



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E ARTES
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS CIDADANIA E
POLÍTICAS PÚBLICAS**

VALTER HENRIQUE PEREIRA JUNIOR

**ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO
À EDUCAÇÃO**

**JOÃO PESSOA/PB
2020**

VALTER HENRIQUE PEREIRA JUNIOR

**ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO
À EDUCAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa em Políticas Públicas em Educação em Direitos Humanos, da Universidade Federal da Paraíba, em cumprimento às exigências para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Magno Tavares da Silva

JOÃO PESSOA/PB
2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P436a Pereira Júnior, Valter Henrique.

Ativismo judicial no contexto das políticas públicas do direito à educação / Valter Henrique Pereira Júnior. - João Pessoa, 2020.
180 f.

Orientação: Alexandre Magno Tavares da Silva.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCHLA.

1. Direitos humanos. 2. Políticas públicas - Educação.
3. Ativismo judicial. I. Silva, Alexandre Magno Tavares da. II. Título.

UFPB/BC

CDU 342.7(043)

VALTER HENRIQUE PEREIRA JUNIOR

**ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO
À EDUCAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas da Universidade Federal da Paraíba como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas.

Linha de pesquisa: Políticas em Educação em Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Magno Tavares da Silva

Aprovada em: 29/ 07/ 2020

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Alexandre Magno Tavares da Silva- PPGDH/ UFPB
Presidente

Prof. Dra. Maria de Nazaré Tavares Zenaide– PPGDH/ UFPB
Examinadora interna

Profa. Dra Suelidia Maria Calaça- PPGDH/ UFPB
Examinadora interna



Prof. Dr. Glauco Salomão Leite – UNICAP/PE
Examinador externo

A Valter Henrique Pereira (*in memorian*) e à Maria
Edilma Silva Pereira. Se somos o que somos,
devemos a vocês.

RESUMO

Este trabalho busca analisar prática do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às políticas públicas educacionais do direito humano à educação entre 2005 a 2020. Tratando-se de pesquisa com uma abordagem preponderantemente qualitativa e procedimentalmente bibliográfica e documental. Destaca-se, o desenvolvimento do ativismo judicial como fenômeno mundial, caracterizando suas múltiplas dimensões no contexto brasileiro, optando por abordá-lo de acordo com a teoria institucional, em seus aspectos político-institucionais, sem desconsiderar os aspectos jurídico-normativos. Aponta-se, para um conceito de políticas públicas educacionais, conectado ao direito humano e fundamental à educação, haja vista que este último na qualidade de objeto de disputas, sofre inúmeras influências no seu conteúdo, sentido e contornos, abrindo espaço para uma atuação de acomodação jurisprudencial. Demonstra-se, como se dá manifestação do ativismo judicial da Corte brasileira nas políticas públicas educacionais do direito humano à educação utiliza-se como base a sua *práxis* do Supremo levando em consideração elementos dialógicos com os demais poderes, atores sociais e políticos. Conclui-se, que a prática ativista da Corte brasileira tem contribuído para o debate sobre a manutenção e alargamento de políticas públicas do direito humano à educação dentro da dinâmica institucional brasileira.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Políticas públicas educacionais; Direito humano à educação.

ABSTRACT

His paper seeks to analyze the practice of judicial activism of the Supreme Federal Court with regard to public educational policies of the human right to education between 2005 and 2020. This is a research with a predominantly qualitative approach and procedurally bibliographic and documentary. It stands out, the development of judicial activism as a worldwide phenomenon, characterizing its multiple dimensions in the Brazilian context, choosing to approach it according to institutional theory, in its political-institutional aspects, without disregarding the legal-normative aspects. It points to a concept of educational public policies, connected to the human right and fundamental to education, given that the latter as the object of disputes, suffers numerous influences in its content, meaning and contours, opening space for a performance of jurisprudential accommodation. It demonstrates how the judicial activism of the Brazilian Court is manifested in the educational public policies of the human right to education, as a basis its praxis of the Supreme Court taking into account dialogues elements with the other powers, social and political actors. We conclude that the activist practice of the Brazilian Court has contributed to the debate on the maintenance and expansion of public policies on the human right to education within the Brazilian institutional dynamics.

Keywords: Judicial activism; Educational public policies; Human right to education.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CAPÍTULO. ATIVISMO JUDICIAL: DEFININDO A CATEGORIA DE ANÁLISE NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS.....	21
1.1. A justificativa a favor do controle judicial dos atos dos demais poderes na experiência constitucional norte-americana.....	22
1.2. O surgimento da terminologia "ativismo judicial": o fator ideológico como elemento que dificulta o entendimento da expressão.....	27
1.3 As versões iniciais do ativismo judicial: criação judicial, ausência de deferência e pragmatismo conservador.....	31
1.4. A Corte do New Deal: a resposta política à filosofia conservadora do <i>laissez faire</i> e os desdobramentos da concepção de bem-estar social.....	38
1.5. <i>Brown vs. Board of Education</i> : a segregação racial nas escolas e a tentativa de transformação da sociedade pela via judicial	41
1.6. A disseminação do ativismo judicial pelo mundo	46
1.7. O apogeu dos Tribunais Constitucionais como fruto do pós-guerra, a inclusão dos Direitos Humanos e a reconfiguração da separação dos poderes.....	52
2 CAPÍTULO. O DESENVOLVIMENTO DA EXPANSÃO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS.....	62
2.1. O debate Brasileiro sobre o Ativismo Judicial	62
2.2. A dinâmica institucional brasileira: entre o ativismo judicial e a judicialização da política..	68
2.3. Entre o desenho institucional sofisticado e uma sociedade assustadoramente desigual.....	71
2.4. Condições facilitadoras da expansão do poder judicial no Brasil e suas facetas.....	75
2.5 Capacidade institucional e identificação do ativismo judicial na dinâmica institucional brasileira	78
2.6. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.....	84
3 CAPÍTULO. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO: TENSÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....	95
3.1. O conceito de políticas públicas no contexto dos Direitos Humanos.....	96
3.2. O Direito Humano à Educação: um campo de tensões, desafios e perspectivas	102
3.3 O direito à educação como um resultado de um processo histórico de lutas políticas travadas no seio da sociedade: a relação entre movimentos sociais, educação e direito	107
3.4 As demandas sociais e políticas públicas do Direito Humano à educação.....	112
3.5. Direito Humano à Educação na Educação em Direitos Humanos: educação emancipatória e sujeitos de Direito.....	114
3.6. A Emenda do “teto de gastos”: uma emenda “constitucional” autofágica	117

4 CAPÍTULO: O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO	120
4.1. Panorama geral: contexto institucional, normativo e jurisprudencial.....	121
4.2 A virada institucional do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito humano e fundamental à educação	124
4.3 A dinâmica institucional em torno do caso Santo André: da judicialização da educação infantil ao ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (prestacional).....	128
4.4 Os reflexos do caso Santo André na dinâmica institucional brasileira.....	135
4.5 Cotas raciais para reparação da dívida histórica: a polêmica e em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.....	138
4.6 O contexto pós-2015: a manutenção da dimensão positiva (prestacional) do ativismo judicial de direitos na prática decisória do Supremo Tribunal Federal	145
4.7 As tentativas de alteração do conteúdo do direito humano à educação: elemento de um projeto de governo “conservador”?	148
4.8 As novas demandas do direito humano à educação: a outra face do ativismo judicial de direitos?	151
4.8.1 “Escola sem partido”: a educação não é neutra	153
4.8.2 <i>Homeschooling</i> : a tentativa de personalização da educação familiar?	156
4.8.3 ADI n.º 4.439: educação religiosa confessional como um direito individual face ao Estado e ativismo judicial destoante	161
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	165
REFERENCIAS	172

INTRODUÇÃO

Em 15 de maio de 2019, pelo menos 222 cidades do Brasil protestaram contra o bloqueio de recursos para a educação anunciado pelo Ministério da Educação (MEC). Universidades e escolas também paralisaram suas atividades por um dia após defesa de uma greve feita com o apoio de sindicatos, movimentos sociais e partidos políticos. Estudantes e profissionais da educação ocuparam as ruas. Os atos foram pacíficos. A declaração do Presidente da República, não. Por ser a primeira grande onda de protestos vivida pelo governo Bolsonaro, este classificou os manifestantes como “idiotas úteis” e “imbecis”¹. Mas, a disputa em torno do conteúdo do direito humano à educação, não é de agora, como veremos.

Durante os anos de 2005 a 2008, tive a oportunidade de ser chamado para assumir algumas salas de aula numa escola pública do Município de Cacimba de Dentro, interior da Paraíba, nas disciplinas de História e Educação artística (mesmo ainda sendo acadêmico do segundo semestre do Curso de Licenciatura em História). Momento este em que foi possível vivenciar o abismo existente entre o que dispõe o texto constitucional (ao tempo, ainda não conhecido por mim) quanto ao direito fundamental à educação e o que ocorre no campo dos fatos, dos quais explicarei melhor adiante.

Recordo-me, que lecionando em sala de aula a disciplina de Educação artística, estávamos desenvolvendo uma atividade que consistia na produção de charges de cunho crítico, oportunidade em que precisei de algumas canetas para quadro branco, e as solicitei ao diretor da escola. Este, com o sorriso no rosto, falou-me: “você está com sorte, semana passada fizemos as compras de todo o material necessário”, e me indicou “pegá-las numa área reservada exclusivamente para esse fim, dentro de umas caixas”. Neste momento, me passou as chaves do local e em seguida sai animado para pegá-las.

Chegando ao local, encontrei as caixas lacradas contendo variados materiais escolares e esportivos. Abri algumas caixas, até que encontrei a específica na qual estavam as canetas coloridas a base de álcool. Peguei um dos conjuntos contendo as canetas e resolvi testá-las. Testei todas as canetas dos conjuntos, nenhuma funcionava.

Reflexivo, me indaguei: *o que fazia com que uma escola adquirisse materiais didáticos de péssima qualidade, já que haviam inúmeras marcas de materiais razoavelmente*

¹“Protestos e paralisações ocorrem em todos os Estados e no DF”. Disponível em <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/15/cidades-brasileiras-tem-atos-contrabloqueios-na-educacao.ghtml>.

melhores? Ao longo desta rica e complexa experiência enquanto professor² percebi que aquilo estava longe de ser o problema nevrálgico na prestação de serviços educacionais junto à população daquele Município. Não precisa de muito esforço, para saber que é a realidade de boa parte das cidades no nordeste brasileiro, bem como de boa parte das outras regiões.

Os problemas são estruturais. As instalações eram precárias, quando chovia ficavam evidentes as infiltrações e goteiras próximas das fiações elétricas antigas quando fazia calor, as salas ficavam abafadas e isso inviabilizava a simples utilização de um retroprojetor - passando pelo analfabetismo funcional e um número desproporcional de alunos em relação às salas - até interferências político-partidárias no funcionamento da escola. Obviamente, o rol não é taxativo. Uma verdadeira ausência de cultura democrática no uso da coisa pública, pra falar de apenas uma dimensão do problema.

No ano de 2009, por motivos econômicos, tive que deixar minha cidade e viajei com destino a São Paulo, Capital, e dentro de pouco tempo comecei a trabalhar numa loja em um Shopping numa rotina desgastante. Em 2010, quando me senti mais adaptado, resolvi voltar a estudar. Optei por fazer Direito por achar que dentre os cursos possíveis, seria o que mais me “abriria portas” naquela cidade, já não tinha qualquer intenção retornar à Paraíba, além de ser contemplado por uma bolsa de 50% concedida por um movimento social ligado à luta por moradia³, que tinha como um dos braços assistenciais as parcerias com instituições de ensino superior para a concessão de bolsas de estudo.

No curso, me chamava atenção as aulas de Direito Constitucional, por ser uma área do direito que guarda intensa relação com a Ciência Política. As aulas sobre a repartição funcional dos Poderes, Organização do Estado e direitos fundamentais, me apaixonaram. Recordo-me, que o meu professor de Constitucional dizia em sala que se tivesse uma disposição constitucional trazendo um direito fundamental e este não fosse possível de ser gozado ou exercido em razão da ausência de uma lei regulando-o, o nosso ordenamento

²Tinha o reconhecimento dos alunos e era bem avaliado nos mecanismos de avaliação da coordenação que levavam em consideração pesquisas feitas com os próprios alunos. Por outro lado, não havia qualquer apoio institucional. Sentia-me um aventureiro desbravando terras desconhecidas, errando e acertando, mas sem qualquer direcionamento objetivo.

³Em 2003 foi criada a associação *Educar Para Vida*, que manteve convênios com diversas faculdades, propiciando descontos nas mensalidades do associado/universitário, como um braço da Associação dos Trabalhadores Sem Terra.

jurídico tinha mecanismos para fazer valer tal direito, mesmo com a negativa dos demais poderes em fazer sua parte⁴.

Pensei: isso é Brasil? Como pode existir algo tão sofisticado do ponto de vista institucional e normativo, sendo que os meios de comunicação deixam a entender o tempo todo que “as leis precisam mudar” e “os juízes são muito distantes dos anseios da sociedade”? Como podem os juízes ter tanto poder face aos agentes políticos? A relação entre esse tipo de aplicabilidade normativa e a atuação de um Judiciário mais arrojado que pudesse acomodar, embora que transitoriamente, esse tipo de situação de fato, me chamava à atenção de modo vestibular. O exemplo dado pelo professor foi o caso da greve dos servidores públicos⁵, em que não havia lei infraconstitucional regulamentando o direito de greve destes, mesmo com disposição expressa na Constituição.

Durante toda a minha graduação, procurei curiosamente entender de forma mais ampla esse tipo de relação entre o nosso desenho institucional e a atuação do Judiciário brasileiro, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal. Porém, não toda atuação e nem todo comportamento, me chamava atenção uma conduta mais incisiva e expansiva da Corte brasileira frente aos outros poderes: **a prática do ativismo judicial**. Algo extremamente recente no Brasil e que se desenvolvia justamente enquanto cursava Direito. Em toda graduação, esse assunto sempre foi objeto de acalorados debates.

As indagações acima demonstradas, se materializaram em duas monografias por mim desenvolvidas (da Graduação e uma Especialização em Direito Constitucional) acerca do ativismo judicial, seu conceito e suas dimensões. Recentemente, tive a grata surpresa quando estava prestes apresentar a última destas monografias de que havia sido selecionado para cursar o Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas públicas na UFPB (na linha de Políticas em Educação em Direitos Humanos). Uma honra!

Esta pesquisa de certa forma, conecta estas curiosidades relativas a essa experiência mais recente quanto à postura institucional do Corte brasileira e minhas inquietações no que tange à ausência de concretização do direito à educação na qualidade de direito humano e fundamental. Direito este que por sua importância estratégica, deveria centrar a atenção do

⁴Trata-se da possibilidade de se manejar processualmente um Mandado de Injunção que pode ser apreciado pelo Judiciário, que pelas configurações atuais um dos efeitos é a solução transitória, por vezes confundida (trataremos deste assunto no corpo do trabalho) com uma atuação legiferente de juízes e da Corte brasileira. Outra configuração atual dada pela jurisdição da Corte é da de ampliação de seus efeitos, de *inter partes* para *erga omnes*.

⁵Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712.

Estado em todas as suas capacidades e funções de forma diferenciada, haja vista que o seu enorme potencial emancipatório, institucionalmente reconhecido desde nossa Constituição de 1988 e internacionalmente em 1993 na Conferência Mundial de Direitos Humanos.

Este universo das salas de aula, seja como professor ou como aluno, é extremamente pequeno, muito embora complexo. Entretanto, pouco a pouco a educação passou a fazer parte das demandas de um fenômeno de maior dimensão, que é a dinâmica institucional contemporânea e o papel da atuação do Judiciário junto (ou face) aos demais poderes, quando estão em jogo direitos humanos e fundamentais e seus efeitos concretos na sociedade, como o direito humano e fundamental à educação.

Neste sentido, há dois séculos, a introdução do controle de constitucionalidade no sistema político norte-americano tornou-se a peça-chave⁶ para as discussões acerca da legitimidade democrática para a tomada de decisões jurídicas que tem o condão de anular decisões já implantadas pelos demais poderes ou interferir em políticas públicas das mais variadas. Tal modelo, guardadas as devidas proporções, espalhou-se e influenciou os desenhos institucionais de praticamente todos os países da Europa, da América latina e parte da África e da Ásia em meados do século passado, como parte (talvez a principal) de uma resposta engenhosa e contramajoritária, às atrocidades cometidas pelo nazismo, fascismo e de ditaduras recentes.

A expansão dos poderes judiciais é um fenômeno que gera curiosidade em boa parte do mundo, e vem ganhando corpo após a difusão da tentativa institucional de gerar um contraponto à afirmação de que a democracia se reduz às escolhas da maioria. O reflexo disto, é o empoderamento gradual e difuso de juízes e Cortes nas democracias hodiernas como consequência de transferências, cada vez mais perceptíveis de decisões políticas que deveriam ser tomadas pelos poderes políticos - para a arena judicial.

Evidentemente, há quem veja este contexto como um “Governo de Juízes”, uma “Ditadura de Toga” ou uma “Juristocracia”⁷. As acentuadas críticas quanto à atuação dos juízes e das Cortes brasileiras representam em larga medida o cenário brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988 (especificamente a partir de

⁶Autores brasileiros como Glauco (2017) e Campos (2018), entendem que para tratar o empoderamento do Judiciário, necessariamente deve-se partir da experiência constitucional norte-americana, por fornecer ricas experiências tanto quanto ao surgimento, quanto relativo ao desenvolvimento do fenômeno, visto que fornece pistas essenciais sobre entender-se a “personalidade” do ativismo.

⁷Conceitos que têm em comum uma crítica que se materializa na “respeitável desconfiança” quanto à capacidade institucional do Judiciário para tomar determinadas decisões na democracia.

meados dos anos 2000), por vários motivos. Estes últimos, vão desde redemocratização à própria configuração da Constituição de 88 que amplificou a capacidade institucional da Corte brasileira; passando pela crescente judicialização da política que provoca estas transferências da área política para a arena judicial; que de certa forma se expressa na superação de teorias autorrestritivas adotadas do Supremo do período não democrático, até a ecleticidade dos novos perfis dos ministros pós 88.

O Judiciário como um todo e especificamente para este trabalho, a Corte brasileira em pouquíssimo tempo em termos históricos, passa de uma simples desconhecida para assumir um lugar privilegiado no Estado e na democracia brasileira, decidindo sobre grandes questões políticas, sociais e econômicas (BALEEIRO, 1968, p. 56). Do ponto de vista midiático, ela tem um espaço cada vez maior nos principais telejornais brasileiros e estrangeiros e seus ministros são chamados a dar entrevistas em *Talk Shows* badalados (com a pandemia os ministros participam de várias *Lives* por semana). A Corte brasileira, já ocupa um lugar no imaginário social e político de difícil reversão. Do ponto de vista institucional, a agenda da Corte ganha uma importância político-social tão relevante quanto à agenda política dos demais poderes que originalmente detêm a capacidade de decisão majoritária.

Não faltam exemplos deste cenário (em movimento), as decisões são tomadas em praticamente todas as áreas do dia a dia estatal, “o Tribunal tem afirmado a função de definir a vontade da Constituição em diversas áreas e sobre temas relevantes da vida política e social do Brasil contemporâneo”(CAMPOS, 2014, p. 29): desde a abrangência da garantia da presunção de inocência até financiamento privado de campanhas eleitorais; desde fidelidade partidária até demarcação de terras indígenas, desde criação de municípios até o processo do impeachment da Presidenta Dilma; desde a “criminalização” da homofobia até possibilidade de aborto de fetos anencéfalos; desde descriminalização do porte de drogas até redução da maioria penal; desde a inédita decretação de prisão de Senador no curso de mandato parlamentar até pesquisas com células-tronco embrionárias (onde começa a vida?).

Atualmente, enquanto este trabalho está sendo concluído, praticamente todos os principais atos dos demais poderes foram ou ainda serão sindicalizados e controlados pela Corte brasileira. Provavelmente, temos “a pandemia” mais judicializada do mundo⁸. Tanto, que alguns mecanismos de acompanhamento das decisões tiveram que ser inaugurados, como

⁸É consenso a ideia de que temos o país mais judicializado do mundo, em suas palestras o ministro Barroso sempre dá o exemplo da discussão judicial que foi travada em relação à possibilidade de colarinho do chopp compor ou não a bebida.

o famigerado “painel Covid-19” do Supremo, que até o presente momento consta mais de 2.000 demandas políticas/judiciais que foram transferidas para o órgão. As demandas vão desde as competências dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para políticas públicas de saúde face à pandemia; passando pela campanha institucional “O Brasil não pode parar”, continuando com a possibilidade de um “regramento excepcional” de Medida Provisória para “agilizar” as tomadas de decisão política, etc.

Obviamente, a interferência da Corte em assuntos relacionados às políticas públicas educacionais, não é diferente, apenas é variável em intensidade e abrangência. Como se tornou conhecido entre os acadêmicos de direito, ao Poder Executivo cabe a “realização concreta das políticas públicas”, segundo as diretrizes traçadas pelo Poder Legislativo (BUCCI, 1997). Entretanto, sob fundamento de proteção e promoção dos direitos humanos e fundamentais, o Supremo tem ampliado sua esfera de atuação de modo a ser um dos principais protagonistas políticos na democracia brasileira. Não somente anulando leis, mas também controlando as políticas públicas de forma ampla, de modo à “por si, definir as políticas públicas no lugar” dos demais poderes (CAMPOS, 2014, p. 171).

Esse contexto, tem sua gênese ideológica recente no forte discurso dos direitos humanos como um “discurso jurídico-normativo”, abrindo caminho para uma atuação ativista contemporânea das Cortes Supremas pelo mundo (CAMPOS, 2014, p. 171). Desta forma, o Supremo por meio de sua prática ativista tem interferido em políticas públicas, principalmente nas áreas sociais que envolvem o sistema prisional, questões de gênero, questões de saúde e questões de educação. Este último, assunto nos interessa. A conexão entre comportamento judicial expansivo e a concretização de políticas públicas quanto ao direito humano à educação e a disputa em torno do seu conteúdo pela via judicial, é o pano de fundo deste texto.

No que diz respeito à forma como o Estado brasileiro vem conduzindo a dinâmica de materialização deste direito, o Supremo tem interferido tanto na atuação estatal que visa implementar o direito à educação, como no que tange aos direitos na educação.⁹ O primeiro, guarda relação com a ação estatal coordenada no sentido de concretizá-lo do ponto de vista social ou coletivo (positivo ou prestacional), por sua vez o segundo tem a ver com a viabilização aos sujeitos de direito dos seus projetos de vida, ligadas a suas visões de mundo, adquirindo um caráter mais individual (negativa ou de não interferência).

⁹RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal.** Pro-Posições. 2017, vol.28, n.2, pp.141-171. ISSN 1980-6248.

Como é de se esperar, sobram exemplos da atuação da Corte brasileira e sua *práxis* ativista na seara da educação, que vão: desde responsabilização civil por dano gerado aos alunos por quebra do dever de guarda e proteção até matrículas no ensino infantil; desde vagas para crianças em creches até quotas raciais em universidades públicas e privadas; desde políticas públicas de analfabetismo até a facultatividade do ensino religioso; da possibilidade do ensino em casa até planos de cargos e carreiras dos professores; desde normas inspiradas no movimento “Escola sem partido” até cotas raciais; desde liberdade de cátedra até educação inclusiva.

Neste sentido, a Corte está longe de ser uma mera coadjuvante quando a assunto são políticas públicas educacionais. Na verdade, com suas decisões cada vez mais abrangentes a Corte pode alterar a paisagem institucional e consequentemente exercer influência perante as instituições democráticas e a sociedade (e visse versa), já que os conteúdos das normas que versam sobre direitos humanos e fundamentais são em grande parte moldados pelo *modus operandi* da Corte em sua “tentativa de interação” com os poderes políticos e demais atores políticos e sociais.

Os direitos, além de serem positivamente jurídicos, são também objetos de disputas de interesses políticos dos mais diversos no seio da sociedade. O alargamento ou restrição do seu conteúdo, depende deste processo que não se esgota com a produção da norma e com uma decisão judicial, por mais importante que seja. No campo internacional, tais disputas se dão no contexto da linguagem dos direitos humanos. No campo interno, no contexto da linguagem do direito constitucional, mais precisamente, dos direitos fundamentais. É neste cenário que a Corte brasileira é chamada para “mediar” os conteúdos e contornos dos direitos. Ao agir desta forma, não toma decisões meramente jurídicas, mas também políticas, visto que tais direitos, assim como o direito humano e fundamental à educação, são multidimensionais.

Óbvio, que esta forma de decidir encontra oposição ferrenha por parte de autores do direito, da filosofia jurídica e da sociologia jurídica (pelo menos). A suspeita, é que ainda soa estranho a ideia de que o direito e a política não são tão divorciados assim. Entendem, que para existir o ativismo judicial, existe necessariamente uma substituição das representações democráticas pelo subjetivismo judicial dos juízes, e que tal atitude representa uma afronta ao Estado Democrático. Por este prisma acima e levando em consideração que os direitos humanos só podem encontrar morada institucional e social nas democracias, o ativismo judicial seria antidemocrático e violador dos próprios direitos humanos, pois extirparia o direito

do “povo” de se autogovernar. Paradoxo dizer, dos ataques recentes da mídia e dos analistas políticos que tendem a personalizar a atuação do órgão em questão.

Por outro prisma, para falar sobre ativismo judicial como parte das *práxis* da Corte brasileira, convém de modo vestibular, superar alguns entraves relacionados ao significado e a delimitação da terminologia do “ativismo judicial” para adentrarmos nos demais temas conexos sem que isso represente perder tempo, já que se faz extremamente necessário diante da completa indefinição semântica e superficialidade na sua utilização. O termo tornou-se, praticamente um insulto.

Sendo assim, alguns questionamentos prévios podem ser formulados, como por exemplo: trata-se de uma conduta ilegítima do ponto de vista democrático? De uma usurpação das competências dos demais poderes? De uma atuação política? De uma atuação isolada? Qualquer juiz pode ao seu bel prazer tomar decisões caracterizadas como ativistas ou ele tem limites à sua atuação? É uma prática promovedora dos direitos humanos ou antidemocrática por substituir os sujeitos de direitos? Como ele se manifesta na prática decisória do Supremo?

Por linha de raciocínio, não há como avançar neste trabalho, sem que necessariamente tenhamos que falar sobre ativismo judicial diante dessa dinâmica. A utilização de uma definição e delimitação mais objetiva do ativismo judicial é *conditio sinequa*¹⁰ para todo o desencadear metodológico¹¹ deste trabalho. Diante disto, serão utilizadas obras de autores que corroboram com a ideia de diálogos institucionais, crendo ser mais apropriada do ponto de vista estratégico-metodológico, uma vez que tal concepção centra-se nos aspectos político-institucionais, não desconsiderando os aspectos jurídico-normativos. Entendendo assim, que o processo de construção interpretativa, como também da realidade institucional, é fruto da participação de uma quantidade ampla de agentes institucionais, políticos e sociais.

Uma abordagem jurídico-normativa tende a olhar para o objeto de estudo de modo a isolá-lo das demais relações institucionais e sociais existentes, devido ao caráter quase sempre autorreferencial do Direito. Já uma abordagem político-institucional tende a considerar atores externos que interagem com a Corte, entendendo-a de forma não isolacionista, mas considerando-a um ator político importante, embora que “singular” em relação aos demais poderes e atores

¹⁰Cláusula ou condição sem a qual não se conseguirá atingir o objetivo planejado, sem a qual determinado fato não acontece.

¹¹Dado a imensa confusão que se faz em relação à utilização da terminologia, é indispensável e essencial identificar qual conceito de ativismo será trabalhado e fundamentar sua escolha. A depender de ativismo escolhido, o caminho metodológico e muito possivelmente as conclusões poderão ser completamente diferentes.

políticos e sociais, conforme já insinuado. Isto porque, Cortes atualmente são “verdadeiros centros de poder que participam da formação da política dominante,” tanto atitudes político-institucionais contrárias aos poderes políticos de um dado contexto, como também a otimizando e validando determinados programas políticos destes (CAMPOS, 2014, p. 154).

Entender o Supremo Tribunal Federal como ator político-decisório contemporâneo, capaz de interferir em políticas públicas, dentre elas as educacionais, é tentar buscar explicações para além da acusação de certo voluntarismo judicial decisionista, pois notadamente há de se ter um cenário político-institucional que gere relações dialógicas não hostis ao desenvolvimento de uma postura mais expansiva do órgão em questão, para que de fato possa-se pensar em condutas com estas configurações.

Além disto, fenômenos paralelos como a judicialização da política, ou seja, a transferência de decisões, que deveriam ser tomadas na arena política, para a arena judicial, otimizadas pelo descrédito dos poderes políticos, aumentam a possibilidade de decisões ativistas, criando uma verdadeira estrutura de oportunidades para a escolha de um comportamento institucional de aceitação das demandas políticas judicializadas, fazendo com que a decisão inevitavelmente se “impregne” do seu conteúdo (político) original.

Reputo, ser extremamente importante entender a relação entre o ativismo e concretização de direitos, e em especial o direito humano e fundamental à educação em razão de sua natureza plural. Como se sabe, o desenvolvimento das lutas travadas em prol dos direitos humanos no Brasil, estão intimamente ligadas às lutas pelo direito à educação, como sendo um mecanismo importante de transformação social e de superação de desigualdades sociais. Aliás, olhar para forma de como se dá a materialização do direito à educação é constatar que, apesar dos avanços no agir estatal nesta área, observamos que os números reforçam ainda mais a necessidade das instituições e a sociedade civil repensarem os seus mecanismos de efetivação.

Por todas estas questões, não se adotará um conceito de ativismo que *a priori* tenha conotação negativa ou positiva, legítima ou ilegítima e que só leve em conta aspectos meramente normativos e hermenêuticos - muito embora que, a grande maioria destes pontos de vista serão trabalhados, visando sanear o que envolve esse movimento conceitual. Por essa lógica metodológica, importa saber sobre o ativismo judicial e sua interface com as políticas públicas educacionais. Essa interface, será analisada primordialmente com foco na relação institucional existente entre a Corte, os poderes políticos e os demais atores políticos e sociais, pois não existe ilhas institucionais.

Daí, a ideia de decidir demandas constitucionais dialogicamente (jurisdição constitucional dialógica). Desta interação entre a Corte brasileira e os diversos agentes, faremos os *links* com o direito humano e fundamental à educação, respeitando o seu caráter extremamente multifacetado e que por óbvio, também recebe influência, deste contexto institucional.

Sendo assim, este trabalho como objetivo geral visa analisar a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às políticas públicas educacionais do direito humano à educação. A referida análise terá um lapso temporal compreendido entre 2005 a 2020. O início do lapso temporal se dará em razão do surgimento do paradigma surgido com o caso Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410714-5¹² do Município de Santo André no Estado de São Paulo, indicando que os direitos educacionais são direitos subjetivos, com ampla justiciabilidade, que pode ser pleiteado mediante inação ou ação deficiente dos poderes públicos.¹³ O fim do lapso, se dará no mês de abril do respectivo ano, em razão da data da última controvertida decisão na seara educacionala respeito do “Escola sem partido” na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 457.

A análise terá um corte interno (entre 2005 a 2015 e 2016 a 2020) em razão da alteração na paisagem institucional brasileira, deflagrada pela crise política e econômica que culminou como o impedimento da presidente Dilma. Tal decisão foi tomada, por entender-se que questões externas e que de certo modo são internas poderiam influenciar no desempenho da Corte, uma vez que as pautas relacionadas à política e às reformas tomaram conta de boa parte do universo de julgamento do Supremo.

Dito isto, primeiramente precisa-se de um esforço no sentido de identificar e delimitar o que é o ativismo judicial no contexto dos direitos humanos. Segundo, explicar o desenvolvimento da expansão judicial no Brasil e suas dimensões. Terceiro, demonstrar o direito humano à educação como resultado de lutas e viabilizado por meio de políticas

¹² O STJ já tinha se pronunciado em relação à Educação Infantil no mesmo município. Já havia jurisprudência deste órgão no sentido de: a) dar eficácia imediata as normas constitucionais que versem sobre os direitos fundamentais sociais, não importando que parte da doutrina as entendessem como normas programáticas; b) os direitos fundamentais sociais tem a íntima relação com os fundamentos e objetivos do Estado; c) inexistência de discricionariedade administrativa diante de tais direitos, por comporem parte do núcleo das cláusulas pétreas; e) a interferência jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e ação, sem que haja qualquer violação à harmonia entre os poderes. Para citar algumas decisões neste sentido: Resp. 2003/0143232-9/SP, Rel. Min. Luiz Fux (02/09/2004) e Resp. 2006/796490/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, dentre outros.

¹³ Um ano antes, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, a Corte impõe critérios para a utilização da reserva do possível, diante do mínimo existencial. Na decisão fica clara, que o Corte poderá intervir quando a justificativa da reserva do possível não tiver comprovação fática no orçamento.

públicas educacionais. Quarto, analisar a prática decisória do supremo quanto às políticas públicas do direito humano à educação.

Para tanto, este trabalho está dividido em quatro capítulos. Os dois primeiros capítulos, oferecem suporte para a compreensão e identificação do ativismo judicial, seu conceito e dimensões no contexto dos direitos humanos; o capítulo intermediário, é uma tentativa de interligar as premissas trabalhadas nos dois primeiros e a efetivação do direito à educação mediante políticas públicas educacionais, visto que as políticas públicas educacionais são o conteúdo (“matéria-prima”) das decisões e; o por último serão desenvolvidos apontamentos objetivos sobre a relação entre ativismo, políticas públicas e sua efetivação pela via judicial na *práxis* da Corte brasileira.

No segundo capítulo, será apresentado parte sublinhada do debate de dois séculos a respeito do ativismo judicial na experiência político-institucional norte-americana que se disseminou por parte significativa do mundo ocidental, de fundamental importância, devido a sua permanência no tempo, seu ineditismo e sua difusão pelo mundo em seus aspectos históricos, embora que de forma instrumental.

Por isso, em linhas gerais: a) inicialmente se apresenta as premissas que justificaram a possibilidade, até então inédita, do Judiciário ter a capacidade institucional de fazer a revisão judicial dos atos dos demais poderes, sem qualquer previsão normativa que lhe autorizasse isto, na intenção de tentar entender o seu surgimento como uma estratégia do ponto de vista político-institucional, não somente jurídico-normativo; b) depois, trata-se das primeiras impressões das decisões ativistas iniciais, ou seja, da primeira fase do ativismo judicial, associados à criação judicial, passando pela aplicação direta da constituição e uma atuação conservadora do ponto de vista econômico (ligada ao *laissezfaire*) visando demonstrar principalmente a dificuldade de se estabelecer a virtude (negativa ou positiva) do fenômeno; c) posteriormente, demonstra-se a fase do ativismo associada ao New Deal, como resposta aos modelos anteriores, oportunidade em que será apontado o desenvolvimento e difusão dos Tribunais constitucionais como mecanismo institucional de proteção de direitos humanos e fundamentais de minorias insulares.

No terceiro capítulo, aponta-se para a nossa incipiente experiência político-institucional quanto ao ativismo judicial, seu conceito e suas dimensões no Brasil. Por este prisma: a) no início, pontua-se alguns dos problemas de tipos de análise que aprioristicamente consideram o fenômeno como legítimo/ilegítimo, democrático/antidemocrático, negativo/positivo, usurpador/não usurpador, provocando alguns resultados de análise um

tanto quanto isolacionistas; b) depois, será exposto conceitos de ativismo judicial que pode ser considerado “metodologicamente útil e teoricamente convincente” (CAMPOS, 2014, p. 14); c) depois, se expõe os fenômenos paralelos que ajudam no desenvolvimento da prática ativista e que independem da atuação do Tribunal, um dos exemplos é a judicialização da política e; por fim c) serão descritas as dimensões do ativismo judicial no Brasil, com foco na dimensão de direitos.

No quarto capítulo, demonstra-se as principais características das políticas públicas do direito humano à educação salientando seus aspectos multidimensionais. Neste sentido: a) aponta-se o conceito de políticas públicas na perspectiva voltada aos direitos humanos; b) identifica-se o direito humano à educação como um direito envolto tensões políticas, mas de fundamental importância como “direito-meio” para emancipação dos sujeitos; c) em seguida, demonstra-se as lutas travadas no seio da sociedade brasileira para o surgimento de uma agenda que levasse em consideração o direito humano à educação como o principal elemento de uma cultura em direitos humanos e d) por último, apresenta-se o direito humano à educação como um objeto de disputas políticas das mais diversas, podendo o seu conteúdo variar a depender de tais disputas, mesmo a despeito de um ordenamento jurídico ambicioso como o nosso (mitigado em certa medida pela Emenda Constitucional número 95 de 2016).

O quinto e último capítulo, destinou-se principalmente a análise das decisões ativistas que versam sobre políticas públicas do direito humano à educação dentro do lapso temporal já explicado, descrevendo o comportamento judicial da Corte brasileira utilizando-se como base metodológica o que foi construído em torno do conceito e dimensões do ativismo judicial no Brasil, estruturadas nos capítulos anteriores. Para cumprir esta tarefa: 1) aborda-se breves apontamentos sobre dinâmica institucional e política que envolve as políticas públicas do direito humano à educação; 2) demonstra-se como se dão tais disputas via aparelho judicial e o que Corte entende que pode ser disputado; 3) frisa-se a dimensão do ativismo judicial que guarda relação com a concretização do direito humano à educação, demonstrando a concepção da Corte a respeito das possibilidades de materialização; 4) analisa-se os casos ativistas paradigmáticos de forma multidisciplinar, levando em consideração não somente a hermenêutica constitucional, mas também aspectos institucionais, políticos e sociais, visando ser mais adequado diante da multidimensionalidade do fenômeno das políticas públicas educacionais.

Conclui-se, que os múltiplos fatores internos e externos que compõe a dinâmica institucional brasileira na qual a Corte brasileira se insere, geram um ambiente dialógico entre

os múltiplos agentes institucionais, sociais e políticos que forma verdadeiras estruturas de oportunidade que podem ser aproveitadas para manutenção e inclusão de direitos por meio da luta política travada em torno do conteúdo e contorno dos direitos enquanto objeto de disputa. A Corte brasileira dentro desta dinâmica, é um agente importante para inclusão ou manutenção do direito humano à educação, seja garantindo que o conteúdo do direito humano à educação não sofra abalos do ponto de vista institucional ou impondo taticamente atitudes aos poderes políticos, promovendo em certa medida um diálogo institucional por meio de suas decisões. Inexiste uma atuação isolada da Corte brasileira, ela é antes de tudo, produto desta dinâmica.

1 CAPÍTULO. ATIVISMO JUDICIAL: DEFININDO A CATEGORIA DE ANÁLISE NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS

Está se tornando algo relativamente consensual a afirmação de que o Poder Judiciário tem capacidade institucional para controlar os atos dos demais poderes¹⁴ no contexto político-institucional contemporâneo. Longe de ser um fenômeno isolado, boa parte das democracias hodiernas, a exemplo do continente americano, do continente europeu, bem como o continente africano¹⁵, o Judiciário atua como uma instituição que faz um contraponto importante entre as escolhas (ações ou omissões) feitas pelos poderes políticos (Poder Executivo e Legislativo), na intenção de não deixar de fora atores sociais e políticos excluídos pelo sistema representativo tradicional.

Esta atribuição ou capacidade de fazer a revisão judicial dos atos dos demais poderes é fruto de uma engenharia político-institucional extremamente sofisticada e nada trivial, como veremos adiante. Todavia, esta versão mais contemporânea do Judiciário de atuar como um poder que faz a acomodação entre a representação majoritária e a minoria excluída deste processo, nem sempre se configurou desta forma.

O debate acerca da capacidade institucional do Judiciário e especificamente dos Tribunais Constitucionais para apreciar, controlar e invalidar, leis e atos normativos dos demais poderes, pelo menos no ocidente (conforme será alinhado detidamente mais à frente), têm mais de duzentos anos¹⁶. Tem início, antes mesmo de qualquer consenso a respeito destas atribuições, de qualquer disposição normativa prevendo esta capacidade e de qualquer consenso ou sedimentação terminológica (que ainda está em construção). É algo pré-normativo/institucional.

¹⁴Existe aquilo que se denomina de “*ubiquidade do ativismo judicial*”, um fenômeno supranacional, que decorre da expansão da jurisdição constitucional (ou seja, da ampliação da capacidade de apreciação de demandas constitucionais que reponde a inúmeras variáveis) em diferentes continentes. CAMPOS. Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*, p. 35.

¹⁵Conforme Leite (2017) guardadas as devidas proporções esta possibilidade foi estabelecida, na Itália (1948); na Alemanha (1949); na República do Chipre (1960), na Turquia (1961), na Iugoslávia (1963), na Grécia (1975), em Portugal (1976) e na Espanha (1978). Óbvio, não se esgotando com estas experiências, pois entre os anos de 80-90, conforme Campos (2014), foi estabelecido no Canadá (1982), em boa parte da América Latina como é o caso do Brasil (1988), Costa Rica (1988) e Colômbia (1991) e África do Sul (1996).

¹⁶Data do surgimento do controle de constitucionalidade norte-americano (*Judicial Review*), conforme autores como Campos (2014), Leite (2017), Barroso (2010), Continentino (2010), especificamente a partir do caso *Marbury v. Madison* em 1803, que será trabalhado de forma mais detida adiante.

A história do surgimento da *judicial review*, ou seja, da criação desta capacidade institucional atribuída ao Judiciário, ou possivelmente autoatribuída, é paralela ao aparecimento do surgimento do ativismo judicial. Mas, não se confundem. Neste sentido, importa primeiramente, investigar as bases institucionais e políticas que fundamentam esta roupagem de um judiciário “*empoderado*”¹⁷, capaz de com as suas decisões reconfigurar o próprio Estado e consequentemente o próprio agir estatal¹⁸. Para tanto, vale recorrer à experiência constitucional norte-americana. Tanto, para se entender como se deu o seu surgimento, como também para de certa forma contextualizarmos o cenário contemporâneo, de maior protagonismo judicial, com acentuada capacidade institucional do Poder Judiciário para o adentramento ou interferência em assuntos outrora impensados, como é o caso das políticas públicas educacionais.

1.1. A justificativa a favor do controle judicial dos atos dos demais poderes na experiência constitucional norte-americana.

Após a Segunda Guerra Mundial, evento em que o Estado se configurou como um promovedor e indutor de inúmeras atrocidades contra as minorias, religiosas, étnicas e raciais, percebeu-se a necessidade estatal de haver mecanismos institucionais capazes de sindicalizar e brechar os poderes políticos. Isto porque, a história mostrou que em nome do princípio majoritário, seres humanos podem servir de meio para os fins mais execráveis.¹⁹ As Cortes Constitucionais, são possivelmente os principais agentes desta nova engenharia institucional responsável por canalizar a guarda da Constituição e os direitos e garantias fundamentais de qualquer indivíduo face ao Estado.

¹⁷Em inglês, *empowerment*, no contexto utilizado aqui, se refere à ascensão institucional das Cortes constitucionais pelo mundo. É utilizado por autores brasileiros como Campos (2014).

¹⁸No Brasil, podemos citar como exemplo, a reconfiguração das relações do Estado com o funcionalismo público da administração pública *lato senso* (ADC 12) com a tese da “vedação do nepotismo” e também com a concessão do direito de greve dos servidores públicos, mesmo sem qualquer norma específica, atuando com a aplicação direta os princípios da Constituição (MI(s) 670, 708 e 712). No campo do processo eleitoral, cassou a autonomia de os municípios de fixaram o número de vereadores dentro dos limites estabelecidos no artigo 29, inciso IV da Constituição (RE 197.917), proibiu determinados tipos de coligação partidária (ADI 3.685), impôs a “fidelidade partidária” concedendo o mandato para o partido (ADI 3.999). No campo científico, autorizou pesquisas e tratamentos com células-tronco embrionárias, otimizando os efeitos da lei (ADI 3.510). Interferiu em questões morais importantes, como aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54) e a união estável homoafetiva (ADI 4.277), além de recentemente “criminalizar” a homofobia (MI 4.733), este último atendendo ao pedido da Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Dentre outros, como a judicialização da saúde e da educação (esta última abordaremos neste trabalho).

¹⁹Refere-se especificamente aos regimes Nazistas e Fascistas, além de ditaduras existentes por toda a América Latina. Atualmente, tem um sentido de ações ou omissões dos poderes políticos que enfraquecem ou corrompem a própria constituição.

É verdade que esta é a versão mais contemporânea do surgimento das Cortes constitucionais como agentes importantes dentro do cenário político-institucional de vários Estados atuais após a Segunda Guerra. Entretanto, para que isso se tornasse viável, houve um caminho que não começou no pós-guerra. Caminho este, que tem seu ponto de partida em 1803 com o caso *Marbury vs. Madison*²⁰. As origens deste debate, remontam ao início da experiência constitucional norte-americana.

Por que recorrer à experiência constitucional norte-americana? Aparentemente, é uma resposta simples de ser dada e não tão simples de ser explicada: é no contexto da experiência constitucional na *práxis* institucional daquele país que houve o surgimento de um sistema político, cujo principal fundamento é a supremacia da Constituição em relação às demais normas, vinculando os demais poderes estatais à Constituição, que passaram a ser controlados por um órgão judicial de cúpula e teoricamente neutro.

