Silva¹

RESUMO: Este trabalho tem como tema central a análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à concretização do direito social à educação infantil pelo Poder Judiciário, frente a omissão do Poder Público em realizá-lo. A justificativa para tratar do tema deve-se às demandas cada vez mais crescentes ao acesso universal à educação infantil, e a falta de vagas que impedem esse direito, que fazem necessário à atuação do Poder Judiciário nessa realização. O problema que envolve o trabalho é buscar no que se fundamentam as decisões do Poder Judiciário para atuar além dos limites de sua esfera, considerando essa atuação sobre o serviço público, instrumento de realização do direito à educação infantil, bem como, pensar em vias alternativas que possibilitem essa atuação de forma legítima. Utilizou-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo, chegando-se as seguintes observações: uma série de nuances do Estado Democrático de Direito levam a uma indispensabilidade de atuação do Poder Judiciário, principalmente, no que concerne a implementação de serviços públicos destinados à educação; contudo, deve haver uma lapidação cada vez maior em vias alternativas que preservem as bases constitucionais nessa atuação; o desenvolvimento de debates dialógicos pode ser indicado nesse sentido, podendo ser melhor desenvolvido na formação de decisões mais abrangentes e complexas que possam resolver problemas generalizados, como as reiteradas omissões do Poder Público no que tange ao fornecimento de vagas na educação infantil.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Direito à Educação Infantil; Poder Público.

ABSTRACT: This paper has as its central theme the critical analysis of the jurisprudence of the Supreme Court, with regard to the realization of the social right to early childhood education by the Judiciary, in view of the omission of the Public Power in carrying it out. The justification for addressing the theme is due to the increasing demands for universal access to early childhood education, and the lack of vacancies that prevent this right, which make it necessary for the judiciary to act in this realization. The problem that involves work is to seek the decisions of the Judiciary to act beyond the limits of its sphere, considering this action on the public service, an instrument for the realization of the right to early childhood education, as well as thinking about alternative ways that enable this action in a legitimate way. The hypothetical-deductive approach was used as a method of approach, reaching the following observations: a series of nuances of the Democratic State of Law lead to an indispensability of action of the Judiciary, nod. the development of dialogical debates can be indicated in this sense, and can be better developed in the formation of more comprehensive and complex decisions that can solve generalized problems, such as the repeated omissions of the Public Power regarding the provision of vacancies in early childhood education.

Key-Words: Supreme Court; Right to Early Childhood Education; Public Power.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), (Brasil). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa “Controle interno da Administração Pública no enfrentamento da corrupção”, coordenado pelo professor Pós- Doutor Rogério Gesta Leal, e o grupo “Controle Social e Políticas Públicas”, coordenado pela Prof. Dr. Caroline Muller Bitencourt e Dr. Janriê Rodrigues Reck, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. E-mail: carlaluanaschulz@hotmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente pesquisa tem como tema a análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a concretização, pelo Poder Judiciário, dos direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental social à educação infantil, frente a omissão do Poder Público em realizá-lo. Para o desenvolvimento desse estudo utilizar-se-á como objeto de decisão proferida em sede de Agravo Interno, no Recurso Extraordinário nº 1.101.106, do Distrito Federal, julgado no ano de 2018 pelo Supremo.

Esta decisão gira em torno do direito à educação infantil, e sua prestação deficitária pelo Poder Público, que acaba atribuindo ao Poder Judiciário o papel de garantidor desse direito, designando sua efetivação. Assim, o problema que envolve esta pesquisa é buscar no que se fundamentam as decisões do Poder Judiciário para atuar além dos limites de sua esfera, considerando essa atuação sobre o serviço público, instrumento de realização do direito à educação infantil, bem como, pensar em vias alternativas que possibilitem essa atuação de forma legítima.

Tendo em vista a utilização do método hipotético-dedutivo, o primeiro capítulo deste artigo buscará trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal à concretização do direito à educação infantil, baseando-se em um estudo de caso. O segundo capítulo terá a função de realizar uma análise crítica sobre a decisão específica, desenvolvendo sobre a concretização do direito à educação pelo poder judiciário, diante da prestação de um serviço público insuficiente. E o terceiro capítulo, também sobre uma análise crítica, visa pensar à legitimidade de atuação do Poder Judiciário e os seus fundamentos para tanto, trazendo como fechamento, em considerações finais, as contribuições dos diálogos constitucionais.