Os aspectos mais relevantes decorrentes desta lógica política e institucional desenvolvida no caminhar institucional estadunidense, é a ideia de que o Judiciário tem supostamente o poder de controlar ou fiscalizar os atos dos poderes políticos, uma vez que a ele cabe o ônus de interpretar o documento normativo mais importante hierárquica e substancialmente (a Constituição). A implantação da *judicial review* que se traduz nesta capacidade institucional ou função jurisdicional acima, é um inegavelmente fator de *empowerment*, ou seja, de expansão de poder. O mais inusitado neste modelo construído há dois séculos, é que conforme já insinuado, tal capacidade institucional foi autodeclarada, pois não havia (nem há) qualquer previsão normativa na Constituição norte-americana de 1787 para que isso fosse viabilizado pela Suprema Corte norte-americana.

Neste sentido, coube a Suprema Corte daquele país no ano de 1803, na presidência de *John Marshall* (*Chief Justice*) juntamente com os demais juízes, anunciar pela primeira vez este modelo de apreciação de demandas constitucionais, no famoso caso *Marbury vs. Madison*, aquilo que logo mais em termos históricos serviria de base teórica para a disseminação deste tipo de controle político pela via judicial por praticamente todo o mundo (mais claramente na parte ocidental).

²⁰Este caso é paradigmático. Trata-se de autêntica afirmação ou autodeclaração de poder, ampliando a sua capacidade institucional de forma estratégica para um patamar até então inexistente e sem qualquer disposição normativa. “Com esta estratégia, a Suprema Corte foi institucionalmente preservada e, ao mesmo tempo, realizou uma então discreta afirmação de um poder superior voltado para o futuro” (CAMPOS, 2014, p. 53).

Segundo Leite (2017), o que foi defendido por *Marshall*, de certa forma guarda relação com as ideais públicas expostas durante o período de ratificação do texto constitucional aprovado na convenção da *Filadélfia*, em que *James Madison*, *Alexander Hamilton* e *John Jay* travaram lutas na defesa de uma forma de Estado, que incluísse o Poder Judiciário como aquele que analisaria a própria natureza da Constituição, o que era perfeitamente compreensível, diante dos antecedentes históricos da emancipação das ex-colônias e posterior aprovação do texto constitucional. Caberia por essa lógica, a um órgão “neutro” dirimir os conflitos existentes entre as divergências que surgiram com a “união” destes Estados.

A princípio, o entendimento era de que Constituição literalmente seria a expressão autêntica da vontade constituinte de um povo, por isto mesmo, todos os órgãos estatais, inclusive o Poder Legislativo, estariam subordinados àquela vontade suprema e fundante da ordem política, gerada não tão pacificamente assim pelas ex-colônias. Neste sentido, defendeu-se que qualquer lei abaixo (de menor importância) das normas constitucionais e que fosse contrária a ela, seria considerada nula, impossibilitando-as de gerar efeitos jurídicos.

Dito de outra forma, considerar que Constituição era soberana, naquele contexto, representava a afirmação do “acordo” ou da vontade das ex-colônias. Nada poderia atrapalhar isto, inclusive uma lei. Por esta configuração de Estado, as Cortes seriam como intermediárias entre o povo e seus representantes, fazendo uma composição que seria materializada mediante a capacidade institucional de sindicalizar os poderes políticos, perante a supremacia da constituição, evitando assim que os agentes políticos majoritários, utilizando-se de sua “vontade particular”²¹, influenciassem política e economicamente, de modo a gerar um esvaziamento do texto constitucional.

Por este prisma, a possível anulação das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário não deveria ser vista como um adentramento num espaço institucional dos demais poderes, mas como um recurso de contenção dos excessos potencialmente gerados pelos agentes políticos no exercício de suas atividades (LEITE, 2017, p. 23). Como dito, a ausência de previsão normativa dispendo acerca desta capacidade institucional, não impediu o desenvolvimento da capacidade de revisão judicial. Tampouco, freou a construção teórica do

²¹ Rousseau (1712-1778), deu sua parcela de contribuição às concepções do Estado norte-americano. Defendia que o Soberano, estaria atrelado a vontade da maioria. Todavia, segundo o autor haveria uma possibilidade da vontade da maioria perder o sentido, quando ela representasse a vontade particular de pequenos grupos com grande força política.

tempo das ex-colônias inglesas, de que a Constituição deve-se dar primazia interpretativa. Tanto, que tal concepção foi reforçada por *Marshall*:

Entre essas duas alternativas, não há meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imodificável pelos meios comuns, ou ela está no mesmo nível das leis ordinárias, e, assim como elas, é modificável quando o Legislativo pretender. Se a primeira parte da alternativa for verdadeira, então uma lei que contrarie a Constituição não é direito. Se a última parte for verdadeira, então as Constituições escritas são absurdas tentativas do povo de limitar um poder que, pela sua própria natureza, é ilimitado. (*Marbury vs. Madison*, 1803 *apud* LEITE, 2017, p. 13).

Dito de outro modo, se a Corte é responsável pela interpretação da Constituição, ela é responsável para fazer o controle entre qualquer norma que está abaixo dela, assim como é responsável para controlar as relações entre as leis que estão no mesmo patamar normativo. Esta concepção segundo Leite (2017) recorrendo a Bruce Ackerman, é compatível com um modelo de Estado inspirado numa “democracia dualista”, como é o caso da norte-americana, que desenvolveram um sistema de distinção entre dois tipos de decisões que devem ser consideradas: a) as decisões tomadas pelo próprio povo e; b) as decisões de governo. A primeira, sempre ocorre em menor recorrência e por esta linha de raciocínio é qualitativamente superior às escolhas feitas por meio dos recursos clássicos de representação democrática. Neste prisma, nenhum dos poderes que passaram pelo batismo eleitoral pode transpor à vontade “do povo”. No máximo, representam por meio das várias instituições a vontade deste último.

Consequentemente, a *judicial review* tomada como atribuição genuína da Suprema Corte, para esta linha de raciocínio, não deve ser entendida como não democrática, pois harmonicamente comporia o exercício de direitos de parte do povo, ou seja, dos que ficaram fora do debate majoritário. Neste sentido, não promoveria deliberadamente qualquer ameaça, vez que volta e meia haveria frustrações de demandas políticas advindas das decisões de governo, momento em que a Corte atuaria de modo a fortalecer e enriquecer este sistema dualista, já que protegeria os valores e princípios que fundaram o pacto constitucional original, que representa o resultado dos acordos gerados pelos debates e escolhas estabelecidos de modo democrático.

Sendo assim, a atuação da Corte é mais ampla, está vinculada a vontade do povo (*the Will of the People*), não somente a vontade do governo (*the act of the Politicians*), tendo a capacidade institucional de identificar cada uma destas vontades e anular decisões de governo que violem as decisões do povo, solidificada nas normas Constitucionais. Neste sentido, a

decisão de *Marshall* representa um esforço teórico no sentido de fixar esta diferença de decisões existentes na democracia dualista norte-americana dando os contornos necessários à capacidade institucional de sindicalização dos atos dos demais poderes pelo Poder Judiciário.

Há quem defenda como Continentino (2015) que tal atribuição não seria nenhuma novidade²² diante do contexto institucional norte-americano, pois já haviam decisões neste sentido voltadas à esfera estadual, a novidade seria a autodeclaração de poder feita pela Corte no plano federal.²³ Em outras palavras, o alargamento deste tipo de competência institucional e jurisdicional sobre leis e decisões políticas praticadas pelos demais poderes daquele país, o que exigiria (e exige até hoje), parcimônia e estratégia, em razão das consequências políticas, sociais e institucionais evidentes.

Em todo caso, vale provocar a seguinte indagação prévia: e se a Corte cometer algum abuso ao exercer esta capacidade institucional, quem a sindicalizaria? Diriam, os debatedores estadunidenses deste contexto: “ora”, o Judiciário comparado aos demais, “é o menos perigoso!”. Numa versão mais atualizada desta ideia, seria aquilo que Piovesan (2010) ao defender que o Judiciário é o Poder “sem armas”. Guardadas as devidas proporções, as perspectivas acima, carregam consigo uma ideia interessante: a fragilidade institucional do Poder Judiciário, perante os demais poderes. Noutras palavras, o Poder Judiciário não oferece qualquer perigo à harmonia entre os Estado, pois não tem como usar a força.

Neste sentido, Leite (2017) partindo das análises de *Fisher*, entende que o argumento de fragilidade de poder atribuída a Suprema Corte norte-americana deve ser entendido do ponto de vista do contexto das pactuações entre os Estados americanos, vez que argumentar que o Judiciário era o menos perigoso que os demais, tranquilizaria de certa forma aquele contexto de desconfiança com a atividade diante da ampliação do poder judicial em âmbito nacional. O temor pode ser representado na ideia de que ao dar força para o Judiciário, haveria por consequência, o enfraquecimento dos entes federados, como também do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Diante deste contexto, o autor entende que esforços argumentativos e políticos foram canalizados no sentido de que os valores atribuídos à Constituição dos Estados

²²“Antes do famoso caso *Marbury v. Madison*, foram proferidas decisões que já configuravam o ambiente de transição para uma cultura jurídica que viria a dar sustentabilidade à decisão do *chief justice* John Marshall e consagrar-se no conceito de *judicial review*” (CONTINENTINO, 2015, p. 115 – 132).

²³O autor entende que devemos ter olhares mais críticos ao defender a ideia de que o caso *Marbury* é tão importante assim. Entende que já havia decisões neste sentido o que enfraqueceria a “nova tese” (CONTINENTINO, 2015, p. 115 – 132).

contemporâneos, à lei e ao poder judicial construiriam as bases para concretizar a doutrina da separação dos poderes sob a forma de freios e contrapesos *checks and balances*²⁴ viabilizando aos juízes a fiscalização dos atos dos demais poderes. Para o autor, as premissas desta fiscalização ou sindicalização, são basicamente três: 1. a constituição como norma mais importante de uma nação (fundamental e suprema); 2. o controle de constitucionalidade de leis como atividade inerente à própria capacidade institucional de julgar (jurisdicional); 3. e a suposta fragilidade das Cortes diante dos demais poderes (ausência de perigos à democracia).

Esta linha de raciocínio acima colocada, fez surgir um sistema ou modelo norte-americano que atualmente gerou efeitos em inúmeros Estados, vinculando a supremacia da constituição à capacidade institucional de fazer este tipo específico de controle - qual seja o controle de constitucionalidade dos atos dos outros poderes, Executivo e Legislativo. Interessante notar, que aparentemente, que este contexto político contribuiu de modo relevante para o surgimento deste paradigma:

Para a teoria constitucional, a análise combinada do ambiente político em que se originou solenemente o controle de constitucionalidade das leis, com a fundamentação que foi adotada, demonstra o evidente antagonismo entre os poderes políticos quererem agir em nome do povo, e legitimados por este nas urnas, e o contrapeso por parte do Judiciário em preservar a pretérita vontade constituinte exposta na carta constitucional. O advento, e posterior expansão da judicial review, portanto, esteve apoiado muito mais numa específica escolha política a favor de sua adoção na maneira como as instituições interagiram do que, propriamente, na sua previsão formal na lei constitucional. (LEITE, 2017, p. 17).

Portanto, Leite (2017) tomando por parâmetro os ensinamentos de Bickel, alude que não há relação entre a superioridade normativa da constituição e o atrelamento instantâneo de um órgão competente para a sua proteção, em caso de violação (isto, é uma construção). Segundo: fiscalizar a Constituição não é tarefa exclusiva do Judiciário, mas sim, competência de todos os poderes (inclusive dele). Terceiro, se este tipo de capacidade institucional fosse uma simples decorrência da supremacia constitucional, não estaria atrelado as opções políticas, não faria sentido todo um debate gerado em razão da legitimidade democrática para tanto.

1.2. O surgimento da terminologia "ativismo judicial": o fator ideológico como elemento que dificulta o entendimento da expressão.

²⁴²⁴ Atualmente, a autofiscalização recíproca entre os poderes.

Como visto acima, a capacidade institucional que a Suprema Corte norte-americana se autoconcedeu é uma construção política e institucional, não necessariamente jurídica, muito embora se revista desta última linguagem. Como parece visível, sem maiores dificuldades argumentativas, a inclusão da capacidade de fiscalização judicial dos atos dos demais poderes ou agentes estatais na função institucional e jurisdicional da Corte, representa uma extraordinária expansão dos poderes judiciais.

Neste sentido, Leite (2017) entende que tal expansão judicial se materializa no recebimento “por outorga” a um grupo de juízes a capacidade decorrente do órgão de avaliar “quais são ou não são as ações de governo legítimas”. De um lado, até o presente estágio deste trabalho, sabe-se que só se tornou viável a possibilidade de um tipo de “censura judicial” às decisões políticas dos demais poderes que receberam o batismo do voto, em razão deste complexo modelo institucional de “freios e contrapesos”. De outro lado, sempre há o temor de que decisões judiciais, ultrapassem os limites democráticos.

Por esta razão, a principal acusação feita diante deste contexto institucional é a transformação do Estado Democrático de Direito num “Estado de Juízes” ou do ponto de vista político de um “Governo de juízes”, pelo subvertimento do próprio regime democrático. Este cenário, gera um pensamento comum, tanto nas salas da academia quanto nos ambientes sociais dos mais diversos e populares, de que o ativismo judicial é uma atuação ilegítima das Cortes, que sua consequência é invariavelmente o abuso ou usurpação judicial de competências alocadas institucionalmente no espaço destinado aos demais poderes. Um sinônimo de “decisão judicial equivocada e transgressora da democracia”.

Neste sentido, o principal problema que se coloca neste momento de forma vestibular e incidental, diz respeito ao significado de ativismo judicial. A identificação do seu objeto. Interessante ressaltar, que a academia durante mais de cento e cinquenta anos da existência do fenômeno, nada formulou a respeito do ativismo judicial. Atrelava-se o debate inicialmente como elemento integrante do surgimento da *judicial review*. Entretanto, com o passar do tempo, e especialmente no século XX, alguns autores passaram a analisar o fenômeno de forma autônoma à jurisdição constitucional e ao controle de constitucionalidade.

A imprecisão semântica é tamanha, que Campos (2014) entende que o a terminologia tornou-se algo extremamente pejorativo e majoritariamente identificada a um tipo de conduta antidemocrática por parte de juízes e Cortes, mas também de forma minoritária como um

mecanismo estratégico para se avançar em assuntos dos quais os poderes políticos se negam a adentrar. Tais divergências discrepantes, geram inevitavelmente perguntas do tipo: quem primeiro utilizou o termo tinha que objetivo? Com que semântica? O mesmo sentido ainda permanece atualmente?

A terminologia ativismo judicial foi criada pelo historiador *Arthur Schlesinger Jr.*, por meio do seu artigo por título de *The Supreme Corte*, publicado na revista *Fortune* de 1947. Interessante, porque o autor notou algo que o Direito enquanto área de pesquisa não tinha teorizado. O objetivo do historiador em questão, era descrever as divisões ideológicas existentes entre os magistrados da Suprema Corte daquele ano, classificando e qualificando os juízes como ativistas (aqueles não sentiam qualquer desconforto institucional de substituir de certa forma a vontade dos legisladores divergindo sobre o motivo que os levava a ser ativistas); os juízes autorrestritivos (identificados como aqueles que tem uma postura deferência frente aos demais poderes) e alguns outros juízes mais sazonais, que a depender da pauta, se ligavam hora aos ativistas e hora aos autorrestritivos.

Schlesinger, traça um perfil interessante das “motivações” para as decisões interessantes, dando relevo aos dois primeiros grupos:

O grupo de Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestrição judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor da própria concepção de bem social; o outro com expandir o campo da liberdade de conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte instrumento para alcançar resultados desejados; o segundo como instrumento para permitir que os outros poderes de governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins (SCHLESINGER, 1947, p. 201).

Neste sentido, o autor não se preocupou em discutir o papel institucional mais apropriado para o Poder Judiciário, procurou especificamente fazer uma descrição da Suprema Corte do ano de 1947. Um recorte restrito, pois o que se apresentava ao tempo era uma Corte da Era *Warren*, conhecida como a Corte do New Deal, como que veria mais adiante. No entanto, segundo Leite (2017) percebe-se que *Schlesinger* esboçava certa simpatia pelo ativismo judicial que ele mesmo atrelou ao grupo de “Black-Douglas”. Porém, reconheceu que essa postura institucional por parte do “grupo ativista”, representa um risco para o regime democrático. Por isso, sugeriu que esta postura devesse se limitar à proteção dos direitos e liberdades individuais.

Numa versão forçosamente mais ampliativa deste pensamento acima, poderia se traduzir na afirmação de que o ativismo seria uma prática viável para a proteção de direitos humanos e fundamentais (englobando também os direitos sociais, econômicos e culturais) vez que, principalmente quanto a estes últimos, emerge a necessidade de se garantir “trunfos” contra a maioria. O autor, por óbvio, não tinha intenção de esgotar o assunto, tampouco tinha objetivos acadêmicos mais arrojados, o que ele fez de modo bastante digno e perspicaz, foi fazer uma análise dos elementos subjetivos que permeavam os comportamentos daqueles magistrados do ano de 1947, o que demonstra um problema teórico de identificação.

Aparentemente, há em seu artigo uma confusão entre o fenômeno e os juízes, uma personificação do fenômeno, demonstrada na utilização de critérios psicológicos para fins de atribuição do que seria ou não seria uma decisão ativista. Porém, a principal lição deixada por ele, e é uma abordagem que este trabalho também está alinhado, foi a de centrar o debate num ambiente em que parece ser mais apropriado. Ou seja, a discussão sobre ativismo diz respeito à esfera político-institucional que é mais ampla, não somente a esfera jurídico-metodológica:

A formulação de *Schlesinger* apontou, portanto, para discussão de um tipo muito mais político-institucional do que simplesmente jurídico-metodológico— decidir sobre o ativismo ou autorrestrição judicial é decidir a respeito do espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional e político (CAMPOS, 2014, p.48).

Por este prisma, o historiador é extremamente esclarecedor, pois não há como negar que os aspectos político-institucionais sobressaem aos demais, inclusive sobre os aspectos jurídico-normativos. Não é um fenômeno trivial. Fato é que, anos após este artigo, a partir de 1953, com a presidência *Earl Warren*, a Corte norte-americana passa a intensificar ainda mais sua *práxis* em casos de extrema carga política e moral, fazendo com que o termo se popularizasse. Curiosamente, após ser utilizada pelo historiador, num segundo momento a terminologia foi utilizada por seguimentos conservadores que perderam terreno político com o abandono do *laissezfaire* como princípio norteador das interpretações da Corte.

A partir deste momento, anos após a utilização da terminologia pelo historiador *Schelesinger*, o termo ativismo judicial passa a servir frequentemente como mecanismo de retórica argumentativa por parte do mundo político e do senso comum, preponderantemente empregado para questionar a atuação dos magistrados. Ou seja, entendiam difusamente que ser um juiz ativista era aquele que impõe suas concepções políticas, ideológicas e axiológicas, deturpando o sistema de representação, sob o argumento de estar fazendo “justiça”, externando um “modelo ideal democracia” (um dever-ser) via decisão judicial.

1.3 As versões iniciais do ativismo judicial: criação judicial, ausência de deferência e pragmatismo conservador

Toda esta problemática trazida nos primeiros tópicos do surgimento da *judicial review*, se constrói no mesmo ambiente do surgimento do ativismo judicial de forma concomitante e paralela. Como viu-se, o surgimento do modelo norte-americano de controle dos atos dos demais poderes, muito embora tenha amparo em debates que remontam os acordos políticos estabelecidos ao tempo das ex-colônias inglesas que envolveram a possibilidade da existência de um órgão mediador, não tem qualquer lastro normativo na Constituição daquele país.

A materialização deste modelo, conforme já alinhado, se deu em razão de uma acalorada e importante decisão: *Marbury v. Madison*. No escopo desta decisão se estabeleceu as bases para este modelo de primazia da constituição, que inclui a capacidade da Corte para interpretá-la e nulificar qualquer lei ou ato normativo em contraposição ao texto constitucional ou aos seus princípios implícitos. Dito de outro modo, ao se falar do modelo de revisão judicial norte-americano, falamos de um distintivo forte da estrutura do Estado e da institucionalidade norte-americana.

Entretanto, pode-se tratar também de um fenômeno que surge concomitantemente, e que se serve em larga medida destas bases estruturais e institucionais geradas pelo modelo de revisão judicial ou de controle de constitucionalidade (mas, não só, como se verá) até então inédito no mundo. O fenômeno do ativismo judicial, surge sem qualquer definição, identificação ou delimitação em seu tempo era um fato social da vida do Estado, que se confundia inicialmente com as atribuições institucionais geradas pela *judicial review*.

Existem decisões que podem ser identificadas, classificadas e enquadradas como ativistas desde o contexto inaugural da *judicial review* norte-americana, antes mesmo, da atribuição ou criação da terminologia “ativismo judicial” feita por *Schlesinger* no seu famoso artigo aventado de 1947. Estas decisões são tão relevantes que conforme Campos (2014, p.14) “transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade Norte-Americana”. Isso não é exagero.

Foca-se neste tópico, principalmente em *Marbury v. Madison*, porque a despeito de ser a mais “simpática” socialmente falando, é o “germe” de tudo. Porém, este período histórico

denominado de “pré-história do ativismo judicial²⁵” por alguns autores, compreende não só o caso *Marbury*, como também *DredSchoot v. Sandford* e *Lochenner v. New York*. As demais, também serão trabalhadas, para alargar a percepção de que não se trata de um fenômeno trivial e simplório, pois não guardam qualquer simpatia perante a opinião pública.

a) *Marbury v. Madison*: a criação judicial estratégica como meio para expansão dos poderes judiciais

A primeira delas, *Marbury v. Madison*, como já esboçado é o caso inaugural tanto da *judicial review* como do ativismo judicial na história estadunidense. Um caso extremamente rico do ponto de vista pragmático e estratégico. Que combina inúmeros fatores políticos, institucionais e jurídicos. Um paradigma, que fornece elementos importantes da experiência constitucional daquele país, mas que em larga medida pode ser um mecanismo de compreensão de parte do contexto de vários Estados, como é o caso do brasileiro.

Neste sentido, a fragilidade existente na “estrutura do muro” que separa o direito e a política, começa a ficar exposta contemporaneamente quando a afirmação histórica de poder político-normativo da Corte estadunidense para exercer a *judicial review* ecoou para sempre no arranjo político-institucional norte-americano, difundindo-se por todo o mundo ocidental²⁶.

Porém, convém dizer, que o contexto é mais rico do que a própria decisão. Pois, é impossível excluir elementos que estiveram “fora” da pura e simples tese aplicada no caso *Marbury*. Isto porque, a Suprema Corte norte-americana nada mais era do que uma simples desconhecida, sendo extremamente desimportante até a famigerada nomeação de *John Marshall* como *Chief Justice* em 1801. Saber como se deu esta nomeação e sua repercussão é fundamental para a compreensão do caso *Marbury v. Madison*.

O caso em questão, está intimamente ligado as eleições de 1800, que foram marcadas pela vitória da oposição encabeçada por *Thomas Jefferson*, com a derrota de *John Adams*. Este último, estava disposto a fazer qualquer coisa para atrapalhar o futuro governo de *Jefferson*. Parte da execução deste plano, se deu quando *Adams* nomeou *John Marshall* para Secretário de Estado. Faltando dois dias pra *Jefferson* tomar posse, *Adams* ordenou que *Marshall*

²⁵ Terminologia tomada como empréstimo do autor *Craig Green* por Carlos Alexandre de Azevedo Campos.

²⁶ Nos mais variados países, recebe o nome de controle de constitucionalidade.

distribuiu “a toque de caixa” a nomeação de 56 novos cargos estatais entre juízes distritais e federais, com a anuência do Congresso Nacional, entre 13 a 27 de fevereiro de 1801.

Entretanto, o curto espaço de tempo disponível para entrega das investiduras, acarretou no não cumprimento da missão de *Marshall* como parte importante da estratégia de *Adams*. Curiosamente, uma destas investiduras a de “Juiz Chefe” era destinada ao próprio *Marshall* que tratou de fazer rapidamente. Ao assumir o poder, rapidamente *Jefferson* preencheu o cargo no governo de secretário deixado por *Marshall*, destinando-o a alguém de sua confiança: *James Madison*. O novo presidente, ordenou a suspensão de todas as investiduras faltantes. Porém, um dos escolhidos que não teve a nomeação entregue, *William Marbury*, entendeu que tinha direito ao recebimento da investidura e ingressou com *writ of mandamus* na Suprema Corte estadunidense, com base na Seção 13 da Lei de Organização Judiciária. Vale dizer que inusitadamente, o julgamento foi presidido por *Marshall*, ex-secretário de *Adams*.

Nas palavras de Leite:

Foi nesta atmosfera de intensa disputa entre as duas principais forças políticas do país que a Suprema Corte, integrada totalmente por juízes escolhidos pelos presidentes anteriores, teria que decidir se *James Madison* seria obrigado a efetuar o a investidura de *Marbury*. Os acirramentos tornaram maiores proporções diante da ameaça de instauração de processos de impeachment contra os juízes da Suprema Corte, caso eles decidissem contra os jeffersonianos (2017, p. 42).

Como a Suprema Corte julgou um caso tão complexo, envolto a questão políticas e institucionais de alta voltagem? E o fator *Marshall*? Pois bem, *Marshall* conduziu o julgamento de modo inédito, até então. Resolveu exarar seu voto de modo estrutural, utilizando como recurso perguntas-chaves estratégicas da seguinte forma: a) *Marbury* tem direito subjetivo para ser investido? b) se afirmativo, isso violaria a ordem jurídica e teria algum remédio jurídico possível de ser manejado junto ao Judiciário? c) por último, se todas as respostas forem afirmativas, a Corte poderia conceder a investidura de *Marbury*?

A Corte, respondeu afirmativamente todas as perguntas. Exceto a última. Concluindo, que por mais que o paciente²⁷ tivesse utilizando-se uma lei ordinária (*Judiciary Act* Seção 13) para fundamentar o seu pedido, dispondo sobre a capacidade institucional da Corte para

²⁷Terminologia atribuída a todo aquele que figura como agente ator ao manusear um remédio constitucional. Neste caso, um *writ of mandamus*. No Brasil, temos a exemplo o mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e o mandado de injunção como exemplos de remédios constitucionais.

conceder a investidura, esta lei a concedia funções executivas e administrativas, típicas do Poder Executivo. Logo, apontou a nulidade desta lei, extinguindo a ação proposta pelo autor. Ineditamente, houve a primeira declaração de inconstitucionalidade da Suprema Corte norte-americana.

Para Leite (2017), a anulação da referida lei foi um recurso estratégico de defesa institucional perante a situação “hostil” na qual a Suprema Corte estava envolta. No campo dos fatos, a decisão de *Jefferson* foi respeitada, resfriando a temperatura dos republicanos. No que diz respeito à seara político-institucional, a consequência mais visível é a inclusão de uma atribuição até então inexistente na Corte de fiscalizar atos dos demais poderes e até anular leis provenientes do Legislativo e atos normativos do Executivo, mesmo que o argumento da declaração fosse justamente o contrário, para que não se assumisse atribuições dos demais poderes.

Não resta dúvidas, de que *Marbury v. Madison* é o primeiro caso ativista:

Marbury foi ativista em duas dimensões: primeiro, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa sem que encontrasse na Constituição qualquer dispositivo que a afastasse expressamente; segundo, Marshall afirmou um poder espetacular para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele [...] foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto. (CAMPOS, 2014, p. 52).

É inusitado perceber, que não havia qualquer norma expressa no texto constitucional para tanto (e continua não existindo). Neste sentido, a criação da *judicial review* não representou uma competência atribuída pelo “acordo” entre os Estados, mas uma atribuição ou capacidade institucional que a Corte deu a si mesma²⁸. Muito provavelmente, esta medida visou à fuga estratégica que evitou o forte embate que se travaria com o Executivo, além de blindar o Judiciário do “ônus vergonhoso” que poderia ficar estabelecido após a decisão. É verdade, que pelo menos aparentemente, a decisão não teve o condão de gerar efeitos imediatos, tanto que a revisão judicial só foi utilizada novamente meia década depois.

b) *DredScoat v. Sandford*: a constitucionalização da escravidão

²⁸“Em função da disputa política que compunha o pano de fundo de *Marbury*, *Marshall* tinha motivos de sobra para temer as reações adversas do Presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e até mesmo o pedido de impeachment do juiz, caso a Corte dessa razão a *Marbury*. Por outro lado, *Marshall* também compreendia que ‘não havia melhor oportunidade para formular a *judicial review*’, de modo que ele promoveu uma troca: abriu mão do poder de julgar originalmente o *mandamus* contra altas autoridades políticas e, assim, não se opôs a Jefferson, mas, para tanto, afirmou o poder da *judicial review*.” Vide Campos, p. 53.

Outra decisão, que pode ser classificada como ativista é o integrantecaso *DredScoot v. Sandford*, ocorrida em 1857, ou seja, mais de meio século após o caso *Marbury*. Neste segundo caso, a Corte declarou a inconstitucionalidade da lei que proibia a escravidão em parte dos Estados Unidos (o Compromisso de *Missouri*). Neste sentido, os efeitos desta conduta ativista neste novo contexto, foram muito piores do que o caso anterior. Isto porque, representou no campo dos fatos, afirmar que a escravidão tinha *status* constitucional.

O contexto do caso, é de pré-guerra civil norte-americana. *DreedScoot* era escravo do Major *Jhon Emerson*, e este era realocado em razão de suas funções militares para vários Estados estadunidenses, inclusive, os que já tinham em seu ordenamento estadual leis abolicionistas. Alguns exemplos são o Estado de *Illiois*, no Território de *Wisconsin*, todos filiados ao “Compromisso de *Missouri*” (lei federal que aboliu a escravidão nestas localidades).

Após a morte do Major, sua viúva *Sandford*, recusou-se a dar sua liberdade. Fato, que gerou a revolta de *Scoot*, que ingressou com ação nos juízos locais, logrando êxito inicial. Porém, o caso chegou à Suprema Corte. Em 1857, a Corte decidiu que *Scoot* não tinha direito de discutir sua liberdade, porque só quem poderia assim agir era que tinha legitimidade processual para tanto, atribuída “aos membros da comunidade política”. Sendo ele, para aquela Corte, “negro”. Sua ancestralidade, era considerada ao tempo da Constituição, “uma classe de humanos subordinada e inferior (...) mesmo emancipados, ainda permaneceriam sujeitos a sua autoridade”.²⁹

Portanto, a Corte entendeu que *Scoot* não poderia adquirir sua liberdade pelo simples fato de ter permanecido por algum tempo em terras abolicionistas. Pior que isso, entendeu que lei em questão era contrária à Constituição e que por isso mesmo deveria ser declarada inconstitucional. A consequência lógica e social desta decisão, como dito, foi a constitucionalização da escravidão. Com esta decisão descuidada, a Corte conseguiu agravar ainda mais as “prévias” da Guerra civil norte-americana, intensificando o acirramento político, servindo como um dos elementos importantes para deflagração deste evento.

A linha de raciocínio da decisão, do ponto de vista do mecanismo interpretativo utilizado (excluindo o mérito da decisão), ou seja, a aplicação direta da Constituição ao caso concreto, desconsiderando a lei infraconstitucional, é bastante corriqueira atualmente,

²⁹*DredScoot vs. Sandford*, 60 U.S 393, 1857.

inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, paradoxalmente, como explicar tamanha dureza interpretativa? Os fatores externos podem servir de aporte explicativo. No contexto, o então atual Presidente *Buchanan*, não havia se pronunciado a respeito da abolição da escravidão, por razões óbvias, isto representaria um ônus político evidente. O que fez com que ele estrategicamente, “despolitizasse” a discussão, transferindo a resolução para o Judiciário.³⁰

O caso *Scoot*, demonstra algumas facetas ou dimensões que devem ser consideradas no desenvolvimento histórico do ativismo. O primeiro ponto, é que a resposta judicial pode vir em decorrência de uma transferência da área política. Segundo que ao se tomar uma decisão de enorme abrangência como esta, deve-se ter o mínimo de reflexão quanto aos efeitos posteriores que podem ser gerados na sociedade. De modo que decisões ativistas não trazem somente elementos jurídicos, mas principalmente estruturais e sistêmicos.

c) *Lochner v. New York*: um ativismo conservador e a inconstitucionalidade da atuação estatal na economia

O último caso desta série de decisões, é o caso *Lochner v. New York*, que versa sobre a atuação expansiva da Suprema Corte em construir uma interpretação acerca do devido processo legal como fundamento para a revisão judicial de normas que atingiam a concepção de estado mínimo. Antes do caso, o devido processo legal, sempre esteve ligado a garantias processuais. Porém, em 1905 o princípio sofreu uma reconfiguração via decisão judicial, associando-o a liberdade de contrato.

A Corte fez isso, decidindo que uma lei do Estado de Nova Iorque (*BakeshopAct*), que trazia uma a criminalização da exigência/permissão em todos os contratos de trabalho de padeiros, que ultrapassassem sessenta horas semanais ou a média de dez horas diárias, sob o fundamento de proteção relativo à saúde e ao bem-estar de todos. A questão era: é constitucional a lei produzida pelo Legislador estadual que vise interferir na liberdade contratual?

A Corte, manifestou-se no sentido de anular a lei do Estado de Nova Iorque, declarando sua inconstitucionalidade. Fundamentou a decisão, argumentando que o legislador

³⁰A estratégia mais precisamente consistiu em dar relevo a autoridade da Corte para julgamento do caso, como meio para preservar a sua. (...) “de forma que a agressividade judicial de *DreedScoot* se deu em ambiente de forte incentivo político da mais importante autoridade do país: o Presidente da República.” Tanto que Campos (2018), entende ser uma “*hipótese ancestral de judicialização da política*”, que diferentemente do ativismo, trata-se deste movimento de transferência de um assunto que é eminentemente político, para a esfera jurídica. (p. 56).

estadual violou a “liberdade do indivíduo protegida pela XIX Emenda da Constituição Federal”, interferindo desarrazoada e desnecessariamente de forma a que a lei anulada, não teria respeitado do princípio constitucional do processo legal substantivo.

Esta decisão, faz parte de um contexto histórico em que a Suprema Corte norte-americana, recebe grande influência da ideologia do *laissezfaire*, amplificando a extensão (de modo inédito) da cláusula do devido processo legal para atingir este fim: fazer com que o Estado não interfira de forma alguma liberdade contratual. Não é à toa, que inúmeras leis estaduais que tinham a mesma configuração, foram sistematicamente anuladas, sob os mais diversos assuntos, como salários mínimos, contratação preferencial de empregados sindicalizados, estímulo à associação de trabalhadores etc.

Numa simples análise contextual, visualiza-se claramente a preponderância e o excesso do direito à liberdade, em sua versão contratual (*pacta sunpta servanda*) e a desconsideração por completo face aos “diretos sociais” – neste caso trabalho, saúde e bem-estar social, mesmo que com a lei devidamente fundamentada em números, já que se tratava de uma “versão primitiva” de uma política pública nesta área.

A Corte deste contexto opta por concluir que diante de toda esta complexa lógica entre o campo dos fatos e a lei do Estado de Nova Iorque que visava de certa forma amenizar tal vulnerabilidade, o direito à liberdade de contratar prevaleceria. Esta atitude, para além de polêmica, traz a tona novamente a questão da capacidade institucional do órgão para assim agir, já não houve o reconhecimento legislativo daquele Estado, por parte da Corte.

Por mais que esta decisão não tenha tanta simpatia quanto às análises, por tratar-se de uma decisão desastrosa e violadora dos direitos humanos, ao passo em que retarda um progresso social e legislativo na seara laboral, inusitadamente do ponto de vista institucional, dá um exemplo paradigmático no que tange a alguns métodos empregados em decisões ativistas, quais sejam:

[...] a aplicação imediata e vigorosa de direitos fundamentais apenas vaga ou mesmo implicitamente previstos na Constituição; e a falta de deferência à capacidade legal e epistêmica do Executivo ou do Legislativo em matéria de políticas públicas. Ademais, a decisão foi muito tributária da preferência da maioria conservadora da Corte por uma filosofia econômica *laissezfaire* para a sociedade norte-americana, o que significa que [...] não se deu no vácuo político, mas envolvida então na incipiente disputa entre conservadores e progressistas em torno das questões econômicas e sociais mais importantes do país (CAMPOS, 2014, p. 60).

Em todo caso, o contexto acima, passa a ser alterado gradativamente por fatores político-institucionais, quando os liberais mais progressistas passaram a agir politicamente para interferir na configuração do perfil da Corte, que conforme demonstrado, tinha uma maioria filiada ao *laissezfaire*. É do que este trabalho se ocupará a tecer nos tópicos seguintes.

1.4. A Corte do New Deal: a resposta política à filosofia conservadora do *laissezfaire* e os desdobramentos da concepção de bem-estar social

Como visto, houve um longo e multifacetado trajeto visualizado no período que se denominou para fins didáticos de “pré-história” do ativismo judicial. Num primeiro momento, o fenômeno esteve vinculado à criação judicial e autodeclaração da capacidade institucional, sem norma expressa, para fiscalizar atos dos demais poderes como descrito no caso *Marbury* – perpassando por uma faceta estratégica de ausência de deferência institucional de forma estratégica, para expandir ainda mais os poderes judiciais face aos demais poderes no caso *DredScott*– e fechando com a aplicação direta da Constituição, sem qualquer respeito ao legislador estadual de Nova Iorque, no caso *Lochner*, que tornou evidente a exacerbação das liberdades econômicas em detrimento às questões de ordem social e econômica.

Gradativamente, entre o final do Século XIX e meados do Século XX (entre 1890 a 1936), a Corte foi alargando os seus poderes judiciais que, em sua última configuração, estava bastante associada a uma concepção de liberdade econômica extremamente conservadora, em especial em relação ao direito de contratar, em perfeita sintonia a concepção de Estado Liberal estadunidense em sua versão mais pragmática.

Mesmo, após a quebra da bolsa de valores em 1929, com a crise do capitalismo instaurada, momento em que o Executivo e o Legislativo começam a assumir um maior protagonismo, a Corte conseguiu anular doze leis federais que tratavam de implantações de inúmeras políticas públicas que visavam interferir na economia e que de certa forma amenizavam instrumentalmente algumas distorções sociais.

Este cenário é bem definido por Leite:

Porém, a manipulação contenciosa da cláusula do devido processo legal fez com que o controle de constitucionalidade de leis deixasse de ter limites definidos, de modo que a subsistência ou anulação de leis dependeria, em última análise, apenas do arbítrio da própria Corte. Em suma, o Tribunal havia se tornado um “ditador econômico” em ao sufocar instancias políticas, evidenciou o temido “governo de juízes” (LEITE, 2017, p.52).

A situação política e institucional em larga medida proveniente do impasse gradativamente gerado pela Suprema Corte tornou insustentável, obrigando uma ação drástica. Neste sentido, diante do impasse, entrou em cena a execução de um plano arquitetado pelo então recém reeleito com larga aprovação em 1936, *Franklin Dellano Roosevelt*, que tentou “reestruturar” o Tribunal povoando-o com juízes “mais alinhados” as leis que provocariam interferência na liberdade contratual via articulação com o Legislativo, com a proposta *Court-Packing Plan*, que consistia em incluir à composição do órgão mais um juiz para cada magistrado que tivesse mais de setenta anos (o que na prática daria mais seis nomeações).

A ideia de “oxigenar” a Corte com juízes ativistas progressistas face à maioria de juízes ativistas conservadores não logrou êxito em razão da baixa adesão popular. Mas, *Roosevelt* não desistiu, continuou a fazer oposição. A Suprema Corte, visualizando a “ameaça institucional”, em menos de um mês, no caso *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, tratou de superar as concepções jurisprudenciais vinculadas ao *laissezfaire* passou a adotar uma postura de abertura às concepções do New Deal. Esta passagem se solidificou ainda mais com a nomeação de mais oito juízes alinhados a esta última concepção, para suprir as lacunas geradas pelas aposentadorias e mortes dos magistrados.

Como um *plus*, *Roosevelt* ainda indicou *Harlan Fisk Stone* para ser novo “Juiz Chefe”, juiz que sempre proferiu decisões alinhadas ao New Deal. Isto, dá um relevo a análise do fenômeno, e obviamente será uma variável interessante de se perceber (mais a frente) – fatores políticos “externos”, principalmente de composição dos Tribunais, tem certa influência no modo de decidir. Neste sentido:

O ataque e a vitória de Roosevelt sobre a Old Court, em torno da afirmação constitucional dos princípios do New Deal e da superação do ativismo judicial hostil às políticas públicas progressistas do governo [...] ações políticas podem afetar a interpretação judicial da Constituição. É claro que existem outras variáveis dirigentes das ideias constitucionais [...] mas o caso New Deal mostra como a luta política para tornar a Corte uma “aliada” é, sem dúvida, fator muito poderoso (CAMPOS, 2014, p. 65-66).

Passando este período mais turbulento de batalha pelo New Deal, o Tribunal estruturado por *Roosevelt* era ao tempo rigorosamente o Tribunal analisado e retratado em 1947 por *Schlesinger*, conforme já trabalhado em um dos tópicos iniciais. Atuando preponderantemente, sob maioria influenciada pela doutrina da deferência à intervenção do

governo na economia, em respeito institucional a grande maioria das políticas públicas implementadas sob a égide do Estado de bem-estar social.

Neste sentido, passou a existir certo consenso na Corte em reconhecer que o “governo tinha prioridade para regular a economia”, o que se traduziu na execução das políticas públicas nas áreas sociais, desenvolvidas pelo governo federal. As “ameaças” político-estratégicas para alterar o ambiente institucional, somada a nomeação dos novos juízes e a indicação de *Fisk* para juiz chefe, de fato conseguiram à época encerrar um período de extremo conservadorismo da Corte. Porém, como veremos o ativismo judicial, somente “mudou as vestes”, permanecendo vivo em seu núcleo comportamental.

A Corte do New Deal, sob “liderança” de *Fisk*, alinhou o modo de decidir aos princípios liberais progressistas defendidos ao tempo. Princípios estes, que não somente guardavam relação com a postura de deferência quanto às “ações regulatórias” do governo *Roosevelt* no campo econômico social, mas também assumiram, guardadas as devidas proporções, uma postura de combate e promoção de liberdades básicas do homem. Sendo assim, entendiam que as políticas públicas criadas e implantadas pelos demais poderes como um mecanismo de proteção de direitos, junto aos mais desprotegidos e menos favorecidos.

Vale dizer, que esta nova concepção de julgamento não surgiu do nada, mas foi plantada na ovacionada decisão *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, com um toque sutil, mas extremamente poderoso, a nota de roda pé número 4, escrita por *Fisk* em 1938:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as dez primeiras emendas, consideradas igualmente entendidas como contidas na Décima Quarta Emenda [...]
 Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação [...]
 Também não será necessário procurar saber se considerações do mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas [...] ou de nacionalidade [...] ou raciais [...]; se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (*discrete and insular minorities*) pode ser condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em que acostumamos nos basear para proteger as minorias, que pode existir, na mesma medida, um exame judicial mais minucioso (FISK *input* ELY, 2010, p. 100-101).

Notadamente, a intenção de *Fisk* era de estabelecer critérios para revisão judicial quando o Tribunal estivesse diante de julgamentos que versassem sobre políticas públicas.

Pela nota de rodapé acima exposta, o Poder Judiciário deveria ter um controle de constitucionalidade mais brando ou não intervencionista quando houvesse “processos políticos” manifestados em políticas públicas tratando sobre a proteção de minorias “insulares” (sub-representadas). Na prática, deveria haver um controle mais forte e um controle mais fraco a depender da matéria que estava sendo julgada.

Com esta virada na base hermenêutica, denominada de “teorização jurisprudencial do New Deal”³¹, privilegiou-se as produções legislativas voltadas as políticas públicas de regulação social, reconhecendo que pesava sobre elas uma presunção de constitucionalidade mais fraca, ou seja, mais assertivo ou menos agudo (praticamente automática). E um controle bem mais acentuado relacionado a leis que ameaçassem os valores da democracia, que versassem sobre restrição de liberdades civis básicas ou que veiculassem preconceito contra “minorias discretas e insulares”³².

A Corte deste novo contexto, tinha uma composição de juízes que entendiam o poder judicial como instrumento de transformação social, com uma certa propensão a ideia de que o exercício deste poder, representava uma função “educadora” e “moral” no tecido social da sociedade norte-americana. A opinião pública, gradativamente foi entendendo que se tratava de um novo ciclo de ativismo judicial, um ativismo liberal mais progressista, que nada tinha mais a ver com as doutrinas da Era *Lochner*.

1.5. *Brown vs. Board of Education*: a segregação racial nas escolas e a tentativa de transformação da sociedade pela via judicial

Mesmo com a abolição da escravatura, promovida pelo Congresso Nacional em 1863, parte significativa dos Estados do Sul demonstravam certo óbice a ideia de reconhecimento de uma cidadania para todos, independentemente da vinculação racial pelo menos nos aspectos políticos e institucionais. Tanto, que em 1869 a Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Plessy v. Ferguson*, deixou claro que o preconceito racial era incentivado pelo próprio Estado.

No caso acima, que a Lei do Estado de *Louisiana* trazia um dispositivo contendo obrigação para as companhias ferroviárias providenciassem acomodações iguais, porém

³¹Terminologia adotada por Campos (2014), para designar a sistematização daquilo que foi defendido pela Corte do New Deal, na nota de rodapé número 4. A base doutrinária de um *ativismo judicial liberal*.

³²Terminologia adotada por Ely (2010), para designar minorias excluídas dos procedimentos instrumentais das democracias modernas. Insular é algo que tem características de uma ilha. Isolado.

separadas, para negros, estabelecendo pena para quem não segue a regra. *Homer Plessy*, negou-se a sair do vagão no qual viajava e que era reservado aos brancos, alegando possuir 7/8 de sangue caucasiano e somente 1/8 de sangue negro, em razão de sua bisavó que era africana. Esta atitude lhe levou à prisão.

O caso chegou à Suprema Corte, que entendeu que a lei do Estado de *Louisiana* era constitucional, não violando a *equalprotection* e que “uma lei que implica meramente uma distinção legal entre pessoas de raça branca e as de cor [...] não tem a tendência de destruir a igualdade jurídica das duas raças, ou de restabelecer um estado de servidão involuntária”³³. Surgiu assim, a doutrina “separados, porém iguais” (*separatebutequal*). Segundo esta linha de raciocínio e de decisão (que legitimou e reforçou práticas discriminatórias pela via judicial aos negros) era permitido o uso do transporte público, porém com negros e brancos utilizando vagões separados.

De um lado, este “mantra” tinha certo *status* de neutralidade e de reciprocidade perante o pensamento conservador vigente à época. Isto porque, estas práticas de segregação impunham, igualmente, que brancos e negros fossem separados e que não adentrassem, reciprocamente, nos vagões uns dos outros. Do outro, ao contrário do que possa indicar, os juízes da Era *Warren* não foram ou autônomos ao ponto de gerar esta mudança de produzir transformações sociais, é importante verificar que os juízes “não atuaram no vácuo político ou social”³⁴. Faziam parte de uma Corte liberal, num contexto político de um Governo e de um Congresso de maioria Democrata, havendo uma certa coalizão política vigente.

Somado ao último lado pontuado, havia um amplo movimento da sociedade e de algumas instituições que pleiteavam à proteção e promoção de valores individuais conjugados com valores de igualdade, como consequência de uma “indignação mundial” às aberrações cometidas pelos regimes nazistas e fascistas contra os direitos humanos em nome de uma supremacia racial, escamoteada nas leis promovidas nos ordenamentos jurídicos.

Neste sentido:

Portanto, havia todo um ambiente político e social favorável para que a maioria dos juízes da Corte Warren fosse ativista na extensão em que ela

³³Plessy vs, Fergson, 163 U.S 37 (1896). Tradução de Leite (2017).

³⁴É o que defende Leite (2018) entendendo que no caso *Brown* existiu uma série de fatores extrajurídicos que compõem uma “dinâmica da política constitucional”, que não devem ser desconsiderados. Só a critério de exemplo, o descolamento entre o Legislativo e a sociedade, os litígios estratégicos, transferências do campo político para o campo judicial, etc. LEITE, Glauco Salomão. A dinâmica da política constitucional: o que podemos extrair do caso “*Brown vs. Board Education*”? p. 2-12

efetivamente foi. É melhor dizer que um conjunto de variáveis serve para explicar o que foi a Corte Warren, fatores exógenos, políticos e sociais, somaram-se a disposição ativista dos juízes como Douglas, Black, Brennan, Thurgood, Marshall e Warren para produzir ativismo judicial a favor do avanço de posições de justiça social e de liberdades fundamentais. (CAMPOS, 2014, p. 72).

Neste sentido, esta decisão não correspondeu única e exclusivamente a fatores endógenos (mudança de postura jurídica e filosófica) e muito possivelmente, eles são os que menos exerceram influência. A alteração da argumentação ou da jurisprudência que produziu nova semântica a segregação racial, estava envolta de dificuldades extrajurídicas sensíveis. Tanto, que houve um esforço no sentido de fazer com que a decisão fosse unânime, justamente para ter mais força diante dos opositores conservadores. E isto ocorreu. Todavia, como se verá, para tornar os efeitos do caso *Brown* na realidade do tecido social norte-americano, foi preciso mais do que uma decisão unânime.

Neste sentido, a maioria dos Estados do Sul dos EUA há pouco mais de 60 anos, possuíam um amplo conjunto de leis com dispositivos que forçavam a segregação racial no campo da educação pública. Este contexto institucional perverso, na prática, gerava não somente a manutenção do *status quo* da segregação racial, como também num ensino visivelmente inferior para os negros. Eram, “separados e desiguais”. As “escolas dos brancos”, eram superiores às “escolas dos negros”.

Interessante observar que a Corte, vinha fugindo de enfrentar este tema, tanto que não julgou *Brown* em 1952, na presidência do juiz *Vison*. Porém, as políticas públicas educacionais norte-americanas, juntamente toda a sua pedagogia segregacionista teve um encontro marcado com uma Corte que, percebeu o contexto e a atmosfera gerada pelos movimentos de defesa dos direitos humanos pós-segunda guerra mundial, o que impôs a ela a reconfiguração do tratamento ante ao assunto.

O encontro ocorreu somente no fim de 1953, já sob liderança do juiz Warren (indicado por *Roosevelt*). *Brown* foi novamente arguido e o *Chief Justice* “com habilidade adquirida na vida política³⁵”, conseguiu orbitar os juízes em torno de um objetivo de construir uma decisão unânime que superasse a doutrina da segregação racial. Em 1954, obteve sucesso, escrevendo um voto histórico e declarando a inconstitucionalidade da lei do Estado de *Lousiana* que trazia em seu bojo a perpetuação institucional de políticas públicas educacionais

³⁵Isto porque, sob liderança do *Chief Justice* em questão conseguiu-se reunir todos os juízes da Suprema Corte. Uma unanimidade histórica para um voto histórico (CAMPOS, 2014, p.74).

segregacionistas raciais, sob o fundamento de violação dos propósitos igualitários da XIV Emenda.

Porém, como se esperava ao tempo, os Estados Sulistas não concordaram com a decisão da Corte. Optaram, por levarem a cabo uma intensa reação, denominada “resistência em massa”, com o objetivo conservador de impedir a “implementação” da decisão em sede de políticas públicas educacionais, haja vista que entendiam que isto seria um “ativismo judicial ilegítimo”. Sendo assim, para eles o caso *Brown* era o resultado de uma atitude equivocada, um caso de abuso do poder judicial e um exemplo claro de legislar pela via judicial. Para estes Estados, resistir à decisão da Corte seria o desafio mais perigoso, pós Guerra Civil norte-americana, e que eles estariam dispostos a manter a todo custo, por entender ser essa atitude muito mais legítima do a decisão do caso em questão. (CAMPOS, 2014, p. 75).

Segundo Campos (2014) *Brown* é uma decisão carregada de simbolismo e geradora de um efeito catalizador, não há dúvidas de que a partir da decisão as questões de ordem étnico-raciais naquele país ganharam um reforço. Entretanto, apenas em 1955 a Corte estabeleceu parâmetros que deveriam ser levados em conta para a mudança gradual nas políticas públicas educacionais que mantinham a segregação escolar. O que não retira o brilho da luta por um mundo mais igualitário, só demonstra o quanto a sociedade impõe limites sociais às causas dos negros. Se a sociedade exerceu certa resistência, não caberia ao Estado manter uma violência institucional desta magnitude.

Evidentemente, seria muito ambiciosa a ideia de que daria para se alterar tais políticas públicas arraigadas de certa forma em boa parte da sociedade, e, portanto, pertencentes à cultura, do dia para a noite. Tanto, que a Corte colocou como uma destas diretrizes para fiscalização e acompanhamento de tais implementações. De acordo com tais diretrizes, caberia aos juízes locais, próximos a realidade de cada escola tal acompanhamento:

Os juízes foram levados a interferir nas atribuições de diretores de escolas e de determinadas autoridades locais, o que foi considerado uma inusitada intrusão judicial nas funções administrativas, pois ela aproximou o magistrado dos domínios convencionais dos agentes responsáveis pela administração pública (LEITE, 2017, p. 7).

Neste sentido, não foi fácil materializar esta decisão ousada no tecido social norte-americano. Pela falta de adaptação de algumas escolas do Sul, a Corte teve que declarar que o prazo para que isso ocorresse tinha se esvaído. Tanto, segundo Leite (2017) somente em 1968, ou seja, quinze anos após o caso ter chegado a Corte, no caso *Green v. CountSchoolBoard*, estrategicamente declarou que não somente a lei de *Lousiana* que permitia políticas públicas

educacionais segregacionistas violava a Constituição, como também a ausência de implementação de medidas concretas e imediatas visando estabelecer um sistema de políticas públicas educacional inclusiva.

Fato é que as decisões da Corte conseguiram alinhar, pelo menos aparentemente, a cláusula da *equalprotection* a uma realidade de intensos movimentos sociais que, gradativamente geraram um ambiente legislativo em que o Congresso Nacional decidiu por aprovar várias leis no mesmo sentido. Interessante observar, que se tratava de uma questão que dizia respeito à proteção de um grupo extremamente vulnerável, nunca é demais lembrar, com um visível *déficit* de representação frente aos mecanismos democráticos majoritários.

Percebe-se desta forma, a transferência de decisões que deveriam ser resolvidas na arena política desaguarem na esfera judicial, em razão deste fenômeno da sub-representação. Ou seja, neste novo estágio, o Judiciário - especialmente as Cortes Supremas, são o último mecanismo trazido pelos desenhos institucionais dos Estados contemporâneos diante da obstrução dos canais estabelecidos pelo sistema político.³⁶

Aparentemente, por se tratar de assuntos como este, que dividem a opinião pública e que geram um “ônus político” mais acentuado, há uma tendência a esterilização ou omissão dos poderes majoritários. Não há saída mais otimizada a não ser procurar um Tribunal Constitucional, judicializando assim a demanda que originalmente é política.

Porém, como já se demonstrou acima, há de se deixar claro com devido cuidado, que a Suprema Corte, jamais faria cumprir o teor de sua nova doutrina apenas por meio de sua argumentação. Pois, afirmar que uma lei que perpetuava a discriminação racial é inconstitucional não é o mesmo que acabar efetivamente com a segregação social de todo um sistema de políticas públicas educacionais, com amplo respaldo estatal. Conforme Leite (2017, p. 58) isso “só foi viável com a atuação dialógica dos outros poderes”.

Sendo assim, para tornar as situações fáticas mais igualitárias e isonômicas, a Corte teve que abrir o diálogo com os poderes majoritários permitindo sua participação (não só isso, dependendo de uma ação integrada entre os Poderes), iniciando um interessante diálogo institucional na intenção de intervir na segregação racial praticada pelo próprio Estado em sede de políticas públicas educacionais.

³⁶Para incluir no processo democrático “minorias insulares”, ou seja, minorias isoladas dos mecanismos de tomada de decisão da democracia procedimental. ELY. Jhon Hart. Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade, p. 179.

1.6. A disseminação do ativismo judicial pelo mundo

Conforme demonstrado por meio da exposição do debate norte-americano sobre o ativismo judicial, tal fenômeno não pode ser analisado de forma isolada, pois é antes de tudo produto de variáveis institucionais, sociais e políticas das mais diversas. Fatores internos e externos são responsáveis pela dinâmica de atuação mais proativa de juízes e Cortes. Todavia, o fenômeno está longe de ser algo exclusivo da realidade estadunidense.

Neste sentido, autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos faz um estudo acerca da disseminação do debate sobre o ativismo judicial para além do debate norte-americano, investigando realidades institucionais de países dos mais diversos. O fator comum entre eles: presença do ativismo judicial. Por isso, defende:

No entanto, o ativismo judicial está hoje envolvido em transformações institucionais e políticas ainda mais amplas e diversificadas, sendo tendência verificada em várias partes do mundo além do universo norte-americano e há mais tempo que o incipiente debate brasileiro possa sugerir. Nestas outras “partes do mundo”, também há alto grau de complexidade das práticas das cortes constitucionais ou supremas. Estas têm cumprido papel sociopolítico relevante e seu ativismo judicial tem se manifestado por diferentes dimensões e sofrido influência de múltiplos atores de natureza política, institucional, social e jurídico-cultural. Por tudo isso, é de se afirmar que existem outras realidades políticas que também merecem estudo quanto ao ativismo judicial (CAMPOS, 2014, p. 99).

O autor investiga as realidades jurisprudenciais das Cortes que exercem de certa forma influência na prática decisória da Corte constitucional brasileira, como é o caso das Cortes europeias da Alemanha e da Itália. Além disso, a Corte da Costa Rica³⁷, país “de proximidade geográfica e histórico-social com o Brasil e cujo ativismo judicial está envolvido em transformações políticas, institucionais e jurídico-culturais similares no tempo e em conteúdo ao contexto brasileiro” (CAMPOS, 2014, p. 99). E por último, as realidades das Cortes constitucionais do Canadá e da África do Sul, que “oferecem lições importantes ao tema, úteis a qualquer realidade político-institucional”, pois “engajam em diferentes propostas de diálogos institucionais como meio de minimizar os riscos da supremacia judicial, sem renunciar a missão” de fazer a função contramajoritária (CAMPOS, 2014, p. 101).

a) O ativismo judicial do Tribunal Constitucional alemão

³⁷O autor também faz uma análise acerca da Corte Constitucional da Colômbia.

Segundo o autor, o Tribunal Constitucional Alemão é uma instituição tão importante do ponto de vista da influência para o constitucionalismo hodierno, quanto a Suprema Corte norte-americana. O ativismo do Tribunal alemão se desenvolveu após os horrores do regime nazista, com a promulgação da Constituição recheada de direitos humanos internalizados, “expressando valores da democracia, liberdade, justiça, igualdade e centralidade do homem na ordem e da sua dignidade na ordem social³⁸”, sendo titular dos “significativos poderes de decisão”, monopolizando o controle judicial de constitucionalidade, diante do amplo acesso . (CAMPOS, 2014, p. 102). O Parlamento Alemão tem alinhado seus projetos de lei à jurisprudência do Tribunal constitucional daquele país, de modo que indiretamente, segundo Campos:

Operando desta forma, este arranjo institucional promove, simultaneamente, o equilíbrio de forças entre os movimentos políticos que disputam o poder na democracia pluralista alemã e a expansão do poder político e do prestígio institucional do Tribunal Constitucional (CAMPOS, 2014, p. 101).

Neste sentido, o Tribunal Alemão adquiriu um capital político-institucional na vida estatal alemão, invejável. Os direitos trazidos pela Constituição alemã, sempre estão em disputa dado os “seus compromissos abrangentes e ambiciosos”. Para resolver casos que envolvem “conflitos drásticos e quase irresolúveis”, o Tribunal alemão tem desenvolvido ao longo de mais de meio século “sofisticada e inovadora metodologia de concretização constitucional que se tornou referência para diversas cortes pelo mundo”. Inclusive o Supremo Tribunal Federal. Principalmente, no que diz respeito à ponderação de princípios ou de *bens e interesses*³⁹.

Tais mecanismos interpretativos, tem levado o Tribunal Constitucional alemão a um papel importante na preservação de valores sociais caros à democracia alemã advindo com os horrores do pós-guerra e fincados nos direitos humanos como fundamento político-normativo. Daí então, afirmar que:

Apesar da mais alta relevância intelectual das críticas e de seus escritos, o fato incontestável é que, com o ativismo judicial de ampla proteção aos direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional consagrou-se desde seu

³⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Dimensões do Ativismo Judicial do STF, p. 102

³⁹ Esse é um dos principais mecanismos interpretativos que o Supremo dispõe no atual quadro histórico-decisional. Autores e ministros como Barroso, Mendes, Moraes, Mello etc; o utilizam de forma bastante acentuada. A crítica que se faz, é que não há a utilização de forma tão qualificada como o Tribunal alemão, por uma série de variáveis, dentre elas o desenho institucional incompatível e uma utilização por vezes descabida e muito vaga. O principal oponente é o autor Lênio Streck, como será apontado neste trabalho mais à frente.

estabelecimento como ‘participante legítimo dos mais amplos processos decisórios da comunidade’(CAMPOS, 2014, p. 112).

b) O ativismo judicial da Corte Constitucional Italiana

O autor também elenca a Corte Italiana como uma das mais importantes, conhecida por suas sentenças aditivas. Assim, como ocorreu na Alemanha, o desenho institucional italiano é fruto do pós-II Guerra (1947) que por óbvio rompeu com o regime totalitário do país, adentrando no regime democrático com uma *Carta didiritti* das mais completas do mundo, reconhecendo inúmeros direitos humanos no seu interior (CAMPOS, 2014, p. 114).

A Constituição italiana sofreu um significativo *déficit* de concretização inicialmente, em razão da inércia do Parlamento italiano. O Legislativo daquele país não produzia normas alinhadas à nova Constituição. Além disto, devido a impasses constitucionais a Corte Constitucional italiana só foi instalada em 1957⁴⁰, que pelo novo desenho daquele contexto seria guardião da Constituição. Diante, da inação do Poder Legislativo italiano houve a necessidade de uma “atuação judicial de largo impacto, que removesse os obstáculos histórico-políticos à concretude constitucional” (CAMPOS, 2014, p. 117).

A Corte Italiana diante deste contexto, vem assumindo um “papel político-reformista” uma vez que tem por vezes substituído o legislador inerte, promovendo uma reconfiguração na relação político-institucional entre estes dois Poderes, visando modernizar e democratizar o ordenamento jurídico italiano. Para isso, a Corte desenvolveu tipos de interpretação “não ortodoxa”, como as denominadas sentenças manipulativas, que podem ser de três tipos: 1) sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutivas; 2) sentenças aditivas e 3) sentenças substitutivas. Na primeira, o juiz declara a inconstitucionalidade de parte do conteúdo, reduzindo o seu alcance, mas o texto permanece intacto. Na segunda, o juiz reconhece a inconstitucionalidade da lei, na parte em que deveria constar o que não está constando, suprimindo a lacuna por meio do significado faltante. Na terceira, o juiz não se restringe à mera declaração de inconstitucionalidade de certo conteúdo, mas cria um novo conteúdo em substituição.

Tais manipulações interpretativas (e aqui o termo não é empregado com viés negativo e nem positivo), promovem um extraordinário poder político-institucional para a Corte

⁴⁰Com competência exclusiva para o controle de constitucionalidade das leis. Isso fez com que gradativamente o passivismo judicial abrisse caminho para uma interpretação que privilegiasse a eficácia imediata das chamadas normas programáticas.

Constitucional daquele país. E obviamente, gera um ambiente institucional propício ao desenvolvimento do ativismo judicial. Principalmente, no que diz respeito ao exercício da técnica interpretativa das sentenças aditivas. É o que defende Campos:

As sentenças manipulativas, particularmente as aditivas, caracterizam um acentuado aumento do poder político-decisório da Corte, sendo natural então que tenham surgido críticas contra prática. [...] A realidade [...] é que as sentenças aditivas cumpriram e cumprem, na Itália, papel fundamental no controle das omissões legislativas com vista à observância da ordem constitucional e, principalmente, do princípio da isonomia. Estes têm representado uma ruptura com a ortodoxia kelseniana das cortes como o “legislador negativo”, que não lhes permitia concretizar por completo os direitos fundamentais, tampouco reagir às diversas hipóteses de inércia legislativa (CAMPOS, 2014, p. 121).

c) O ativismo judicial da Corte Constitucional costa-riquenha

Partindo para uma realidade mais aproximada, entre o final dos anos 80 e início dos anos 90, se difundiu na América Latina novos desenhos institucionais visando o restabelecimento da democracia, que teve como expressão mais visível a existência de desenhos institucionais com ampla internalização de direitos humanos (direitos fundamentais) e delegando as Cortes constitucionais destes países amplos poderes para guarda do seu conteúdo. Dentro deste cenário latino-americano, uma das Cortes que mais chamam atenção, em razão de um contexto de acentuadapelajudicialização da política, além da Corte brasileira, é a Corte Constitucional da Costa Rica.

Sem grandes mudanças no desenho institucional, assim como os demais Estados, na Costa Rica, o que provocou a mudança institucional na forma com que os juízes julgavam (extremamente passivos do ponto de vista institucional dado a influência do Civil Law), foi a lei que criou é denominado de Sala IV, tratando-se da criação de uma nova Câmara da Corte Suprema costa-riquenha, com poder exclusivo para declarar “a inconstitucionalidade das normas de qualquer natureza e dos atos sujeitos ao Direito Público”, sem exigência de maioria de 2/3 dos seus membros. Uma vez apreciada declarada a inconstitucionalidade pela Sala IV, só cabe “ao plenário” declarar a inconstitucionalidade por maioria absoluta.

Interessante notar, que segundo este tipo específico de controle de constitucionalidade, cabe a Sala IV, a competência para “dirimir conflitos constitucionais” entre os poderes políticos, com eficácia vinculante e *erga omnes*. Além disto, há um amplo acesso, “barato e informal de todo e qualquer cidadão que pretenda questionar leis, assim como partidos políticos”. Por óbvio, este desenho institucional provoca intensa judicialização da política,

inclusiva no campo do direito à educação, anulando “a redução do calendário escolar para o ano de 2003, que havia sido justificada pelo governo como necessidade orçamentária”. Segundo Campos:

A Sala IV tem promovido uma transformação do arranjo político costarriquenho, exercendo assertivamente a função de *horizontal accountability*, impondo limites aos poderes de governo, especialmente ao Parlamento. Significa dizer: a Sala IV transformou o cenário político-institucional da Costa Rica por meio de um ativismo judicial dirigido a cumprir justamente as principais funções que o constitucionalismo liberal contemporâneo espera de cortes da espécie: a limitação do poder político e a garantia de direitos individuais (CAMPOS, 2014, p. 135).

Sendo assim, embora que o desenho institucional costa-riquenho, não tenha provocado grandes mudanças com relação à declaração de direitos fundamentais, foi o responsável pela ampliação da capacidade institucional da Corte costa-riquenha para invalidar atos dos poderes políticos, por meio de uma Câmara específica e autônoma e uma ampliação do acesso de qualquer cidadão a ela.

d) O ativismo judicial da Corte canadense

Até aqui ficou claro que o ativismo judicial um fenômeno existente em todos os países até aqui já alinhados, é interessante notar que os ambientes institucionais demonstrados em paralelo⁴¹, contribuem como fator externo para o desenvolvimento do ativismo judicial nestes países. Já a Corte Constitucional canadense, pratica o seu ativismo judicial tendo como ponto distintivo interessante: um desenho institucional que inclui mecanismos de diálogo institucional. Ou seja, dispositivos que viabilizam uma maior descentralização da interpretação constitucional, na intenção institucional de haja processos de interpretação compartilhada, minimizando a supremacia judicial.

No desenho institucional canadense, uma vez declarada a inconstitucionalidade de qualquer norma infraconstitucional (que manifeste ou não o fenômeno do ativismo judicial) deflagre-se um diálogo um diálogo institucional com o Legislativo por meio da “cláusula não obstante”, prevista na Seção 33 e na Seção 1 da Carta canadense. Conforme Leite:

Em outros termos, em virtude da “cláusula não” em seu viés repressivo, o legislador ordinário poderá responder à decisão judicial, determinando que a lei continuará sendo aplicada, mesmo diante de uma declaração de inconstitucionalidade. Vale ressaltar que a lei expira em cinco anos. Ao seu

⁴¹Cumulação de desenho institucional contendo direitos fundamentais, ampliação das competências das Cortes Constitucionais e no aspecto social, ampla judicialização da política.

término, caso se pretenda renová-la, exige uma nova deliberação parlamentar a favor da prorrogação. Observa-se que esse prazo coincide com a legislatura, de sorte que a cada cinco anos haverá eleições. Assim, a utilização da cláusula “não obstante” pelo Parlamento poderá constituir tema de discussão nas eleições, instaurando um debate público sobre a legitimidade da lei (LEITE, 2017, p.231).

Sendo assim, por mais que existe um ativismo judicial da Corte canadense, o próprio desenho institucional força que as intervenções judiciais e as invalidações dos atos dos demais poderes periodicamente discutidos tanto institucionalmente quanto de forma mais ampla pelos vários sujeitos sociais. Por esta lógica, a decisão judicial institucionalmente é apenas uma etapa e não o termino do debate. Um guardião da constituição obrigado constitucionalmente a entender a sua palavra respeito, mas sem monopólio interpretativo.

e) O ativismo judicial da Corte Constitucional sul-africana

De forma diferente de como se dá o diálogo institucional por meio do próprio desenho institucional, a Corte Constitucional africana é uma exemplo de esforço responsável no sentido de gerar este diálogo, mesmo que o desenho institucional africano tenha posto um dispositivo que torna o órgão “titular do poder exclusivo de dizer o que a Constituição significa em face da vontade política ordinária”. Por este prisma:

Ao lado de ser ativista, a Corte Constitucional sul-africana tem também procurado cumprir um papel equilibrado na afirmação de direitos em questões socialmente muito controvertidas e na elaboração de recursos e benefícios públicos em torno de direitos socioeconômicos, buscando estabelecer diálogos com os outros poderes em torno da melhor forma de realizar as esperanças e pretensões transformativas da nova ordem constitucional (CAMPOS, 2014, p. 145).

O ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (de prestação), da Corte sul-africana, tem se mostrado impositiva no sentido “suprir lacunas inconstitucionais identificadas” e/ou “para aprimorar a legislação cujos defeitos são declarados contrários à Constituição”. Todavia, a Corte não faz isso instantaneamente, mas sim, dando abrindo um lapso temporal para que o Poder Legislativo possa fazer ou adaptar de acordo com a decisão.

Por essa lógica, trata-se de um tipo de decisão unilateral estabelecido pela Corte e decorrente da sua capacidade institucional, que não tem servido para imposição de condutas, mas para a deflagração diálogo. Deste como a Corte atua por meio de seu ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva de forma estratégica e responsável de modo a funcionar

como uma “catalisadora deliberativa”, proporcionando interação institucional e “maximizando a qualidade democrática”.

Portanto, ativismo judicial e diálogo institucional não são contraditórios. Ao contrário, um pode retroalimentar o outro reciprocamente. Por isso, não cabe identificar o ativismo judicial como ligado a este ou aquele modelo em específico ou a esta ou aquela dimensão. Importa saber que é um fenômeno mundial, que está longe de ser algo que será “extinto” do ponto de vista institucional, cabendo então entendê-lo dentro da dinâmica brasileira, mas sempre tendo em mente que as experiências dos demais países trazem elementos descritivos e funcionais riquíssimos.

1.7. O apogeu dos Tribunais Constitucionais como fruto do pós-guerra, a inclusão dos Direitos Humanos e a reconfiguração da separação dos poderes.

Como visto, o contexto norte-americano que empoderou a Suprema Corte por meio da autodeclaração da capacidade institucional de sindicalizar os atos dos poderes políticos (criando a *judicial review*), demonstrou uma expansão dos poderes judiciais e uma ausência de deferência institucional face aos mesmos poderes (ativismo judicial). Neste sentido, longe de ser algo isolado, isso também pode ser visualizado em inúmeros países conforme demonstrado no tópico anterior. Neste sentido, fatores internos e externos contribuíram na realidade como “um jogo complexo de implicações recíprocas.”⁴²

Entretanto, não dá para transplantar o contexto norte-americano, para os demais contextos constitucionais ou institucionais existentes nos demais Estados de modo automático e acrítico. Obviamente, constitucionalismo norte-americano sofreu certa influência sócio-política de matriz europeia, tantoque até 1803, quando da decisão de *Marbury v. Madison*, não existia qualquer mecanismo de defesa ou de sindicalização constitucional dos demais poderes, conforme já exposto. Faz todo o sentido não haver, pois os ordenamentos jurídicos europeus atribuíam importância ao parlamento, conseqüentemente a sua produção legislativa às leis, como materialização da “vontade geral”, como defendia Rousseau.

Entretanto, com o tempo a vontade geral acabou sendo associada à vontade majoritária, deslocando a soberania popular para a soberania do parlamento. Consagrando deste modo, a lei como única forma legítima de manifestação do poder político, estreitando a

⁴² “[...] responde a fatores exógenos e endógenos, mais destacadamente elementos políticos que podem tanto constrangê-lo como utilizá-lo como instrumento de preservação e ampliação de poder” (CAMPOS, 2014, p. 97).

ideia que relaciona a democracia à regra da maioria⁴³. Dito de outro modo, a lei garantia a liberdade, pois representava a garantia possível à época. Por isso, tornou-se o melhor instrumento garantista destinado aos indivíduos. A própria materialização institucional da Supremacia do Poder Legislativo.

Por outro lado, a memória ainda viva de que os juízes representavam parcela privilegiada da sociedade europeia associados ao Antigo Regime, criticados pelo próprio *Montesquieu*, refletiram na limitação da capacidade institucional dos juízes⁴⁴. Aos intérpretes caberia a mera reprodução daquilo que já estava previamente posto. Atualmente, um simples aplicativo faria a função de um juiz deste contexto. Isto, obviamente influenciou o papel institucional do judiciário diante da dinâmica da separação dos poderes.

O contexto acima, passou a ser mudado com guinada para o Estado Constitucional, após os horrores da Segunda Guerra Mundial, que provocou o intenso debate a respeito da centralidade da lei e da separação dos poderes. O império da lei, com o verniz de ciência tornou-se um mito. A fórmula destes novos desenhos institucionais é explicada por Barroso (2010):

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição (BARROSO, 2010, p. 179).

Neste sentido, Segundo Campos (2014) o extraordinário aparecimento de textos constitucionais com uma enorme gama de direitos humanos positivados em seu escopo, recebendo internamente a denominação de direitos fundamentais vinculados a um centro de comando interpretativo/axiológico, a dignidade da pessoa humana, é o a essência deste novo contexto institucional. Somando-se a tudo isso, a ideia de que não bastaria a simples

⁴³ Isso gerou a supremacia do Legislativo.

⁴⁴ Ao tempo de *Montesquieu* herdou do seu tio o cargo de membro de *Parlement de Bordieu*, órgão do poder judiciário coletivo. Trata-se de um ofício rendoso, pois a prestação da justiça era paga. Havia cobranças abusivas. PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes, p. 21-30.

positivação dos direitos humanos no interior dos ordenamentos jurídicos pátrios de cada Estado, mas a existência de mecanismos que garantissem resposta institucional quando eles fossem ameaçados e violados por meio do próprio Estado.

Esta percepção por óbvio não decorreu do nada, um fator importante foi a traumática experiência da guerra, cercada por humilhações e atrocidades provocadas pelos governos totalitários, face às minorias religiosas, políticas étnicas, como consequência do colapso da separação dos poderes nos moldes europeus. Não está a se defender que foi a separação dos poderes que gerou esse injusto cenário institucional e social, mas a utilização incorreta dele ou o seu corrompimento. Os poderes políticos, de certa forma perderam o crédito institucional que os desenhos institucionais europeus designavam. O Judiciário passa ser resguardar as minorias contra maiorias que não respeitam os objetivos e princípios constitucionais.

A priori, estas novas concepções podem ser visualizadas por meio da gradativa perda de força dos legisladores, fazendo surgir o Estado Social. Os vários setores sociais, passaram a gerar demandas legislativas das mais diversas, pois com essa nova configuração Estatal previa inúmeros direitos sociais carentes de efetivação. O Legislativo por sua vez, não conseguiu (e não consegue até hoje) acompanhar esse aumento de demandas coletivas. As codificações passaram a ter um caráter mais específico para atender especial e topicamente tais exigências. Neste sentido:

Consequentemente, o legislador deixou de representar a “vontade geral”, supostamente homogênea, para atuar em nome de grupos corporativos, com interesses variados e antagônicos, marca de uma sociedade complexa. Tornou-se, portanto, consciência de que a lei integra os conflitos sociais e que longe de ser expressão pura da vontade geral ela é produzida por maioria contingente, interessada e dispersa [...] Com a demasiada produção legislativa do Estado, configurou-se uma perda qualitativa das leis por força da queda de sua capacidade regulatória e generalizante (LEITE, 2017, p. 23).

Outro ingrediente importante, que fez com que esta lógica de pensamento pautada exclusivamente na escolha da maioria fosse relativamente mitigada, foi a ideia contraposta de que os direitos humanos (direitos fundamentais no plano interno), não poderia assumir mais a forma única de disposição legal. Deveriam sim, ficar “guardados” de modo que não viessem a ser atingidos, por uma Lei Maior ou Suprema protegidos por instituições independentes, com capacidade e poder para utilizá-lo face aos demais poderes que os afrontassem. Como reflexo institucional desta engenharia institucional e normativa, vê-se a expansão da capacidade de julgamento dos temas constitucionais, por meio da criação dos Tribunais Constitucionais.

Estes ingredientes acima, fizeram surgir desenhos institucionais que vinculavam democracia à constituição, absolvendo em seu bojo todos os principais postulados dos desenhos institucionais anteriores. Todavia, há uma reconfiguração destes postulados para melhor servir aos ideais do constitucionalismo contemporâneo ou moderno, “genericamente ligado à tutela dos direitos humanos, os quais uma vez postulados, passam a denominar-se de direitos fundamentais”(APPIO, 2007, p. 79).

Não é à toa, que Habermas (2005, p.128) defende que compreender o Estado Democrático de Direito, surgido com o pós-guerra passa por necessariamente entender a ideia de direitos humanos. Por isso, defende que os Estado Democráticos contemporâneos só se autocompreendem, pela lógica da inserção os direitos humanos em seus respectivos desenhos institucionais. Na realidade, a luta por direitos humanos e a tentativa de introduzir nos ordenamentos jurídicos hodiernos normas acima das leis ordinárias, esculpidas no corpo constitucional, “se confunde com a própria história do constitucionalismo moderno”(APPIO, 2007, p. 79).

A positivação dos direitos humanos, visualizada nos ordenamentos jurídicos de inúmeros Estados Constitucionais, inclusive no brasileiro, como direitos e garantias fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração⁴⁵, é o centro do entendimento ou compreensão deste novo Estado, denominado de Estado Democrático de Direito. Em decorrência desta nova concepção, alguns mecanismos precisaram ser desenvolvidos paralelamente, como implantação de Tribunais para cuidar destas demandas contramajoritárias a ampliação da capacidade institucional destes.⁴⁶

O Estado Constitucional, trouxe para dentro seu escopo as estruturas normativas do Estado Liberal e do Estado Social. Finalisticamente, a intenção foi (e ainda é) de harmonizar todos os direitos humanos ligados à liberdade (provenientes do Estado Liberal), conjuntamente com os direitos humanos ligados à igualdade (provenientes do Estado Social). Por óbvio, embora sejam do mesmo gênero (direitos humanos), dependem de uma abordagem normativa diferenciada. Os direitos a liberdade, são em regra “mais fáceis” de concretizar, já os direitos sociais ou ligados à igualdade, por vezes não demandam não somente o

⁴⁵Há que fale em quarta e quinta geração. (BONAVIDES, ANO, p. 89).

⁴⁶No Estado Constitucional, os dissensos presentes numa sociedade complexa são absorvidos mediante a adoção de procedimentos democráticos no quais prevalece a regra da maioria, mas esta decisão política pode ser revista por Cortes em nome da proteção da ordem constitucional. Assim, a busca por um equilíbrio entre essas duas tradições, entre democracia e constitucionalismo, é um dos principais desafios da Teoria Constitucional atual” (LEITE, 2017, p. 26).

desenvolvimento e positivação de uma norma. Mas, sobretudo demandas materiais, ações estatais, políticas públicas estratégicas e racionalizadas a curto, médio e longo prazo.

Diferentemente, das normas que dispõe acerca dos direitos individuais ou ligados à liberdade, as normas sociais ou programáticas, que dispõem em seu escopo sobre os direitos humanos de segunda geração, dependem de um Estado poderoso e são geralmente muito vagas (BOBBIO, 1992, p. 45). Sobre isto, já há certo consenso. A novidade trazida pelo Estado Constitucional, é que não há diferença entre estes direitos humanos, quando o assunto é o tratamento destinado à possibilidade de requerer tais direitos pela via judicial, pois esta nova sistemática constitucional reveste ambos, indistintamente, como direitos subjetivos (exigíveis perante o Estado administrador, legislador e juiz), portanto normas de aplicabilidade imediata.⁴⁷

Neste sentido, é importante dizer que mesmo considerando as normas constitucionais como programáticas, ou seja, materializáveis caso as condições financeiras forem harmônicas com os objetivos e metas estatais, há “normas programáticas” e “normas programáticas”, não cabendo tanta margem de voluntariedade assim como a doutrina clássica dá e entender. Neste sentido:

As normas programáticas são vazadas em princípios instituidores de deveres genéricos do Estado, tais como os deveres de proteção, dando ensejo à situações juridicamente protegidas, não passíveis de tutela judicial individual. Ao contrário, no segundo caso (direitos subjetivos públicos e interesses objetivamente protegidos), não existe margem de discricionariedade, por parte do Estado, no momento de sua implementação, uma vez que o próprio constituinte limitou, de forma drástica, a escolha dos meios através dos quais as políticas públicas serão implementadas, definindo o conteúdo e a forma como os programas serão executados, a fonte do seu financiamento, bem como o momento de sua implementação (APPIO, 2010, p. 90).

Este novo modelo é principalmente finalístico, de modo que os objetivos do Estado devem estar harmonicamente interligados com as ações estatais, com as políticas públicas podem ter um lastro de maior ou menor discricionariedade, obriga os poderes políticos majoritários, juntamente com os intérpretes (termo empregado, neste momento, *estrito senso*), atuarem de forma coordenada. A atuação coordenada entre diversos órgãos e agentes parece ser uma condição de funcionamento desta nova roupagem estatal e isso se torna um desafio para as categorias do direito, tão atreladas a parâmetros estanques.

⁴⁷Conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, parágrafo 1º.

Para guardar a Constituição que traz em seu bojo toda esta gama de direitos humanos, e especialmente para fins deste trabalho, os direitos humanos de segunda dimensão, necessitava não mais de um Judiciário tímido, mantenedor de “virtudes passivas⁴⁸”, defensor de uma única forma de julgamento, sempre atrelada autorrestrrição judicial⁴⁹, mas de um verdadeiro “Guardião da Constituição”, que não somente declare normas inconstitucionais, mas que principalmente contribua para os atingimentos dos fins e objetivos constitucionais. Tal modelo forçou a garantia jurisdicional das Constituições a se adaptar, estabelecendo mecanismos de jurisdição constitucional.

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade foi o que mais harmonizou dentro desta nova configuração institucional, por isso a importação sistemática deste modelo para dentro dos ordenamentos jurídicos do pós-guerra. Entretanto, não se pode negar a influência do austríaco Hans Kelsen, criando o inédito Tribunal Constitucional Austríaco em 1920. Suprimida em 1938, após a invasão alemã e restabelecida, apenas, em 1945. Todavia, cabe ponderar que se visualiza uma nítida preponderância do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, vez que Kelsen não pensou num controle de constitucionalidade com uma abordagem mais principiológica, característica dos desenhos institucionais atuais.

Após a Segunda Guerra, houve uma disseminação intensa da jurisdição constitucional e do modelo de controle de constitucionalidade por boa parte dos países europeus: na Itália (1948); na Alemanha (1949); na República do Chipre (1960), na Turquia (1961), na Iugoslávia (1963), na Grécia (1975), em Portugal (1976) e na Espanha (1978). Óbvio, não se esgotando com estas experiências, pois entre os anos de 80-90, chegando ao Canadá (1982), em boa parte da América Latina como é o caso do Brasil (1988), Costa Rica (1988) e Colômbia (1991). Chegando até a África do Sul (1996). Não se esgota por aí, mas o que é interessante é que todos os desenhos institucionais citados, tem desenvolvido um potencial para judicialização de demandas políticas e conseqüentemente uma ampliação da possibilidade se desenvolver em maior ou menor grau ativismo judicial.

Este novo contexto institucional, representa a reconfiguração das democracias, que mantêm a participação popular e o princípio da maioria, mas impõe que tal princípio deve respeitar os limites constitucionais. Neste sentido:

⁴⁸Uma atitude contida, que se limita a dar uma fundamentação processual quando da decisão judicial.

⁴⁹Geralmente é considerado como o contrário de ativismo judicial. A autorrestrrição judicial é a conduta de deferência aos poderes políticos, sob o fundamento de respeito e prudência institucional.

Essa nova realidade expõe a aproximação tanto da tradição da democracia, quanto do constitucionalismo. De um lado, o regime democrático se reinventa, não para afastar a participação popular da formação e funcionamento do Estado, mas para deixar claro que a vontade da maioria não é absoluta e que apenas se legitima, desde que fundada, formal e materialmente, nas normas constitucionais. Por outro lado, o constitucionalismo encerra a noção de limites e condicionamentos para tomadas de decisões políticas majoritárias. É um freio às maiorias eleitas (LEITE, 2017, p. 26).

Interessante pontuar, que no Brasil se associa muito a ideia de controle de constitucionalidade à teoria de Kelsen, em razão de nossa cultura jurídica historicamente atrelada ao positivismo jurídico. Todavia, vale dizer, que a capacidade institucional do Tribunal constitucional idealizada por Kelsen, era bem tímida. Neste sentido, para este autor a decisão do Tribunal que anula uma lei ou ato normativo gerada pelos poderes políticos contrária à Constituição, tem o mesmo caráter de generalidade que a criação dessa mesma lei. Neste sentido, não há espaço para qualquer tipo de criatividade além daquela que gerou o ato normativo. Por isso mesmo, o juiz seria um “legislador negativo”.

Ou seja, no entender de Kelsen, o Tribunal não cria norma geral, mas anula uma norma geral. Ao fazer isso, tal atribuição faz como um órgão jurisdicional tenha capacidade institucional para criar norma geral. Aparentemente, a “teoria do legislador negativo” representou uma tentativa de inserção de um órgão “neutro” que preservasse a ideia de parlamento existente no início de século XX. Ilegítimo, para Kelsen, seria um Tribunal assumir a função de “legislador positivo” (função do Parlamento), não se vinculando ao texto constitucional. Neste ponto, o modelo europeu e o modelo kelseniano se encontram.

Conforme Leite (2017) entende, a visão de Kelsen é pautada basicamente na preponderância de normas que disciplinam o processo legislativo e organização do Estado, ou seja, normas estruturais com conteúdo preponderantemente estatal. Não havia, um olhar finalístico da Constituição, até porque o autor entendia que os textos constitucionais não deveriam trazer normas principiológicas como o princípio da igualdade, liberdade, moralidade, boa-fé (dentre outras), pois corria-se um risco enorme de dar uma capacidade institucional para o Tribunal “insuportável”, pois poderia haver um prevalecimento de concepções particulares deste, em detrimento das concepções dos legisladores, provocando um não mensurável deslocamento de poder para o Tribunal:

As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade etc. Poderiam ser interpretadas como diretrizes concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se La própria indicasse um critério objetivo qualquer.

[...]

É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto à de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o Tribunal constitucional, Para evitar tal deslocamento de poder [...] do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo criar um Tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los de forma mais precisa possível. (KELSEN *apud* LEITE, p. 184).

Grosso modo, o modelo kelseniano é pautado numa desconfiança acentuada em relação aos juízes, imunizando o Parlamento de qualquer tipo de controle, sob o fundamento de que sua competência seria ameaçada caso as Cortes não se limitassem aos tetos constitucionais. Campos (2014) e Leite (2017) defendem que o modelo de controle judicial norte-americano é mais aproximado ao nosso modelo, pois expressamente existe a capacidade institucional atribuída a Corte de ser o “último” intérprete da Constituição.

Outro ponto, é a notória ampliação da positivação de direitos humanos no interior das Constituições do pós-guerra, dispondo não só dos direitos clássicos voltados à liberdade, como também os direitos sociais e coletivos não excluídos com a passagem do Estado Social para o Estado Constitucional, como já tratado. Variável não analisada por Kelsen, já que sua teoria é anterior aos desdobramentos institucionais e sociais gerados pela Segunda Guerra Mundial. Além disto, Kelsen não previu que os preceitos constitucionais tornariam-se cada vez mais imprecisos, vagos e indeterminados. Esta estrutura normativa foi influenciada em grande medida pela introdução das normas de direitos humanos, forçando os Estados a adaptarem os seus desenhos institucionais, ganhando força a ideia de uma constituição que deve ser aprimorada, complementável, permitindo ampliações pela via judicial. Isso, conforme defende Barroso (2010) que, quer queira, quer não, é um elemento importante para que haja um certo grau de criatividade no exercício da Jurisdição Constitucional.

Todavia, este trabalho se alinha a ideia que os Tribunais Constitucionais não detêm o monopólio da interpretação constitucional, muito embora a realidade demonstre muitas vezes o contrário. Isto porque, diante da pluralidade das sociedades contemporâneas, tal monopólio

é forçosamente incongruente, pois se há pluralidade, a interpretação deve considerar os mais variados atores da sociedade.

Conforme Harbelle (1997) a interpretação deve ser aberta, uma verdadeira “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” (HÄRBELLE, 1997, p. 13). Porém, o que tem prevalecido - é que em razão dos interesses que orbitam na esfera pública serem extremamente heterogêneos, naturalmente existirão várias semânticas atribuíveis aos enunciados normativos constitucionais, aumentando significativamente o grau de dificuldade de análise de qualquer observador. Nesta celeuma, os Tribunais têm decidido. Escolhendo quais interpretações devem existir, e excluindo tantas outras interpretações⁵⁰ (possíveis).

Sendo assim, há como estabelecer uma relação entre a perda da capacidade institucional dos poderes Legislativo (especialmente quanto criação de normas e alteração de normas pela via judicial) e do Executivo (especialmente quanto às políticas públicas) e a ampliação da capacidade institucional das Supremas Cortes Constitucionais. Neste sentido, quanto mais as Cortes intervêm, menos espaço institucional tem os poderes majoritários.