2 UM ESTUDO DE CASO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO FRENTE À OMISSÃO DO PODER PÚBLICO

No intuito de refletir acerca da atuação do Poder Judiciário, bem como, os limites que deve se orientar, a intenção desta pesquisa é buscar quais fundamentos que se utiliza o Supremo Tribunal Federal para concretizar direitos que teriam como principal responsável o Poder Público. Tendo em vista o direito à educação como

parâmetro, nada mais coerente do que buscar na própria Jurisprudência do Supremo essas fundamentações.

O objeto de estudo é um Agravo interno interposto contra decisão que negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Distrito Federal, por achar-se em confronto com acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Esse teve como agravante o Distrito Federal e agravado M. E. R. S. S. e S. C. de S. Julgado em sessão virtual de 15 a 21 de junho de 2018, conforme ementa colacionada abaixo:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE – 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 (CF, ART. 211, § 2º) – **O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO É NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO** – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – SUCUMBÊNCIA RECURSAL – (CPC, ART. 85, § 11) – NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA NA ORIGEM – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (RE 1101106 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018)

M. E. R. S. S. e S. C. de S., representadas por sua avó, ajuizaram ação com pedido de antecipação de tutela, objetivando as suas matrículas, para período integral, em creche da rede pública ou conveniada próxima a residência destas, localizada em Samambaia Norte/DF. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou obrigação de fazer para que o Distrito Federal realizasse à imediata matrícula das crianças em questão, em creche pública ou conveniada próxima às suas residências.

Observando às avaliações do Supremo Tribunal Federal, o relator foi desenvolvendo que o direito à educação é prerrogativa constitucional, deferida a todos no artigo 205 da Constituição Federal, e notadamente às crianças, conforme os artigos 208, IV, e 227, “caput”. Um direito fundamental de segunda dimensão, que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente

num “*facere*” ou em um “*prestare*”, onde o Estado deve criar condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

Conforme a fundamentação colacionada no voto, o direito à educação exprime a exigência de uma solidariedade social (no plano jurídico-normativo), e pressupõe a concretização da dignidade da pessoa humana, enquanto valor base do ordenamento. Por ser um direito de segunda dimensão, seria este um direito de crédito dos indivíduos em relação a coletividade, figurando como sujeito passivo o Estado, que assumiu a responsabilidade de atendê-los. Considerando essa responsabilidade, o direito à educação infantil não pode ser menosprezado pelo Estado, que está obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência.

Desenvolveu-se, na decisão, que o objetivo perseguido pelo legislador constituinte no que concerne à educação infantil traduz meta cuja não realização se qualifica como situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público. Esse pensamento se firma na ideia de que a Constituição delineou, em termos de educação, um nítido programa a ser desenvolvido por meio de políticas públicas capazes de cessar a situação de exclusão social e de desigualdade de acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola.

Mello retoma o entendimento da Corte com relação a dimensão política que é outorgada a jurisdição constitucional, nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal não poderia esquivar-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. Caso contrário, a integridade e a eficácia da Constituição restariam comprometidas, em razão da violação negativa pela inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público. Informa que esse desrespeito à Constituição, tanto pode ocorrer mediante ação estatal, quanto mediante inércia governamental.

Explica-se no acórdão que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois esse encargo residiria, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, segundo entendimento do voto, tal incumbência pode ser atribuída, excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos

estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que lhes são impostos, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos, como ocorreu no caso analisado.

Nesse cenário ganha relevo o tema da “reserva do possível”, notadamente em sede de efetivação e implementação de determinados direitos que custam ao Estado, exigindo-se prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas. O Ministro detalha que não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende de um vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, onde comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando.

Contudo, fundamentou Mello que não se mostra lícito ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele o propósito de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Assim, a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se dolosamente do cumprimento das obrigações, visto a fundamentabilidade dos direitos constitucionais.

É fixado o entendimento de que a omissão do Poder Público é passível de responsabilização, e a sua margem de discricionariedade não contempla o não fazer. Desse modo, presente tal contexto, considerando que o Distrito Federal atuará prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, consoante o artigo 211, § 2º, c/c o art. 10, § único, da Lei nº 9.394/96, este não poderá demitir-se do mandato constitucional que lhe foi outorgado, que representa fator de limitação de sua discricionariedade político-administrativa.

Todas essas considerações levaram o relator a não acolher a pretensão recursal deduzida pelo Distrito Federal, especialmente considerando a circunstância de que o acórdão questionado ajusta-se à orientação jurisprudencial firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no exame da matéria. Sendo assim, e em face de todas essas razões expostas, o relator negou provimento ao agravo interno, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão recorrida.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Por todo o exposto, pode-se enfatizar os seguintes entendimentos a partir da decisão da Corte Suprema:

1. O Direito à Educação é Direito Fundamental de segunda dimensão que impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva;
2. Atende uma exigência de solidariedade social e a concretização da dignidade da pessoa humana;
3. Estado é sujeito passivo do direito social, que assume responsabilidade na prestação;
4. Não atendimento gera inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público;
5. A Constituição traçou um programa a ser desenvolvido por meio de políticas públicas para cessar exclusão social e desigualdade de acesso às oportunidades;
6. Corte tem dimensão política, não pode esquivar-se de efetivar direitos sociais, pensando em manter a integridade da Constituição;
7. Desrespeito à Constituição pode ocorrer tanto por meio de ação estatal, como por inércia governamental;
8. Não se inclui nas funções ordinárias do Poder Judiciário implementar políticas públicas, contudo, excepcionalmente isso pode ocorrer nos casos de omissão dos órgãos competentes;
9. Cláusula da reserva do possível não pode ser usada, (ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível) com a finalidade de exonerar-se dolosamente do cumprimento das obrigações;
10. A omissão do Poder Público é passível de responsabilização, e a sua margem de discricionariedade não contempla o não fazer;

Dessa forma, sobre esses entendimentos do Supremo Tribunal Federal restaram traçadas as diretrizes sobre o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição e não efetivadas pelo poder público. O próximo capítulo tende a analisá-las de forma crítica, agregando o posicionamento de alguns autores sobre o viés da prestação do serviço público.

3 PRIMEIRA ANÁLISE DO CASO: A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO PÚBLICO INSUFICIENTE

A decisão analisada trata da concretização de um direito social, o direito fundamental à educação. O fato de ser um direito social possui peculiar característica de análise, pois mais do que os outros direitos, exige um dever de prestação do Estado, que se responsabilizou por sua concretização. Este é garantido, principalmente, por meio de serviços públicos. Sobre um olhar geral, está se falando na criação de políticas públicas, sendo o serviço público um instrumento para tanto.

Schier e Schier² explicam que o serviço público tem papel essencial ao realizar os direitos. O serviço público é prestado pelo Estado, atendendo os direitos fundamentais por meio de um regime jurídico de direito público, caracterizado pela universalidade e continuidade das prestações, e modicidade das tarifas³. A Administração Pública precisa ter papel ativo, principalmente, reconhecendo vantagens aos grupos mais vulneráveis, viabilizando sua inclusão. Os direitos sociais, nesse sentido, exigem do poder público a constante criação de políticas públicas.

Da decisão analisada se depreendeu a ocorrência da falta de um serviço público adequado, quando pendente o acesso universal à educação infantil. Não raro vê-se que há um enfoque apenas na criação de serviços públicos para acalantar demandas estratégicas do jogo político, esquecendo-se daquelas demandas essenciais ao desenvolvimento humano, como a educação.

Registra-se uma falta de estratégias políticas comprometidas com o texto constitucional, e além disso, quando existentes, há uma profunda falta de monitoramento sobre sua execução, o que acaba efetivando na maioria das vezes, uma política pública com falta de eficácia, apenas gerando custos descontrolados à Administração.

No que tange à educação, o relator reflete sobre a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação

² Ibid.

³ Ibid.

orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais, dentre vários outros aspectos que configuram um estado de coisas inconstitucionais na prestação desse direito.

Um cenário de falta de interesse acaba por aumentar violações graves e sistemáticas de direitos fundamentais. E o resultado desemboca em inúmeros acionamentos ao Poder Judiciário para a realização dessas demandas. Os juízes constitucionais começam a ter funções que não faziam parte da sua órbita de competências, como, por exemplo, ordenar que a administração desenvolva ou execute planos concretos para resolver crises, ou mesmo estabelecer políticas públicas que rompem com a ortodoxa divisão de poderes⁴, como no caso em tela.