Dito de outro modo: os limites de atuação dos demais poderes são, por vezes, determinados pelas Cortes. Trata-se, de um fenômeno mundial, que guarda relação com os desenhos institucionais do pós-guerra que visaram retirar da esfera política determinados assuntos atribuindo uma capacidade institucional gigantesca às Cortes Constitucionais e de fatores extrajurídicos como o descrédito dos poderes políticos e a transferência das decisões da seara política para a seara judicial, conforme já insinuado.

Neste novo contexto, os poderes políticos não podem ser omissos. Não podem opcionalmente não praticar ações que visem à materialização de direitos. Esta nova configuração estatal obriga aos agentes políticos não somente à utilizarem a sua autoridade funcional, mas atuarem em cooperação e de forma articulada para concretizar os objetivos constitucionais fixados e ligados ao núcleo essencial, que é dignidade da pessoa humana, princípio síntese dos direitos humanos (APPIO, 2007, p. 199).

Ocorre, que por vezes às ações estatais dos poderes políticos que deveriam realizar as metas existentes nos programas constitucionais com estas configurações, não raramente inexistem. Quando as instituições políticas se mostram incapazes de dar respostas

⁵⁰ A Constituição representa parte da política normatizada. De modo que julgar sobre conteúdos constitucionais é julgar sobre conteúdos políticos normatizados. Assuntos que outrora ficavam a cargo da lei, passaram por um amplo processo de constitucionalização.

minimamente satisfatórias às demandas sociais decorrentes de lutas travadas no seio da sociedade, há uma probabilidade considerável de que esta sociedade busque apoio do Judiciário como última instância (“uma última carta na manga”), deslocando ou transferindo tais pleitos para as Cortes. Isso acaba por agravar ainda mais a confiança nos poderes políticos e conseqüentemente deixa as Cortes ainda mais fortes, com um espaço de atuação ainda mais amplo.

Neste sentido, isso ocorre com maior incidência com todos os direitos sociais, culturais e econômicos. Com o direito humano à educação não é diferente. Observou-se este tipo de transferência já no caso *Brown*, em que a associação que lutava pela dessegração nas escolas públicas norte-americanas judicializou tal demanda diante da Corte daquele país. Isto quer dizer, que por vezes esta inércia ou omissão dos poderes políticos pode representar um ato para evitar tomadas de decisão geralmente pelo ônus político que isso pode gerar. Por vezes cuida-se de uma “delegação intencional” dos poderes políticos quando não pretendem receber críticas da opinião pública, vez que tais decisões representam questões polêmicas das mais diversas.

Portanto, segundo Leite (2018) “[...] os Tribunais são chamados a preencher os vazios criados (intencionalmente ou não) pelos políticos”. Isto é percebido em praticamente todos os direitos sociais, culturais e econômicos já que demandam ação estatal. Neste sentido, a ausência de crédito dos poderes políticos (ou sua omissão voluntária), gera a judicialização da política, ou seja, a transferência de decisões que deveriam ser tomadas pelos poderes políticos no espaço majoritário/administrativo para o espaço judicial. Judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos “primos”⁵¹, pois o primeiro é um dos fatores (talvez o principal, quando estamos a falar de direitos sociais, culturais e econômicos) que alimenta e desenvolve o segundo. É importante visualizarmos a seguir a interação entre estes dois fenômenos no contexto brasileiro.

⁵¹BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, p. 1-29.

2 CAPÍTULO. O DESENVOLVIMENTO DA EXPANSÃO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS DESDOBRAMENTOS

2.1. O debate Brasileiro sobre o Ativismo Judicial

Conforme já esboçado, existe uma ausência de consenso que orbita o debate quanto à utilização da terminologia ativismo judicial e isso foi visto nos primeiros tópicos do capítulo anterior. O ativismo judicial é um fenômeno que sobrevive há contextos político-institucionais múltiplos e acaloradas divergências o perseguem em todos os contextos trabalhados. Neste sentido, há pelo menos duas divergências que podem ser consideradas para fins de debate: 1) sobre a legitimidade do exercício do ativismo judicial e; 2) sobre o valor atribuído às práticas ativistas. Por isso, convém verificar como os autores brasileiros identificam o ativismo judicial e em que contexto atribuem a terminologia.

Mas antes, é interessante dizer que o fenômeno tem sido bastante pesquisado nos últimos anos.⁵² Muito embora, a grande maioria dos artigos científicos e escritos de mestrado e doutorado, por vezes não delimitam exatamente em que termos aplicam a terminologia.⁵³ Entretanto fica evidente, que o fenômeno assume uma carga negativa em boa parte destes trabalhos.⁵⁴ Ativismo judicial neste sentido, seria uma espécie de decisão ilegítima, usurpadora de competências ou adentramento institucional equivocado em áreas delimitadas aos demais poderes. Aparentemente, é a ideia que o senso comum tem mais simpatia.

Como se percebeu, o fenômeno do ativismo judicial não é nada trivial, os vários espectros ideológicos podem, a depender do contexto, tanto passar a ideia que o ativismo é um meio hábil à materialização de postulados democráticos, como o inverso também é verdadeiro. Um exemplo claro já apontado, é o da Corte da era *Lochner* que praticava um ativismo extremamente agressivo face ao Poder Legislativo em toda e qualquer decisão que interferisse na economia e promovesse algum tipo de reparação ante aos distúrbios do *laissez-faire* e que era portanto ovacionada por setores conservadores e criticada por liberais progressistas. Do mesmo modo, a Corte de *Warren* que era mais alinhada à filosofia do New Deal era ovacionada pelos liberais progressistas e pesadamente criticada pelos conservadores.

⁵² Somente no catálogo de dissertações e teses da Capes, numa simples busca utilizando o termo “ativismo judicial”, 10.046 trabalhos estão disponíveis para consulta.

⁵³ É muito comum, falar sobre ativismo e aplicar a terminologia judicialização da política. O contrário também é verdadeiro.

⁵⁴ Geralmente, o ativismo judicial é entendido como uma espécie de julgamento ilegítimo e equivocado. Entendido desta forma, não há como se chegar a outra conclusão a não ser com uma intensa carga negativa.

Mas, e no contexto brasileiro, como os autores observam o fenômeno?

Começando por Leal (2008), que opta por defender que inexistente ativismo judicial na conduta do Supremo, indicando que o que existe é uma atuação ativa. Em seu escrito “Ativismo ou atividade? O outro lado do Supremo Tribunal Federal” o autor traça primeiramente uma cronologia das jurisprudências norte-americanas, dividindo-as em dois momentos, que perpassam por uma Corte que em tese, foi responsável, por inúmeros retrocessos sociais (entre 1987 a 1963) até; chegar a um estágio histórico-jurisprudencial em que, a Corte contribuiu para um certo avanço social (entre 1963 a 1966). Ou seja, basicamente referido autor traça uma passagem de um ativismo conservador para um ativismo liberal progressista, que já foi tratado no capítulo anterior. Todos os casos trabalhados por ele são considerados ativistas pela doutrina norte-americana.

Em seguida, trazendo o debate para o Brasil, o autor destoa da maioria dos doutrinadores brasileiros, quando passa estudar os casos em que o Supremo decidiu de forma “ativa”. Entendendo, que casos considerados como típicos do exercício da expansão dos poderes políticos-decisórios ativistas (como o caso do nepotismo, do exercício de greve, concretizações do direito à educação e saúde), nada mais são do que “o exercício da atribuição de guardião da Constituição”. Por esta lógica defendida, a Corte brasileira não é ativista, somente ativa e “nada mais”.

Aparentemente, o autor se equivoca. Isto porque, o que faz com que ele chegue à conclusão de que o termo “ativismo” não deve ser aplicado à conduta da Supremo, é a definição norte-americana escolhida por ele para designar o que é o “ativismo”, não optando por definições brasileiras já aceitas ao tempo do escrito (como a de Barroso, que será trabalhada mais adiante). Não há razões para se negar a atribuição do termo “ativista” ao Supremo, mesmo levando em consideração a definição escolhida como a mais adequada (o que não é, pelo menos para os moldes brasileiros).

Embora o ativismo judicial tenha um núcleo comportamental, não quer dizer que ele se manifeste da mesma forma em todos os tecidos sociais, pois como veremos o ativismo judicial é multifacetado. O que ocorre neste caso, é uma dificuldade de se estabelecer critérios de identificação mais adequados a essas múltiplas manifestações. Desta forma, de acordo com os casos analisados pelo autor, não há diferença alguma em afirmar que o Corte é ativista ou ativo. Aparentemente, utiliza-se a terminologia “ativa” como recurso, para não se afirmar expressamente que a Corte brasileira é ativista, pelo embaraço que isso poderia representar.

Isto só demonstra, que existe uma compreensão prévia do termo, atrelada a uma carga valorativa negativa certa hostilidade.

Por seu turno, Ramos (2012) é taxativo ao afirmar o ativismo judicial como um exercício decisional que ultrapassa os limites da função jurisdicional, acentuadamente, em detrimento da função legislativa, como também, da função administrativa e de governo. Por esta lógica, o ativismo seria um adentramento do poder judiciário em áreas em que a Constituição não permite, pois estão delimitadas aos outros poderes. Consequentemente, ativismo judicial é sinônimo de um corrompimento da função jurisdicional.

Pelo que se pode entender, o autor atribui ao ativismo judicial um *status* de uma conduta ilegítima *a priori*. Desta afirmação, Leite (2017) entende sobressaltar uma dificuldade central. Ora, se uma prática ativista é aquela que ultrapassa os limites das funções do Estado, quais seriam estas linhas? O sistema de repartição funcional dos poderes foi desenvolvido no Estado Liberal, ou seja, corresponde há um lapso histórico com outra dinâmica social, com outra ordem Constitucional, como já alinhado no capítulo anterior. O autor é assertivo, ao afirmar que não existe um modelo de repartição funcional dos poderes homogêneo ou universal.

Os sistemas atuais pós-Estado Liberal, não trazem uma repartição funcional estanque. Longe disso, trazem atribuições e responsabilidades institucionais que propiciam relações complexas e controles recíprocos, cujo a delimitação não são expressas nos documentos constitucionais. Sendo assim, o que pode ser considerado ativismo noutros países, pode não ser considerado no Brasil, e vice e versa. Isto porque, a análise deve ser o mais objetiva possível, levando em consideração o desenho institucional de cada Estado, traçado nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Já Streck (2014), também faz duras críticas ao ativismo judicial. Entende o autor que esse fenômeno está intimamente relacionado com aquilo que ele chama de “decisionismo interpretativo”. Ou seja, a substituição do direito democraticamente produzido pelo Legislativo, pelos juízos de valores particulares emanados dos magistrados como meio para se decidir casos concretos.

Alerta, para aquilo que ele chama de *pamprincipiologismo*, que seria a aplicação direta dos princípios muitas vezes sem qualquer normatividade, como forma de escamotear as inclinações políticas e morais dos juízes no momento da aplicação do direito. Neste sentido, o ativismo judicial nada mais é do que um fenômeno que distorce os fundamentos do Estado

Democrático de Direito, na medida em que o seu exercício representa uma ideia prévia de que existe uma ampla discricionariedade do intérprete, transformando o trabalho hermenêutico em um mero voluntarismo.

Outro autor, que tem uma ideia similar é Ávila (2009). Embora, reconhecendo que o protagonismo das Cortes e às modificações quanto às questões hermenêuticas, quanto ao papel do intérprete e da norma, são fatos inegáveis, faz ferrenhas críticas a uma série de afirmações doutrinárias neoconstitucionais que são amplamente difundidas no meio jurídico.

Entende que a estrutura da Constituição brasileira não permite dizer que existem mais normas princípios do que normas regras, e que conseqüentemente o legislador deixou pistas de que deveria haver uma priorização de regras, em detrimento aos princípios. Neste sentido, fazendo uma sucinta comparação, este último corrobora de certa forma com ideia de Streck, quanto à existência de uma utilização exagerada e equivocada dos princípios de forma ilegítima.

O autor, não fala diretamente, pois direciona estas atitudes não como ativistas, mas como “atitudes interpretativas pós-positivistas”. Todavia, aparentemente, defende que o princípio da separação dos poderes é afrontado pelo ativismo judicial, pois essas recentes mudanças na interpretação e aplicação do direito, com uma preferência pelos princípios em detrimento as regras, produzem uma transformação negativa na relação entre os poderes, produzindo uma concentração de Poder no Judiciário, em detrimento aos demais poderes.

Concorda-se com os dois últimos autores, quanto às críticas sobre um eventual decisionismo judicial, pautado numa utilização equivocada dos princípios em detrimento as regras, representa uma prática ilegítima à luz dos fundamentos do Estado Constitucional. Neste aspecto, ambos são assertivos. Todavia, para fins de postura metodológica e teórica adotada por este trabalho, entende-se que não necessariamente existe uma relação entre decisionismos judiciais e práticas ativistas, como se verá isso é contingencial.

De fato, conforme Leite (2017) decidir conforme caprichos e achismos dos juízes, significa decidir sem qualquer consideração a ordem jurídica e constitucional vigente. Entretanto, o subjetivismo não decorre a rigor de uma postura ativista, compreendida como o exercício expansivo dos poderes jurídico-normativos em detrimento aos demais poderes. Se esta afirmação estive correta, um Tribunal pode mostrar-se decisionista tanto utilizando de suas “virtudes passivas”, quanto quando for mais expansionista ou proativo, como exposto no capítulo anterior.

Os autores até aqui trabalhados, por um lado discordam frontalmente do ativismo judicial por entendê-lo como: negativo, antidemocrático, ilegítimo, usurpador ou como uma decisão equivocada. Entretanto, cabe ressaltar que existem alguns autores como Dallari (2007) e Piovesan (2012), que mesmo sem diretamente afirmar que são a favor da prática do ativismo judicial, entendem que o Judiciário deve sim ser mais proativo na concretização dos direitos fundamentais, figurando como um agente estratégico para o avanço de determinadas pautas progressistas e ligadas aos direitos humanos. Por este prisma, uma atuação nestes moldes seria legítima e democrática. Cabendo inclusive, a capacitação estratégica⁵⁵ da sociedade para demandar junto ao Judiciário, para avançar em determinadas agendas étnicas, raciais etc.

Visto, relativamente como os doutrinadores se expressam quando a utilização da terminologia ativismo judicial, cabe pontuar algumas questões que sobressaltam dos discursos acima. Ao que parece, há alguns problemas nessas abordagens, conta uma perspectiva institucional do ativismo judicial que são trazidos por Leite e Campos. Primeiro ponto, o ativismo judicial não tem relação direta com o erro ou acerto da decisão, ou seja, não está ligado, a princípio, com a legitimidade da decisão. Por isso mesmo, não se pode reduzi-lo às questões de ordem exclusivamente hermenêuticas e normativas. Neste sentido, dizer que uma conduta ativista é sinônima de uma conduta que tem como motivação o abuso de poder, não é razoável.

Na realidade, o que se pode defender é que se formulem teorias interpretativas, mais compatíveis com os postulados do Estado Constitucional e harmonizantes com uma abordagem institucional do ativismo judicial. Isso é o ideal e é o que se está à procura. Mas, não existe um padrão de julgamento pronto e acabado, um modelo democrático de julgamento, sobretudo nesta nova configuração institucional do pós-guerra. Sendo assim, a suposta correlação existente entre ativismo judicial e ilegitimidade, não se sustenta do ponto de vista conceitual, pois conforme Campos (2014), bastaria substituir o termo por “ilegitimidade judicial”, sem qualquer análise mais profunda que estaria dada a “solução”.

Campos (2014), identifica que até se pode academicamente relacionar ativismo judicial e legitimidade das decisões, porém por uma questão de lógica, deve-se respeitar os três níveis distintos. Ativismo judicial e legitimidade são: 1) absolutamente separados; 2)

⁵⁵Piovesan defende em seu artigo *O Poder Judiciário e os Direitos Humanos*, que há de se entender a linguagem constitucional para se demandar estrategicamente no Supremo, visando o avanço de determinadas pautas dos direitos humanos.

absolutamente coincidentes e; 3) contingentes. Logo, é mais racional e prudente afirmar que a relação existente entre ativismo judicial e legitimidade ou ilegitimidade é contingencial. Sendo assim, para fins de alinhamento do ativismo judicial com uma perspectiva voltada para o aspecto político-institucional adotado por este trabalho, entende-se que não existe relação entre decisão judicial ativista e decisão judicial legítima ou ilegítima, aprioristicamente.

Neste aspecto:

A verdade é que nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não pode ser sempre autorrestritivo. De modo que, se um determinado juiz for sempre uma coisa ou outra, em algum momento, atuará de forma ilegítima e isso será assim, porque, em determinadas ocasiões o legítimo é ser ativista, em outras vezes, é ser autorrestritivo e, na maior parte das vezes, nem uma coisa nem outra. Diante da alta relevância moral e política que normalmente envolve as decisões ativistas, a conclusão não poderia ser diferente. (CAMPOS, 2014, p.159).

Neste sentido, dizer que as decisões ativistas são ilegítimas ou legítimas *apriori* não é razoável. De outro lado, a relação entre os parâmetros interpretativos das decisões e o ativismo judicial não é o cerne da questão. Isto porque, a principal relação existente, é uma relação institucional. As relações institucionais, compõem o centro ou a essência do debate, não o debate sobre o mérito ou a utilização desta ou daquela metodologia interpretativa, pois como já dito, pois como já dito inexistente uma modelo interpretativo estanque.

Neste sentido, a atitude científica que se espera é a de alocação do debate, onde ele de fato está. Visando, não tornar o debate juriscêntrico, de modo a não judicializar todas as relações institucionais. Por esta lógica de entendimento, o debate é múltiplo, extravasa as relações “fechadas” do direito. Diz respeito a algo maior, ao comportamento institucional dos órgãos (jurisdicionais ou não) que compõem o Estado.

Tanto, que:

[...] o estudo do ativismo se confunde com o debate em torno dos parâmetros que devem orientar a interpretação judicial, via de regra desenvolve um discurso juriscêntrico apoiado exclusivamente na atuação das Cortes. Porém, as concepções dialógicas da jurisdição constitucional, por enfatizarem as relações institucionais entre os poderes do Estado, procuraram ir além do judicialismo e destacam a própria dinâmica que envolve Tribunais e atores políticos, inclusive admitindo a superação de interpretação judicial por decisões políticas tomadas pelo poder Legislativo (LEITE, 2017, p.94).

Em outras palavras, a apreciação constitucional acerca de quem tem o poder para tomar esta ou aquela decisão na democracia, ou seja, o espaço de atuação que o Poder Judiciário e mais especificamente as Cortes constitucionais têm na democracia, é falar sobre ativismo judicial. Aprecia-se por esta linha de raciocínio, a postura ou comportamento institucional do órgão jurisdicional em relação aos demais agentes institucionais, políticos e sociais, dentro do desenho institucional existente no Estado Constitucional. O conflito principal, o centro nevrálgico, é a função da jurisdição constitucional em uma democracia.

Portanto, quanto mais presente e útil for o Judiciário para uma sociedade, mais ele se agiganta e se expande do ponto de vista institucional, social e político. Quanto mais isso ocorre, mais poder ele deve declarar. Mas, isso não é tão simples assim, pois além de existirem várias variáveis internas e externas, quanto mais os juízes e Cortes expandem o seu poder judicial, mas eles são cobrados sob múltiplos olhares (midiáticos, institucionais, políticos e sociais). O debate sobre ser ativista ou não, se insere nesta dinâmica.

2.2. A dinâmica institucional brasileira: entre o ativismo judicial e a judicialização da política

Conforme já esboçado, o fenômeno do empoderamento institucional das Cortes constitucionais não é um fenômeno isolado, responde a inúmeros fatores internos e externos. Um deles, sem dúvida é a judicialização da política, muito embora, também não explique tudo. Conforme Mendes (2010) a consolidação da jurisdição constitucional e mais especificamente o controle de constitucionalidade, representam a panaceia de boa parte dos Estados Democráticos ocidentais. Após esta consolidação, vê-se sistematicamente, o Judiciário, e especialmente os Tribunais Constitucionais, tais como o Supremo Tribunal Federal, atuando com mais frequência em casos de elevada intensidade política e moral.

Tais demandas, costumavam ser resolvidas pelos poderes que são submetidos ao crivo do voto. Hodiernamente, os representantes eleitos dos Poderes Legislativo e Executivo, observam o sistema político mudar significativamente nesta quadra histórica. São praticamente forçados a se retraírem diante de uma “juridificação constitucional”⁵⁶, vez que a capacidade institucional de julgar questões constitucionais, é uma das principais garantias do

⁵⁶ O Direito contemporâneo tem a pretensão de controlar a política.

ordenamento jurídico vigente para a concretização de direitos humanos e fundamentais diante das omissões ou prestações insuficientes por parte dos poderes políticos.

É em meio a este complexo cenário que os Estados Constitucionais ocidentais passaram a discutir sobre o fenômeno da judicialização da política, as variáveis que contribuem com o seu avassalador aumento e seus efeitos nos sistemas democráticos. Paralelo ao fenômeno do ativismo judicial, a judicialização da política, representa um dos assuntos mais caros às democracias contemporâneas, já que são fenômenos presentes de forma disseminada em boa parte dos Estados contemporâneos.

Conforme Leite (2017) recorrendo aos ensinamentos de Canotilho, o ponto que liga a ascensão institucional dos Tribunais, como o Supremo e os processos políticos-decisórios é a Constituição, entendida como o “estatuto jurídico da política”. Se, ela é o estatuto jurídico da política, existe uma conexão ou uma interligação entre o direito e a política, e se o Supremo funciona como aquele que em tese dá a “última palavra” na jurisdição constitucional do Estado brasileiro, pode-se afirmar que este órgão está bastante suscetível a receber demandas políticas dos mais variados atores, como partidos políticos, movimentos sociais, órgão de classe etc.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais detidamente a partir dos anos 2000, observa-se a judicialização da vida e da política especificamente chegar a patamares nunca vistos. Dito de outro modo, o Judiciário contemporâneo é chamado a decidir sobre temas de alta carga política e moral: união estável homoafetiva, “criminalização” da homofobia, nepotismo, aborto, cotas raciais, funcionamento parlamentar, criação de municípios, demarcação de terras indígenas, pandemia. Os exemplos são os mais variados.

Este complexo contexto, fez com que a Corte brasileira se tornasse imensamente conhecida. Não raramente, vemos os Ministros concedendo entrevistas, sendo capa da mídia impressa televisiva, além da participação em inúmeras “lives” para revistas eletrônicas de internet e jornais específicos para estas plataformas. Neste sentido, de certa forma isso representa (sem adentrar-se ao mérito do que é certo ou errado, legítimo ou ilegítimo) que no Brasil, superou-se a ideia do STF como um órgão eminentemente formal e técnico.

Diante disso:

Isso significa a superação da tradicional imagem de uma Corte distante das questões políticas e caracterizada por uma atuação estritamente técnica. Agora, há uma tendência a reconhecer que o STF é sensível ao ambiente em que atua, acentuando ainda mais seu caráter político. Todavia, é importante

deixar claro que decidir sobre temas com elevada carga política não significa, necessariamente, decidir *politicamente*, isto é, afastando-se da ordem jurídica, incorrendo em ilegítimos decisionismos (LEITE, 2017, p.103).

Vale ressaltar, por esta linha de raciocínio que não é porque a Corte brasileira decide sobre casos alta voltagem moral e social, que necessariamente, decide livremente de acordo com suas vontades sazonais, sem que a decisão esteja atrelada à uma fundamentação de ordem normativa ou jurisprudencial. Pensar assim, não ajuda na formação de um debate objetivo (científico). Na realidade, seria interessante que Supremo, atuasse de modo a privilegiar, concomitantemente, aspectos político-institucionais e jurídico-normativos.

Outra dimensão do debate, é que frequentemente confunde-se judicialização da política e ativismo judicial (até a academia). Todavia, para fins deste trabalho, entender-se-á que são fenômenos distintos. Um dos pioneiros desta distinção conceitual, é o atual Ministro Luís Roberto Barroso. Neste sentido, Barroso (2010) defende que a judicialização da política ocorre quando questões de ampla repercussão política ou social, que originalmente deveriam ser decididas pelos poderes majoritários (Executivo e Legislativo), são decididas na seara judicial, ou seja, pelo Poder Judiciário. Por este prisma, a judicialização da política envolve a transferência do poder de decidir sobre assuntos mais próximos dos poderes majoritários, para a mão dos juízes.

Por sua vez, para o mesmo autor o ativismo judicial é uma atitude específica por parte do poder judiciário, de querer interpretar a Constituição de forma expansiva. Todavia, há de se observar, que a judicialização de política e ativismo judicial, embora sendo fenômenos distintos, estão de certa forma interligados: a judicialização da política é uma importante força motriz para o ativismo judicial. Por esta lógica, o ambiente propício ao desenvolvimento do ativismo judicial, é um ambiente onde há a judicialização da política. É neste ponto, que eles se tocam.

Nas palavras de Campos (2014, p.155):

Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo. Isto é, pratiquem o ativismo judicial. É neste sentido que se pode dizer ter o ativismo na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento – o ativismo será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas (CAMPOS, 2014, p.155):

Diante disso, convém entender que existe uma relação entre judicialização da política e ativismo judicial. É possível afirmar que quanto mais as demandas políticas são judicializadas, mais a Corte poderá exercer o seu ativismo judicial. É um fator externo importante que propicia um maior desenvolvimento do ativismo judicial.

2.3. Entre o desenho institucional sofisticado e uma sociedade assustadoramente desigual

Além da judicialização da política, o desenho institucional brasileiro tem algumas características normativas que intensificam a expansão dos poderes político-normativos da Corte constitucional. Isto, não no sentido de que o nosso ordenamento jurídico é diferenciado em “linhas gerais” dos demais existentes pelo mundo que surgiram com o pós-guerra e que demonstram uma maior propensão ao protagonismo das Cortes. Porém, o nosso desenho institucional optou por dar abrangência aos direitos e garantias fundamentais, que em grande medida trata-se de normas em direitos humanos já consagradas no plano internacional, mas que ganham contornos um pouco mais ambiciosos do ponto de vista institucional no contexto brasileiro.⁵⁷

A história constitucional brasileira é marca por inúmeras e graves instabilidades políticas, que conseqüentemente culminaram em “atalhos indesejados” como sucessivos golpes de Estado, regimes não democráticos e a negação de um rol mínimo de direitos. O trauma e a desconfiança,⁵⁸ envolvendo os poderes políticos fez surgir um desenho institucional marcado pela heterogeneidade, a Constituição representa visivelmente um mosaico interessante de concepções e ideologias de diversos grupos que participaram do processo de desenvolvimento do texto, a exemplo da apresentação de emendas populares, em que milhões de assinaturas e a presença física diária média de mil pessoas por no Parlamento brasileiro⁵⁹.

A Constituição Federal de 1988, tanto quantitativamente (uma das mais longas do mundo), quanto materialmente (com uma riqueza de detalhes e de amplitude de matérias versadas), é fruto de uma verdadeira desconfiança recíproca entre os diferentes agentes. Conforme Vieira (2018) a estratégia dos constituintes foi incluir “microssistemas normativos” dentro da Constituição de modo que cada grupo importante se sentiu contemplado ao ponto de

⁵⁷SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais, p. 108.

⁵⁸VIEIRA. Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional, p. 56.

⁵⁹Documentário “Cartas ao país dos sonhos”.

ficar satisfeito com o texto final, em razão da “positivação de determinados interesses de vários segmentos sociais⁶⁰”. Há uma riqueza semântica invejável em nosso desenho institucional. Neste sentido, a constitucionalização ampla de conteúdos provoca uma verdadeira inflação de temas constitucionais.

Ora, se os assuntos mais importantes da vida estatal e social são constitucionalizados com um grau de detalhamento sem precedentes noutras Constituições pelo mundo, se as lutas são travadas envolvendo ampliação ou restrição dos dispositivos constitucionais em torno da semântica constitucional, por esta linha de raciocínio, não parece leviano afirmar que o órgão que tem capacidade institucional para apreciar os limites e a abrangência destes assuntos uma vez judicializados terá um espaço privilegiado (no mínimo) dentro desta dinâmica institucional, pois tudo pode ser demandado sob a rubrica ou carimbo de um assunto constitucional.

No Brasil, além da positivação de inúmeros direitos individuais e ligados à liberdade, o desenho institucional brasileiro traz uma ampla gama de positivação de direitos sociais, culturais, econômicos, difusos e coletivos. Dito de outro modo, paralelamente aos direitos conhecidos como aqueles que exigem uma conduta de absenteísmo estatal como é o caso do direito de locomoção (ir, vir e permanecer), temos um leque de direitos que demandam prestações por parte do poder público (ação estatal políticas públicas), que contém em seu escopo programas contendo metas e objetivos, como fruto de uma inspiração nítida dos modelos de Constituição dirigente contendo aquelas características já trabalhadas (SARLET, 2010, p. 63). “Isso significa que a proteção de direitos fundamentais não se efetua apenas mediante um *não fazer* estatal [...]”, mas sobretudo, por um fazer estatal, por uma postura de ação (positiva) (LEITE, 2017, p. 120).

É importante ressaltar para além do amplo rol de direitos fundamentais (trazidos pela Constituição como fruto das disputas políticas travadas por um longo período de avanços e retrocessos que marcam a nossa história), conceitualmente nem sempre os Estados dão aos direitos sociais a roupagem de direitos fundamentais conforme já alinhada acima, e por mais que deem, não trazem a possibilidade de serem controlados judicialmente. Neste aspecto, a Constituição brasileira é mais ambiciosa que as demais. Isso não quer dizer, que os demais Estados não tenham políticas públicas eficientes para realização de tais direitos, isto apenas

⁶⁰CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF, p. 119

quer dizer que o tratamento normativo (não que isso queira dizer necessariamente algo no campo dos fatos) é menos abrangente relação ao nosso.

Há quem olhe para esse contexto de forma ponderada, entendendo haver uma relação significativa entre promessas constitucionais ambiciosas e a consequente frustração ou “mal-estar constitucional” (VIEIRA, 2018, p. 136). Ou seja, quanto maior o “teto de promessas”, maior as expectativas, maior a sensação de inefetividade. Entretanto, é um fato institucional que o intuito do nosso desenho institucional é muito nobre, haja vista que do ponto de vista teórico-normativo a consideração dos direitos sociais como direitos fundamentais é essencial para que haja a apreciação por parte do Judiciário.

Operacionalmente, segundo Sartet (2010) o que se esboça com relação ao nosso desenho institucional acerca dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à educação obviamente, pode ser constatado de forma mais relevante por meio de três preceitos. O primeiro, diz respeito à disposição normativa de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm “aplicação imediata”. Em razão da existência deste dispositivo todos os poderes políticos estão vinculados aos direitos fundamentais. Neste sentido, tanto as ações (que possam restringir os direitos fundamentais) quanto às omissões (que impedem o seu exercício) dos poderes políticos podem ser passíveis de apreciação, controle e fiscalização judicial.

Outro aspecto extremamente importante que decorre do preceito da “aplicação imediata” das normas definidoras de direitos fundamentais, que pode ser representada pela forçosa obrigação da “impossibilidade de não efetivação”. Isto quer dizer, que uma vez demandados na via judicial, muito embora se tratando de direitos não constantes na Constituição e mesmo surgindo de uma “lógica implícita” desta, podem ter alguma efetividade. Sendo assim, cabe ao Judiciário um maior esforço na argumentação desta negação prestacional de direitos fundamentais.

O que se expressa acima, do ponto de vista da lógica teórico-normativa ligada à Constituição não é algo tão óbvio assim, já que uma norma só pode ser aplicável na medida dos efeitos que ela pode gerar. Por isso, que no Brasil se defendeu (e ainda se defende isso não morreu) a ideia os direitos sociais estariam no bojo das normas constitucionais de “natureza programáticas” sem efetividade renegadas ao mero voluntarismo dos poderes públicos que poderiam ou não implementá-las, na produção de normas inferiores à Constituição contendo os termos do seu gozo. Sendo assim, não seriam autoaplicáveis pela via judicial, não gerando efeitos, dependendo dos atos dos poderes políticos.

A própria Constituição, a doutrina e a prática decisória do Supremo provocaram a superação deste entendimento acima, na medida em que quanto aos direitos fundamentais sociais, mesmo sem lei específica colocando em termos os modos de como se dará o exercício deste ou daquele direito social, isso não pode ser alegado como fundamento para que não se gere efeitos. Neste sentido, “caso a caso”, o Judiciário pode conceder *alguma efetividade* aos direitos fundamentais sociais mesmo que não haja qualquer lei prevendo algum programa ou política pública. Isto quer dizer, que normas fundamentais (incluindo as sociais), são autoaplicáveis e seus defeitos nos Tribunais dependem da análise do caso concreto, a exemplo do direito humano à educação (o contexto fático é extremamente importante).

O que significa que os sujeitos não têm direito de obrigar a produção de políticas públicas na área de educação (para continuar com o exemplo), mas podem solicitar o bloqueio ou a penhora de um bem. Dito de outro modo, os poderes políticos não podem alegar ausência de lei para aprioristicamente, em razão disto, simplesmente negar a prestação uma prestação de um direito fundamental social. Pelo menos, não no estágio político-institucional atual.

O segundo preceito é de que os direitos e garantias fundamentais não se esgotam com a disposição constitucional, pois não se excluem outros decorrentes do regime de princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Noutras palavras, trata-se de uma “cláusula de abertura”, que dá uma característica de não taxatividade aos direitos fundamentais constantes no ordenamento, que se abre para fontes normativas alternativas como as advindas de tratados e convenções em direitos humanos, compondo assim, o bloco de constitucionalidade, cujo o eixo essencial são os direitos humanos e fundamentais. O desenho institucional é aberto por excelência. Isto quer dizer, que aqueles direitos que não encontram positividade interna podem ser demandados pela via judicial, uma vez constantes em diplomas internacionais.

O terceiro ponto, pode ser percebido a partir de 2004 com a Emenda Constitucional 45, momento em que se incorporou ao nosso universo normativo as normas internacionais em direitos humanos desde que, desde que aprovadas com o mesmo procedimento destinado às Emendas Constitucionais, adquirem o mesmo *status* constitucional.⁶¹ Noutras palavras, os direitos humanos decorrentes destes tratados aprovados com o mesmo procedimento de alteração da constituição são considerados com a mesma hierarquia de um direito

⁶¹ Uma típica situação de mundialização do direito, estudado pela Sociologia Jurídica.

fundamental esculpido na Constituição, devendo os poderes políticos e o Judiciário forçosamente cumprir seus preceitos.

Porém, não há como pressupor que mesmo o desenho institucional brasileiro tenha todos estes mecanismos, que automaticamente brota-se uma sociedade mais justa e menos desigual e que não se tenha “déficits de realização ou concretização”. Afirmar isso, seria ingenuidade.

Obviamente, conforme Viera (2019) houve uma melhora razoável nas últimas décadas do ponto de vista social e institucional, até aqui a Constituição tem sido “resiliente”, pois ainda é capaz de pautar a semântica da disputa por direitos no tecido social(VIEIRA, 2018, p. 128). O que prova que a luta pela efetivação de direitos não acaba com o surgimento das normas constitucionais que garantam direitos aos sujeitos, isto é somente parte de um processo de luta (importante, entretanto somente parte de um processo).

Daí, a distância existente entre a “Constituição papel⁶²” e o que ocorre no “mercado constitucional⁶³” em que grupos minoritários e que detêm poderes econômicos e políticos dos mais diversos desarranjam a dinâmica constitucional acima exposta. Neves (2007) entende que há um contexto institucional no Brasil que ele denomina de “constitucionalização simbólica”, em que há um simbolismo em torno dos valores constitucionais, entretanto de difícil realização no campo dos fatos, e isso tem como reflexo a própria inefetividade da Constituição.

Portanto, é há de se reconhecer a importância de uma Corte capaz de entender os direitos fundamentais como verdadeiros “trunfos contra maioria”, e atuar ante estas inefetividades ou déficits de materialização. Entretanto, isto está muito longe de ser o suficiente. A sociedade clama por efetividade constitucional e há de se ter por parte das funções estatais um “animus concretizador”, que se materialize por meio da atuação coordenada entre tais funções no exercício da capacidade institucional de todas as instituições democráticas.

2.4. Condições facilitadoras da expansão do poder judicial no Brasil e suas facetas

⁶²Lassalle era um ferrenho defensor da ideia de que os fatores reais de poder é que determinam os contornos de uma Constituição. Por isso, a metáfora da folha de papel. LASSALLE. Ferdinand. O que é uma Constituição?

⁶³ Os sentidos e contornos dos direitos por vezes são determinados pelas disputas travadas no seio da sociedade em oposição ou interação com as instituições. Daí, a metáfora do “mercado constitucional” (VIEIRA,2018, p. 176).

Além das peculiaridades do nosso desenho institucional e da judicialização da política, existe alguns elementos mais gerais que podem ser visualizados em nossa sociedade que contribuem para expansão do poder judicial no Brasil. Estes elementos contribuem para a criação de certo ambiente propício a um maior protagonismo judicial de nossa Corte (CAMPOS, 2014, p. 210).

a) *O deslocamento entre o parlamento e a sociedade:*

A desconfiança nas instituições majoritárias parece ser generalizada. As instituições majoritárias por vezes não se mostram capazes de responder a contento às demandas sociais geradas pelos grupos que pleiteiam direitos dentro do aparelho estatal. Consequentemente, há um *déficit* de representação ligados aos poderes políticos que decorre de inúmeros outros problemas.

Conforme Leite (2018), tais *déficits* podem decorrer quando uma percepção viciada do próprio processo eleitoral, marcado por uma ingerência econômica quase sempre presente, desarmoniza as regras do jogo eleitoral; passando pela superação da inabilidades Paramentos, já descortinado em razão na ausência de associação entre a atividade legislativa e a “vontade geral” dada a complexidade e pluralidade social com inúmeros interesses em jogo, somada a percepção de que tal atividade serve muito mais aos grupos dominantes do que a esta pluralidade.

Além disto, a omissão estatal que nem sempre representa impossibilidade de acordar linhas comuns de um governo, mas também podem representar omissões estratégicas no sentido de não adentrar em deliberações com alta carga de contradição na sociedade, capaz de gerar um ônus político insuportável para os poderes políticos. Cuidando-se de uma delegação intencional e premeditada das instituições políticas para não sofrerem determinadas críticas dos mais variados atores sociedade.

b) *A política de direitos:*

A constitucionalização de direitos é uma variável importante do empoderamento das Cortes pelo mundo, e aqui no Brasil não é diferente. Existem direitos fundamentais fortemente reconhecidos do ponto de vista institucional, conforme já exposto nossa

Constituição é bem ambiciosa. A positivação dos direitos fundamentais significa nos moldes estatais atuais uma forma relativamente eficaz de impor limites aos poderes políticos e na outra ponta há um fortalecimento do papel destinado as Cortes “como atores políticos no sistema democrático” (CAMPOS, 2014, p.179).

A positivação de tais direitos em nosso desenho institucional inegavelmente oferece poderosos mecanismos interpretativos que aumentam significativamente o desenvolvimento sempre crescente de intervenções judiciais em questões políticas, morais e sociais relevantes, visto que tais direitos têm uma importância substancial frente às demais normas, conforme já esboçado. Se por um lado há tal importância dada pelos desenhos institucionais; por outro, há a capacidade institucional dada pelos próprios para a proteção de tais direitos e imperiosamente quando houver retaliação e violação de uma maioria pela via legal face às minorias sub-representadas.

Conforme Leite (2017) isso “[...] significa um abrandamento da regra da maioria, na medida em que os direitos fundamentais funcionam como limites materiais às instancias majoritárias”. Neste sentido, pelo menos em tese, para garantir direitos e invalidar leis contrárias eles, dar-se um maior protagonismo institucional à Corte brasileira ampliando suas competências, a transformando no noutra arena de reivindicações sociais e políticas. Possivelmente, a principal.

c) a utilização da Corte brasileira por grupos sociais e partidos políticos:

Quando os grupos sociais e partidos políticos percebem a importância estratégica e utilitária de um Corte para o avançar de interesses represados no campo político tradicional, passando a utilizar-se da semântica constitucional como mecanismo de lutas sociais e políticas. Existe uma relação entre a expansão dos poderes judiciais da Corte com o que ocorre no tecido social no que diz respeito às lutas de grupos sociais e partidos políticos que passam a perceber a Corte como mais uma instância de deliberação. Notadamente, a conquista por implementações de direitos humanos que assumem uma roupagem constitucional dentro desta dinâmica.

Há obviamente, por parte do nosso desenho institucional conforme já esboçado um deságue de lutas que tem seu fluxo obstaculizado junto aos poderes políticos, mas esta luta é antes de tudo política e ocorre no seio da sociedade que pressiona o desenho institucional a

incluir as demandas provenientes de suas lutas, como medida estratégica⁶⁴ ante a omissão ou tomada de decisão equivocada ou insuficiente dos primeiros.

2.5 Capacidade institucional e identificação do ativismo judicial na dinâmica institucional brasileira

Como já externado, tanto nos casos norte-americanos expostos no início deste trabalho, como também nas demais experiências do ativismo judicial pelo mundo, quanto nas análises feitas tomando como base a doutrina internacional e brasileira que versam sobre o ativismo judicial, percebe-se que a terminologia ativismo judicial é aplicada geralmente para atacar a decisões ou atitudes das Cortes, como estratégia para desqualificá-las. Isso, muito embora funcione e tenha até certa aderência na academia, é deveras subjetivo.

Alguns autores brasileiros como Campos (2014) e Leite (2017) entendem ser possível existir uma “linha comum”, mesmo com esses sentidos heterogêneos. Por esta lógica, existe um elemento caracterizador comum a todas as decisões ativistas, que está atrelado ao “aumento da relevância da posição político-institucional de juízes e Cortes sobre os outros atores e instituições de uma dada ordem constitucional” (CAMPOS, 2014, p. 152).

Neste sentido, o ativismo judicial deve ser verificado dentro da dinâmica institucional brasileira. Este pensar metodológico, impõe situar o debate sobre o ativismo judicial no que tange ao seu conteúdo e contornos, de forma mais ampla, levando em consideração aspectos político-institucionais e não somente jurídico-normativos. Ao se tomar esta atitude metodológica, questões atinentes a competência dos e funções dos Poderes, cedem espaço para interação entre as instituições na “realização constitucional”.

É o que defende Almeida:

Na verdade, a realização democrática se consolida a partir do desempenho e do comportamento das instituições básicas da sociedade, a começar dos seus próprios Poderes de Estado. Discutir o desempenho e comportamento institucionais significa compreender o fenômeno das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, desde seu conceito até a sua dimensão prática. Isto significa dizer que o Estado Democrático de Direito deve conhecer o seu papel desempenhado por suas instituições na configuração da “vida constitucional”. Deste modo, não basta apenas analisarmos a dimensão de competências formalmente constituídas para os Poderes e suas

⁶⁴ Piovesan, 2012. Principalmente os autores Piovesan e Dallari.

instituições, mas, sobretudo, verificar o exercício e a dinâmica reflexiva entre as instituições e suas respectivas consequências, o que, genericamente é chamado de diálogos institucionais (ALMEIDA, 2015, p. 76).

Neste sentido, falar sobre ativismo é falar sobre a importância que a Corte brasileira tem dentro interação ou relação institucional existente. Mais que isso, entender as possíveis interações institucionais para a concretização da Constituição. Por esta lógica, leva-se em consideração uma concorrência dinâmica entre os Poderes para que os fins constitucionais se realizem. Neste aspecto, centrar o debate sobre o ativismo judicial em aspectos jurídico-normativos ou em questões relacionadas às competências formais das instituições (muito embora seja importante considerá-los) é focar em algo muito restrito em relação às questões político-institucionais (que é o lócus de atuação do ativismo judicial).

Por isso, a expansão do poder judicial (ou político-decisório), em detrimento aos outros atores estatais que receberam o batismo do voto é o “núcleo comportamental do fenômeno” (CAMPOS, 2014, p. 198). A consequência fática e institucional que o ativismo judicial gera é a atuação em espaços políticos tradicionalmente ocupados pelos demais poderes (LEITE, 2017). Entretanto, o foco não deve ser dado aos eventuais abalos e incômodos gerados por este ou aquele Poder, ao “se sentir” usurpado em suas competências (muito embora o debate possa ser feito), pois a realização constitucional é o fim desta dinâmica institucional que deve ser pautada por um diálogo entre os mais variados agentes.

Dentro desta ideia de dinâmica institucional, as instituições promovem dentro de suas capacidades institucionais a interpretação constitucional, de modo que nem o próprio Poder Judiciário tem o monopólio desta interpretação (ou, não deveria ter), visto que nem o juiz tem aquele papel clássico da interpretação isolada da Constituição. Isso porque, para Almeida (2010, p.22) “a atividade interpretativa, entretanto, não se restringe ao plano do Judiciário, pois todas as demais instituições revestidas de funções normativas e funcionais, numa ordem constitucional possuem um papel democrático a ser desempenhado”. Uma das possibilidades para este desempenho, é o exercício da capacidade interpretativa das instituições políticas, o que deve ser analisado de forma dinâmica e sistêmica.

Desta forma, a separação dos poderes sobre uma reconfiguração considerável, já que hodiernamente conforme demonstrado acima, não há um foco na repartição de competência constitucionais, mas nas capacidades institucionais. Importa na realidade, se os objetivos e princípios constitucionais estão sendo materializados na “vida estatal”. Por este aspecto, o que deve ficar claro é se com as decisões de qualquer dos Poderes, os objetivos e princípios democráticos estão sendo materializados no tecido social, independentemente se debate

começa ou termina neste ou naquele Poder em específico. Até porque, segundo Mendes (2010), numa democracia, cada Poder toma no máximo decisões transitórias, nunca definitivas. Daí, a importância do diálogo institucional entre os mais variados agentes, não somente entre os Poderes.

Por esta linha de raciocínio, os problemas das democracias contemporâneas não são tão somente jurídico-normativos, atrelados a legitimidade majoritária do Legislativo, tampouco de ordem meramente administrativa ou de gestão, atrelados a competência das ações do Executivo. Mas sim, residem na ausência de conexões institucionais entre estes Poderes e a sociedade. Por isso, os problemas são de caráter político-institucional, pois a criação de leis ou atos administrativos isoladamente não fará com os poderes políticos em questão ajam com “*animus* institucional” conforme os fins da Constituição.

A “academia jurídica” brasileira tem uma enorme dificuldade em aceitar que os supostos “problemas jurídicos” que são pesquisados sobre as violações à separação dos poderes e as usurpações de competências constitucionais, atrelados a um apego normativo, não se resolvem com a produção de mais estudos normativos, mas com a atuação coordenada entre as capacidades institucionais de cada função estatal. Ora, se os problemas são político-institucionais de forma ampla, não são solucionados a partir de algo que é apenas uma parte desta dinâmica de realização constitucional. Uma norma por si só, não altera comportamento institucional. Neste sentido:

Na maioria dos casos, uma ordem emanada do texto legal, por maior que seja sua força normativa seja qual for o significado disso -, não detém o potencial necessário de constrangimento para determinar que instituições no plano constitucional alterem seu comportamento e passem a exercer suas atividades do modo diferenciado (ALMEIRA, 2015, p. 98).

Dito de outra forma, para teoria institucionalista ou dos diálogos institucionais, não se resolve problemas institucionais com soluções jurídico-normativas pontuais. Isto porque, tais problemas surgem em razão do “insucesso” de uma instituição em não responder as demandas democráticas (que nunca irão deixar de existir e podem ou não estar contempladas em normas) por meio de suas capacidades institucionais.

Sendo assim, o desempenho da atividade institucional de acordo com as suas capacidades institucionais, determinará o grau de legitimidade democrática da atividade institucional. Para o Poder/função ter um alto grau de legitimidade democrática dentro da perspectiva institucional é preciso que ele gere os efeitos no tecido social de acordo com os

fins do desenho institucional, que são a promoção de direitos essenciais, mesmo com todas as dificuldades fáticas (e não normativas) que essa afirmação possa ensejar.

Por isso, assumir uma postura metodológica ligada à teoria institucional, não é ter uma postura de culto a nenhuma das funções estatais, por mais próximas ao povo que sejam. Dentro desta dinâmica institucional, não há espaço para afirmações no sentido de exclusividades quanto aos fins constitucionais. Por isso, as Cortes Constitucionais podem muito, mas não podem tudo. Entretanto, não cabe ingenuidade, já que o desenho institucional brasileiro em larga medida dá um grau de importância maior ao Poder Judiciário, dado sua imensa gama de competências institucionais elencadas.

Nesta linha de raciocínio, segundo Campos:

[...] “é possível defender um Supremo ativista na tarefa de expandir os significados da Constituição, em face do poder político, para avançar em posições de liberdade e igualdade e, ao mesmo tempo, repudiar suas posturas de soberania judicial” (CAMPOS, 2014, p. 358).

Noutros termos, neste ambiente institucional o ativismo da Corte constitucional brasileira, “é uma realidade inegável”. Aparentemente, pode parecer uma fuga do debate, mas de acordo com o contexto atual, inspirado (e muito) na ideia de supremacia judicial dos Estados Unidos, a Corte brasileira tanto poderá atuar para contribuir para o avanço de inúmeras demandas represadas, como também poderá gerar efeitos negativos do ponto de vista político-institucional. Entretanto, isto não depende somente das Cortes constitucionais, mas aspectos internos e externos já trabalhados, que dialogam não somente com a dimensão jurídico-normativa, mas principalmente com uma dimensão mais ampla: a político-institucional.

Passadas as questões de ordem mais geral, é importante identificar quais as definições de ativismo judicial, na visão dos autores brasileiros ligados à teoria institucional e trabalham com a ideia de diálogos institucionais, objetivando priorizar os aspectos institucional-institucionais do fenômeno, sem deixar de fora as questões jurídico-normativas, numa tentativa de respeito e de prudência teórica diante do caráter pluridimensional do fenômeno.

Por este prisma, o ativismo judicial para Leite:

Neste sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder (LEITE, 2017, p. 64).

E praticamente no mesmo sentido, para Campos:

[...]definirei o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes nos contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias(CAMPOS,2014, p.36-37).

De acordo com as definições supracitadas, o ativismo judicial não aparece como uma atitude ilegítima ou legítima *a priori*, carregada de uma ideia de usurpação de poder ou ainda fincada numa visão estática da separação funcional dos poderes. Mas, sim, como um exercício de expansão de poderes judiciais, que pode ser identificado não de forma isolacionista ou segregada, mas em conjunto com o complexo de variantes institucionais, normativos e históricos, já esboçados no primeiro capítulo deste trabalho.

Ademais, para Leite (2014, p.65) a “[...] compreensão do ativismo e da autorrestrição no esquema estrutural da separação dos poderes tem várias implicações metodológicas”. Primeiro, entender que o ativismo judicial e a autorrestrição judicial não estão ligados necessariamente a alguma “bandeira ideológica”. Isto porque, é comum a afirmação de que os adeptos do ativismo judicial seriam ideologicamente ligados ao liberalismo ou ao socialismo; por sua vez os adeptos da autorrestrição judicial ligados a um viés mais conservador.

Neste sentido, se o fenômeno ativismo judicial estiver se manifestando, necessariamente, existirá uma “expansão de poderes judiciais” por parte da Corte em detrimento dos demais atores políticos, independentemente, se ele é influenciado por esta ou aquela inclinação política sazonal. Reconhece-se por esta lógica de pensamento, certa “neutralidade do ativismo judicial”, o apartando de atribuições elogiosas ou de ataques a decisões por fundamentação ideológica. Trata-se, portanto de um movimento político-institucional de expansão.

Segundo: o ativismo judicial não está ligado ao conteúdo da decisão. Isto porque, afirmar que uma decisão ativista não necessariamente é afirmar que esta é equivocada, usurpadora ou ilegítima. Pois, o inverso disso, seria afirmar que toda decisão autorrestritiva (deferente aos demais poderes) é correta. E isto, é deveras equivocado. Portanto, afasta-se a análise de mérito das decisões ativistas (seja assertiva ou equivocada), para manter o foco os

“aspectos institucionais do ativismo judicial”, priorizando a análise no alargamento ou retraimento da quanto a extensão dos poderes judiciais.

Terceiro, o ativismo judicial não é sinônimo de abuso, excesso ou arbítrio. Isto porque, “determinado desenho institucional pode não só estimular, como exigir em uma dada circunstância⁶⁵”, uma postura institucional ativista por parte do Judiciário. É por isso, que a adoção irrestrita de atitudes de deferência institucional (autorrestrição judicial), como se fosse algo possível de ser aplicado a qualquer desenho institucional, não parece ser uma defesa razoável.

Até porque, como frisa Campos (2014, p.159) “[...] nenhum juiz pode ser sempre ativista, assim como não se pode ser sempre autorrestritivo”. Neste sentido, ser sempre uma coisa ou outra, fatalmente gerará uma atuação ilegítima. É assim, em certas ocasiões, “o legítimo e ser ativista”, e em outras, é ser autorrestritivo e, “na maior parte das vezes, nem uma coisa em outra”.

Quarto e último ponto, esta abordagem também se afasta ilações que visem procurar a “decisão correta” à luz desta ou daquela teoria hermenêutica. Isto porque, a discussão nevrálgica a respeito do ativismo judicial se vinculada tão somente a questões de ordem hermenêutica, “redundaria na discussão sobre os limites da interpretação jurídica⁶⁶”. Todavia, esta última já tem conteúdo próprio, e trazida para o debate das relações institucionais, que é onde o debate sobre o ativismo deve se travar, não acrescentaria em nenhuma novidade no debate acadêmico.

Esta redundância acima citada, segundo Leite (2017) decorre da dificuldade em se desenvolver uma teoria da interpretação jurídica com características mais gerais, sob o risco de aplica-se o direto de acordo com este ou aquele modelo hermenêutico. Neste sentido, entender o ativismo judicial ligado principalmente ao nicho hermenêutico, pressupõe que a comunidade acadêmica e jurídica já chegou a um modelo de interpretação constitucional. E isto, fatalmente não é o que ocorre.

Conforme visto anteriormente, o ativismo judicial é explicitado por meio de decisões que alargam os poderes judiciais em detrimento dos demais poderes. Identificou-se assim, que a associação do ativismo judicial a um tipo de conduta judicial condenável ou ilegítima,

⁶⁵BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e Legitimidade democrática.

⁶⁶ Este é um ponto muito bem observado por Leite, o debate sobre o ativismo judicial não se limita a questões relacionadas aos critérios hermenêuticos ou interpretativos de um julgamento correto.

cumulada à ideia de valorização condutas judiciais autorrestritivas padece de objetividade. Neste sentido, ativismo judicial e autorrestrição judicial (que é uma atitude geralmente oposta de retraimento institucional em respeito aos poderes políticos) devem ser vistos em seu contexto histórico ao qual estão vinculados, representando duas dimensões geralmente opostas e que configuram a dinâmica funcional da Corte.

Outro ponto que não pode passar despercebido, é que o ativismo judicial é extremamente dinâmico. Por isso, segundo Campos (2014) qualquer “abordagem unidimensional” do ativismo judicial não é insuficiente. Isso quer dizer, que observador ao analisar uma decisão judicial ativista deve investigar uma dimensão do ativismo, sem desconsiderar as outras dimensões. Isso não quer dizer por sua vez, que não é impreciso trabalhar com o ativismo judicial enquanto objeto, apenas que pode numa mesma decisão haver um certo grau de expansão num aspecto e de recuo noutro. Daí então, a possibilidade de se trabalhar com a ideia de ativismo de meio e de resultado.

Aparentemente, ativismo judicial e autorrestrição judicial são conceitos antagônicos, conforme foi verificado anteriormente. Entretanto, dado a riqueza multifacetada do fenômeno: “o ativismo judicial pode servir a propósitos de restrição judicial ou, ao contrário, desenvolvimentos restritivos podem servir para propósitos ativistas”. Não há como verificar isso simultaneamente, sem uma abordagem multidimensional. Para exemplificar, em *Marbury* o ativismo foi um meio para autorrestrição judicial, por sua vez em *Dred Scott* o postamente teve a autorrestrição como para o ativismo judicial. Porém, em ambos a afirmação de poder e a falta de deferência estiveram presentes.

Portanto, se faz necessário expor a sistematização das dimensões ativistas na prática decisória do Supremo. Frisa-se, que tais dimensões não são vistas de modo isolado. Isto quer dizer, elas que podem ocorrer simultaneamente, mais de uma dimensão do ativismo judicial, como também só ocorrer uma delas sem que isto seja prejudicial a análise, visto que é um fenômeno pluridimensional. Entretanto, nos importará principalmente a dimensão relativa à imposição de obrigações positivas face aos poderes políticos, visto que guarda uma relação mais intensa com o nosso ora objeto de estudo. O que não quer dizer conforme já frisado que outras dimensões do ativismo judicial se manifestem quando formos analisar a *práxis* do Supremo.

2.6. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

Como já esboçado no início deste capítulo, o ativismo judicial para os moldes até aqui já trabalhados, trata-se do “exercício expansivo” dos poderes judiciais em detrimento aos demais poderes, que responde a fatores externos e internos, como já exposto. Ora, esta postura expansiva não é num primeiro momento ilegítima, ilegal, usurpadora de competências ou transgressora de valores constitucionais ou democráticos. O fenômeno, pode ser estimulado ou retraído de acordo com uma pluralidade de variáveis políticas, econômicas e sociais das quais houve certo esforço neste trabalho para demonstrar. Estas questões, aproximam o fenômeno dos vários fatores e atores sociais da vida das democracias contemporâneas.

A *práxis* decisória da Corte constitucional brasileira, pode fornecer um estágio atual do ativismo judicial e sua correlação com várias áreas de nossa democracia e especificamente a sua conexão com a atuação estatal e diálogo institucional no que diz respeito às políticas públicas educacionais *lato e estrito senso*. As experiências constitucionais já demonstradas são ricas em diversidade de quanto à configuração das decisões. Por isso, somente para reforçar: se faz necessário sistematizar “no interior do próprio conceito de ativismo judicial e em torno do núcleo comportamental comum de expansão de poder político-normativo” todas as dimensões enxergáveis até o presente estágio histórico, jurídico e político (CAMPOS, 2014, p. 154)

Neste sentido, observar este fenômeno levando em consideração apenas uma dimensão, por mais importante que seja, pode representar um isolamento incontornável dentro de qualquer análise mais aprofundada. Daí, as complicações e deficiências relacionadas às múltiplas aplicações do termo em debates apaixonados no meio acadêmico, na mídia e entre os comentaristas políticos.

Por isso, deve-se frisar que esta análise leva em conta as manifestações plurais do fenômeno pela via da *práxis* decisória do Supremo. Sendo assim, se uma destas dimensões expostas abaixo se configurar, manifestado está o ativismo judicial. Ou seja, o ativismo judicial pode ser observável por uma única dimensão ou mais de uma, desde que não se “perca de vista” o núcleo comportamental do ativismo judicial, que é a expansão dos poderes político-normativos em detrimento aos demais poderes, dentro do espaço democrático. Sendo assim, uma abordagem multidimensional pode oferecer uma maior objetividade ao objeto ativismo judicial e consequentemente uma visualização, embora que resumida, da(s) dimensão(ões) que se conecta(m) com múltiplas áreas da vida estatal e da sociedade.

Antes de descrevê-las, se faz importante frisar que por mais que todas estas possam aparecer, na análise dos casos ativistas da Corte brasileira em relação à políticas públicas do

direito humano à educação, a dimensão que mais guarda relação com as análises que serão desenvolvidas será o ativismo judicial de direitos (sejam em sua versão positiva ou negativa), conforme será visto a seguir.

a) *Ativismo judicial de ocupação de vazios normativos:*

Esta dimensão guarda relação com o controle de omissões inconstitucionais, geralmente provocadas pelo Poder Legislativo que tem obrigação institucional de criar normas regulamentadoras que viabilizam o exercício dos direitos fundamentais. Neste contexto, manifestam-se as omissões inconstitucionais, que por sua vez podem ser totais ou parciais.

Os meios processuais hábeis no nosso desenho institucional para solucionar tais inconstitucionalidades são o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Ao longo de muito tempo, o Supremo nada fazia com relação à figura da omissão legislativa. Fato que passou a mudar em meados dos anos 2000, depois de vários escritos acadêmicos exigindo uma conduta “preenchesse tais vazios”, sob o argumento de que a Constituição assim objetivava (DALLARI, 2007, p. 47). Fora isso, as inúmeras “reincidências” do parlamento brasileiro face às demandas relativas ao exercício de direitos foram se acumulando, até se tornar um incômodo institucional para a Corte constitucional não participar de forma mais intensa⁶⁷.

O Supremo superou a tese jurisprudencial já firmada de que ele não poderia ser um legislador positivo, ou seja, de que não caberia a Corte adentrar em questões tão próximas da criação de uma norma pela via judicial, figurando apenas como um legislador negativo. O caso emblemático desta virada de entendimento, é o caso da greve dos servidores públicos⁶⁸, de flagrante omissão legislativa perpetuada desde 88, em que o Legislativo não produziu a norma regulamentadora para gozo do exercício de greve da classe (na realidade, até hoje inexistente esta norma).

Neste sentido, a Corte brasileira resolveu “conferir mais efetividade ao Mandado de Injunção” preenchendo o vazio normativo deixado pelo Poder Legislativo. Segundo Campos (2010) alguns elementos são importantes para tal conduta. Exemplifica, expondo que a

⁶⁷ Principalmente quando havia demandas de direitos que eram revestidas processualmente por Mandados de Injunção e Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por omissão.

⁶⁸ Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712. Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712.

obrigação constitucional e a inércia legislativa têm sido os “dois eixos” que guardam relação interna com o conceito de omissão legislativa, abrindo margem para tal atuação. Outro fator que atua de forma satélite é o fator tempo, no sentido de se tornar praticamente insustentável a manutenção do estado de inércia estatal, durante um tempo extremamente extenso, obrigando à Corte brasileira a intervir, sob pena de omissão judicial⁶⁹.

b) *Ativismo judicial de criação ou alteração judicial:*

Esta dimensão está intimamente relacionada com as recentes mudanças no contexto da teoria da norma no processo de interpretação e concretização do direito. Hodiernamente, há uma ideia teórica majoritária a respeito das normas de que existe uma diferença entre texto normativo (enunciado normativo) e norma jurídica (resultado da interpretação). Por esta lógica, a norma é produto da atuação do intérprete, não à disposição (o texto) internacional, constitucional ou legal. Segundo Ávila (2009) esta nova concepção faz com que o “intérprete” “seja ele julgador ou cientista” e “tenha como atividade de construir os significados dos dispositivos”.

Neste sentido, quanto menor for a subjetividade do enunciado normativo, maior é a “discrecionalidade interpretativa” do julgador. Isto trás reflexos interessantes quando se fala em interpretação judicial de normas de conteúdo indeterminado, que podem evidentemente servir de meio para um alargamento ou expansão ainda maior dos poderes judiciais. Muitos autores, entendem que esta dimensão é a própria definição de ativismo judicial⁷⁰, ou seja, que o elemento caracterizador deste fenômeno é a criação ou alteração judicial (sem respeito às regras elementares do direito e à Constituição). Entretanto, como este trabalho já demonstrou, o fenômeno não se resume a uma dimensão.

Um caso possível de ser dado, a respeito desta dimensão é caso da fidelidade partidária, em que o Supremo reviu a possibilidade de troca partidária logo após o pleito, que dissesse de passagem era prática corriqueira, e “válida” pelo Tribunal Superior Eleitoral até 2007, mediante consulta n. 1.398. A Corte entendeu que as coligações partidárias deveriam manter as vagas obtidas via sistema proporcional.

⁶⁹A Corte brasileira entendeu naquele contexto, que se não agisse de alguma forma para sanar, embora que precariamente, a lacuna institucional estaria sendo conivente com a esta flagrante omissão constitucional.

⁷⁰ Algo próximo do preenchimento de um vácuo de poder.

Isso ocorreu, a reboque do artigo 55 da Constituição, que não previa qualquer forma de perda de mandato para troca partidária, o Supremo entendeu que nossa democracia é uma democracia de partidos, sendo assim os cargos não pertencem aos candidatos, mas aos partidos, acarretado perda do mandato para o candidato eleito.

Neste cenário, a solução foi “criar” mais uma a figura: a “renúncia tácita. Ou seja, entendeu a Corte que se trata de uma “opção” do candidato eleito, que voluntariamente decide sacrificar o seu direito ao cargo. Sendo assim, não haveria a necessidade de norma expressa neste sentido. Trata-se de nítida criação normativa construída a partir de princípios abertos. Dito de outro modo, de uma aplicação direta da Constituição ao caso concreto, vimos o nascer deste tipo de decisão judicial nos primeiros casos ativista analisados.

c) *Ativismo judicial processual:*

Conforme já tratado, o núcleo do fenômeno é o alargamento do poder judicial face aos demais poderes. Os poderes processuais compõem o poder judicial, ou seja, são espécies do poder judicial. Neste sentido, o Supremo amplia “aquilo que é cognoscível⁷¹” por ele ou aquilo que ele entende como capaz institucionalmente para apreciar. Outro aspecto, não menos importante, é o alargamento da abrangência das decisões da Corte.

Sendo assim, trata-se de uma dimensão relacionada diretamente à utilização de elementos processuais, que inicialmente, pode ocorrer já na fase de apreciação da demanda ou no momento do julgamento, visando estrategicamente ampliar a abrangência da decisão. Como exemplo do primeiro aspecto, Leite (2017) dá o exemplo da cognição dos sentidos da “relevância e urgência das medidas provisórias, outrora extremamente atrelados ao caráter político que fez brotar uma verdadeira utilização equivocada desta espécie normativa para encurtar o tempo e a discussão junto ao Parlamento, mas que foi sistematicamente apreciada pelo Supremo, que deu contornos mais jurídicos, entendendo que o simples fato dos termos “relevância e urgência” estarem esculpidos na Constituição, já seria o suficiente para a fiscalização da utilização desta espécie normativa, promovendo com controle acentuado desta nos últimos anos.

⁷¹ Antes dos anos 2000, era muito comum a Corte brasileira não apreciar determinadas demandas das quais ela entendia que seria uma demanda da política, declinando o julgamento de dando uma resposta técnica. Ou seja, não as tornava cognoscível.

Do ponto de vista do alargamento da abrangência dos julgados temos a transformação proposta pela Corte, ao julgar mandados de injunção, ação do controle judicial de constitucionalidade difuso, que só tinha até pouco tempo efeitos *interpartes* (entre as partes demandantes), mas no plano da abrangência das decisões o Supremo vem promovendo uma verdadeira aproximação com os efeitos *erga omnes* (para todos indistintamente), mesmo sem qualquer norma constitucional dispondo sobre tal possibilidade.

d) Ativismo judicial contramajoritário:

Esta dimensão guarda relação com a revisão ou reversão de decisões dos poderes políticos. É bom que se frise, que essa dimensão não se confunde com a capacidade institucional de fazer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos dos demais dos poderes políticos⁷². Neste caso, é uma dimensão que se relaciona com situações em que a Corte expande seus poderes judiciais em detrimento as escolhas dos poderes políticos. Esta dimensão, pode ser verificada concomitantemente ao exercício do controle de constitucionalidade, mas não se confunde com ele. “Nessas situações, a invalidação de uma lei pode representar a substituição das decisões políticas razoáveis do legislador por aquelas defendidas pela Corte” (CAMPOS, 2014, p. 176).

Neste sentido, pelo menos em tese, do ponto de vista institucional tal postura deve gerar reflexão e o cuidado. Pois, para autores como Ely (2010) desacordos morais e políticos não podem fundamentar esta substituição de vontade, mesmo que de acordo com os julgadores, esta ou aquela opção não seja a melhor (ELY, 2010, p. 87). Porém, minorias insulares devem ter a atenção da jurisdição constitucional. Um caso clássico que demonstra bem estas “inconveniências institucionais” é o caso do aborto de feto anencefálicos, judicializado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Na peça da ADPF nº 54, tal entidade defendia a ideia de que o aborto não deveria ser aplicado, quando atipicamente o fato anencéfalo não tivesse chances potenciais de vida.

A Corte utilizou um arsenal de argumentos principiológicos como laicidade estatal, dignidade da pessoa humana, liberdade da gestante etc. Na oportunidade, invocou até o valor “justiça”, passando a apreciar se era “justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que,

⁷² Nem sempre que há uma declaração de inconstitucionalidade, necessariamente está a se invalidar uma escolha majoritária.

durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencéfalos, o qual não tem condições de vida, no banco do júri”⁷³. A Corte estrategicamente não invalidou qualquer norma legal, mas reconfigurou o artigo 128 do Código de Penal, anexando-lhe novo significado não pretendido pelo legislador. Na prática, por vezes tal dimensão num certo sentido representa a substituição de escolhas previamente feitas pelos poderes políticos. Inegável expansão de poder.

e) *Ativismo judicial maximalista*

Conforme se conveniu dizer, o juiz minimalista não fala nos autos mais do que o necessário. Não é o que ocorre com um juiz maximalista, que ao contrário “procura decidir casos de modo a que estabeleça amplas regras para o futuro e também dá justificações teóricas ambiciosas para seus resultados”. A postura maximalista é uma constante na Corte brasileira, para o bem ou para o mal, ao se ler os votos dos ministros percebe-se uma intenção provocar um efeito vinculativo para ampliar ou para restringir o conteúdo de determinado direito ou limitação a este.

Segundo Campos (2014) isso se dá porque inexistia uma liderança intelectual como no contexto anterior a meados dos anos 2000, que existia o “encabeçamento” do ministro Moreira Alves, eterno defensor do legislador negativo de Kelsen. Atualmente, a liderança “é difusa”, tratando-se de um “conjunto de várias intelectualidades autônomas”, que não convergem em entendimento e conclusões, mas que transpassam certo grau de verdade.

Existem vários exemplos de decisões maximalistas na prática decisória da Corte brasileira. Neste trabalho, a decisão da ADPF 186 (que trata sobre cotas raciais), a ADPF 45 (que versa sobre reserva do possível), o RE 888815 (que versa sobre ensino religioso confessional) etc, podem ser caracterizadas como maximalistas. Nestes casos, os ministros constroem seus votos de modo estratégico, visando o futuro, tanto para produção de legislativa, quanto para fundamentar a própria capacidade institucional para adentrar em questões delicadas e controversas.

f) *Ativismo judicial de direitos*

Segundo Campos (2014) “enquanto perdurar forte discurso dos direitos humanos nas constituições contemporâneas como discurso jurídico-normativo haverá espaço para o ativismo judicial das cortes constitucionais”. Neste sentido, esta faceta do ativismo judicial

⁷³ Transcrição de parte do voto do ministro Luiz Fux na ADPF nº 54.

decorre da centralidade dos direitos humanos no plano internacional e dos direitos fundamentais parte significativa do ordenamento jurídico e como centro da jurisprudência da Corte constitucional brasileira. Isso fez com que o discurso a linguagem dos direitos fundamentais se popularizasse e por consequência que o Supremo se destacasse, como arena de reivindicação de direitos com uma “frequência inacreditável”.

Tudo isso, dá a Corte brasileira um extraordinário avanço no seu papel sociopolítico. Por esse prisma, a “legitimação classificatória” dessa dimensão se dá pelo “critério de relevância”. É o que defende Campos:

Abandonando abordagens formalistas dos direitos fundamentais e empregando a leitura ética desses direitos, além de jurídico-constitucionais, o Supremo tem afirmado a precedência da autonomia, da dignidade do indivíduo e da garantia do mínimo existencial sobre os interesses secundários do Estado, avançando em posições de liberdade e de igualdade social (CAMPOS, 2014, p. 323).

Neste sentido, o autor descreve a manifestação desta faceta do ativismo judicial por meio do avanço da Corte na tutela dos direitos humanos e fundamentais, identificando duas vertentes: a) dimensão negativa (ou de defesa) e a; b) dimensão positiva (ou prestacional). Entre 2005 a 2015 somente esta última dimensão aparecia na prática da Corte brasileira quando o assunto era políticas públicas do direito humano à educação. Entretanto, como se verá (de forma informativa neste tópico e aprofundada no último capítulo), entre 2016 a 2020, surgiram demandas sobre o direito humano à educação solicitando da Corte uma conduta mais aproximada à Corte da *Era Lochner*, ou seja, de limitação ou abstenção estatal. As demandas judicializadas, representam algo como uma tentativa de maximização à proteção das concepções individuais dos sujeitos de direito em assuntos educacionais.

a) Dimensão negativa (ou defesa):

Essa dimensão guarda relação com a expansão dos sentidos normativos das liberdades fundamentais, impondo deveres de abstenção ou absenteísmo estatal face à conduta estatal que restrinja algum direito individual de forma indevida. Trata-se de uma imposição expansiva à interferência estatal na liberdade individual dos indivíduos. Neste sentido, em casos que versem a exemplo sobre liberdade de expressão, de manifestação, de imprensa, artística, científica, intelectual, não pode haver uma interferência do Estado, a menos que a própria Constituição restrinja.

Alguns casos podem ser apontados como característicos da dimensão negativa (ou defesa). Um deles, é caso da ADPF nº 130 em que a Corte declarou inconstitucional a exigência do diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista (contida na “Lei de Imprensa” Lei nº 5260 de 1967), já que por ser um “direito-meio” não haveria a possibilidade de limitação do exercício (como o Bacharel em Direito ou engenheiro), pois a regra para a imprensa é a liberdade, cabendo “mínima intervenção”. Outro que guarda relação com este é o caso da ADI – MC 4.451, em que a Corte suspendeu a eficácia de dispositivos da Lei 9.504 de 1997, que restringia às emissoras de rádio e de TV no que diz respeito à veiculação de charges, sátiras, programas humorísticos e conexos relacionados a candidatos e partidos políticos. A Corte entendeu que isso é direito de qualquer cidadão em relação a qualquer pessoa, quanto mais um político (mesmo no período eleitoral). Foi o que também ocorreu com relação ao caso da “Marcha da maconha” na ADPF 187, em que a Corte externou que não se trata de apologia ao crime (artigo 33, 2º. Da Lei de Tóxicos), o livre “exercício dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação” etc.

Trata-se de um ativismo judicial que guarda similaridades com o ativismo judicial da Corte *Warren*. Pois, naquele contexto, a Suprema Corte norte-americana fazia um controle de constitucionalidade forte quando não havia restrição aos direitos individuais, declarando a inconstitucionalidade de diversas leis que previam. A ideia central é a elevação da liberdade como sinônimo, nesta dimensão, de dignidade da pessoa humana para restringir e limitar o Estado.

Esta dimensão do ativismo judicial acima exposta, não se manifestava com frequência em relação às demandas do direito humano à educação entre (2005 e 2015), até porque, como será exposto, por mais que o direito à educação tenha um caráter multidimensional em sua materialização por meio de políticas públicas, os direitos individuais se caracterizam por exigir do estado uma postura de não intervenção ou absenteísta e o direito à educação é vinculado a uma postura de ação estatal. Neste sentido, isso é no mínimo curioso, já quedemandas surgidas de grupos sociais ou de indivíduos específicos pós-2015, como o “Escola sem partido” ou de pais nos casos de educação doméstica ou de educação religiosa - representam praticamente um pedido para que o estado não intervenha na forma individual de casa grupo ou família. Portanto, há uma nova configuração nas demandas judicializadas e; por consequência, pode influenciar ou promover um amalgama entre esta dimensão do ativismo (negativa) com a dimensão que será trabalhada abaixo (positiva).

b) Dimensão positiva (ou prestacional):

Esta dimensão, Conforme Campos (2014) está relacionada com o exercício expansivo dos poderes judiciais em exigir dos poderes políticos deveres positivos, de direitos fundamentais de cunho prestacional, impondo a “realização de condutas positivas, corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas”, geralmente relacionadas “a formulação de políticas públicas e a prestação de serviços públicos dirigidos a assegurar a validade concreta dos direitos sociais e econômicos”. Por este prisma:

[...] O Supremo tem interferido nas decisões políticas ou mesmo substituído essas decisões quando verifica quadro normativo de proteção insuficiente capaz de colocar em risco a efetividade dos direitos e da liberdades fundamentais [...] Ou seja, o Estado tem o dever de legislar de modo suficiente para proteger e promover igualdade e dignidade da pessoa humana. Contudo, casos os poderes políticos não cumpram essa ação positiva na medida adequada, o Supremo sente-se autorizado a intervir ou até a tomar o lugar [...] nessa tarefa e, por conta própria, dimensionar a proteção objetiva desses direitos fundamentais como julgar suficiente e eficaz (CAMPOS, 2014, p. 328).

Além disto, conforme já exposto os autores do direito e a jurisprudência nos últimos anos vêm afastando o caráter meramente programático das normas que trazem a positivação de direitos sociais, reforçando a ideia acima. Porém, é inegável que “isso impulsiona a busca pelo Poder Judiciário para que o acesso aos bens e serviços públicos relacionados aos direitos prestacionais” (SARLET, 2010). São exemplos da dimensão positiva (ou prestacional), praticamente todas as decisões que serão trabalhadas no último capítulo, desde vagas no ensino infantil, passando por construção de escola, ensino inclusivo, ProUni, cotas raciais etc. Não cabe aprofundar neste momento, haja vista que último capítulo tratará especificamente.

Neste sentido, pela manifestação desta dimensão do ativismo judicial brasileiro, a Corte tem se posicionado no sentido de entender que o desenho institucional brasileiro exige a busca da igualdade de oportunidades, impondo ao Estado e por consequência aos poderes políticos a “adoção de políticas públicas para redução das desigualdades e inclusão social de todas aquelas pessoas que experimentam desvantagens de ordem econômica, física, mental, cultural” e educacional. Por isso, para a Corte brasileira, ela está legitimada a utilizar de sua capacidade institucional para fazer valer o projeto constitucional que visa a redução

desigualdades e respeito à dignidade da pessoa humana, superando “vazios de institucionalização destes direitos⁷⁴”.

Portanto, todo esse contexto, se traduz na percepção de Leite (2017) que a “eficiência administrativa na execução de políticas públicas tem sua legitimidade questionada na esfera judicial, transferindo para esse *locus* o conflito entre o indivíduo e o Estado”. Dito de outra forma, estas variáveis ampliam a capacidade institucional e política do Supremo no sentido de se tornar mais um espaço (talvez, o principal de acordo com estas novas configurações) de reivindicação de direitos sociais prestacionais. Consequentemente, os poderes políticos, por esta lógica factual, têm seu espaço de atuação sistematicamente reduzido.

⁷⁴ Termo empregado por Campos, para designar espaços em que não há atuação dos poderes políticos.

3 CAPÍTULO. POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO: TENSÕES, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Conforme já demonstrado pelo caminho metodológico até aqui traçado, com o pós Guerra a dinâmica institucional das democracias contemporâneas foi alterada em larga medida em razão da influência das concepções dos direitos humanos e fundamentais dentre os quais o direito humano e fundamental à educação. Uma das implicações mais importantes deste contexto é o fortalecimento das atribuições dos Tribunais Constitucionais de fiscalizar os atos dos demais poderes, para garantir os objetivos “ambiciosos” das Constituições.

Os aspectos institucionais e sociais até aqui esboçados nos primeiros capítulos de forma comparada e dialógica, sinalizam para uma interligação significativa entre eles e a afirmação de que há uma tendência global na direção de tornar o Judiciário uma arena de disputa e inclusão de demandas sociais de direitos humanos dos mais diversos e, isso não é diferente com demandas que contornam o direito à educação, como lateralmente já demonstrado no caso *Brown*, trabalhado no primeiro capítulo.

Neste sentido, Direitos humanos e fundamentais não são somente categorias de disposições normativas internacionais e constitucionais, são também “categorias éticas⁷⁵” e “políticas” (RANIERI, 2017, p. 142). Diante disso, se faz necessário que os múltiplos atores institucionais, sociais e políticos tenham a materialização do direito à educação como um imperativo ético fundado no princípio da igualdade e na responsabilidade de todos. Daí porque a problemática acerca da materialização dos direitos humanos e fundamentais que são viabilizados no atual contexto por políticas públicas torna o papel central da academia, as funções estatais, dos movimentos sociais e da sociedade civil, já que a realização do direito humano à educação gera efeitos noutras categorias de direitos como a liberdade, a igualdade e autonomia, a exemplo.

Por outro prisma, a dinâmica acima exposta requer uma capacidade de diálogo democrático entre os mais variados atores institucionais, políticos e sociais, que não exclua a luta por direitos dos mais vulneráveis e sub-representados dentro deste sistema democrático. Consequentemente, este diálogo democrático poderia ser melhor travado dentro de um

⁷⁵YOUNG, Katharine G. The Future of Economic and Social Rights, p.38.

ambiente propício, ou seja, numa cultura que respeite a dignidade da pessoa humana, que preze pela liberdade e igualdade e diversidade entre os agentes mais diversos. Este ambiente, não é um dado, é uma construção.

Obviamente, apesar dos esforços institucionais e políticos que têm sua face mais recente com a redemocratização e com o advento da Constituição Federal de 1988 que garantiu um avanço significativo nestes aspectos, não podemos perder de vista que a educação no Brasil guarda a marca clara da exclusão visivelmente percebida na enorme desigualdade social (que obviamente afeta a concretização do direito à educação) que ainda nos assola desde os primórdios de nossa colonização.⁷⁶ Impossível falar de políticas públicas educacionais, sem tratar destas questões sensíveis.

3.1. O conceito de políticas públicas no contexto dos Direitos Humanos

Durante muito tempo os autores do direito não apontaram os olhos para as políticas públicas. O positivismo jurídico, excluía temáticas relacionadas à Ciência política, a Sociologia e a Filosofia do conteúdo do Direito, orbitando-o no seu caráter exclusivamente normativo-descritivo. Isto porque, a justiça para os positivistas mais clássicos era a justiça contida no delinear normativo do ordenamento jurídico. Os mais variados sentidos do direito, influenciados pela ideia de justiça destas áreas, representavam uma ameaça a uma visão normativa e técnica do Direito.

Neste sentido, as políticas públicas como oriundas principalmente da Ciência política, sempre ficaram de fora da apreciação da cognição do direito. Por isso, conforme já alinhado, a opção por centrar tanto o ativismo judicial, como as políticas públicas especificamente educacionais dentro de uma lógica metodológica que leve em consideração a interação institucional entre os múltiplos agentes do Estado e da sociedade de forma dialógica. Ocorre, que nem a Ciência política e as demais áreas citadas acima são suficientes para tratar sobre questões relacionadas às políticas públicas, tampouco o Direito. Há por esse prisma, a necessidade de um maior esforço para compor as lacunas existentes de forma plural.

Dito isso, entender políticas públicas como parte integrante do amplo rol de objetos de estudos no campo dos direitos humanos é um movimento recente no Brasil, que busca

⁷⁶ DIAS. Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo, p. 442.

abordagens com amplo grau de interdisciplinaridade. Isso porque, as categorias do direito e da ciência política, das quais os direitos humanos enquanto objeto de estudo também se servem em maior ou menor medida a depender do objeto estudado (se mais ou menos normativo ou mais ou menos sócio-político) podem ser insuficientes, demandando novos prismas no sentido de fazer interconexões com outras áreas do conhecimento (BUCCI, 1997, p. 32).

Para Bucci (2001, p. 34) ocorre que atualmente existe uma barreira que pode ser transposta, é o problema da “esterilização” do Direito em “sua missão de organização das relações sociais, processo que decorre do distanciamento de uma realidade cambiante e dinâmica”. Desta ideia, surge a necessidade que o Direito tenha certo grau de elasticidade para incluir determinadas demandas provenientes da dinâmica social, acomodando-as e organizando-as. Isso, é um desafio contemporâneo.

Conforme já exposto, existe uma relação muito estreita entre o direito e a política, principalmente se entendermos os direitos humanos enquanto um resultado de um processo inacabado de lutas, que geraram certo consenso ético (não estático). Os muros que separam o direito e a política, não são tão firmes assim. A separação é desejável para fins didáticos, mas no plano dos fatos é, no máximo relativa e nunca absoluta (BARROSO, 2010, p. 59). Segundo Bucci (2001) no contexto norte-americano a ciência política está muito próxima dos estudos jurídicos e isso faz com que a discussão sobre políticas públicas como parte integrante do estudo normativo do direito público seja indispensável:

Por definição, todo direito é uma política pública, e nisso está a vontade coletiva da sociedade expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito; nisso ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos algum aspecto de sua existência (CLUNE *apud* BUCCI, p. 39).

Por este prisma acima trazido, fica mais fácil estabelecer uma relação entre ativismo judicial e políticas públicas na cultura norte-americana, como restou demonstrado no caso *Brown*. Trata-se de um sistema jurídico que está num estágio mais familiarizado com o conteúdo de políticas públicas, que demanda uma forma de decidir mais compatíveis com esta lógica.

No Brasil, há toda uma sistemática trazida pela Constituição de 1988 com figuras que tratam da participação popular nos processos políticos estatais, como por exemplo os Conselhos de Direito previstos na Constituição Federal, como o Conselho Nacional de Educação que é bastante sofisticada e avançada. Por outro lado, nossa maneira de ver o direito

ainda é pautada na dicotomia público vs. privado, o que dificulta a absolvição de fenômenos mais sofisticados do ponto de vista multidimensional como a inter-relação entre o agir estatal e a influência social sob este agir.

Existem inúmeros agentes políticos e sociais, assim como os Conselhos, que são espaços “não meramente estatais e nem meramente comunitários” que a “academia jurídica” vê dificuldade em encaixá-los nas clássicas categorias estanques do direito, seja do direito privado ou público (BUCCI, 1997, p. 32). É desejável, do ponto de vista jurídico, social e político (pelo menos) que exista canais democráticos de participação popular nas mais variadas instituições democráticas que influenciem o Estado a debater as demandas sociais, visto que o desenho institucional é aberto, como já tratado.

No primeiro capítulo, tratou-se embora que lateralmente, acerca do desenvolvimento do conteúdo da dignidade da pessoa humana que teve a sua configuração ampliada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como reflexo do pós-guerra. Defendeu-se que esta ampliação, fez com que os desenhos institucionais tivessem que ser adaptados ao novo contexto normativo e político mundial que apontou para a dignidade dos seres humanos como elemento jurídico e axiológico central.

A necessidade da academia de focar nas políticas públicas enquanto objeto de estudo vai ficando mais evidente na medida em que todas elas forçam as estruturas estatais a convergirem coordenada e harmoniosamente para a concretização dos direitos humanos. O direito à educação, enquanto espécie de direito humano e fundamental, representa aquilo que poderíamos chamar de direito-fim. Dito de outro modo, representa um direito distinto e mais amplo que os demais, cuja função essencial é a de assegurar e viabilizar que toda pessoa tenha condições de gozar seus direitos em sua plenitude, pleiteá-los quando forem ameaçados e estrategicamente viabilizar seu reconhecimento em sua dimensão normativa.

Isto porque, conforme já tratado, inexistente a separação categórica entre estes direitos e, a não ser por questões didáticas, já que os tais devem ser vistos do ponto de vista jurídico de forma “interdependente e interconectada”. Isso não quer dizer, que não exista barreiras fáticas e de operacionalização nesta afirmação. Daí, uma análise que privilegie o mover social em torno do conteúdo e da materialização destas normas.

Neste sentido, como haveria a possibilidade de um analfabeto (que não gozou do direito à educação) exercer seu pleno exercício do direito de manifestação de pensamento? Por isto mesmo, se fez necessário do ponto de vista jurídico que a inclusão do direito humano

à educação nos escopos dos desenhos institucionais internos, forçando o Estado a estabelecer planos, metas e estratégias para diminuição entre o ser e o dever-ser. Sendo assim, mesmo que a Constituição brasileira seja uma das mais sofisticadas quando o assunto é a positivação dos direitos humanos, se tratará de mera ilusão ter o direito à educação em posição privilegiada normativamente, sem que de fato ele se concretize na vida de uma criança negra, do campo e pobre.

A ampliação do conteúdo da dignidade da pessoa humana demanda uma série de medidas concretas do Estado de forma à regular o processo social, agindo em parceria com mais variados atores sociais e políticos, para criar forças contrárias ou esterilizadoras da exclusão social. Mas, concomitantemente também deve haver o desenvolvimento econômico e social. O meio para que isso se realize, é a política pública.

Bonavides (2010), entende que o desenvolvimento histórico do *status* das políticas públicas se deu em razão da transição da Constituição como um mero documento político para a Constituição normativa, constitucionalizando parte da Ciência política (dando roupagem jurídica), trazendo em seu escopo a força jurídica para a realização dos direitos esculpidos no documento estrito mais importante dos Estados contemporâneos (BONAVIDES, ano, p. 176).

Por isso mesmo:

A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida de esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (HESSE, 1991, p. 98).

Neste sentido, mesmo que a capacidade de se tornar exequível (realizável) da Constituição dependa de quanto o seu texto corresponde às lutas e equilíbrios de forças políticas e sociais num determinado contexto de acordo com determinados interesses. Isto, deixa a entender que não basta uma Constituição sofisticada e bem escrita para que ela seja obedecida pelos agentes políticos e sociais. Mas sim, que as lutas travadas no seio da sociedade contemporaneamente revestidas da linguagem constitucional (quanto aos direitos fundamentais e direitos humanos), sejam capazes de tornar as condições de concretude da constituição efetivamente mais equânimes. No macro, a Constituição é potencialmente o meio mais importante para que isso ocorra, mas a utilização dela depende do “*animus* institucional”

das funções do Estado. Por isso, a ausência deste *animus* por parte de tais funções é um problema político-institucional, não jurídico-normativo, conforme já exposto.

Sendo assim, conforme emblematicamente afirma Hesse (1991) “questões constitucionais não são originalmente, questões jurídicas, mas sim, questões políticas”⁷⁷. Por essa lógica, parte-se do pressuposto que a Constituição contribui para que exista uma arena jurídica para a solução dos conflitos políticos e sociais. A consequência desta linha de raciocínio é que o direito precisa de instrumentos e ações eficientes para a concretização dos direitos humanos. A nova configuração dos direitos e em especial para este trabalho, do direito à educação como parte integrante da sistemática constitucional, obrigou a existência de uma reformulação dos mecanismos constitucionais para adaptá-los à nova realidade jurídica, política e social.

Por isso mesmo, não cabe mais aquele discurso trazido nos capítulos anteriores, como contraponto, de que as normas de direitos sociais são meramente programáticas, dependentes a todo tempo do voluntarismo dos poderes políticos. Todavia, como também já demonstrado, a nova configuração torna o direito à educação um direito subjetivo e que por isso pode ser pleiteado ante a omissão, discordância ou negação de sua concretude (ganhando juridicidade), provoca uma dificuldade de operacionalização que demanda cuidado.