Nesse sentido, foi mencionado na decisão, que devido à dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a Corte, o Supremo Tribunal Federal não poderia demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, no intuito de não comprometer a integridade e a eficácia da própria Constituição.

Há de se mencionar que a adoção do modelo de Estado Democrático e Social impõe ao Estado o dever de intervir na esfera da sociedade para assegurar aos cidadãos o acesso aos bens fundamentais, efetivando direitos sociais⁵. E este se torna o fundamento para o Judiciário prezar pela realização desses direitos, quando da omissão do Poder Legislativo e Executivo, como principais responsáveis de efetivá-los pela via do serviço público.

O Estado deve proteger e implementar os direitos sociais, planejando, guiando, prestando, distribuindo e possibilitando tanto a vida individual, como social⁶. No Brasil, a Constituição de 1988 não somente estabeleceu um amplo catálogo de direitos de cunho social, estampados principalmente em seu art. 6º, como também estendeu a eles o regime jurídico dos direitos fundamentais⁷.

Sendo um direito fundamental, o direito à educação possui dupla dimensão, com caráter subjetivo e caráter objetivo. Esse duplo caráter é dimensionado para

⁴ OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales*. In: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015. (Arquivo eletrônico - EAD).

⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. *Serviço público: condição da dignidade humana no Estado Social e Democrático de Direito*. EJJL, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, pp. 975-992. (Arquivo eletrônico - EAD).

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

todos os âmbitos do direito, onde de um lado apresentam-se como direitos de defesa do cidadão perante o Estado, e de outro sustentam uma ordem de valores objetiva que valerá como decisão fundamental⁸. E essa via da dimensão objetiva resplandece o dever do Estado de realizar o direito à educação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e aqui especificamente a do direito à educação, possui caráter estratégico por consistir uma reação às mudanças das condições de realização da liberdade individual pela necessidade. As novas funções dos direitos encontram seu respaldo no dever de proteção, no qual obriga primeiramente o legislador sem que corresponda uma habilitação subjetiva sua, este cumpre o dever de proteção mediante direito material ou o direito processual⁹.

Por se constituir direito fundamental, os direitos sociais vinculam todas as esferas, com normatividade plena. Essa característica possibilita seu acionamento por via judicial, contabilizando um amplo processo de judicialização¹⁰. O caso analisado é reflexo desse processo de judicialização, recorrendo à Jurisdição Constitucional a garantia do direito à educação.

A judicialização é o resultado de um processo histórico típico do constitucionalismo democrático, que conduziu a uma ampliação e transformação da natureza da Jurisdição Constitucional¹¹. Esse caminho da judicialização manifesta-se nas hipóteses em que há omissão estatal, em questão de prestação insuficiente pela via regular do serviço público¹², como mencionado no início das explicações¹³. Por essas razões é que se fundamentam em muitos julgados, assim como o julgado em questão, que quando o Poder Público é omissor, cabe ao Poder Judiciário agir no sentido de fazer esses direitos se efetivarem.

O STF, bem como, os demais tribunais têm papel essencial nesse contexto, pois fazem efetivar os direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais que

⁸ HENNIG LEAL, Monia Clarissa. *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática/ Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalismo y derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

¹⁰ Ibid.

¹¹ HENNIG LEAL, Monia Clarissa. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿*existe realmente “un activismo” o “el” activismo?*?. *Estudios Constitucionales: Chile*, 2012, p. 429-454.

¹² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. *Serviço público: condição da dignidade humana no Estado Social e Democrático de Direito*. EJLL, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, pp. 975-992. (Arquivo eletrônico - EAD).

¹³ Logicamente, há de se situar também um segundo enfoque, quando se observa o caráter extremamente aberto de parcela significativa dos enunciados normativos, que exigem uma interpretação pelo órgão jurisdicional.

exigem essa prestação positiva, e envolvem delicadas decisões sobre o impacto nos orçamentos. Discute-se os limites de atuação do Poder Judiciário dessa prestação requerida, compromisso que seria dos outros poderes sob a ótica constitucional. Por essa via, mais crescente se torna a deliberação quanto à legitimidade de atuação jurisdicional, adentrando na esfera dos outros poderes para efetivar direitos fundamentais. O próximo capítulo tende a usar esse enfoque como análise.