É pacífica a ideia que as normas não são somente regras, mas também princípios. Regras e princípios são espécies de normas. Todavia, segundo Bonavides (2000) para Dworkin as normas enquanto gênero, comportariam três espécies, não somente duas⁷⁸: os princípios, as regras e as *policies*. Os autores brasileiros (assim como Bonavides) costumavam não traduzirem o termo *policies*, trazido por Dworkin. Sendo assim, o que seriam *policies*? Seriam “políticas”, “diretrizes”, “programas”?

Entretanto, vale a ressalva comparativa:

A terceira objeção é a que o conceito de princípio é vasto e, portanto, impreciso, ou seja, inútil, porque faria objeto de avaliação todos os interesses possíveis. Essa é a mais fraca das objeções, e ela pouco ou nenhuma atenção lhe concede o formulador da nova teoria dos princípios, salvo para patentear sua divergência com Dworkin, que entende de maneira restrita os princípios, fazendo dos bens coletivos meras *policies*, ao contrário de Alexy, que alarga o conceito e insere neste os referidos bens. Em Dworkin os princípios entendem

⁷⁷HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar F. Mendes. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 124

⁷⁸ Hesse entende que só existem duas espécies.

unicamente com os direitos individuais, o que não acontece com Alexy, cujo conceito tem maior amplitude (BONAVIDES, 2000, p. 252)

Tradicionalmente, entende-se uma norma enquanto produzida no Parlamento, como sendo geral e abstrata. Por outro lado, políticas públicas não tem essa configuração (houve até tentativas no Estado de bem-estar social, sem sucesso). Na verdade, as políticas públicas atuam em espaços normativos, concretizando princípios e regras, de acordo com objetivos previamente estabelecidos pelo Estado em suas Constituições. Neste sentido, não existe abstração e generalidade no que tange às políticas públicas, mas uma determinação ligada à realização de objetivos específicos. Políticas públicas não são proposições que descrevem direitos, mas que descrevem objetivos que visam materializar direitos.

Políticas públicas, tem um caráter “operacional” no mundo jurídico, que tem estreita relação com os direitos humanos. Isto porque, as lutas travadas dentro do processo político de alargamento do conteúdo político e jurídico da dignidade da pessoa humana são um multiplicador de demandas diversificadas face aos poderes políticos. Esta é a parte da dinâmica factual da luta pelos direitos humanos. Fazer com que o Estado em todas as fases das políticas públicas, seja na produção legislativa, na implementação, na execução ou na avaliação, inclua e concretize direitos. Neste sentido:

As políticas públicas funcionam como instrumentos de aglutinação de interesses em torno de objetivos comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses. Segundo uma definição estipulativa: toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular. Os elementos das políticas públicas são o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para realização das metas e, finalmente os processos de sua realização (BUCCI, 2001, p. 12).

Sendo assim, para entender as políticas públicas atualmente por essa dimensão exposta pela autora, é pensar o Estado e o “Governo em ação”. Ou seja, as atividades estatais e as formas que elas são executadas pelos governos. Quando se fala nesta dimensão das políticas públicas mais aproximadas ao aspecto governamental, políticas públicas como um processo decisório que envolve inevitavelmente conflitos de interesses de todos os atores institucionais, políticos e sociais. Mas, no que diz respeito ao aspecto estatal, é praticamente impossível desassociar políticas públicas da ideia de projetos, programas, diretrizes e assim por diante.

Ora, é evidente que no que diz respeito às políticas públicas em sua dimensão mais voltada ao aspecto governamental, é uma ideia que carrega consigo elementos transitórios, já

que governos são transitórios e conseqüentemente a sua forma de executar também será ligada a um determinado momento da vida sócio-política do Estado. Já no que diz respeito às políticas públicas em seu viés estatal carrega consigo uma ideia de permanência, continuidade, independentemente de qualquer governo sazonal. Muito embora, pode-se ressaltar, que boas políticas públicas governamentais podem se tornar estatais⁷⁹.

Neste sentido, há de se deixar claro que políticas públicas relacionadas aos direitos humanos, não poderiam de forma alguma, ser consideradas uma espécie de políticas públicas ligadas a governos específicos. A Constituição é clara, no escopo dos seus primeiros artigos, que a dignidade da pessoa humana é o nosso principal fundamento estatal (Art. 1º, IV da CF) e como já expomos, este fundamento decorre do desenvolvimento e alargamento do conceito de direitos humanos. Além disso, pelo respeito aos direitos humanos no relacionamento internacional dos demais Estados (Art. 3º CF) e que pela igualdade não somente perante a lei, mas com obrigação material de diminuir as desigualdades de ordem econômica, racial e regional.

Todo o nosso desenho institucional está em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os Pactos de Direitos Humanos ligados à liberdade à igualdade. Neste sentido, trata-se dos diferentes governos alinharem suas políticas públicas governamentais, levando em consideração o conteúdo irrenunciável da Constituição Federal de 1988. Isto é o teto. É o mínimo. É o mínimo existencial (SARLET, 2010, p. 122). Isto posto, convém perceber que o conceito de políticas públicas e o seu objeto de estudo bem como a vinculação a esta ou aquela área específica da ciência é um terreno deveras pantanoso. Por isso, é de bom tom um esforço multidisciplinar, que este trabalho visa em certa medida fazer.

3.2. O Direito Humano à Educação: um campo de tensões, desafios e perspectivas

O direito humano e fundamental à educação é o bem jurídico e social mais caro à democracia⁸⁰. Isso porque, somente a educação é capaz enquanto processo “de tornar humano os seres humanos” (DIAS, 2007, p. 441). Isso faz com que, o direito à educação não só seja passível de ser adquirido, mediante demandas perante um juiz ou Tribunal, mas sobretudo e fundamentalmente porque é um “elemento constitutivo” de qualquer ser humano. Ou seja,

⁷⁹ É o que ocorre com o Programa Bolsa família, a exemplo.

⁸⁰ Desde 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos assinalou a educação como peça central para uma transformação e potencialização de participação dos sujeitos, conforme defende Zenaide (2007).

olhar para o direito humano à educação é se debruçar, necessariamente, sobre um processo cultural multidimensional capaz de tornar seres conscientes de seu papel enquanto cidadão, responsáveis pelos seus atos e uma vez despertando para o seu lugar no mundo, com suas atitudes interferir neste. Um processo emancipatório. Promover este elemento constitutivo é alargar a dignidade dos humanos.

Ter o direito humano e fundamental à educação como objeto de estudo é um desafio, já que não há como encapsulá-lo apenas nos apostes metodológicos do Direito como a grande maioria dos autores de artigos que trabalham acerca do ativismo judicial e políticas públicas educacionais fazem. Isso representa, nada mais nada menos, que limitar tal direito aos contornos normativos, focando em seus aspectos meramente descritivos, desconectando-o dos fatores institucionais, econômicos, políticos e sociais. Consequentemente, empobrecendo o debate e levando-o à barreiras intransponíveis da linguagem do “mundo jurídico”. Neste sentido, Streck (2009) entende que isso seria entender o direito como algo asséptico, não permitindo perceber que sobre o direito incidem estímulos políticos, sociais e valorativos impossíveis de serem aprisionados na “ficção do mundo jurídico”.

Falar sobre direito o humano e fundamental à educação, também não é somente falar sobre políticas públicas educacionais, é falar sobre “o processo de construção de uma sociedade igualitária, democrática e justa”, que em larga medida contribuiu e contribui para o desenvolvimento de tais políticas(DIAS, 2007, p. 441). Isto decorre da própria lógica dos direitos humanos, que para além de uma visão hegemônica, que privilegie questões exclusivamente instrumentais e pouco transformadoras, pode ser visto especialmente pelo seu viés contra-hegemônico representando assim parte de todo o processo lutas travadas no seio da sociedade para que as pautas igualitárias do direito à educação se tornassem realidades.

Os direitos humanos por este último sentido, seriam uma construção não somente jurídica, mas também política e social. Daí a riqueza, pois o direito humano à educação como espécie de direitos humanos carrega consigo a marca do processo de lutas de direitos negados historicamente pelo Estado brasileiro em nome de objetivos privados dos mais diversos. Se nos direitos humanos encontramos ambiguidades, elas não decorrerem tão somente das disposições normativas, mas se origina principalmente das concepções dos projetos políticos antagônicos (liberal vs. socialista), (PINTO, 2018, p. 205). Sendo assim, o direito humano à educação também carrega consigo a “impregnação” antagônica, na medida em que pode assumir, a depender o contexto institucional e político, feições mais aproximadas a um ou a outro projeto.

Já na Revolução Francesa (Sec. XVIII) com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1793, havia disposição no sentido de trazer de forma inaugural que “a instrução é necessária a todos” e que esta deveria ser colocada “ao alcance de todos os cidadãos”. Séculos após, isso ganha uma roupagem mais moderna com a Declaração dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, reafirmando no sentido de qualificar não somente o direito à instrução, mas também que ela “será gratuita” e “obrigatória”, “pelo menos nos graus elementares e fundamentais”. Já a instrução “técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito”.

Não se trata de uma mera coincidência, pois tais “referências nos possibilitam pensar que a temática do direito à educação sempre esteve intimamente relacionada à própria evolução dos direitos humanos” (DIAS, p. 444). A materialização do ponto de vista institucional desta inter-relação se deu em 1993, com a inclusão da Educação em Direitos Humanos na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (1993). Tal evento desencadeou uma série de discussões a respeito da importância de uma educação em Direitos humanos para a promoção de “relações harmoniosas” entre as comunidades locais e globais, capaz de desencadear, estimular e manter o respeito com as diferenças, gerando convivências pautadas na paz:

A educação em direitos humanos deve incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social, tal como previsto nos instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, para que seja possível conscientizar todas as pessoas em relação à necessidade de fortalecer aplicação universal dos direitos humanos (VIENA, 1996).

Nota-se por este prisma, conforme arremata Zenaide (2007) que a educação é “uma forma de potencialização dos sujeitos para participarem e tomarem decisões na defesa dos seus direitos e dignidade”. Ora, falar sobre esta perspectiva do direito à educação nos moldes aqui expostos é entender, sobretudo, de formar a pessoa para ser sujeito de direito, consciente de si e do seu entorno social e político, capaz de participar efetivamente dos espaços institucionais e informais (da democracia representativa, participativa e dos canais de abertura do Estado para inclusão de demandas vindas de uma agenda gerada no seio da sociedade), no sentido de tomar decisões para no presente e para futuro local ou internacional. Sendo assim, se faz necessário abordá-lo de forma crítica em razão do seu caráter transformador ou emancipatório, entendendo-o como um objeto multidimensional, pois as transformações

geradas pelo exercício do direito à educação notadamente transbordam em conteúdo para questões valorativas, comportamentais, relacionais, sociais e institucionais.

Por isso mesmo:

A busca pelo estabelecimento das conexões necessárias ao entendimento dos elos existentes entre o direito à educação e direitos humanos torna-se importante na medida em que, simultaneamente, permite-nos situar o contexto de afirmação de direito humano à educação e a luta pela sua efetivação (DIAS, 2007, p. 442).

Por essa lógica, o direito à educação é um direito em si, mas também um poderoso meio para aquisição de novos direitos e transformações das mais diversas. Ora, se as tomadas de decisão numa democracia, devem ser tomadas levando em consideração a pluralidade existente entre os mais variados agentes estatais e sociais, não parece leviano afirmar que quanto mais houver a concretização do direito humano à educação incidindo formal ou informalmente na *práxis* de tais agentes, teremos como resultado um ambiente efetivamente mais democrático, mais propenso ao respeito à dignidade das pessoas, incorporando elementos da igualdade material.

A educação pode ser então entendida como “direito-meio” que uma vez obtido e factivamente exercido pode preparar os sujeitos para o convívio e atrito com os plurais, ampliam-se a possibilidade destes exercerem uma cidadania crítica e participativa no sentido de transformar as relações entre o Estado e os particulares, entre as empresas e empregados, e assim por diante. Uma formação ética e política que possa viabilizar aos sujeitos a efetiva capacidade de participação nas decisões, buscando consensos, com base na “racionalidade das ações expressas em normas jurídicas compartilhadas⁸¹”.

A influência desta ideia é tamanha, que um terço dos Estados contemporâneos trazem o direito à educação como um direito humano e fundamental em seus desenhos institucionais. Segundo Yong(2019) apesar deste número ser de certa forma animador do ponto de vista institucional/internacional, até pouco tempo era evitado pelos Tribunais ou incluído numa concepção de desenvolvimento, na qual o crescimento econômico é condição necessária para sua realização, desconsiderando o desenvolvimento social. No contexto brasileiro, vivemos entre o “mundo da norma” e o “mundo real”, pois mesmo com nosso ambicioso arcabouço normativo, no campo dos fatos, o direito à educação é negligenciado.

⁸¹ Conforme Habermas (1987).

Muito embora o direito à educação tenha disposição internacional por meio da Declaração Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais preveja que tais disposições devam ser “progressivamente realizadas”, não havendo pelo menos do ponto de vista normativo-institucional qualquer divisão entre os direitos ligados à liberdade e os direitos ligados à igualdade (e o direito à educação é indispensável para nas duas dimensões), tais disposições por vezes alimentam a “metáfora da pedra angular”⁸², por causarem a falsa impressão de que a norma é a peça final de uma estrutura institucional:

Portanto, esses direitos não nascem desse momento de reconhecimento institucional – que na maioria dos casos passa pelo reconhecimento internacional para em seguida ser incluído nos sistemas jurídicos nacionais – mas, como evidenciado, surge de lutas e realidades concretas pelo mundo. Essa característica nos ajuda a compreender mais claramente o aspecto sócio-histórico dos DH; que não há direitos que comecem pelo institucional e o normativo, mas este é somente um dos momentos do processo de construção e efetivação de direitos (PINTO, 2018, p. 217).

Fora isso, o neoliberalismo com todas as suas tentativas de padronização internacional, imprime e por vezes força os Estados a adotarem medidas de austeridade, tornando as redes de proteção social cada vez mais erosivas, em nome da eficiência pública. Ou seja, uma visão instrumental e meramente normativa do direito humano à educação está impregnada mundialmente, intensificando os efeitos da metáfora acima exposta. Isso gera efeitos do ponto de vista da gestão dos Estados, uma vez que passam a entender limitadamente a prestação de serviço educacional ao puro e simples oferecimento de uma vaga numa instituição de ensino.

Como já dito, o direito à educação não é somente uma norma de direito humano e fundamental esculpida em desenhos institucionais, ele é um valor ético, inarredável da efetiva garantia de igualdade entre as pessoas, portanto deve ser inerente à própria democracia. Inexiste uma democracia substancial sem uma educação ampla, que leve em consideração não somente a preparação para o mercado de trabalho, mas sobretudo, que possa ser um ganho de dignidade para cada criança, adolescente, jovem ou adulto que goze deste direito. A igualdade gerada pela educação deve ser real e transformadora, pois é isso que determina uma ordem estatal legítima. Se isso não for levando em consideração, haverá um esvaziamento ético do conteúdo de tal direito.

⁸²Termo usado por Yong (2019) para designar esta ideia de privilégio normativo, como se a norma fosse o ápice do processo de concretização de direitos.

Neste sentido, cabe aos agentes institucionais, políticos e sociais determinarem de forma mais ampla o conteúdo do direito à educação, como ele será realizado enquanto prestação estatal e enquanto meio para obtenção gradativa da dignidade da pessoa humana a todos os sujeitos de direitos. Parte desta tarefa já foi feita por meio da Constituição, já que o direito à educação está “privilegiadamente localizado” em termos normativos. Etapa que deve ser mantida, porém não se faz suficiente.

Portanto, por mais que a Constituição tenha constitucionalizado em larga medida e de forma detalhada os objetivos e as fontes de financiamento para a realização deste tão importante direito, inexiste um esforço sistêmico capaz de gerar resultados significativos difusamente, muito embora haja resultados de forma isolada, como é o caso da universalização da educação e dos mecanismos avaliativos, inegáveis avanços. Mas, falta um “*animus institucional*” coordenado. Daí, a importância do agir estatal por meio de políticas públicas educacionais relativas aos direitos humanos à educação, com ampla participação dos vários agentes institucionais, sociais e políticos, no sentido de debater e intervir para o atingimento deste “inédito viável”⁸³.

3.3 O direito à educação como um resultado de um processo histórico de lutas políticastravadas no seio da sociedade: a relação entre movimentos sociais, educação e direito

Conforme já desenhado outrora, o direito à educação é objeto multidimensional. No que diz respeito à sua dimensão voltada ao Direito, assume o caráter de norma jurídica que visa dispor o fluir de um direito humano e fundamental – o mais caro à democracia. Porém, seu conteúdo não se esgota com os contornos dados por meio do ordenamento jurídico de qualquer que seja o Estado contemporâneo (muito embora no caso brasileiro como se percebeu o direito à educação detem *status* de fundamentalidade). Isso, reafirma que o

⁸³Freire desenvolveu uma categoria de análise interessante a respeito do aquele denominou de “inédito viável”. Acreditava que tudo aquilo que ainda não experimentamos enquanto sociedade igualitária era potencialmente possível e que não seria o fato de ainda não existir (ser inédito), que não poderia ser algo construído e criado democraticamente. Daí, o inédito viável como consequência da ação de seres humanos que percebendo as barreiras que os aprisionam (situações-limites), resolvem rompê-las, por meio de ações e reflexões (atos-limites). O inédito viável é a coisa inédita. Não existente. Mas, que pode ser possível pelas ações livres dos seres humanos que escolhem lutar por uma democracia substancial. Por isso, uma pedagogia da esperança.[...] existência humana e a necessária luta para fazê-la melhor, sem esperança e sem sonho. A esperança é ontológica a desesperança, esperança que, perdendo o endereço, se torna distorção da necessidade ontológica” (FREIRE, 1992, p. 5).

conteúdo do direito à educação é influenciado por variáveis que fogem de uma apreciação meramente normativa (existindo verdadeiros pontos cegos).

Na realidade, o próprio Estado Democrático de Direito “está para além” do Estado Democrático de Direito, “posto que em se tratando de um Estado *democrático de direito*, esse (direito e/ou direitos) deve (m) ser (em) assegurado (s) pelo Estado em consonância com a legítima vontade dos agentes sociais, através da soberania popular” (Marques, p.74). Interessante notar, que esta soberania popular não é ilimitada e deve respeitar os objetivos e princípios constitucionais já alinhados.

De acordo com Vieira (2001), essa espécie de soberania não se esgota com uma visão meramente procedimental da democracia, mas sim procura alinhar as democracias contemporâneas ao controle social das políticas públicas. Por este prisma, é preciso compatibilizar operacionalmente mecanismos clássicos da democracia representativa com os novos mecanismos advindos dos escopos da democracia participativa. Contrário do que se pensa, este tipo de “acomodação institucional” acima exposta, em tempos “de crise representativa”, supre parte do próprio *déficit* de legitimidade dos mecanismos clássicos de representação (na intenção de oxigenar o sistema), permitindo que se abram canais democráticos para uma maior participação de todos no processo de tomada de decisão, dando mais legitimidade a formulação de políticas públicas - dentre elas, as educacionais.

Como dito, as políticas públicas educacionais que tem como objetivo concretizar ou materializar o direito humano à educação por meio de ações concretas. Esta roupagem recente das políticas públicas no Brasil, é fruto de um processo de disputas políticas que (fazendo um recorte mais curto) foram iniciadas na década de 60 e desembocaram na institucionalização (final da década de 80) e no alargamento dos canais democráticos (anos 90). A massiva maioria das principais políticas públicas educacionais que foram incluídas na própria Constituição e especificadas por meio de leis infraconstitucionais decorreram deste processo. Senão, vejamos:

A sociedade brasileira, a partir da década de 90, assistiu a um alargamento das esferas de participativas e de controle social. Isto, claro, decorrente da institucionalização de uma constituição fundamentada em princípios republicanos e democráticos. A tradução empírica desses princípios deu origem a inovações institucionais que passaram a ampliar as possibilidades de participação. (MARQUES, 2015, p.69).

Por esta lógica, a democracia não pode ser entendida apenas como um regime político (que se esgota em si), mas “um sistema de valores” que viabiliza o desenvolvimento e a construção de esferas públicas, de espaços de participação, por isso mesmo o direito humano e fundamental à educação pode ser considerado (em uma de suas dimensões) uma categoria ética. Nestas esferas, passam a existir uma constante luta e alargamento de direitos de tentativas de alterações (alargamentos) nos seus conteúdos que só podem existir mediante tentativas de interferência (ou omissão) dos vários atores. Por isso mesmo, desenvolve-se a lógica de canais democráticos que ligam a democracia representativa à democracia participativa.

Por outras palavras, a concepção de democracia representativa interligada a concepção da democracia representativa, pode ser considerado um dos debates mais importantes após 88, visto que isso envolve diretamente a o conteúdo e qualidade de nossa democracia, e por consequência o conteúdo e qualidade dos direitos humanos e com o direito à educação não é diferente, das políticas públicas educacionais também as configurações da capacidade institucional dos Poderes políticos e do Judiciário diante desta complexa rede de lutas políticas.

Gohn (2011) defende que os movimentos sociais são de extrema importância para no desenvolvimento e institucionalização das políticas públicas educacionais no Brasil. Isto porque, os movimentos sociais funcionaram (e ainda funcionam, apesar de haver novas configurações sociais), como “fontes de inovação e matrizes geradoras de saberes”. Neste sentido, o ambiente institucional pós 88 é fruto desta do “caráter educativo” do “agir comunicativo” nas “redes de articulação”, produzindo segundo uma concepção ampla de educação “espaços diferentes de aprendizagem” que os movimentos sociais estabelecem na prática política cotidiana que se pode dar, pelo menos das duas formas abaixo.

Primeiro, nas articulações que são estabelecidas com o contato com as instituições educacionais, no interior dos próprios movimentos dando um caráter educativo de suas ações. Segundo, no meio acadêmico, em fóruns de pesquisa e na produção técnico-metodológica existente. Segundo a autora, há uma relação entre movimentos sociais e a educação (entendida em sua forma ampla), quando os “sujeitos de novas ações coletivas que extrapolam o chão da fábrica ou os locais de trabalho” passam a demandar junto ao Poder público “o atendimento de suas necessidades para sobreviver no mundo urbano”. Estes pontos, tratam-se diretamente de um agir coletivo/educativo que contribui para o desenvolvimento das formas de participação na democracia participativa em sua interface com a democracia representativa.

Por essa perspectiva, as demandas dos grupos sociais advêm de um processo educacional em sentido amplo, composto pela adesão social às lutas pela educação que se traduzem em sua grande maioria em lutas por direitos. Dentro desta dinâmica, movimentos sociais com seus processos educativos são capazes de colocar o tema dos direitos humanos e fundamentais no cerne de tais lutas, de modo a gerar um sentido de universalidade as questões de desigualdade social e econômica e, sobretudo, às políticas públicas em várias áreas, inclusive educacionais. Há uma atribuição “claramente emancipatória” neste processo.

Segundo a autora, as demandas advêm da interação entre os projetos e utopias dos movimentos e das “carências não atendidas”, sejam elas políticas, econômicas, sociais, religiosas e/ou educacionais. Neste sentido, o “trunfo maior” de uma carência material das lutas, é a obtenção de leis que “demarcam” ou “redefinem” relações sociais existentes. Para que isso ocorra, existe a necessidade de um “articulatório externo”, composto por lideranças e assessorias (são interlocutores que fazem a mediação entre os movimentos sociais a mídia e os órgãos estatais, são exemplos: igrejas, sindicatos, partidos políticos) seja apto a alcançar “alianças externas”, valendo-se da “estrutura de oportunidade”, que nada mais é do que o contexto sócio-político relativamente favorável.

O exposto acima, assume especial conexão com o conteúdo dos capítulos anteriores, visto que tais demandas vindas dos movimentos sociais por meio por meio dos articuladores podem utilizar-se(a depender da “obstrução dos canais”⁸⁴ democráticos tradicionais) da judicialização destas questões políticas (valendo-se deste contexto de estrutura de oportunidade) de transferências como uma das estratégias possíveis dentro no jogo de forças que é estabelecido dentro dos espaços democráticos, para que tais demandas seja reconhecida ou alargada. Noutras palavras, para que a interferência no conteúdo do direito pleiteado por meio da luta seja favorável à sua causa e harmonizante com os seus projetos e/ou utopias.

Sendo assim, estas oportunidades sócio-políticas-institucionais podem ser criadas pelos mais variados atores sociais (movimentos, Estado, mercado etc), representando um elemento importante neste cenário de estrutura de oportunidade e que por vezes gera a possibilidade de renovação e mudanças conferem aos movimentos atributos de poder. Observando com um olhar constitucional, conforme já esboçado, a nossa Constituição é aberta por excelência, permitindo que partidos políticos, sindicatos, ordens e associações das

⁸⁴ Para Ely (2010), conforme já demonstrado no primeiro capítulo, uma conduta mais proativa do Judiciário só se faz legítima quando alguma obstrução na democracia procedimentalista ocorrer. A desobstrução, em alguns casos pode se dar mediante decisão judicial.

mais diversas⁸⁵ (ou seja, articuladores) possam demandar em nome dos direitos de seguimentos sociais dos mais diversos, inclusive daqueles contemplados nas demandas dos movimentos sociais.

Mas, segundo Gohn (1997) o bem comum não é o centro deste jogo de forças, mas a disputa em torno de espaços de atuação dentro desta dinâmica democrática, visando alteração do conteúdo dos direitos e como se dará a materialização destes:

Se trata de um tipo de jogo de forças em que a disputa de jogo de forças em que a disputa não é a construção do bem comum (infelizmente) mas a tomada de espaços sobre a produção, gestão e controle de um infinidade de coisas (bens públicos, direitos sociais e trabalhistas, terras, direitos sociais que geram novos encargos sociais e maior responsabilidade do Estado no cumprimento da legislação trabalhista (GOHN, 1997, p. 262)

Segundo a autora, os opositores deste processo, são os que “detêm o bem demandado”, no caso do trabalho presente, à educação. Entretanto, não necessariamente os opositores são antagonistas. Isso é importante, já que: a negociação, a troca e a barganha estão dentro deste processo e por vezes os opositores podem ceder em razão do contexto sócio-político, de modo que eles podem ser até opositores, não inimigos. Por esta lógica, as conquistas e derrotas estão relacionadas aos fluxos e influxos, ou seja, as questões de natureza interna (as articulações) e as questões externas (contexto sócio-político). Por isso mesmo, defende a autora que os movimentos sociais são categorias históricas (GOHN, 1997, p. 295). Isso, ameniza o antagonismo existente nas duas concepções de direitos humanos, a instrumental e a emancipatória (liberal vs. socialista).

Esta dinâmica foi fundamental já no processo de reconstrução do processo democrático do país e para que a Constituição tivesse as feições cidadãs que até hoje tem (mesmo após sucessivas alterações constitucionais). Aliás, para Gohn (1997) o desenho institucional vigente é fruto lutas advindas dos movimentos sociais, não sendo configurados como meros coadjuvantes, mas como interlocutores capazes de influenciar decisões, ou seja, com “capacidade de interferir e construir uma esfera pública”, institucionalizando ampliativamente as demandas represadas.

Neste sentido, as políticas públicas educacionais não surgiram do nada. Essa dinâmica sócio-política interfere na dinâmica institucional, “não é algo isolado”⁸⁶. Interessante, que não

⁸⁵ Trata-se do amplo rol de legitimados para deflagração do controle de constitucionalidade.

parece ser leviano entender que a ideia da autora é um aporte interessante e que harmoniza com os aportes da teoria institucional já trabalhados nos capítulos anteriores.

Se tal dinâmica de atuação é de caráter político-social e se a nova atuação do Judiciário diz respeito às questões de caráter político-institucional, podemos estabelecer uma relação que, por pior das hipóteses é relativa, entre nosso desenho institucional, o ativismo judicial e movimentos sociais, em razão do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais e da materialização destes direitos por meio das políticas públicas. Esta estrutura de oportunidade, contribui para uma atuação judicial voltada à democracia participativa, se esta levar em consideração o diálogo entre os diferentes atores.

3.4 As demandas sociais e políticas públicas do Direito Humano à educação

Conforme já esboçado, os movimentos são categorias históricas, entendidas num certo tempo e espaço, variando segundo a depender do paradigma utilizado. Preexistem e ao mesmo tempo são lançados à criação da própria investigação científica. Para que um movimento venha a influenciar o ambiente sócio-político-institucional deve se articular estrategicamente dentro da dinâmica conjectural existente. Por isso, existem fases (não rígidas), para que o movimento social venha ganhar força no processo de lutas. São algumas delas: a) identificar a situação de carência e o seu conjunto de variáveis; 2) formulação das demandas pelas pessoas do grupo (lideranças e acessórias); 3) aglutinação de pessoas (futuras bases do movimento) em torno das demandas; 4) transformação das demandas em reivindicações; 5) organização elementar do movimento; 7) práticas coletivas, como reuniões e atos públicos; 6) práticas de difusão em jornais, conferências, etc. 8) negociações com os opositores e intermediários por meio dos interlocutores; 9) consolidação ou institucionalização da demanda.

As fases acima são mais gerais e não representam etapas progressivas, são extremamente dinâmicas e podem ocorrer em ordem diversa. Destaque, para a fase de “negociações com os opositores e intermediário por dos interlocutores” e a “consolidação ou institucionalização das demandas” já que representam para este trabalho uma conexão entre a atuação dos atores sociais em questão e os Poderes políticos, como também, a atuação do Judiciário vez que estrategicamente tais demandas podem desaguar neste último.

⁸⁶ É uma interface interessante, “uma disputa histórica pela fixação do significativo e, portanto, sem limites”. (DAGNINO, ano, p. 103-115).

Na realidade, ao fazer isso os movimentos sociais não só agente de forma político-estratégica, mas também de forma educativa, em sua concepção mais ampla:

Há aprendizagens e produção de saberes em outros espaços, aqui denominados de educação não formal. Portanto, trabalha-se com uma concepção ampla de educação. Um dos exemplos de outros espaços educativos é a participação social em movimentos e ações coletivas, o que gera aprendizagens e saberes. Há um caráter educativo nas práticas que se desenrolam no ato de participar, tanto para os membros da sociedade civil, como para a sociedade mais geral, e também para os órgãos públicos envolvidos – quando há negociações, diálogos ou confrontos (GOHN, 2011, p. 333).

Neste sentido, Gohn (1997) caracteriza as “formas de expressão dos movimentos sociais”, são eles: 1) categoria dos movimentos sociais constituídos a partir da organização social das instituições que os apoiam e abrigam seus mandatários, geralmente classistas: movimentos religiosos, partidários, sindicais, corporações, estudantes, professores, funcionários, etc; 2) categoria dos movimentos sociais constituídos a partir das características da natureza humana: sexo, idade, cor e raça; 3) categoria dos movimentos sociais constituídos a partir de problemas sociais que demandam mais equipamentos coletivos de consumo: escola, saúde, transporte, lazer (aqui também, se encaixa de não consumo ou de preservação, como as questões ambientais); 4) categoria dos constituídos em função de questões de conjuntura política e; 5) os constituídos a partir de ideologias.

Os exemplos da atuação dos movimentos sociais no sentido de lutas travadas por estes agentes sociais e posterior institucionalização de suas demandas políticas (e que, portanto, transformaram-se em políticas públicas) são diversos. Entretanto, cirurgicamente serão expostos alguns movimentos sociais de uma verdadeira “constelação”, visando melhor sistematizar a conexão entre os capítulos anteriores e o último capítulo.

Segundo Gohn (2011) algumas demandas pela educação geradas pelos movimentos sociais são: a) lutas pelo acesso nos diferentes níveis de ensino ou a exigência de programas que respondam essa demanda; b) demandas por vagas nas escolas de educação infantil; c) demandas pelo aumento de vagas no ensino básico; d) demandas pela escola pública de qualidade; e) demandas por programas efetivos contra o analfabetismo, d) demandas pela educação de jovens e adultos e; e) ações afirmativas.

Sendo assim, para que cada demanda acima seja reconhecida, institucionalizada e mantida dependerão das “diferentes estratégias” que podem ser percebidas por meio de

simples denúncias, pressões face às instituições, articulações das mais diversas, pressões midiáticas etc. De modo que, para autora tais atores sociais exercitam aquilo que Habermas chamaria de “agir comunicativo”, dando pulsão à sociedade e servindo de empoderamento para cada grupo.

Portanto, por mais difícil que possa soar para a “academia do direito”, a arena judicial é uma destas arenas democráticas (embora que diferenciada), que pode servir para reconhecimento, institucionalização e manutenção de demandas sociais, inclusive educacionais. Por isso, no quinto capítulo verificar-se-á como se dá essa interação entre movimentos, demandas sociais e atuação ativista (embora que de forma lateral) da Corte brasileira ao se trabalhar com a análise do ativismo judicial da Corte em relação a tais demandas.

3.5. Direito Humano à Educação na Educação em Direitos Humanos: educação emancipatória e sujeitos de Direito.

A dimensão institucional do direito à educação é deveras importante, mas representa parte de um todo extremamente complexo e dinâmico que é o processo de disputas políticas por interesses que giram em torno da definição ou do conteúdo do que é o direito à educação numa sociedade, promovida por vários agentes. O nosso desenho institucional aponta o direito à educação com um direito fundamental, que deve ser concretizado mediante ação estatal (políticas públicas), com planos, metas e responsabilidades definidas.

É um cenário institucional importante, inovador e até certo ponto (conforme já demonstrado) ambicioso. A realidade, força a necessidade de ações no campo do “ser”, não somente no “dever ser”. O Brasil é um país de extrema desigualdade. Pode-se dizer tranquilamente que existem vários “Brasis”, não é à toa que a nossa Constituição admite diretamente a existência desta desigualdade, pois ter como objetivo “reduzir às desigualdades” sejam elas raciais, sociais ou locais, é afirmar que o ponto de partida é a crônica ausência e igualdade racial, social e local.

Pensar na materialização do direito à educação, não é somente pensar na questão na prestação deste direito do ponto de vista do acesso, mas também pensar que essa prestação deve ser plural, que leve em conta a multiplicidade do substrato cultural brasileiro, sob o risco

de uma “padronização educacional” que exclua ainda mais os sujeitos deste processo. Nada mais séria do que a reprodução no âmbito da educação das desigualdades.

Possivelmente, a forma efetiva (muito embora, nada fácil) de diminuir estes impasses e tensões existentes entre a realidade política e social e a materialização do direito, é por meio de uma educação que emancipe os sujeitos, os tornando conscientes do seu papel transformador, os qualificando do ponto da cidadania para um debate amplo por meio dos canais democráticos tanto da democracia representativa, quanto da democracia participativa. A ação estatal, deve ser voltada com todas as suas forças para este tipo de educação não esterilizante, promotora de um intenso potencial de diálogo e articulação.

O desafio é grandioso, pois no conteúdo do direito à educação está o alargamento da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Não é à toa que a educação é central estrategicamente não somente para UNESCO, mas para o desenvolvimento sustentável do globo. A dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral aberta que permite inclusões das mais variadas. Como é possível falar que a dignidade das crianças do campo será respeitada e promovida se a educação destinada a elas tiver os mesmos padrões urbanos? Como é possível que os adultos não alfabetizados tenham sua dignidade promovida com aulas nos mesmos moldes das desenvolvidas para crianças? E o periférico? E o índio? Um quilombola?

Diante deste contexto, é razoável defender a mesma configuração e realização do direito humano à educação para cada indivíduo acima? Há a possibilidade se falar em democracia sem a inclusão destas pessoas no processo de políticas públicas educacionais, levando em consideração não somente a garantia da vaga, mas inexoravelmente a qualidade de prestação deste direito?

Neste sentido, não há como escapar da ideia de que as políticas públicas educacionais devem ter um conteúdo plural. A capacidade de se adaptar aos vários sujeitos de direitos, de todas as idades, de todas as etnias, de todas as classes sociais. Para Arroyo é preciso que tais políticas públicas se revistam de “humanidade e dignidade”, uma vez que tais sujeitos, fazem parte de espaços extremamente estigmatizados, de ausência estatal. Políticas públicas “humanizadas e dignas”, para sujeitos diversos e excluídos. Daí, a necessidade de entendermos os aspectos políticos das políticas públicas educacionais, dos quais inexistem elementos de neutralidade, pois sempre deveriam atuar para interferir em realidades como as dos exemplos acima.

Por isso, as políticas são públicas, devem se revestir do ponto de vista principiológico de um caráter público e não privado, comprometida com a redução com todas as desigualdades que assolam o tecido social e que nitidamente servem como mecanismo de amarras e de atraso para o desenvolvimento e soberania do Brasil. Sabe-se que a soberania de um país não está na letra da Constituição, mas também na capacidade deste país de gerar conhecimento. Quanto mais complexa é a produção científica e tecnológica de um país, mais contemporaneamente poderemos dizer que este país é livre e soberano.

O que define políticas públicas educacionais de qualidade é a capacidade de preparar os sujeitos principalmente para o desenvolvimento como pessoa humana dotada de dignidade. Alcançar a permanência de todos à educação enquanto prestação de serviço, garantindo que os alunos tenham as mesmas condições e chances de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Mas, também, levando em consideração a necessidade (pelo menos momentânea) de se fazer a “compensação de desigualdades” por meio de uma “igualdade de condições” ou “igualdade de chances” no acesso, permanência e qualidade.

Nota-se que a centralidade das políticas públicas deve ser contribuir para que os seres humanos se emancipem, entendendo o seu espaço-tempo, para que sejam capazes de promover ações transformadoras no, agora árido, para a construção de um futuro frutífero. A possibilidade de gerar nos educandos a consciência do seu espaço interno e externo, reconhecendo-se enquanto seres humanos inacabados. Ora, se o conhecimento é um patrimônio universal da espécie humana, assim é em razão do “trabalho” dos seres humanos sobre ele, que interpretam e produzem ações geradoras de novas realidades, o acesso a esse bem jurídico, social e político é sem dúvida um direito inalienável.⁸⁷

Por outro prisma, somente seres emancipados, podem participar do processo de produção do conteúdo deste conhecimento a ser transferido de geração para geração, e em última instância fazer isso é contribuir para o conteúdo do direito humano à educação e sua forma de pensar e agir sobre tal direito. Isso pode se dar, tanto conservando culturalmente aquilo que de melhor há neste processo, como também promovendo rupturas com vistas a ampliação de seu conteúdo. As duas versões são legítimas.

E isso deve ser assumido pelo Estado, do ponto de vista mais concreto:

⁸⁷NADER. Alexandre Antonio Gili Nader. O estado nas políticas educacionais e culturais em direitos humanos, p. 413.

Cabe ao Estado, nessas políticas, o papel de possibilitar a todos o ingresso e a permanência numa educação escolar [...] como agente educativo, sua função primordial nesse campo, nas escolas públicas, buscando sempre aprimorar o patamar de qualidade e ampliar o alcance de sua oferta de ensino- conjugando, inclusive, quando necessário e possível, ações afirmativas direcionadas a grupos sociais específicos aos esforços mais amplos voltado para universalização; como fiscalizador/ avaliador das ações educativas desenvolvidas iniciativa privada, exigindo de todas elas desempenho o mesmo nível que aquele a ser encontrado nas escolas públicas requalificadas [...] oposição mesmo, a percepção [...] do Conhecimento como patrimônio de todos e da Educação como direito (NADER, 2007, p. 420).

Neste sentido, não se trata de uma defesa meramente filosófico-pedagógica, trata-se de pressionar o Estado para tomar medidas concretas para o atingimento dos fins constitucionais, caso contrário sempre haverá o risco de ficarà deriva de alterações constitucionais e políticas públicas educacionais genéricas. Neste ponto, a educação enquanto prestação estatal e cultural tem um ponto em comum: existe uma associação entre educação e transformação social. Daí, a importância dos direitos humanos no conteúdo do direito à educação, na intenção de potencializar e incrementar a eficácia da atuação Estatal no campo das políticas públicas.

Por isso mesmo, segundo Nadir (2007) a cidadania não é outorgada aos indivíduos pelo simples fato de terem acesso e participarem do processo de escolarização, mas um “atributo inalienável” de todos, independentemente de suas condições físicas ou econômicas, que tem como objetivo também a “cobrança aos responsáveis” sejam eles os poderes políticos e seus ocupantes temporários do desenvolvimento de ações Estatais de caráter público que gerem que tenham em seu bojo a “democratização da sociedade”, que nada mais é do que a “efetivação irrestrita dos Direitos Humanos”. Sendo assim, a viabilização pela prestação deste direito pelo Estado pode trazer uma contribuição importante para o exercício da cidadania, elemento essencial da condição humana.

3.6. AEmenda do “teto de gastos”: uma emenda “constitucional” autofágica

Como alinhado acima, seja do ponto de vista da ambição ou da simbologia, a Constituição Federal de 1988, representou um marco democrático significativo para todas as áreas, inclusive quanto à ampliação direitos fundamentais, de mecanismos e quantidade de agentes com capacidade institucional para defendê-los caso os poderes políticos assim não

fizerem. Dentre os direitos fundamentais, estão os direitos fundamentais sociais, conforme também já alinhado. Entretanto, “há uma pedra no meio do caminho”, em 2017 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 95 de 2016, a polêmica EC do “teto de gastos”.

A referida emenda assim ficou conhecida em razão dos argumentos fiscais promovidos pelo Governo Michel Temer que, vindo a assumir após o *impeachment* questionável da Presidente Dilma. Os argumentos do governo resumidamente apontaram para o sentido de que: 1) era preciso organizar as contas estatais, assim como organizamos as contas familiares; 2) o desequilíbrio fiscal existe em razão do crescimento da despesa pública promovido pelos governos anteriores; 3) logo, a respectiva emenda seria um mecanismo essencial para a volta do crescimento econômico, vez que indicaria para o mercado certo grau de responsabilidade fiscal. Sob o argumento fiscal e financeiro, desconsiderou-se por completo o escopo da Constituição Federal de 1988, compromissada (simbólica ou ambiciosamente) com a redução das desigualdades e injustiças de todas as ordens.

Do ponto de vista normativo, a Emenda Constitucional nº 95 de 2017, trata-se tecnicamente dar um “Novo Regime Fiscal” sem alterar em qualquer “dispositivo clássico” da Constituição, mas nos Atos e Disposições Transitórias (ADCT), dado nova redação aos artigos 106 e 107. O que se percebe é que tais enunciados claramente “propõem uma espécie de paralisação das despesas primárias por 20 (vinte) exercícios financeiros”. Curiosamente a EC em questão atinge o orçamento fiscal e a seguridade social da União, mas deixa de fora juros e despesas com rolagem da dívida pública. Um estranho mecanismo com verniz de constitucionalidade e de difícil percepção visual no texto constituição, a não ser para os técnicos do direito ou pesquisadores específicos que cuidam do tema.

Neste sentido, ao congelar por 20 anos todos os gastos relativos aos direitos fundamentais sociais que em larga medida precisam de aportes financeiros do Estado para sua materialização, deixando de fora gastos com juros e rolagem de dívida, os poderes políticos conseguiram apunhalar o próprio desenho institucional e gerar um problema institucional gravíssimo de proporções danosas incalculáveis ao tecido social brasileiro. Pois, trata-se grosso modo da suspensão de parte significativa da Constituição Federal de 1988, justamente a que tem relação com os vulneráveis.

Tudo isso, num contexto em que segundo os dados do IBGE (2015): a) somente 23,2% das crianças de 0 a 3 anos eram atendidas por creches e pré-escolas; b) a taxa de analfabetismo funcional equivalia a 29,3% da população; e c) e a remuneração dos

professores que atuavam na educação básica era 54,5% a menos que as remunerações dos demais profissionais que possuíam nível de escolaridade equivalente⁸⁸. Importante frisar também, que o Brasil se comprometeu com por meio do seu Plano Nacional de Educação (PNE), atingir determinadas metas objetivas (de curto, médio de longo prazo) que vinculam todos os poderes públicos, e o sistema educacional em todos os seus níveis.

Como é sabido, o PNE encontra-se em “vigor” desde 2014 (Lei Federal nº 13.005/14), com previsão para término em 2024. As metas do respectivo são ambiciosas e exigem um Estado forte e dirigente com foco na educação e a “emenda do teto” vem no sentido contrário a tais compromissos já alinhados:

O ordenamento jurídico vigente aponta a educação como prioridade na atuação governamental. O Plano Nacional de Educação 2014-2024 estabeleceu arrojada política de Estado para todos os entes federados em matéria educacional. De modo inovador, a Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 e o Plano Plurianual 2016-2019 definiram as metas inscritas no PNE como prioridades da administração pública federal, vindo este a definir metas intermediárias, alinhadas com o Plano Educacional, a serem obtidas no quadriênio em referência. Assim, o Novo Regime Fiscal proposto compromete não só as políticas educacionais previstas na Constituição, no Plano Nacional de Educação e no Plano Plurianual, mas também as inegáveis conquistas verificadas nas últimas décadas (TANNO, 2016, p. 112).

Neste sentido, estas questões postas acima colocam o ordenamento jurídico brasileiro num *déficit* de concretização ou de materialização ainda maior. Pior ainda, comprometem aquilo que já foi lenta e gradativamente construído ao longo da vigência dos PNEs anteriores e pela sociedade de um modo geral. Portanto, trata-se da suspensão do *status quo* da concretização educacional durante os próximos 17 anos (muito embora, a emenda estabeleça que no décimo ano, haverá uma revisita). Isso, configura aquilo de Marcelo Neves chama de “suspensão econômica da Constituição⁸⁹”, de modo a desvirtuar até o seu aspecto simbólico.