4 SEGUNDA ANÁLISE DO CASO: LEGITIMIDADE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

A decisão analisada traz o entendimento do Supremo Tribunal sobre interferência na esfera dos demais poderes na concretização dos direitos fundamentais. Firmou-se a orientação que nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos dos cidadãos. Contudo, a discussão sobre a legitimidade de sua atuação é tarefa discutida reiteradamente.

Sob esta ótica, o argumento de defesa, em muitas decisões, quanto a essa intromissão do Poder Judiciário, gira em torno de que em razão das leis orçamentárias serem propostas pelo Poder Executivo e votadas pelo Poder Legislativo, cabe a estes poderes a decisão sobre qual será a destinação dada aos recursos públicos. Argumento que não deixa de ser racional, contudo, se cabe a esses poderes a realização desses direitos, por que não o fazem? O relator da decisão analisada muito bem fundamenta que a omissão do Poder Público é passível de responsabilização, e a sua margem de discricionariedade não contempla esse não fazer.

Interessante que a decisão afasta o princípio da reserva do possível (submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes) sobrepondo-se a ele, o princípio da máxima efetividade da Constituição, ou seja, o dever do Estado em promover o bem-estar social, pelo qual se conferem às normas constitucionais sentido amplo de eficácia, ou operacionalidade prevalente.

Logicamente que sobre a perspectiva de uma teoria externa de direitos, aqui situada na obra de Borowski¹⁴, esse direito prestacional, que consta na Constituição Federal como princípio, poderia ser limitado no caso concreto sobre a ideia da reserva do possível, ou também sobre outros elementos posteriores, próprios do momento, quando ponderados com outros elementos ou princípios, que podem ocasionar uma restrição de sua abrangência.

Essa lógica é observada nos entendimentos anteriores dos Tribunais com relação ao direito à educação. Haviam decisões que não concediam o acesso a vagas à educação infantil estando ausentes vagas em instituições, e houvesse lista de espera de outras crianças com a mesma pretensão, considerando o Princípio da Isonomia. Nessa situação sob a ótica da teoria externa dos direitos, o direito à educação estaria sofrendo uma restrição frente esse princípio.

Contudo, em argumentação posterior, nem mesmo o Princípio da Isonomia, nem mesmo a cláusula da “reserva do possível” se tornaram limitadores da abrangência do direito. O Ministro relator situou que não poderia ser invocada a reserva do possível pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, quando dessa conduta negativa pudesse resultar nulificação, ou aniquilação de direitos constitucionais.

Há de se ter referência de que debates quanto a concessões individuais por parte do Poder Judiciário, em detrimento à efetivação de direitos à coletividade poderiam ser resolvidos se existente uma anterior racionalização estratégica de recursos pelo Poder Público. Discussões que envolvem projetos futuros, bem-estar social, consequências que resultam da aplicação do direito em questão, não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos)¹⁵.

Schier e Schier¹⁶ refletem que a realização dos direitos sociais por meio do Poder Judiciário contribui para a satisfação das necessidades, mas não é por essa via que se implementam políticas públicas, não é por essa via que se reduz desigualdades regionais, e não é por essa via que é gerado o desenvolvimento

¹⁴ BOROWSKI, Martin. *La restricción de los Derechos Fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, n. 59, mayo-agosto 2000. pp. 29-56. (Arquivo eletrônico - EAD).

¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e presidencialismo de coalisão. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 6, vol. 1, maio 2013. pp. 207-222.

¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. *Serviço público: condição da dignidade humana no Estado Social e Democrático de Direito*. EJJL, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, pp. 975-992. (Arquivo eletrônico - EAD).

nacional. Sendo assim, sabe-se que o principal responsável por efetivar esses direitos é o Poder Público, poderes Legislativo e Executivo, que têm legitimidade para com ações estratégicas os concretizar, mas, como lidar com a inércia de sua atuação?

Tendo cada vez mais um acionamento jurisdicional nesse sentido, indica que algo não está funcionando corretamente no sistema. Sobre uma análise crítica, vê-se diante desse julgado que o Poder Judiciário tem sido o principal responsável por trazer à tona a efetividade dos direitos incrustados pela Constituição, não fosse por isso muitos direitos ainda estariam omissos pelo principal responsável por sua efetivação, não implementando adequadamente seus serviços públicos na direção dos direitos fundamentais.