⁸⁸ Já em 2016, ano de vigência da EC 95, não havia justificativa.

⁸⁹ Em recente palestra intitulada “Descaminhos do constitucionalismo brasileiro”, concedida no 18º Encontro do SINPROFAZ, em 22 de novembro de 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=7c18kHRzc7Y&t=1247s>

4 CAPÍTULO: O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Os caminhos apontados nos capítulos anteriores têm a intenção de tornar clara a relação entre uma conduta mais proativa do Judiciário e as políticas públicas educacionais do direito humano e fundamental à educação como produto de disputas políticas dentro da dinâmica constitucional. Neste sentido, a expansão dos poderes judiciais tem seu núcleo comum localizado no alargamento do espaço democrático de atuação da Corte brasileira em detrimento aos demais poderes, alterando significativamente a dinâmica institucional. Conforme já demonstrado, é uma atuação multidimensional e não pode ser entendida de forma isolacionista e muito menos ingênua.

No Brasil, o Supremo Tribunal vem alargando seus poderes político-normativos em vários campos. São exemplos: a criação judicial, no campo processual, no preenchimento de determinados vazios normativos e institucionais deixados pelos demais poderes e também na interferência em políticas públicas - dentre elas, as educacionais. Novas dimensões ou ramificações das já existentes podem surgir sem que necessariamente se tornem algo metodologicamente não apreciável desde que preservemos detidamente o seu núcleo comportamental: a expansão do espaço de atuação.

O ativismo como demonstrando, não é fruto da vontade deliberada deste ou daquele juiz, desta ou daquela composição da Corte (tão somente). Isto porque, existe uma estrutura de oportunidades (fatores internos e externos) que podem fazer com que haja esta peculiar expansão de poder, como também sua autorrestrição. As políticas públicas do direito humano e fundamental à educação são produtos de lutas políticas travadas na sociedade brasileira por meio dos movimentos sociais do período anterior à Constituição de 1988. Por sua vez, tais movimentos não agiram e não agem isoladamente (muito embora com outras configurações e com a presença de outros agentes como Ongs e estruturas de abertura dentro corpo estatal como a exemplo dos conselhos). Como visto, eles também necessitam de estruturas de oportunidade para institucionalizar suas demandas.

Neste sentido, uma vez tais demandas institucionalizadas, seja sob a forma de norma constitucional ou legal versando sobre políticas públicas, necessitam de efetivação. Isto porque, não é pelo simples fato de as demandas educacionais estarem normatizadas ou institucionalizadas que de fato são concretizadas ou não haja algum tipo de ineficiência total ou parcial. Por este viés, há a necessidade de uma articulação dialógica entre os agentes

institucionais, sociais e políticos dos mais diversos, para que: os direitos já institucionalizados possam ser materializados ou efetivados e os que ainda não foram possam ser reconhecidos. É uma dinâmica sem fim, muito embora possa haver retrações.

Neste quinto capítulo, procura-se mostrar como se dá a atuação do Supremo Tribunal Federal em meio a esta dinâmica institucional de fluxos e influxos, no que diz respeito à interferência nas políticas públicas educacionais do direito humano e fundamental à educação. Para tanto, foram selecionados casos paradigmáticos em que o Supremo expande seus poderes de modo a agir como coparticipe na manutenção ou na criação de políticas públicas nesta área. São casos que dizem respeito ao direito à educação principalmente na dimensão de direitos. Em todos estes casos, o conteúdo e os contornos do direito humano à educação são vistos como um objeto social que está em disputa.

4.1. Panorama geral: contexto institucional, normativo e jurisprudencial

Como já esboçado, até meados dos anos 2000 o Supremo Tribunal Federal não passava de mais um órgão burocrático do cenário na sociedade e da democracia brasileira. Neste sentido, existe alguns fatores externos à Corte muito importantes para que o protagonismo se desenvolvesse, como a configuração da Constituição Federal de 88 (que trouxe um extenso catálogo de direitos humanos positivados em seu escopo delegando principalmente ao Poder Judiciário a fiscalização e controle ante às violações por ação ou por omissão) e a intensa e gradual judicialização das demandas da sociedade. Ademais, os governos democráticos melhoraram significativamente as questões de ordem econômica e social (colapsados já na segunda metade desta década, é verdade).

Quanto aos fatores internos, podem ser percebidos na alteração significativa dos ministros que compõem a nossa Corte, indicados neste contexto político já citado, em substituição a alguns ministros que ainda tinham fortes laços com contexto político anterior à redemocratização (fato que fez o Supremo fosse extremamente autorrestritivo e legalista inicialmente, o que demandou apelos de teóricos como Piovesan e Dallari⁹⁰, para que o órgão pudesse agir com a robustez institucional que a Constituição lhe atribuiu). Como também, a construção de um novo entendimento acerca da possibilidade do Supremo interferir em políticas públicas em casos específicos, algo inimaginável até então.

⁹⁰ Conforme já exposto.

Tais mudanças, oxigenaram a Corte brasileira e representam aquilo que Campos (2014) denomina de “virada institucional” do Supremo Tribunal Federal. Neste novo ambiente institucional, a Corte teve de certa forma uma configuração expansiva praticamente perene entre os anos de 2005 a 2015⁹¹. Tais decisões, em sua maioria foram atinentes a dimensão social ou coletiva do direito à educação⁹². Entretanto, recentemente se observa novas tendências de demandas relativas ao direito humano e fundamental à educação⁹³. Existe, após este lapso temporal uma visível bifurcação entre a dimensão acima e uma dimensão individual deste direito. Ou seja, uma vez que pelo menos institucionalmente, o direito à educação está de certa forma garantido (em maior ou menor grau), questiona-se “como” e/ou “de que forma” tal direito pode se materializar individualmente.

Noutras palavras, as novas demandas questionam se o conteúdo do direito à educação abarca “versões personalizadas”. Tudo leva a crer que este novo cenário de demandas (não necessariamente vinculadas aos agentes clássicos de interação política como sindicatos, associações, movimentos sociais etc) age como um *plus*⁹⁴ que de certa forma altera a paisagem jurisprudencial do direito humano e fundamental no Brasil. Demandas como possibilidade do ensino religioso, do ensino domiciliar e “escola sem partido”, são exemplos deste tipo desta “nova tendência”.

Conforme já visto, as normas internacionais, constitucionais, infraconstitucionais, dão atributos característicos diferenciados ao direito à educação em relação aos demais direitos humanos e fundamentais. Isso porque, tal direito pode conter dimensões individuais, sociais e coletivas. É multidimensional. Para o direito, os titulares de direitos são aqueles que podem gozá-los de acordo com as múltiplas formas que a institucionalidade permite, sem que isso esgote as possibilidades de judicialização de demandas não institucionalizadas ou de eventuais incompletudes nas formas já existentes. Entretanto, diz-se que são sujeitos passivos são todos aqueles que recebem a prestação estatal.

Na realidade, isto tem a ver com aquilo que já foi esboçado no capítulo anterior, o direito à educação trata-se de um bem jurídico complexo, é meio e fim, que envolve diferentes poderes e capacidades de exercício, atrelando-o ao regime jurídico específico dos direitos

⁹¹ No primeiro bloco de decisões.

⁹² Conforme demonstrado no segundo capítulo, um ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (ou prestacional).

⁹³ Inclusive, no que diz respeito a produção legislativa.

⁹⁴ O termo é usado sem carga valorativa.

fundamentais, mesmo que este dependa em quase toda a totalidade das possibilidades da materialização estatal e recursos financeiros.

É o que Sarlet (2010) denomina de direito de crédito do indivíduo em relação à coletividade ou direito de exigência de solidariedade, perante o sistema jurídico. Ocorre, que está dinâmica em larga medida depende do Estado. No plano individual, diante do alargamento da dignidade da pessoa humana, visto que a realização pessoal de direito está ligada não só a valor igualdade, mas também ao valor liberdade, não seria leviano afirmar que o direito à educação beneficia reciprocamente a coletividade e o indivíduo específico.

Conforme Lemos (2018), “o interesse particular e o interesse público, assim, se fundem da mesma forma que os interesses internacionais, nacionais e regionais”. Como vimos, ao contrário dos demais direitos humanos ou fundamentais (sociais), o direito à educação assume um caráter compulsório (dos 4 aos 17 anos) conforme o Artigo 208, I da CF/88, não sendo dado aos indivíduos nesta fase a possibilidade de não gozar dele. Por isso, que é universalizado, para forçar ao Estado à sua compulsoriedade. Daí, as obrigações paralelas, pois o Estado deve promovê-lo, protegê-lo e garanti-lo; a família por sua vez atribui-se a obrigação de matricular, ou seja, cuidar da parte que lhe compete ao acesso; e por último a sociedade que deve financiar toda essa dinâmica de materialização do direito à educação.

Ora, do ponto de vista da obrigatoriedade, o parâmetro de materialização são as normas de direitos humanos dos quais o Brasil já é signatário, já no plano nacional, a Constituição e as legislações infraconstitucionais. Se estas normas, inclinam-se para determinados objetivos que devem ser atingidos, tais escolhas, impactam a natureza ou o conteúdo do direito humano e fundamental em questão. Desta forma, inexistente uma educação ideologicamente neutra. Há “valores que se transformaram em princípios constitucionais que pesam nesta balança e que estão dispostos nos primeiros artigos da CF/88, notadamente, o princípio republicano e o princípio democrático (BARROSO, 2010, p. 448). Por esta lógica, as necessidades sociais e individuais, no Estado Democrático de Direito, não podem ser desvinculadas dos princípios da República.

Dito de outro modo, o desenvolvimento da personalidade de qualquer indivíduo em nenhum momento pode ser desconectado da possibilidade de participação na vida coletiva que tem o seu espaço: o espaço público! Se a Lei Diretrizes e Bases (LDB) traz em seu escopo, no Artigo 32 que “o ensino fundamental obrigatório, tem duração de 9 anos” com “início a partir dos 6 anos”, o objetivo desta compulsoriedade é: a formação básica do cidadão

conforme o princípio republicano e o princípio democrático. Ou seja, a ideia é que os poderes estatais respeitem e materializem os fundamentos, princípios e objetivos da Constituição.

A educação é, por esta lógica, é um problema político-institucional, pois República e a Democracia, são objetos da Ciência política. Conforme Ranieri (2015) do “ponto de vista jurídico, portanto, a educação é um problema político; um problema que diz respeito à tomada de decisões coletivas; à legitimação do ao exercício do poder nas sociedades contemporâneas”. Aquilo que Anísio Teixeira dizia sobre a formação democrática da vida, fundado no pressuposto de que a “ninguém é desprovido de inteligência que não possa tenha uma contribuição a fazer às instituições e à sociedade que pertence” (TEIXEIRA, 2007, p. 65). Conforme já alinhado, para que essa concepção política e social se confirme, exige-se da sociedade o oferecimento a todos o relativo acesso e aos meios de desenvolver capacidades e habilidades indispensáveis à participação dentro do espaço democrático e na interface com as instituições.

Neste sentido, a participação é essencial para a dignidade humana de qualquer ser humano. Desta forma, existe uma conexão valorativa (axiológica) e principiológica entre a educação, cidadania e democracia. Por isso, considerando a dimensão jurídica das normas em questão, importa especialmente para este trabalho a valorização da educação vinculada aos fins constitucionais. Pois, qualquer alteração no conteúdo, nos sentidos e nos contornos do direito à educação, que não seja para sua ampliação ou alargamento, poderá comprometer seus fins.

Por óbvio, o conteúdo, os sentidos e os contornos do respectivo direito não são somente determinados pelos poderes políticos que tradicionalmente detêm o signo de operacionalizarem as demandas e debates advindos do espaço público. Por isso, a de se ter um olhar indispensável para Corte brasileira no exercício de sua capacidade institucional de interpretar as normas constitucionais, vez que Constituição representa parte normatizada da política, e que o direito humano à educação não é neutro. Neste sentido, o foco é atuação judicial e seus efeitos dentro da dinâmica institucional, ou seja, em seus aspectos político-institucionais.

4.2 A virada institucional do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito humano e fundamental à educação

A jurisprudência da Corte brasileira ganhou campo e força do ponto de vista sócio-político-institucional alterando os espaços democráticos de atuação a partir dos anos 2000 como já demonstrado. Antes deste período, as demandas levadas à Corte brasileira diziam respeito à tutela de assuntos periféricos ou laterais ao direito à educação de dimensões muito específicas⁹⁵. Por isso, a complexidade de se estabelecer padrões mais apurados de pesquisa antes dos anos 2000.

Neste sentido:

Isso conduz ao problema da identificação, neste conjunto de processos, dos casos educacionais paradigmáticos, que se vinculam uns aos outros, contribuindo para criar jurisprudência (...) com o equacionamento das questões relativas ao financiamento e a expansão da educação fundamental por parte dos estados e municípios (alcançando, em muitos casos, a universalização), demandas relativas à universalização da Educação Infantil passaram a ocupar a pauta do STF no período 2000-2005.

Entretanto, atualmente se dispõe de mecanismos de pesquisa importantes quando o assunto é a atuação de Corte constitucional e os contornos dos direitos fundamentais pelos quais ela se debruça. Um mecanismo interessante de pesquisa é o denominado “A Constituição e o Supremo”, um dispositivo⁹⁶ que permite a qualquer cidadão verificar quais os principais casos jurisprudenciais do Supremo. Instrumento muito parecido com uma enciclopédia virtual que faz menção às principais decisões do órgão relacionado a cada dispositivo constitucional, para fins deste trabalho os dispositivos que versam sobre o direito à educação. Essa fonte de busca se faz importante e pode desempenhar um cotejamento interessante entre a Constituição (que dispõe sobre a configuração do direito à educação) e o comportamento jurisprudencial do órgão⁹⁷, além de trazer informações importantes sobre a participação dos demais agentes sociais.

Utilizando-se dessa ferramenta de pesquisa, verificou-se que entre 2005 a 2015 foram indexados pelo próprio sistema de buscas da Corte constitucional brasileira, 20 casos que

⁹⁵Um exemplo disto, são as demandas dos anos 90 (até hoje existentes) que diziam respeito ao controle de mensalidades escolares em face dos dispositivos da lei 8.0889 de 1990 diante do Artigo 173 da CF 88 ou as transferências de militares e seus efeitos no ensino superior ou validação de diplomas estrangeiros. Muito embora, tenha certa importância para o debate, não tem efeitos sistêmicos significativos.

⁹⁶É uma publicação eletrônica que periodicamente é adaptada, muito próximo de uma “legislação comentada”. Publica, tanto em sua versão PDF quanto na própria base de dados do site do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>

⁹⁷Além de outras informações que por vezes para o Direito podem parecer simples detalhes, mas que para uma análise voltada para os diálogos institucionais, é extremamente relevante, como: os movimentos sociais que estão demandando ou figurando como Amici Curie. O que demonstra a disputa e quem disputa o conteúdo, os sentidos e os contornos deste ou daquele direito.

versam sobre o direito humano à educação. Dos 20 casos, 6 casos podem ser considerados casos em que ocorrem a manifestação do ativismo judicial de acordo com a metodologia aplicada por este trabalho, ou seja, tratam-se de casos dos quais foram identificados uma conduta de expansão judicial em detrimento aos demais poderes. Os conteúdos que mais incidem nestes casos ativistas são: educação infantil (3 casos), quotas raciais (2 casos) e reforma escolar (1 caso).

O lapso temporal de análise acima, foi delimitado em seu início em razão do surgimento das práticas ativistas na apreciação de casos que versam sobre o direito humanos à educação em meados dos anos 2000, mais precisamente em 2005, pois inexistia um postura proativa da Corte quanto à educação a não ser a partir deste momento. Neste sentido, o caso do município de Santo André⁹⁸ (Agravio em RE 41071 de 2005) versando sobre educação infantil é o marco inicial em razão de seus aspectos paradigmáticos. O marco temporal final seria 2015, em razão da mudança no cenário social provocada pela crise política e econômica que assola o Brasil desde então, algo que possivelmente poderia interferir na análise, visto que não é novidade que o contexto externos influenciam as atuações das Cortes constitucionais de um modo geral, conforme demonstrado nos capítulos anteriores, especialmente nos casos *DreedScoot*, *Lochner*, *Brown* e em casos brasileiros.

Entretanto, não foi o que aconteceu. Como será demonstrado, a Corte brasileira manteve a sua jurisprudência em relação ao direito humano e fundamental à educação. A curiosidade, foi o motor para seguir alargando o lapso temporal analisado. Neste sentido, o lapso temporal passou a ser de 2005 a 2020⁹⁹.

Por isso, valendo-se da mesma metodologia e dos mesmos mecanismos de pesquisa analisou-se as decisões ativistas que versam sobre o direito humano à educação de acordo com lapso temporal acima. Neste sentido, foram identificados mais 18 casos que versam de alguma forma sobre o direito humano e fundamental à educação, dos quais 7 casos podem ser encaixados categoricamente como casos em que há a manifestação do ativismo judicial. Alguns conteúdos reaparecem com as mesmas configurações: educação infantil (2 casos) e quotas no ensino superior (1 caso). Salienta-se também, que outros conteúdos (alguns inéditos) são visualizados e que nitidamente alteram o cenário de demandas que versam sobre

⁹⁸ *Leanding-case* que servirá como paradigma inicial.

⁹⁹ Até abril de 2020, mês do julgamento do caso da lei municipal inspirada no “Escola sem partido”.

o direito humano à educação, são eles: “Escola sem partido” (1 caso), ensino religioso (1 caso) e ensino em casa (1 caso).

As demandas anteriores, relativas principalmente à educação infantil e quotas raciais, permaneceram desaguando na Corte constitucional brasileira e o órgão manteve a mesma postura de decisão até 2020. Entretanto, quanto às novas demandas, nota-se que não necessariamente podem ser configuradas como demandas sociais ligadas ao direito humano à educação com as mesmas configurações do contexto entre 2005 a 2015.

Por esta nova configuração acima descrita, os casos sobre “Escola sem partido”, educação em casa e a educação religiosa tratam basicamente sobre o direito à educação numa dimensão mais voltada à liberdade da própria família “gerenciar” sua própria educação. A primeira delas, da declaração de inconstitucionalidade da versão normativa municipal do “Escola sem partido”. A segunda, trata-se de uma demanda individual em que os representantes legais de uma determinada criança ou adolescente (não informados no processo) ingressam em primeiro grau visando o exercício direito ao ensino em casa para sua prole. A segunda, também chega ao Supremo em sede de controle concentrado visando verificar a possibilidade do exercício da liberdade religiosa em conformidade com o ordenamento jurídico.

Em todos os casos, optou-se por escolher um caminho em que observasse o direito à educação como produto de disputas, que tem seu conteúdo construído pelos mais variados agentes sócio-político-institucionais. Neste sentido, o mecanismo de pesquisa da própria Corte, pôde contribuir para este trabalho de modo a direcionar e canalizar as principais incidências de atuações ativistas do órgão em questão atinentes ao direito humano à educação, visando demonstrar a participação no processo dinâmico de criação, manutenção e alteração de políticas públicas educacionais.

Avirada institucional do Supremo num primeiro momento está ligada aos ruídos vindos do sistema político, ligados às articulações dos movimentos sociais, já que o ministério público na atual conjuntura pós 88 é um exemplo claro de um articulatório¹⁰⁰ externo que media as demandas perante a institucionalidade. Neste aspecto, o espaço sócio-político articular-se com o espaço político-institucional de modo mais intenso, gerando inserção das demandas educacionais ou a manutenção ou alteração das já existentes. Estas conquistas

¹⁰⁰ Conforme visto, a autora em questão entende que os movimentos sociais têm duas dimensões (interna e externa). O articulatório faz parte da dimensão externa. Trata-se de alguns indivíduos que transformam a linguagem política na linguagem institucional. Articuladores.

importantes, apenas representam uma fase da luta por direitos, que não é definitiva e muito menos acabada, conforme já demonstrado. Por este prisma, a interação social-político-institucional, é que o que fez surgir uma nova estrutura de oportunidades que consolidou o direito à educação como um direito irrenunciável, de crédito e passível de intervenção judicial em caso de ação incompleta ou omissão no momento de sua concretização.

4.3A dinâmica institucional em torno do caso Santo André: da judicialização da educação infantil ao ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (prestacional)

As primeiras demandas quanto à prestação do direito humano e fundamental à educação geraram pressões no sistema judicial para sua inclusão foram relativas à universalização da Educação Infantil. Neste sentido, do ponto de vista da atuação do Supremo, o caso que rompeu com modelo anterior de julgamento e gerou um novo paradigma de julgamento, foi o caso advindo das instâncias inferiores por meio de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n 410714-5¹⁰¹ do Município de Santo André no Estado de São Paulo. De acordo com a metodologia adotada por este trabalho, muito embora a decisão do Supremo seja importante dentro deste cenário inaugural, importa perceber que decisões judiciais não são isoladas, cabendo então, focarmos na interação entre os vários autores sociais e institucionais e seus efeitos sistêmicos na dinâmica institucional.

Neste sentido, fatores importantes, tanto sociais, políticos e jurídicos devem ser levados em consideração, antes de adentrarmos especificamente no caso em questão. Vale dizer primeiramente, que ao tempo as prefeituras valiam-se (e ainda se valem) de argumentos do direito constitucional-administrativo, para demonstrar a legitimidade para utilização do poder discricionário, em sua dimensão que visa agir negativamente ante a impossibilidade financeira do Executivo.

O pano de fundo institucional para tomada destas decisões administrativas que impossibilitavam a materialização do direito à educação era o fator financeiro, segundo a

¹⁰¹ O STJ já tinha se pronunciado em relação à Educação Infantil no mesmo município. Já havia jurisprudência deste órgão no sentido de: a) dar eficácia imediata as normas constitucionais que versem sobre os direitos fundamentais sociais, não importando que parte da doutrina as entendessem como normas programáticas; b) os direitos fundamentais sociais tem a íntima relação com os fundamentos e objetivos do Estado; c) inexistência de discricionariedade administrativa diante de tais direitos, por comporem parte do núcleo das cláusulas pétreas; e) a interferência jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e ação, sem que haja qualquer violação à harmonia entre os poderes. Para citar algumas decisões neste sentido: Resp. 2003/0143232-9/SP, Rel. Min. Luiz Fux (02/09/2004) e Resp. 2006/796490/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, dentre outros.

linguagem argumentativa do Poder Executivo em nível municipal. A linguagem argumentativa se dava (e ainda se dá) no sentido de atribuir estas questões a “reserva do possível”. Ou seja, se quem tem domínio sobre as finanças é o Executivo, a principal acusação é que não caberia (para alguns ainda não cabe) ao Judiciário tomar decisões que implicam aumento de gasto, pois isso significaria violação ao princípio da separação dos poderes.

Entretanto, não é segredo que o Brasil (mesmo a despeito de termos um desenho institucional ambicioso do ponto de vista de direitos) tem uma dívida história quanto às crianças e adolescentes, já que apenas recentemente foram considerados iguais em direitos pelo ordenamento - “sujeitos de direitos” - como consequência de lutas travadas no processo pós-regime militar e redemocratização.

Neste sentido, para romper com este tipo de argumento, pais e mães de crianças, movimentos sociais, agentes não estatais e o próprio Ministério Público (de forma coletiva) passaram a acionar o Judiciário na ânsia (extremamente legítima) de ver os princípios e objetivos constitucionais materializados no plano educacional. Tais ações coletivas (no sentido sociológico e jurídico do termo) contribuíram para que o, ao tempo, ainda incipiente fenômeno da judicialização da política, tivessem como porta de entrada na seara educacional, “à educação infantil, e mais especificamente, em sua primeira fase – creche – que atende crianças de 0 a 3 anos”¹⁰² uma estratégia dentro dos espaços democráticos produzidos pela própria Constituição.

Num plano mais macro, isso é percebido por Arantes:

[...] a democracia restabelecida os anos 80, seguida de uma constituição pródiga de direitos em 1988. Com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando soluções de conflitos coletivos, contrastando com o sistema político majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo, além de um modelo constitucional que delegou à Justiça a proteção de interesses em diversas áreas, refletindo até mesmo o algo grau de legitimidade do Judiciário e do Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação (ARANTES, 2007, p. 49).

Noutros termos, para frisar novamente: a constitucionalização das políticas públicas educacionais, somada ao alargamento da capacidade institucional dos agentes citados acima

¹⁰² A educação infantil é sem dúvida parte das políticas públicas educacionais mais judicializadas.

ea pressão social por demandas represadas, representam uma verdadeira estrutura de oportunidade no sentido sociológico do termo. Um ambiente propício a este tipo de transferência de demandas políticas para o espaço judicial. Trata-se da transformação da política em direito.

Por isso, não cabe entender este fenômeno como algo advindo puramente do Judiciário, uma vez que há uma rede relações sociais e institucionais que deve se desenvolver para que a judicialização possa ocorrer. Neste sentido, não adianta focar exclusivamente no conteúdo das decisões judiciais para entender o fenômeno, uma vez que as decisões judiciais são parte importante do processo, mas não em sua totalidade. Sendo assim, não se observa por esta lógica apenas os fatores jurisprudenciais, mas a interação que as decisões judiciais podem promover dentro entre o sistema social, o sistema político e o sistema jurídico, ou seja, aquilo que se chamou desde sempre de relações institucionais. Daí, advogar a ideia de um diálogo institucional.

Vale dizer, que antes da Constituição de 88 a educação infantil ficava a cargo da assistência social ou quando muito a cargo das empresas que deveria prover esse direito para os filhos dos funcionários desde que em período de amamentação, quando tais empresas tivessem mais de 30 funcionários, de acordo com a CLT. Quanto à última possibilidade, a norma ainda está vigente no ordenamento, mas numa análise mais sistêmica, atualmente a educação infantil que compõe creche e pré-escola, nos termos da Lei Diretrizes e Bases (LDB), Lei nº 9.394 de 1996, cumulado com o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecem a obrigatoriedade do Estado inclua crianças dentro do sistema educacional. Neste sentido, é um direito da criança de caráter obrigatório e gratuito (decorrente da luta política para se tornarem sujeitos de direitos e de inúmeros momentos sociais da área de educação) e um direito da mãe e do pai de trabalharem (como resquício das disposições históricas da CLT).

Por isso, só para demonstrar aquilo que já foi exposto, temos um desenho institucional que traz disposições atraentes e harmônicos com toda uma narrativa acerca da materialização dos direitos humanos e da força normativa da Constituição. Muito embora, não sendo o foco deste trabalho, há inúmeras críticas quanto aos efeitos sistêmico-financeiros danosos a materialização do direito à educação, quando alguns destes casos representam decisões judiciais que visam atender um indivíduo em específico (e foi o que o que ocorre no caso de Santo André que será analisado).

Neste sentido, em pesquisa do início desta década feita por Santos (2013) na Fundação Getúlio Vargas (FGV), identificou-se que o município de Santo André tinha ao tempo mais de 680 mil habitantes e encontrava-se com 434 liminares (em seu desfavor e em favor do direito das crianças à educação), forçando o respectivo município por meio de sua Secretaria de Educação a oferecer vagas em suas creches. Entretanto, o município neste mesmo contexto tinha a capacidade média de atendimento de aproximadamente pouco mais de 222 alunos (SANTOS, ANO, p. 131). As sucessivas e acumulativas decisões judiciais liminares fizeram o município de Santo André gastar o equivalente à capacidade financeira de mais duas creches para atender as matrículas o que ao tempo “representava um gasto público não planejado” (SANTOS, ANO, p. 132).

Isso assume contornos ainda mais dramáticos, quando sabe que por vezes existem filas represadas de crianças esperando por vagas no ensino infantil. Questiona-se, se este sistema do ponto de vista administração pública municipal seria injusto, uma vez que as decisões judiciais liminares devem ser executadas rapidamente deixando de fora as crianças da lista de espera. Desta forma, isso geraria segundo esta forma de pensar um problema no sentido de as decisões judiciais ativistas nesta seara do direito infantil gerarem privilégios jurídicos, vez que o acesso dependeria da judicialização e o desconhecimento desta “fórmula jurídica” geraria exclusão.

Em linhas gerais, esta dimensão do ativismo judicial do Supremo que Campos (2014) caracterizam como “ativismo judicial de direitos” já era algo praticado pelo Superior Tribunal de Justiça, fato que só comprova que o ativismo judicial é um fenômeno difuso em nosso sistema. Isso porque, aqui no Brasil em maior ou menor grau todos os órgãos do Poder Judiciário têm jurisdição constitucional e como se viu esta é uma variável institucional importante para o desenvolvimento do fenômeno. O STJ vinha considerando o descumprimento das normas constitucionais quanto à Educação Infantil inconstitucional.¹⁰³ A questão inaugural do caso de Santo André que chegou ao Supremo foi que sua materialização “representa o atendimento de necessidades coletivas, de natureza social e política, com repercussões no plano dos direitos difusos” (RANIERI, 2017, p. 132).

O próprio Supremo por meio da decisão da Ação Declaratória de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45, julgada em 29 de abril de 2004, pouco tempo antes do caso de Santo André, sedimentou a tese ainda inaugural de que as questões financeiras (reserva do

¹⁰³ Conforme já demonstrado.

possível), não poderiam servir de argumento para não concretização dos direitos sociais. Diante disto, a Corte passou a entender que a sua atuação face ao problema:

(...) não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos fundamentais de segunda geração, com as liberdades positivas, reais e concretas, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (ADPF nº 45)

Neste sentido, a reserva do possível, que sempre serviu de argumento para o não cumprimento de tais prestações jurídico-políticas, não poderia mais ser aplicada sem justo motivo¹⁰⁴, devendo este ser objetivamente aferível. Pois, segundo o até então novo entendimento do Supremo este instituto jurídico jamais poderá ser invocado pelo Estado com a finalidade de “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente se tal omissão puder causar, como consequência, a nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais fundamentais¹⁰⁵”.

Por isso, a reserva do possível atualmente está condicionada, para a imposição da obrigação aos poderes políticos a um binômio, que compreende: a) a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida fazer aos poderes políticos e; b) a exigência de disponibilidade financeira do Estado para materializar as prestações positivas elencadas no pedido. Na ausência de qualquer um desses elementos ou requisitos, desconfigurada está a potencial possibilidade estatal de não realização do direito fundamental social. Esta linha de raciocínio também deve ser estendida em relação ao direito à educação por estar encaixado dentro desta categoria.

Passado o estágio do contexto em que caso se insere, se impõe tratar sobre o caso Santo André em específico. O respectivo caso pode ser entendido como parte desta interação institucional acima, trata-se nos próprio termos do Supremo de sua “intromissão” imposta diante do contexto acima face aos “poderes discricionários do Executivo” de forma à afirmar que o direito humano e fundamental à educação é um direito de “alta significação social” que força por si só os poderes políticos à “criar condições objetivas” de materialização de tal direito. Não cabendo, segundo o Supremo qualquer flexibilização neste enunciado, porque as

¹⁰⁴ Na decisão, foi elencado alguns critérios para a Administração Pública apresentar, caso de fato não haja recursos (ADPF 45)

¹⁰⁵ Vincula-se a omissão a não concretização de direitos sociais (ADPF 45).

políticas públicas educacionais são normas constitucionais e descumpri-las representaria desconsiderar que já há (ou deveria haver) “dotação orçamentária específica para implementação das medidas pleiteadas”, sob pena de “omissão governamental inaceitável”.

Interessante, que o próprio Supremo entendeu que não “se intrometer” seria algo extremamente danoso para a efetivação da própria Constituição como um todo. Seria também se omitir institucionalmente, e conseqüentemente contribuir para a ideia de que tal direito estaria a cargo das “avaliações meramente discricionárias” dos poderes políticos. Do ponto de vista do direito, é um caso emblemático porque marca um tipo de atuação até então inexistente na seara do direito à educação: a possibilidade de intervenção judicial em caso de omissão ou atuação deficitária do Poder Executivo em sua materialização.

Conforme já alinhado, isso é algo histórico até do ponto de vista da academia, se pensarmos vários doutrinadores, sempre advogaram que caberia ao Supremo assim agir, desde a década de 90. Mas, a verdade, é que muito possivelmente, os fatores também já externados neste trabalho, como o ambiente interno (a composição do Supremo ainda guardava relação com o regime anterior a redemocratização), e o ambiente externo (pouco entendimento da judicialização como uma estratégia interessante¹⁰⁶ do nosso desenho institucional). Ou seja, a ausência de uma estrutura de oportunidade.

No direito, segundo Ximenes, Oliveira e Silva, há uma sobreposição de trabalhos sobre a judicialização da educação que focam no conteúdo das decisões em questões de financiamento, desconsiderando outros aspectos, como por exemplo, os reflexos na seara na dinâmica de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas. Noutros termos, os efeitos sistêmicos na dinâmica institucional.

Por isso mesmo, segundo tais autores, os feitos da judicialização nas políticas públicas devem levar em conta: a) o próprio sistema de justiça, que passa a ter um novo e cada vez mais amplo papel na garantia dos direitos sociais e no acesso a justiça, com mudanças institucionais decorrentes deste processo; b) o Poder Executivo que precisa de adequar financeira e administrativamente para responder à judicialização, com estratégias jurídicas e políticas; c) o Poder Legislativo, que tanto pode contribuir por meio da produção legislativa como com aumento da fiscalização junto ao Poder Executivo e um melhor aparelhamento dos Tribunais de Contas e; d) a participação e o controle social, por meio do acionamento estratégico do sistema judicial e o acompanhamento das decisões proferidas.

¹⁰⁶ Como parte da estrutura de oportunidade.

Quando falamos em judicialização da educação de forma geral, todos estes elementos acima devem ser considerados, por isso reforça-se a ideia que os aportes do direito são insuficientes para analisar fenômenos como a judicialização da política e o ativismo judicial, cabendo um olhar multidisciplinar com foco nas relações político-institucionais, sem desconsiderar as relações jurídico-normativas.

Entretanto, o fator inovador desta decisão ativista do Supremo proveniente do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n 410714-5 do município de Santo André, foi firmar a tese acerca da Educação Infantil, no que diz respeito ao estabelecimento de requisitos ou parâmetros de atuação jurisprudencial para efetivação deste direito humano e fundamental, manifestado por meio de obrigações impositivas aos demais poderes, impostas não somente pela Constituição, mas também por toda uma lógica normativa internacional, conferindo a tal direito, três características básicas. Tais características, já foram tratadas nos capítulos anteriores. São as afirmações de que: o direito à educação enquanto direito humano e fundamental (social) é um direito subjetivo¹⁰⁷, e portanto, com característica de justicialidade e diante da ausência de concretização por meio das garantias e obrigações efetivas, cabe ao Judiciário interferir ante à omissão ou incompletude da prestação(RANIERI, 2017).

Interessante notar, que partir do desenrolar dos efeitos institucionais desta decisão, houve uma produção legislativa mais acentuada em relação às políticas públicas educacionais¹⁰⁸. Mais que isso, e “não por outras razões”, o fundamento de que do direito à educação como um direito fundamental que é responsável pelo atendimento de necessidades coletivas, sociais e políticas fez brotar um amplo debate institucional que anos depois desembocou na Emenda Constitucional nº 9 de 2009 que incluiu a lógica da Educação infantil entre o rol da educação básica compulsória, dando nova redação ao inciso I do Artigo 208 da Constituição Federal de 1988, dispondo ser dever do Estado efetivar à educação mediante a garantia da “educação básica e obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”.

Interessante, que a própria Ghon (2011) no seu artigo “Movimentos sociais na contemporaneidade” se equivoca ao defender que as demandas da educação infantil “apesar de toda a luta dos movimentos populares nos anos 1970, ainda é muito deficitária. Não foi

¹⁰⁷ Na realidade, pela própria Constituição há como extrair essa interpretação. Entretanto, jurisprudência e doutrina insistiam em não validar tal entendimento.

¹⁰⁸ Como também foi observado no caso Brown.

incluída na Constituição de 1988 ou na LDB de 1996 como obrigatória a oferta para essa faixa etária”. O que nos parece perfeitamente entendível ante ao histórico de atraso na área. Entretanto, conforme demonstrado, desde 2009 já havia previsão.

Esta dinâmica exposta acima, demonstra aquilo que este trabalho vem expondo, ou seja, as decisões judiciais podem contribuir para o *start* institucional de debates democráticos que afetam a cidadania de modo importante. Muito embora se teça críticas que devem ser consideradas a respeito dos efeitos sistêmico-financeiros negativos do fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, por outro lado, também parece é inegável que do ponto de vista da dimensão das relações institucionais ou dos diálogos institucionais existentes entre os vários agentes, houve um ganho para o debate acerca do conteúdo, sentidos e contornos do direito humano e fundamental à educação. O debate, deve partir de um “teto” inicial construído em parte Corte brasileira dentro desta dinâmica acima exposta.

Daí a riqueza de não priorizar este fenômeno como legítimo ou ilegítimo *a priori*. Se a análise for feita tão somente pelo aspecto dos efeitos financeiros na atuação do Poder Executivo, se chega a uma conclusão defensora da tese de restrição de direitos. Por outro lado, se análise fosse exclusiva em relação à atuação do Poder Legislativo poderia se chegar à conclusão de que o poder Judiciário usurpou suas competências, concedendo interpretação direta da constituição. Na outra ponta, se observação fosse pela questão da participação social de grupos ou movimentos poderia se chegar à conclusão de que se esta dinâmica, usada de modo estratégico, pode ajudar as demandas não reconhecidas ou deficitárias, independentemente do *locus* em que comecem ou terminem.

4.4 Os reflexos do caso Santo André na dinâmica institucional brasileira

Conforme já exposto, na perspectiva que este trabalho se assenta, os direitos são objetos de demanda na sociedade ou objetos de disputa política de modo a forçar a institucionalidade a se adaptar e incluir direitos, seja pela via normativa ou pela via da decisão judicial. Dentro deste prisma, mesmo que haja de alguma forma a inclusão institucional, não quer dizer necessariamente que tais direitos serão materializados. Pois, a institucionalização de direitos nada mais é do que uma etapa, que embora importante, não representa o todo o fechamento do ciclo da dinâmica institucional.

Entretanto, como o foco é na dinâmica institucional existente e o papel que exerce o Supremo dentro desta rede de relações sociais existentes, convém identificar como a

participação da Corte se dá quanto ao conteúdo do direito à educação e até que ponto este está para o órgão, ligado ao de respeito à democracia plural, ao diálogo e a participação dos agentes com o objetivo de contribuir para a emancipação dos sujeitos de direitos.

Neste aspecto, que o caso de Santo André foi um importante catalisador tanto para a institucionalidade (já que a partir da decisão conteúdo foram produzidas normas contendo políticas públicas alinhadas ao conteúdo da decisão, como já exposto), como também a solidificação do entendimento do Supremo, que por consequência é fundamental pelas configurações dos efeitos destas decisões para a “acomodação moral” dos poderes políticos aos fundamentos, princípios e objetivos constitucionais que o Estado e a sociedade como um todo. Entretanto, o município de Santo André não reconheceu a decisão e sistematicamente, ingressou com recursos para que sua versão acerca da violação ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível prevalecesse¹⁰⁹.

Outra decisão que traz em seu escopo o mesmo fundamento do caso de Santo André é o caso que foi proveniente do Estado da Paraíba, no município de João Pessoa. Este último caso chegou ao Supremo de forma recursal em que na origem tratava-se de uma Ação Civil Pública em que o Estado da Paraíba inconformado com a decisão em âmbito estadual, suplicou à Corte brasileira alteração de entendimento, sob os mesmos argumentos de violação à separação do poderes e questões de ordem financeira, diante da condenação de executar a reforma da Escola Estadual Luiz Gonzaga de Oliveira. O Supremo não somente entendeu que não procedia o inconformismo, como também, reafirmou o entendimento do caso de Santo André, é o que se nota:

A decisão não avança sobre as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, pondo-se em harmonia com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, assentada em ser possível intervenção excepcional do Poder Judiciário na adoção de providências necessárias de ser determinadas aos entes administrativos estatais, máxime quando se cuidar, como na espécie, de práticas específicas, garantidoras do direito constitucional fundamental à educação e à segurança pública, impossível de ser usufruída pela ausência de dotação das condições materiais imprescindíveis ao desempenho do serviço pela omissão da entidade recorrente. (Recurso Extraordinário 850.215/PB).

¹⁰⁹Tanto é verdade que o próprio sistema de pesquisa “A Constituição e o Supremo” elenca mais dois casos que tratam basicamente de tais tentativas (Agravos em Recurso Extraordinário de número 436.996 de 2006 e o Agravos em Recurso Extraordinário de número 639.337 de 2011) todas julgadas com base no mesmo argumento da primeira decisão. Todos foram indeferidos.

Sendo assim, vê-se o entendimento de que a intervenção judicial, embora que excepcional, pode ser feita, não cabendo o argumento de violação de poderes e tampouco os argumentos financeiros na prática decisória da Corte brasileira, diante de visível omissão do Estado da Paraíba ante a precariedade estrutural da escola pública em questão. Importante deixar claro, que este tipo de fundamentação por parte do órgão, faz parte do mesmo bojo inaugural do caso de Santo André que conforme já alinhado trata-se de um caso catalisador e que demonstra como é a participação do Supremo ou o seu agir comunicativo em nossa democracia nesta área específica que é a educação infantil.

Uma crítica que pode ser feita ao Supremo dar-se pelo fato dele não ter conferido o caráter de repercussão geral (uma interpretação vinculante para todos os poderes e a administração pública direta e indireta) à decisão do caso de Santo André, já que isso poderia evitar esta proliferação recursal, sem que a pauta do órgão ficasse obstaculizada. Algumas conjecturas foram aventadas em relação a essa atitude do órgão.

Primeiramente, uma questão de ordem pragmática ou estratégica, não se queria de fato fechar esta interpretação em razão das consequências financeiras deste entendimento. Como é sabido o período histórico no qual estas decisões foram tomadas coincide com um período de certa “bonança econômica¹¹⁰”. Neste sentido, estrategicamente seria interessante deixar uma margem de atuação, visto que a situação econômica poderia não ser perene (e é o que ocorre atualmente). Segundo, também de ordem estratégica, estaria relacionada à ideia de que de fato o Supremo adiou tal entendimento para evitar uma quantidade enorme de casos que seriam beneficiados instantaneamente, já que a decisão vincularia os demais órgãos de justiça abaixo produzindo um efeito cascata. Muito embora, de acordo com os mecanismos jurisprudência criativa do Supremo, isso poderia em tese ser sanado via modulação dos efeitos da decisão.

Em todo caso, mesmo com as ponderações e críticas acima, vale dizer que decisões neste sentido são importantes, dado o caráter não linear das democracias. Avanços no conteúdo dos direitos podem ocorrer, mas também retrocessos. Se a Corte constitucional brasileira tivesse tomado decisões em sentido contrário aos postulados já expostos, do ponto de vista da construção da realidade por meio dos argumentos democráticos, retroagiríamos a um estado “pré-constituição de 1988”, como ocorreu com parte significativa dos direitos humanos e fundamentais previdenciários e trabalhistas.

¹¹⁰ A situação econômica vivida entre meados dos anos 2000 até o corte temporal interno estabelecido por este trabalho.

Decisões como esta, atuam de modo a sanar “déficits motivacionais” já que o texto constitucional por vezes não é suficiente para forçar os poderes políticos determinadas condutas, cabendo ao direito moderno esse papel, por meio dos Tribunais constitucionais que viram a ampliação de suas capacidades institucionais em praticamente todos os ordenamentos jurídicos do pós-guerra. Além, de contribuir para o repertório de lutas da sociedade como um todo.

4.5 Cotas raciais para reparação da dívida histórica: a polêmica e em torno da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186

As demandas que pleiteiam por políticas afirmativas étnico-raciais em todas as suas vertentes e nuances como forma de reduzir a dívida histórica, ganham corpo com a redemocratização do país. Os movimentos sociais antirracismo têm se mostrado organizados, pressionando os sistemas político e jurídico. Conforme já alinhado no penúltimo capítulo, para Ghon (2011) as políticas públicas educacionais e em específico cotas étnico-raciais só vieram a ser incorporadas nos anos 2000 em razão da intensa articulação dos movimentos sociais ligados a tais demandas. Isso, implica obviamente em lutas e articulações desempenhadas nas Universidades Públicas por meio do Programa Universidade Para Todos (ProUni), influenciando suas novas agendas e demandas com uma nova cultura de políticas públicas educacionais. De modo que os movimentos sociais foram (e ainda são) verdadeiros “porta vozes autorizados”.

Neste sentido, em 2012 (assim como em 2005 no caso Santo André), a Corte brasileira voltou a influenciar utilizando com seu ativismo judicial. Agora, para interpretar o conteúdo, sentido e contornos da adoção de ações afirmativas (precisamente cotas raciais, espécie do gênero ações afirmativas) pelas universidades federais no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186). O caso foi essencial, porque reafirmou a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais da Universidade de Brasília (UnB). Ao tempo, o Partido Democratas (DEM) visou por meio desta ação, desconstituir atos administrativos da referida Universidade pública que instituíam programa de cotas raciais que tinha como objetivo: “Disponibilizar durante 10 anos, 20% das vagas do vestibular para estudantes negros, em todos os cursos oferecidos pela universidade¹¹¹”.