Fato é que hoje, a efetividade do texto constitucional relacionada aos direitos sociais é possível, justamente, por esta postura intervencionista adotada pelos Tribunais. Há um compromisso pelo Supremo Tribunal Federal em ser protagonista em questões que afetam interesses políticos nacionais. Contudo, é extremamente necessário que exista um judiciário forte, garantidor dos direitos fundamentais e das regras do jogo político com norte na Constituição.

Logicamente, como ensina Streck, com o judiciário adentrando nas questões políticas é imprescindível que suas decisões se pautem em princípios, e não em argumentos de política, produzindo decisões de acordo com o direito¹⁷. E é nesse ponto que devem se voltar os esforços na tentativa de se formarem decisões legítimas por parte do Poder Judiciário.

Não bastam apenas críticas ou a imposição de limitações à atuação do Poder Judiciário, mas sim, o desenvolvimento estratégico na resolução desses problemas sociais. Não há de se focar em limites ao Poder Judiciário, mas sim em uma atuação ativa e abrangente por parte dos outros poderes, no sentido de verem a concretização dos direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988.

Não basta somente relacionar que o Judiciário tem importante papel na realização dos serviços públicos, e que o principal responsável não é o órgão jurisdicional, mas sim o Poder Público, é necessário que se estudem vias alternativas para que Poderes Legislativo e Executivo achem formas de atender

¹⁷ STRECK, Lênio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e presidencialismo de coalisção. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 6, vol. 1, maio 2013. pp. 207-222.

mais prontamente às demandas sociais, com um aceleração no debate político, um alargamento de diálogo com os cidadãos, e entre as instituições, entre outros.

O problema em questão gira em torno da falta de vagas à educação infantil, que acaba desembocando em questões como os limites ao controle jurisdicional nas resoluções desse tipo de demanda. Há um esquecimento pelo Poder Público do seu dever quanto a realização desse direito fundamental, ou o Judiciário concede o direito e obriga os responsáveis tomarem as medidas cabíveis à sua manutenção, ou deixa agravar seu estado.

Muitas são as demandas que chegam no Poder Judiciário quanto a falta de vagas no acesso à educação infantil, por isso vê-se que se necessita ainda mais de meios alternativos na resolução dessas demandas. Sugere-se, nesse sentido, a busca de meios alternativos que impactem o mínimo possível o acesso universal aos direitos por via da prestação pelo Poder Público, ótica defendida pela Constituição Federal.

3 TERCEIRA ANÁLISE DO CASO: CONTRIBUIÇÕES DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS EM CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema que envolveu a pesquisa foi buscar no que se fundamentam as decisões do Poder Judiciário para atuar além dos limites de sua esfera, considerando essa atuação sobre o serviço público, instrumento de realização do direito à educação infantil, bem como, pensar em vias alternativas que possibilitem essa atuação de forma legítima. Uma série de nuances do Estado Democrático de Direito levam a uma indispensabilidade de atuação do Poder Judiciário, contudo, deve haver uma lapidação cada vez maior em vias alternativas que preservem as bases constitucionais nessa atuação.

Muito se tem desenvolvido sobre a formação dos debates dialógicos, com uma ampliação e alargamento da interpretação do texto constitucional. Fala-se em uma conversação aberta e contínua entre os diferentes ramos do governo, e o povo, com o objetivo de concretizar os preceitos da Constituição.

Já há posicionamentos do Tribunal em vários julgados, no sentido de que há maior efetividade da Constituição com a pluralização dos intérpretes que a circundam. Isso é possível com atuação coordenada entre os poderes estatais –

Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, contribuindo cada qual com suas capacidades específicas, no embate dialógico. Um primeiro passo para legitimar decisões inevitáveis pelo Supremo.

Esses reflexos permitem delimitar que os pronunciamentos da Suprema Corte não devem ser vistos com última palavra definitiva, mas sim provisória, vinculando formalmente as partes do processo, e finalizando uma rodada deliberativa acerca das temáticas. Quando se coloca em debate a implementação de políticas públicas visando a concretização de direitos sociais, a ideia é de que decisões emanadas pelo órgão jurisdicional sejam criadas da forma mais legítima possível, considerando as várias nuances e opiniões dos envolvidos.

Abre-se o debate ao aprofundamento da deliberação em torno de disputas de interesses. A interpretação e a concretização da Constituição da República não ficam adstritas às Cortes, mas sobre interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade¹⁸. O debate quanto a falta de vagas à educação infantil poderia ser resolvido por essa via, perquirindo-se o posicionamento de diferentes atores e órgãos na resolução desse problema.

Juízes poderiam, por exemplo, requerer que os grupos afetados sejam consultados diretamente quando seus interesses se veem seriamente afetados por decisões públicas relevantes, ou organizar audiências públicas para garantir que os setores em desvantagem participem na elaboração ou correção dos programas que ferem seus interesses fundamentais¹⁹.

No que tange ao direito à educação infantil, pelos meios adequados e considerando uma inconstitucionalidade por omissão por parte do Poder Público, o Tribunal deve pensar sua reponsabilidade no intuito de resolver demandas de outros cidadãos que se encontram nessa situação, considerando que o acesso ao Poder Judiciário também se centra nas mãos de poucos. Observando requisições reiteradas por vagas nas portas do Poder Judiciário, deve se pensar em meios alternativos de se formar diálogos institucionais na resolução desse problema, sobre o norte do acesso universal à educação.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *Revisão judicial em democracias defeituosas*. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, 2019. pp. (Arquivo eletrônico - EAD).

¹⁹ Ibid.

Esse problema em questão assola os inúmeros estados do Brasil, no Rio Grande do Sul, por exemplo, em análise realizada no ano de 2017²⁰, no *site* do Tribunal de Justiça do estado, foram encontrados 1670 acórdãos com objeto de pesquisa “vagas em escolas de educação infantil”, número que desconsidera ainda as outras inúmeras demandas que não chegaram por alguma razão ao Poder Judiciário²¹.

Reforça-se, nesse sentido, que frente às inúmeras críticas sob a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, a noção de um debate dialógico seja o caminho para uma aplicação do direito que preze por cumprir com as bases constitucionais, no caso em tela pensar na questão de universalização e vias alternativas para resolução pelo Poder competente.

REFERÊNCIAS

BOROWSKI, Martin. **La restricción de los Derechos Fundamentales**. Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, n. 59, mayo-agosto 2000. pp. 29-56. (Arquivo eletrônico – EAD).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 jun. 2020.

GARGARELLA, Roberto. **Revisão judicial em democracias defeituosas**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, 2019. pp. (Arquivo eletrônico - EAD).

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

HENNIG LEAL, Monia Clarissa. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática/ Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un activismo” o “el” activismo?.** Estudios Constitucionales: Chile, 2012, p. 429-454.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; SCHIER, Paulo Ricardo. **Serviço público: condição da dignidade humana no Estado Social e Democrático de Direito**. EJJL, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, pp. 975-992. (Arquivo eletrônico - EAD).

²⁰ A pesquisa referida foi realizada no dia 17 de julho de 2017, tendo como padrão de busca o prazo de três anos (de 1º de janeiro de 2014 a 30 de junho de 2017) à data de julgamento no *site* <www.tjrs.jus.br>. Selecionou-se a opção pesquisa de jurisprudência. Em relação ao preenchimento dos campos de busca, digitou-se: no campo destinado a palavras-chave: “vaga” escolas “educação infantil”; Órgão Julgador: Todos; Relator: todos, pesquisa por Ementa; Seção: Todas; Tipo de Processo: Apelação Cível, Número: nenhum; Comarca de Origem: nenhuma. Data de julgamento: 1º de janeiro de 2014 a 30 de junho de 2017; Data de Publicação: nenhuma. Com esses termos, o filtro encontrou 1670 acórdãos, 118 no ano 2014, 214 em 2015, 984 em 2016, e 350 no ano de 2017 (considerando seis meses iniciais do presente ano).

²¹ O TCE (2016) apurou que em 2015 ainda haveriam por serem criadas 89.849 vagas em creches, e 66.642 vagas na Pré-escola, totalizando 156.491 vagas ao total na Educação Infantil.

STRECK, Lênio Luiz. **Democracia, Jurisdição Constitucional e presidencialismo de coalisão**. In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 6, vol. 1, maio 2013. pp. 207-222.

OSUNA, Néstor. **Las sentencias estructurales**. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015. (Arquivo eletrônico - EAD).

RE 1101106 **AgR**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 08-08-2018 PUBLIC 09-08-2018. Acesso em: 23 jun. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Radiografia da Educação Infantil no Rio Grande do Sul em 2015**. Porto Alegre: 2016. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/estudos_pesquisas/radiografia_educacao_infantil_2015/Radiografia_2015.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008. Chapter 8. pp. 227-264.