¹¹¹ Não só a Universidade de Brasília tinha sistema de cotas. A pioneira foi a Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Importante frisar que, diferentemente da educação infantil, que o Supremo a entendeu como universal e obrigatória, no caso específico da educação superior o nosso desenho institucional não trouxe margem para essa interpretação. Entretanto, isto não anula a enorme discrepância (até hoje sentida e vivida) da população negra desde os primórdios do Estado brasileiro. Não por acaso, só para ilustrar, nosso desenho normativo no contexto da decisão já vinha gradativamente tentando intervir de algum modo para minimizar esse triste fato social, por meio dos aparatos legislativos como a Lei 10.558 de 2002, que criou o Programa Diversidade na Universidade, a Lei 10. 678 de 2003, que criou a Secretaria Especial de Promoção de Políticas Públicas da Igualdade Racial; a Lei 10.678 de 2003 que tornou obrigatório o ensino de história da cultura afro-brasileira no ensino fundamental e médio, incluindo escolas particulares, etc.

Desta vez, a expansão dos poderes judiciais da Corte não se deu em razão da interferência na lógica de atuação do Poder Executivo, mas na confirmação da constitucionalidade de uma política de cotas étnico-raciais já existente na Universidade de Brasília. Neste sentido, cabe aqui pontuar mais uma vez como o ativismo judicial é multifacetado, podendo inclusive se manifestar sem qualquer tipo de interferência ou criação normativa via decisão (criação judicial), por isso deve-se centrar no seu núcleo comportamental. Tratando-se de uma decisão ativista com uma dimensão maximalista. Sendo assim, sem alterar o conteúdo da política de cotas, o Supremo proferiu sua decisão de modo a estabelecer quais princípios constitucionais devem ser respeitos e quais questões de ordem social e filosófica são atendidas com o programa de cotas da UnB em questão (aqui sim, houve ampliação).

Mesmo diante de todo este contexto étnico-racial e social gerado em larga medida pelo próprio Estado ao longo de séculos, muito se questionou ao tempo (a verdade é que ainda se questiona) acerca destes programas de vagas criados pelas universidades públicas. Os principais argumentos foram (e ironicamente ainda são) (ALMEIDA, ANO, p. 49): a) as cotas não deveriam ser étnico-raciais, mas socioeconômicas, assim como os critérios para isenção de taxas em vestibulares públicos; b) do ponto de vista biológico não há raças; c) as cotas raciais radicalizam a divisão entre brancos e negros; d) o foco deveria ser destinado a desigualdade educacional, não as cotas, etc.

O legitimado da ação se amparou justamente nestes argumentos, para indicar que as cotas raciais instituídas pela Universidade de Brasília violam o princípio constitucional da proporcionalidade, não sendo adequado do ponto de vista constitucional à utilização da raça

como critério *dedisrímen* de direitos entre indivíduos, já que é a pobreza que impede o acesso ao ensino superior. Defendeu que um modelo quenão levasse em conta questões da cor da pele seria menos lesivo aos direitos fundamentais e também atingiria a finalidade pretendida de integrar os negros.

É importante entender que não se julga nestes casos tão somente questões de ordem jurídica, pois como já se defendido, a origem destes problemas são políticos e sociais. Neste sentido, é a dinâmica institucional que permite que tais problemas sejam decididos na esfera judicial. Tanto que:

É equivocado imaginar que as decisões a serem tomadas no caso das cotas sejam representativas da jurisprudência habitual da Corte [...] serão decisões extraordinárias, de natureza política que, além de enfrentarem dificuldades inerentes à atividade hermenêutica, serão fortemente influenciadas pela injustiça da exclusão social e do preconceito racial, religioso, étnico e econômico, a ressaltar a natureza dinâmica da Constituição, que expressa o seu significado tanto pela evolução interpretativa como pela pressão dos eventos.

O plenário da Corte estabeleceu que não há qualquer violação ao princípio da igualdade previsto no art. 5.º, caput, da Constituição Federal, em face: 1) das políticas de ação afirmativa, 2) da utilização dessas políticas na seleção para o ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas, 3) do uso do critério étnico-racial por essas políticas, 4) da autoidentificação como método de seleção e 5) da modalidade de reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas, pelo fato de o Estado atribuir a determinados grupos sociais certas vantagens, por tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas. Neste sentido:

A decisão pode ser considerada ativismo sob o prisma de que *maximiza* o conteúdo do princípio da igualdade a fim de nele abrigar valores sociais diversificados. Aumenta, conseqüentemente, a abrangência do direito à educação, reconhecendo-o concretamente em prol de uma geração de negros e pardos atingidos por histórica e enraizada discriminação (FERREIRA, p.15)

Interessante perceber a estratégia da Corte brasileira que ao assim julgar, tomou uma decisão a nível futuro¹¹². Isso ocorre, porque a própria dinâmica institucional transfere uma interpretação provisória, mas importante, para a Corte para que os que estão a guerrear dentro

¹¹² E Típico do ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (prestacional).

dos múltiplos espaços democráticos, tenham referências e fundamentos para a luta. Neste aspecto, dito de outra forma, isso é um demonstrativo de que a sociedade já entendeu o órgão como um agente importante dentro deste processo de lutas, já que isso representa uma participação para que a Corte dê as feições ou as configurações do próprio conteúdo do Estado Democrático de Direito¹¹³. Neste caso, era a manutenção de uma interpretação “empática” em relação às cotas raciais que estava em jogo.

Evidentemente, existem críticas que podem ser aventadas e consideradas ao se analisar a decisão em questão. Para Almeida (2016), a Corte brasileira deveria ter utilizado como parâmetro o debate jurisprudencial norte-americano acerca das políticas afirmativas que data é de longa data, não para importá-lo, mas para compreender as fundamentações em jogo. Isso porque, em *leading-cases*¹¹⁴ existe uma maior necessidade de fundamentação democrática, visto que as questões de ordem jurídica não são as únicas que devem ser consideradas. O autor entende, que *leading-cases* como *Regents of the University of California v. Bakke*, de 1978 e; *Gratz et al. v. Bollinger et al.* e *Grutter v. Bollinger et al.*, (ambos de 2002), poderiam ser cotejados utilizando-se o direito comparado por parte do Supremo, visando entender porque a Corte norte-americana considera o argumento étnico-racial como válido, observados os critérios para obtenção de vagas, mas declarou o sistema de cotas destas universidades estadunidenses como inconstitucional.

Ocorre que a Suprema Corte norte-americana, entendeu nestes casos que “não há motivo para privilegiar apenas uma ou algumas minorias em detrimento de outras minorias possivelmente existentes”. Isto porque:

[...] aos candidatos que não são negros, asiáticos ou mexicanos que eles estão totalmente excluídos de um percentual específico das vagas do processo admissional. Não importa quão forte seja suas qualificações, quantitativa e extracurricular, incluindo o seu potencial para contribuir para a diversidade educacional, nunca lhes é dada a chance de competir com candidatos dos grupos minoritários beneficiados pelas vagas de admissão especial.

Por este prisma, o autor entende que a Corte brasileira deveria levar em consideração os casos norte-americanos, visando acrescentar ao “deslinde do *leading-case* brasileiro a respeito da matéria”, tornando-o mais produtivo. Noutros termos, com a desconsideração

¹¹³ *Leading-case*, pode ser traduzida para o português como “caso paradigmático” e “caso líder”, respectivamente.

¹¹⁴ É o nosso principal paradigma em políticas de cotas na educação superior.

deste histórico comparado de decisões, o Supremo tornou o debate com uma enorme vagueza filosófica que pouco se acrescentou para o debate próprio debate brasileiro (XIMENES, 2019, p. 43). Não se tratando para o autor, de subjugar a Corte brasileira às decisões da Corte norte-americana, mas de evitar 230 páginas que “pouco se extrai”.

Apesar da crítica feita pelo autor acima, que obviamente pode ser considerada, fato é que do ponto de vista político-institucional, o caso brasileiro pode ser configurado como um paradigma importante no contexto da democracia brasileira, levando em consideração graves fatores históricos, sociais e étnicos que permeiam o debate sobre o racismo estrutural que insiste em afrontar a modernidade ainda hoje. No mínimo, o caso contribui para que o debate permaneça de pé, mesmo diante de restrições governamentais atuais (que insistem em retirar este debate como algo central, principalmente no plano simbólico) e institucionais (já que a aprovação da Emenda Constitucional do teto de gastos, nitidamente abalou a materialização de todos os direitos ligados à igualdade material).

A permanência do debate no universo de objetos constitucionais, “embora seja de difícil mensuração”, levando em consideração que a “*natureza interativa* das decisões judiciais e que o processo de políticas públicas não é um processo de soma-zero ou de via única”, mas uma dinâmica institucional importante e mesmo em se tratando que questões que ao tempo só envolviam o campo de atuação de algumas Universidades Públicas brasileiras (XIMENES, 2019, p. 45). Tanto é, que após a respectiva decisão deflagrou-se um intenso debate institucional entre os agentes institucionais, sociais e da sociedade civil de modo aproveitar a estrutura de oportunidades gerada pelo contexto histórico-social-institucional, fazendo surgir a Lei 12.711, popularmente conhecida como “Lei de Cotas”.

Neste sentido, isso é algo que pode ser visualizado até na produção científica sobre o tema. Tanto que um estudo feito por Guardani e Silva, que visou “mapeamento e na análise da produção científica de diversas áreas do saber” sobre cotas raciais “na tentativa de apreender o que vem sendo destacado em diferentes épocas”, demonstrou “que no primeiro período enfatizam-se as questões sobre a constitucionalidade das Cotas”, gerou efeitos benéficos “na experiência institucional brasileira, levando a conclusão que tais debates desencadeados na ADPF 186, contribuíram para a evolução da discussão sobre o tema”. Neste sentido:

Em relação à produtividade, o ano de 2010 destacou-se com 20 publicações, coincidindo com o ano em que ocorreu o ADPF 186 que reascendeu o debate sobre o tema [...] os anos 2008 e 2012 também reúnem números expressivos de publicações, ambos com 17 produções. É

importante contextualizar alguns fatos históricos relativos a esses dois anos. Em 2008 foram graduadas as primeiras turmas de universitários cotistas e, em 2012, foi aprovada a Lei de Cotas (GUARNIERI, SILVA, 2017).

Tais questões levantadas acima, trazem indícios ou pistas daquilo que já foi trabalhado até aqui, tal dinâmica deve ser observada dentro aspectos político-institucionais. Isto, não implica desconsiderar os aspectos jurídico-normativos, apenas que se os fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da posterior produção legislativa que decorreu como resultado estrutura de oportunidades, de forma isolada, com predomínio da visão jurídico-normativa, prejudicada estaria a observação da dinâmica da interação institucional.

Outra decisão que veio nesta mesma lógica de raciocínio foi estabelecida pelo plenário da Corte, por maioria de votos, julgando improcedente o pedido feito na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3330, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN). A entidade questionava a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior.

Interessante notar, que a luta por maior igualdade de acesso no ensino superior por meio de ações afirmativas como as cotas raciais não começa com a decisão da ADPF 186 e tão pouco termina com a Lei de Cotas. Na realidade, tão pouco tem seu primeiro marco a política de cotas das universidades brasileiras. No plano internacional, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, já em 1965, trazia em seu parágrafo 4º do art. 1º o norte de que não serão consideradas discriminatórias:

as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais e étnicos ou de indivíduos que necessitem de proteção para poderem gozar e exercer os direitos humanos e as liberdades fundamentais em igualdade de condições.

No plano nacional, “o aprofundamento e a concretização da primeira implementação de um sistema de cotas. Em 1996, por exemplo, o Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH) já sinalizava para importância de medidas afirmativas no âmbito da educação” (LADEIRA, SILVA, 2018). Neste sentido, o plano visava “desenvolver ações afirmativas para o acesso dos autodeclarados negros aos cursos profissionalizantes, à universidade e às áreas de tecnologia de ponta [...] formular políticas compensatórias que possam promover social e economicamente a comunidade negra [...] e apoiar as ações da iniciativa privada que

realizem discriminação positiva”. Em 2004, esta crescente se torna ainda mais ampliada com a criação do Programa Universidade para todos (ProUni).

Entretanto, a judicialização da política fez com que “o ProUni” viesse a parar no colo do Supremo com a ADI 33.30. O relator, ministro Ayres de Brito, refutou todos os argumentos da CONFENEN, sustentando que o ProUni é coerente com diversos dispositivos constitucionais que prevêem a redução de desigualdades sociais:

Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“*ciclos cumulativos de desvantagens competitivas*”) (ADI nº 33.30/2013)

Por este prisma, a Corte brasileira optou por decidir no sentido de que neste caso é o tratamento que visa “desigualar para igualar” os estudantes bolsistas, de modo que julgou mantendo as bases do julgamento da ADPF nº 142. O ministro Joaquim Barbosa, a favor deste argumento, citou dados de 2008 do Ministério da Educação (MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa Educacional (Inep), pois naquele contexto, havia uma oferta de quase 3 milhões de vagas no ensino superior. 1,479 milhão das vagas estavam ociosas.

Neste sentido, não se pode se desconsiderar que a participação mais proativa do Supremo na democracia brasileira, fornecendo argumentos (contingencialmente criticáveis, é verdade) e tomando decisões cada vez mais abrangentes e por vezes inclusivas e dialógicas, pode contribuir para o desencadear e desenvolvimento de debates estratégicos que visam gerar um “aprendizado institucional” que impulse mudanças (embora que pontuais) em áreas de vivíveis *déficits* de materialização como é caso das questões étnico-raciais, diante do declínio do Estado de bem-estar social.

Por isso, a decisão da ADPF 186 analisada de forma isolada, apenas fornece aspectos jurídico-normativos, que como vimos podem ser até questionáveis do ponto de vista do direito comparado e das próprias terminologias empregadas na decisão. Todavia, o fato do Supremo ter colocado em pauta tal temática, representou um fator importante para a continuidade da disputa democrática de grupos sociais que lutam até hoje pela materialização de seus direitos,

visto que mais uma vez o conteúdo, sentido e contorno das cotas étnico-raciais foram disputados via ADI nº 33.30.

Neste sentido, não há como dizer que a Lei de Cotas surgiu especificamente em razão da atuação ativista da Corte brasileira, mas é possível afirmar que ela contribuiu, dentro desta “constelação de agentes institucionais, sociais e civis”, para avanços étnico-raciais visivelmente perceptíveis no campo educacional. Tampouco, está aqui a se defender que esta decisão ou a respectiva lei são fins em si mesmos, são sim, dentro do que se está a se analisar neste capítulo, elementos dialógicos importantes dentro deste processo dinâmico de construção de um direito humano à educação mais igualitário.

4.6O contexto pós-2015:a manutenção da dimensão positiva (prestacional) do ativismo judicial de direitos na prática decisória do Supremo Tribunal Federal

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, os fatores externos são variáveis importantes para o exercício do ativismo judicial, pois representam parte significativa do ambiente de atuação. No contexto hodierno, após 2015 até os dias atuais, alguns fatores externos devem ser considerados, são eles: a) a crise econômica e política; b) incorporação da Emenda “Constitucional” do teto que alterou significativamente o desenho institucional brasileiro e; c) a ascensão de setores conservadores ao poder como “resposta” à crise econômica e política. Isso provocou um certo passivíssimo judicial em determinados assuntos como é o caso da reforma trabalhista e previdenciária, além da própria Emenda do teto de gastos, que não sofreram qualquer atitude mais incisiva por parte do Supremo.

Entretanto, esse passivismo não foi verificado quando o assunto é a manutenção conteúdo do direito humano e fundamental à educação (assim também, quanto às questões atinentes a igualdade de gênero, vide a célebre decisão da “criminalização da homofobia” pela via judicial) em que não se percebe qualquer alteração na paisagem jurisprudencial na Corte brasileira.

Neste sentido, conteúdo do direito à educação de forma ampla, já que mais uma vez foi posto tanto o direito infantil, como os demais foram à prova no julgamento da ADPF nº 292 em 2016. Pouco tempo depois entrada no sistema do direito da Emenda constitucional de 2009, houve tentativa de obter-se à declaração de inconstitucionalidade por parte da Procuradoria Geral da República (PGR) de dispositivos que operacionalizavam¹¹⁵ o direito à

¹¹⁵ Diferente das normas que não versam sobre políticas públicas.

educação dos 4 aos 17 anos de idade, especificamente no que diz respeito ao corte etário “31 de março do ano que ocorrer a matrícula”, alegando principalmente violação a isonomia.

No ano de 2016, o plenário do Supremo entendeu ser muito perigosa a declaração de inconstitucionalidade de tais enunciados normativos, por entender que a emenda em questão ampliou o dever constitucional do Estado relativo à educação e provocou alterações relevantes no que se refere à concretização do direito à educação”. Como foi exposto, esta ampliação se deu muito em razão da jurisprudência da Corte constitucional brasileira. Interessante frisar, a relação dinâmica que existe entre o reconhecimento e manutenção de direitos e; estabelecimento de conteúdo e posteriores tentativas de alteração. Isso só reforça a ideia aqui defendida de que a normatividade ou institucionalidade nada mais são é do que uma parte importante do processo, mas não o todo.

Por isso, volta e meia, os conteúdos, sentidos e contornos são postos novamente a prova. E isso ocorreu mais uma vez na ADPF nº 929, que visou a declaração de inconstitucionalidade do marco temporal para que os estudantes e as estudantes estivessem gozando do direito à educação. Neste caso, o Supremo manteve aquilo que já estava alinhado na sua primeira decisão ativista no caso paradigmático de Santo André. Mas agora, a crítica que se fez ao Supremo, foi por não ter concedido as decisões anteriores um efeito mais amplo e abrangente. Todavia, isso foi mitigado pela respectiva:

Embora a existência de decisões judiciais no sentido da suspensão dos efeitos desses atos normativos em alguns Estados-membros torne a situação atual anti-isonômica, o julgamento desta arguição pelo Supremo Tribunal Federal tenderá a solucionar a polêmica, uma vez que possui efeito vinculante e *erga omnes*. (ADPF 929, 2016)

Interessante que, direta ou indiretamente, todas estas decisões tratam sobre isonomia, pois conforme trazido neste trabalho, somente a educação pode minimizar nossas mais profundas desigualdades. Por isso, o ministro Luís Fux afirmou nesta decisão que todos “os brasileiros nas mesmas condições e idades, respeitados os marcos que as resoluções impuseram, serão tratados de maneira idêntica no acesso à educação, de modo que se observará rigorosamente a isonomia”. De modo que, a Corte não somente reafirma o poder de interferência no sentido de forçar o poder político a atender as políticas públicas já normatizadas, mas também contribui para cristalização deste entendimento na sua prática decisória.

Isonomia também é o pano de fundo da ADI nº 5357, que versou sobre a educação inclusiva, em que o Supremo reafirmou sua jurisprudência ativista, não aceitando interpretação diversa da constituição no sentido de excluir as Universidades e Faculdades privadas de materializar os direitos de alunos que necessitem de atendimentos e adaptações específicas, indeferindo o pedido da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) para declarar a inconstitucionalidade Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), por entender que o termo “privadas” não deveria ser abarcado pela respectiva lei. O principal argumento foi a suposta violação ao princípio da livre iniciativa.

Participaram como *amicicuria* a Federação Nacional das Apaes – FENAPAES, Federação Brasileira das Associações de Síndrome de Down – FBASD, Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB e a Associação Brasileira para a Ação por Direitos das Pessoas com Autismo – ABRAÇA, entendendo pela manutenção do conteúdo, sentido e abrangência da lei por entender que o princípio da isonomia deve ser harmonizado com o princípio da livre iniciativa.

Interessante observar neste caso, aquilo que em direito constitucional é denominado como “erradicação dos direitos fundamentais para as relações privadas”. Os casos até aqui analisados, se caracterizavam por se configurarem como uma relação de prestação do Estado para com o particular. Entretanto, o Supremo entendeu que mesmo em se tratando de Universidades ou Faculdades particulares:

[...] “não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade”. (ADI nº 5357).

Com esta decisão, a Corte expande seus poderes judiciais de modo estabelecer nortes morais as instituições privadas de ensino superior, utilizando-se como argumento os direitos humanos e fundamentais existentes respectivamente no plano internacional e nacional, reafirmando a sua interferência no que diz respeito ao não cumprimento de uma Política Nacional de Educação Especial de 2008, que é perfeitamente harmônica com o nosso desenho institucional e que tem sua operacionalização estabelecida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Noutras palavras, a Corte entendeu que não cabe uma atuação privada deficitária

de mecanismos já existentes no ordenamento jurídico que visam tal materialização, por isso, abre-se possibilidade para a interferência judicial.

Portanto, o “ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra” para o Supremo. Mais uma vez, verifica-se a disputa pelo conteúdo, sentidos e contornos do direito à educação (agora em sua versão inclusiva) na dinâmica institucional existente.

4.7 As tentativas de alteração do conteúdo do direito humano à educação: elemento de um projeto de governo “conservador”?

Diante dos fatores expostos no tópico anterior, o novo governo eleito em 2018 põe em ação seu plano de “moralização da educação brasileira” na tentativa de alinhá-la aos “valores da família tradicional e cristãos” e a “um tipo peculiar de liberalismo”. Não somente isso, sob forte influência do professor Olavo de Carvalho, líder da “ala ideológica” do governo, o ministro Ricardo Vélez Rodriguez assume para gerir a pasta mais importante do país, o ministério da educação.

Sob forte rejeição, principalmente de integrantes do Poder Legislativo¹¹⁶ e da comunidade acadêmica¹¹⁷, o ministro Vélez caiu. Assumiu em seu lugar, o novo ministro Abraham Weintraub. Com um temperamento explosivo e com fortes ligações com a área financeira, o banqueiro cortou/contingenciou ainda mais o orçamento das universidades públicas¹¹⁸, criticou reitores, professores, estudantes de história, de filosofia, de sociologia etc. Porém, com a veiculação da gravação de uma reunião ministerial contendo críticas aos ministros da Corte, este também caiu (promovendo uma verdadeira fuga cinematográfica¹¹⁹). Posteriormente, o Pastor Milton Ribeiro (“conservador moderado”) foi chamado para o cargo após inúmeras dificuldades para o governo encontrar um nome que fosse empático as várias alas políticas de sustentação do governo.

Todos estes nomes acima tem algo em comum, além de estarem umbilicalmente ligados ao professor acima citado, combatiam o pensamento de Paulo Freire, entendido como

¹¹⁶ Um dos episódios mais conhecidos foi a intervenção da deputada Tábata Amaral.

¹¹⁷ Que resultaram nas variadas greves antes da pandemia.

¹¹⁸ As disputas foram travadas até no campo da linguagem, explorou-se o termo descontinenciamento como diferente de corte.

¹¹⁹ Como se sabe, o ex-ministro da educação só foi exonerado após sair chegar aos EUA, representando o único meio de saída do Brasil diante do bloqueio de vôos como medida à pandemia.

uma ameaça à alfabetização silábica e à “formação cristã”. Tanto, que o governo contratou o blogueiro Carlos Francisco Nadalim para ser secretário de alfabetização do MEC, criador do método de alfabetização em casa, que segundo o seu e-book “As Etapas para Alfabetizar seus Filhos em casa”, resume as suas práticas em: 1) leitura compartilhada; 2) memória auditiva de curto prazo; 3) consciência de frases e palavras; 4) consciência silábica e; 5) consciência fonética. Como se percebe a aquisição da língua para Nadalim é ligada exclusivamente à escrita e a fala o que é frontalmente contrária as ideias de Freire, visto que não há um conteúdo contextualmente socializado.

Diante deste contexto acima, o direito humano e fundamental à educação, mesmo com todas as suas configurações constitucionais e infraconstitucionais, foi visivelmente atacado, não somente do ponto de vista orçamentário como já falado, como também do ponto de vista do seu conteúdo, dos sentidos e dos seus contornos. Abriu-se caminho para “micro projetos” que visavam alteração da autonomia universitária e da liberdade de cátedra, “escola sem partido¹²⁰”, educação religiosa e educação em casa passaram a ser debatidos e estrategicamente foram colocados em pauta tanto na arena política e judicial.

O discurso político “conservador” estabelecido nas últimas eleições tem a Universidade pública como problema, não parte da solução. Era preciso por esta lógica de raciocínio, retirar as “regalias” e as “vantagens” das instituições e dos professores para que uma só a “versão acadêmica” prevalecesse. Por isso, atacou-se o ensino público de um modo geral, alegando que se tratava de um “centro de reprodução do pensamento de esquerda”, no qual a universidade tinha o papel específico de formar os líderes que propiciavam uma ampla gama de alunos que pensassem da mesma forma. Caberia então, uma intervenção via Poder Executivo para modificar esse *status quo*, gerando um ambiente acadêmico mais “adequado” aos padrões tradicionais e morais da família cristã.

A inspiração recente para isso, decorreu da massiva propaganda nas redes sociais feita pelo Movimento Brasil Liberal (MBL) que se fortaleceu pós *impeachment* por figurar como um dos principais movimentos que apoiaram a queda da presidente Dilma. Esse momento também ficou bastante fortalecido após eleger inúmeros Deputados e Vereadores. Dentre eles, Fernando Hollyday, um afrodescendente que se destacou por defender a ideia do “Escola sem partido” e ser contra mecanismos de reparação étnico-raciais, como cotas em

¹²⁰ Que na realidade já vinha sendo propagado, tendo sua gênese já em meados de 2014, no final do primeiro mandato da presidente Dilma.

universidades. Tal legislador é famoso por “fiscalizar” escolas, para verificar se os professores estariam ensinando algo que exacerbasse a “gramática e a tabuada”.

Neste sentido, já nas eleições de 2018, a autonomia das universidades e a liberdade de cátedra sofreram algumas tentativas de abalos neste contexto acima, na ADPF nº 548. Ironicamente, isso começou com um verniz normativo. O Supremo, foi chamado a averiguar a constitucionalidade da norma que embasou alguns mandatos de juízes eleitorais que visavam intervir no funcionamento de algumas universidades públicas. O objetivo da ação, foi de declarar nulas as decisões da Justiça Eleitoral em cinco Estados que impuseram a interrupção de manifestações públicas em defesa de candidatos em ambiente virtual ou físico de universidades às vésperas do segundo turno da eleição de 2018.

As decisões acima envolviam a busca e apreensão de materiais de campanha eleitoral em universidades e associações de docentes e a proibição de aulas com temática eleitoral e de reuniões e assembleias de natureza política. A ADPF nº 548 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra decisões de juízes eleitorais de Belo Horizonte (MG), Campina Grande (PB), Dourados (MS), Niterói (RJ) e do Rio Grande do Sul.

Esta decisão é importante, primeiramente por se tratar de uma concepção enviesada dos próprios juízes eleitorais, utilizando-se de uma interpretação equivocada da legislação eleitoral de modo a intervir o pleno exercício da liberdade de cátedra e da autonomia universitária, estabelecendo indiretamente os tipos de manifestações que podem ou não ocorrer dentro da universidade, o que não fazia o menor sentido, nem do ponto de vista democrático, em do ponto de vista jurídico. Interessante, que ao deferir a medida liminar a ministra Carmem Lúcia indicou que tais:

[...]práticas determinadas por agentes estatais (juízes ou policiais) são mais inaceitáveis. Pensamento único é para ditadores. Verdade absoluta é para tiranos. A democracia é plural em sua essência. E é esse princípio que assegura a igualdade de direitos na diversidade dos indivíduos.

Interessante verificar, que o pano de fundo desta decisão é indicado pela ideia de que inexistente neutralidade na educação. Ela tem um lado, este lado é a pluralidade e a diversidade. De modo que não cabe, sob qualquer fundamento a violação os princípios constitucionais da autonomia universitária em nome de uma ideia uniforme podar tais manifestações democráticas dentro da Universidade pública, em franca homenagem a atitudes de regimes nada democráticos pelos quais o país já viveu.

No julgamento, a Corte declarou inconstitucional a interpretação dos artigos 24 e 37 da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997) para justificar atos judiciais ou administrativos que admitam o ingresso de agentes públicos em universidades, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações e a coleta irregular de depoimentos pela manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades. Os dispositivos proíbem propaganda eleitoral de qualquer natureza em bens públicos e de uso comum.

Entretanto, segundo a ministra Carmen Lúcia a finalidade da Lei das Eleições é impedir o abuso do poder econômico e político e preservar a igualdade entre os candidatos no processo:

O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei (ADPF nº 548)

Nota-se neste caso, a manifestação da dimensão de manipulação de sentidos, visto que não somente se declara a inconstitucionalidade da norma em específico, como também de determinados sentidos e expressões que poderiam dar margem às interpretações inconstitucionais. Verifica-se que a jurisprudência do Supremo não se limita a pura e simples declaração de inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade, mas aplica mecanismos de interpretação ecléticos e criativos. De modo que, a pretexto de extrair da inteireza da Constituição, a Corte participa diretamente do conteúdo da democracia, da cidadania e por consequência, do direito humano à educação em toda a sua gama de complexidades.

É visível, que não se trata tão somente de fazer o controle, fiscalização ou verificação das leis e atos normativos, mas também de expandir seus poderes dando solução e contornos democráticos, fornecendo um repertório de sentidos capaz de municiar os cidadãos em eventuais demandas, de forma dialógica e argumentativa.

4.8 As novas demandas do direito humano à educação: a outra face do ativismo judicial de direitos?

Como tratado anteriormente, nem toda decisão é ativista e nem toda decisão ativista se manifesta do mesmo modo, daí então falar-se em dimensões do ativismo judicial. As decisões ativistas que versam sobre as políticas públicas do direito humano à educação,

especialmente as analisadas entre 2005/2015 e 2016/2020, demonstraram uma maior incidência de um ativismo judicial de direitos em sua dimensão positiva (prestacional).

Ou seja, aquela faceta do ativismo judicial que impõe a “realização de condutas positivas” aos poderes políticos, a exemplo na imposição de abertura de vagas na educação infantil e na construção de escolas ou na imposição para Instituições educacionais privadas fazerem as adaptações necessárias à materialização de uma educação inclusiva etc. Entretanto, dado a multiplicidade característica do fenômeno, outras dimensões também puderam ser verificadas como o ativismo maximalista e o ativismo de manipulação dos sentidos de inspiração na prática da Corte Constitucional italiana.

Como já exposto, Campos (2014) expõe que o ativismo judicial de direitos tem duas dimensões, a positiva (prestacional) e negativa (de defesa). Esta última, impõe deveres de abstenção estatal, de modo a restringir a ação regulatória para proteção dos direitos fundamentais ligados à proteção do direito à liberdade. Ocorre que as decisões a seguir, tratam sobre a declaração de inconstitucionalidade de lei inspirada na “Escola sem partido”, do ensino em casa e do ensino religiosodemonstram uma dimensão do ativismo judicial com outros nuances.

Neste sentido, ao focar nos três casos que serão tratados no próximo tópico, verifica-se uma “linha comum”, ou seja, exigem um que o Judiciário assegure diante deste novo contexto pós-2016: as liberdades individuais “na educação” face aos poderes políticos, visando forçar o Estado um conduta absenteísta (conduta negativa). Neste sentido Ranieri:

A meu ver [...] não se deve a mera coincidência cronológica, mas decorre de movimento socialincipiente, porém significativo em direção ao fortalecimento das liberdades na educação. Isso não significa, por evidente, a superação de problemas recorrentes da educação pública brasileira – tais como acesso, permanência, financiamento e qualidade, mas maior facilidade de acesso ao Judiciário, para algumas camadas da população. (2017, p. 164).

Interessante notar, são decisões ativistas que: 1) mantêm o status de expansão judicial já consolidado em relação aos poderes políticos e aos sujeitos de direitos; 2) seu *modus operandi* é muito aproximado à dimensão negativa (de defesa), entretanto o objeto das demandas sublinha dimensão individual da educação, adquirindo assim configurações aproximadas ao direito à liberdade. Neste sentido, o tipo da demanda obriga uma reconfiguração da dimensão ativista de direitos. Ou, seria o desenvolvimento de outra dimensão?

4.8.1 “Escola sem partido”: a educação não é neutra

O primeiro caso, é o que versa sobre compatibilidade de lei do município Nova Gama do Estado de Goiás (GO) de inspiração “filosófica” do “Escola sem partido”, na ADPF nº 457. Conforme já pontuado, o “Escola sem partido” foi difusamente defendido por grupos “conservadores” e “liberais” dentro do Congresso Nacional. O discurso ganhou corpo e em 2016 criou-se o Projeto de lei nº 193 de autoria do então Senador Magno Malta do Partido Liberal (PL/ES), cujo objetivo maior era incluir o “Programa sem partido” na Lei Diretrizes e Bases da educação (LDB).

Dentre vários pontos conflitantes com o desenho institucional brasileiro, o artigo 2º merece destaque, já que estabelecia os princípios que deveriam nortear a educação nacional. Entre eles, o projeto trazia o princípio da “neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado”. Tal enunciado normativo, tem aderência no tecido social até hoje, mesmo com o arquivamento do respectivo Projeto de lei em 2017. Essa aderência, fica clara ao se perceber que a consulta pública designada para que a população pudesse dar sua opinião favorável ou contrária, teve números apertadíssimos, 199.873 pessoas disseram ser a favor e 210.819 disseram ser contra. Isso é um indício de que o “projeto político” ainda está vivo¹²¹, apesar do arquivamento do “projeto normativo” no Legislativo nacional.

Diante dos entraves junto ao Legislativo nacional, a estratégia política foi “estadualizar” e “municipalizar” a disputa. Uma destas tentativas, foi a dos vereadores do município de Nova Gama no Estado de Goiás. A norma municipal aprovada pela Câmara dos Vereadores daquela cidade, previa em âmbito municipal o mesmo conteúdo da norma nacional arquivada: o princípio da “neutralidade”. Com um agravante, proibia a utilização de materiais didáticos que viessem a trabalhar algo sobre aquilo que o a norma municipal chamava de “ideologia de gênero”, abrindo espaço para uma verdadeira censura pedagógica¹²².

Como já era de se esperar, a judicialização desta questão com certeza chegaria ao Supremo para que fosse feito o controle judicial e veio por meio da ADPF nº457, julgada

¹²¹Foram apresentados 121 projetos de leis nos legislativos municipais e estaduais de todo o país vinculados ao Escola sem Partido, entre o ano de 2014 e 2019, segundo o Movimento Educação Democrática (https://www.escolasemmordaca.org.br/?page_id=4218).

¹²²Art. 1º. Fica proibida a divulgação de material com referência a ideologia de gênero nas escolas municipais de Novo Gama-GO Art. 2º. Todos os materiais didáticos deverão ser analisados antes de serem distribuídos nas escolas municipais de Novo Gama-GO. Art. 3º. Não poderão fazer parte do material didático nas escolas em Novo Gama-GO materiais que fazem menção ou influenciem ao aluno sobre a ideologia de gênero. Art. 4º. Materiais que foram recebidos mesmo que por doação com referência a ideologia de gênero deverão ser substituídos por materiais sem referência a mesma.

liminar e monocraticamente pelo ministro Alexandre de Moraes em 2018 e no plenário da Corte brasileira em 24 de abril de 2020 foi julgada por unanimidade. Ao deferir a liminar, o ministro Alexandre de Moraes (relator) defendeu a capacidade institucional do Supremo apreciação da lei produzido pelo Legislativo municipal do referido município, utilizando-se de linguagem recorrente em assuntos dos quais o órgão deve atuar de forma contramajoritária, para proteção das minorias e que foi trazida por este trabalho.

Neste sentido:

O exercício da jurisdição constitucional baseia-se na necessidade de respeito absoluto à Constituição Federal, havendo, na evolução das Democracias modernas, a imprescindível necessidade de proteger a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial das minorias. (ADPF nº 457).

O Supremo declarou a inconstitucionalidade formal (somente a União tem competência pra dispor sobre Lei e Diretrizes Nacionais, conforme artigo 22, XXIV, da CF) e material (em razão do atingimento direto à Constituição no que diz respeito à liberdade de cátedra constante no artigo 206, II da CF, à pluralidade de concepções pedagógicas constante no 206, III da CFF, a proibição da censura em atividades culturais em geral, caracterizando uma afronta à liberdade de expressão constante no artigo 5º, IX da CF). Arrematando, entendeu a Corte que tais direitos “não se direcionam apenas a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas eventualmente não compartilhada pelas maiorias”. Noutras palavras, não cabe “personalizar” o ensino, pois ele não é neutro.

A neutralidade neste caso, representa a “imposição do silêncio, da censura, de modo mais abrangente, do obscurantismo como estratégias discursivas dominantes, de modo a enfraquecer ainda mais a fronteira entre heteronormatividade e homofobia”. Consequentemente, a norma municipal em questão faria com que não se cumprisse “o dever estatal de promover políticas de inclusão e de igualdade, contribuindo para a manutenção da “discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero”.

Como se percebe, manifesta-se o ativismo de direitos, uma vez que há nitidamente uma imposição ao legislador municipal para este se harmonize ao conteúdo plural da Constituição em relação ao direito humano à educação, com vistas à inclusão de minorias desistidas dentro das políticas públicas (educacionais). Entretanto, os efeitos práticos da decisão são no sentido de estabelecer que não está sob domínio da esfera da liberdade individual de nenhum sujeito de direitos querer uma educação “neutra”.

Neste ponto acima, talvez há um fator de inovação interessante que se verifica nos demais casos que serão trabalhados. E isso simboliza uma nova configuração do ativismo judicial de direitos, que aparentemente é um amálgama entre a dimensão negativa (defesa) com a dimensão positiva (prestacional). Mas, certo é também que a “prestação estatal ora solicitada ao STF é, pois, diversa da prevalecente no início dos anos 2000” (RANIERE, 2017).

Neste aspecto, o Supremo entendeu que não há o que se falar em neutralidade no conteúdo, nos sentidos e nos contornos do direito humano à educação configuradas na Constituição, mas de uma opção do Poder constituinte originário pela atuação estatal de modo a contemplar as diversidades, em respeito ao princípio da isonomia em sua versão material.

Interessante visualizar neste caso, a participação dos movimentos e instituições que lutam por tais de modo a fornecer elementos para a decisão no plenário, promovendo o diálogo. A começar pelo Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros que participou como *amicicuria*¹²³. Além disso, inúmeras organizações e redes de direitos humanos elaboraram subsídios¹²⁴ destinados à Corte brasileira atestando a violação

¹²³ “Na Jurisdição Constitucional brasileira, o relator poderá admitir a manifestação de órgãos ou entidades, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda, a repercussão geral da controvérsia e a representatividade dos postulantes. Na presente hipótese, as entidades requerentes preencheram os requisitos essenciais e, uma vez admitidos como *amicicuria*, sua participação deverá ser a mais ampla possível. Juntamente com as audiências públicas, este instituto é instrumento de democratização e maior legitimação da atuação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL em sede de jurisdição constitucional, tanto concentrada (ADPF 54/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADI 4.357/ED, Rel. Min. LUIZ FUX), quanto difusa (RE 631.053/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; RE 566.349/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), na medida em que concretiza maior abertura e pluralidade nas discussões, ensejando a colaboração com pareceres, dados e informações importantes sobre a questão controvertida, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão da SUPREMA CORTE”.

¹²⁴ Entre as instituições e redes, fizeram parte: Ação Educativa, Artigo 19, Associação Brasileira de Famílias Homotransafetivas (ABRAFH), Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), Associação Mães pela Diversidade, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação (ANPED), Associação Nacional de Política e Administração de Educação, Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCED), Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), Associação Nacional de Juristas pelos Direitos Humanos LGBTI (ANAJUDH), Campanha Nacional pelo Direito à Educação, Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Ceará (CEDECA Ceará), Centro de Estudos Educação e Sociedade (CEDES), Cidade Escola Aprendiz, Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM Brasil), Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA), Conectas Direitos Humanos, Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), Confederação Nacional dos Trabalhadores dos Estabelecimentos em Educação (CONTEE), Conselho Nacional de Igrejas Cristãs, Frente Nacional Escola Sem Mordada, Geledés – Instituto da Mulher Negra, Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS), Instituto Alana, Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM), Movimento Educação Democrática, Open Society Justice Initiative, Plataforma DHESCA, Projeto Liberdade, Rede Nacional de Religiões Afro-brasileiras e Saúde (RENAFRO), Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições do Ensino Superior (ANDES-SN), THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero e União Nacional dos Conselhos Municipais de Educação (UNCME), Associação TAMO JUNTAS – Assessoria Jurídica Gratuita para Mulheres Vítimas de Violência. Cf: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/stf-reconhece-inconstitucionalidade-de-proibicao-de-genero-em-escolas/>. Acesso em

de direitos básicos leis como a do município em questão que proíbem a abordagem de gênero e em outras visivelmente inspiradas no movimento “Escola sem Partido”.

Portanto, a decisão da Corte brasileira neste contexto de ascensão de um discurso político que esteve à beira de ser institucionalizado simboliza um importante passo para manutenção do conteúdo plural e não neutro do direito humano à educação, além de reforçar sua jurisprudência no sentido de impor “prestações negativas” aos poderes políticos. O denominado “Escola sem Partido”, é produto de uma deturpação do conteúdo individual do direito humano à educação, significa “personalizar” a educação de acordo com os objetivos de um único segmento da sociedade (muito embora abarcados pelo princípio da maioria), restringindo assim sua potencialidade emancipatória. Coube a Corte, uma atuação contramajoritária assertiva e legítima. Entretanto, a disputa política não morreu.

4.8.2 *Homeschooling*: a tentativa de personalização da educação familiar?

O segundo caso, refere a uma controvérsia estabelecida no Recurso Extraordinário nº 888.815 que se consubstancia na possibilidade do nosso ordenamento jurídico permitir o ensino em casa¹²⁵, “popularmente” conhecido como *homeschooling*¹²⁶. A educação doméstica é entendida como:

“A abordagem formativa em que o aprendizado se dá (temporária ou permanentemente) no próprio ambiente doméstico dos jovens, sem que se frequente uma escola estatal ou privada. Esse processo de aprendizagem é normalmente realizado pelos pais ou, em menor frequência, por familiares ou pessoas próximas. (SPIEGLER *apud* RE 888.815, p. 11).

Neste sentido, os representantes legais da criança em questão pleitearam o direito individual de educar o seu filho em casa sob fundamento de que as normas internacionais em direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional não proibiam este tipo de ensino. Sendo assim, o pano de fundo desta decisão se consubstanciou em saber se a Constituição Federal permitia ou proibia esta espécie de ensino. Noutras

¹²⁵Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pela representante em face da Secretária Municipal de Educação de Canela, Rio Grande do Sul. Insatisfeita com a educação pública da referida cidade, solicitou à Secretaria de Educação do Município autorização para realizar ensino domiciliar.

¹²⁶O chamado *homeschooling* é uma prática cada vez mais comum no Brasil e no mundo. Segundo dados da Associação Nacional de Educação Domiciliar, estima-se que haja atualmente cinco mil famílias praticando a educação domiciliar - em 2016, eram 3200 famílias. (RE 888.015)

palavras, significava “basicamente” mudar parte significativa da paisagem constitucional no que diz respeito à materialização do direito humano à educação¹²⁷.

Curioso saber, que muito embora a Constituição de 88 traga em seu escopo a educação como um direito fundamental social, não se pode defender categoricamente que a ela proíbe a educação em casa. Isto porque, a própria LDB dá permissão para que o aluno, independentemente de escolarização antecedente, desde que avaliado pela escola, possa ser regularmente inserido no sistema educacional (conforme artigo 24, II, c). Neste sentido, há margem interpretativa para defender que o aluno poderá ter como válidos os conhecimentos já adquiridos no ensino domiciliar, a depender do que a avaliação demonstrar.

Entretanto, coube a Corte fazer uma análise mais estrutural do ordenamento jurídico a fim de encontrar respostas para este *leading case*. A Corte teve que cotejar múltiplos direitos, normas e princípios em jogo. Neste sentido:

Nesse caso, foram apreciadas diversas questões relacionadas aos direitos fundamentais, nomeadamente: o direito à educação, os direitos da família, os direitos das crianças e adolescentes, o dever do Estado e da família no oferecimento da educação e suas relações com os direitos de liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; a prevalência do poder parental na escolha da educação a ser oferecida aos filhos; as repercussões penais da não matrícula escolar. Mas o que estava em jogo, fundamentalmente, era o primado da família sobre o Estado, como base da sociedade (CF BR, 1988, art. 226), *vis a vis* a obrigação constitucional de atendimento do Ensino Fundamental em instituições escolares (RANIERI, 2017, p. 157)

Praticamente todas as normas acima, foram trabalhadas no caso anterior, não cabendo maiores aprofundamentos. Neste sentido, centra-se a discussão num raciocínio era até simples de ser entendido: se a Constituição estabelece que a família é a base da sociedade, cabe a esta base, uma educação aos moldes dela? Como se percebe, é um tipo de demanda com outras configurações das demandas de 2005 a 2015. Trata-se então, já que demanda um tipo de absenteísmo estatal num direito humano e fundamental (social), para maximizar o direito desta família e a depender do tipo de interpretação utilizada, do menor de idade (sujeito de direito).

Os ministros da Corte travaram um debate interessante. O ministro Barroso, liberou a “ala” dos intérpretes que entendiam que a Constituição não proíbe este tipo de “modalidade

¹²⁷Tanto que praticamente todos os Estados da Federação participaram no processo na condição de *amice curie*, além da União. Evidentemente, em razão da importância da decisão, pois todos eles deveriam se adaptar. Inclusive, e principalmente, daqueles entes que não participaram: os municípios.

de ensino”. No seu voto, entendeu o ensino em casa como um fato social existente na maioria dos países¹²⁸ (inclusive com índices melhores que o brasileiro). Do ponto de vista normativo, o ministro entendeu que a Constituição não veda o ensino em casa¹²⁹, o que existe é a obrigação solidária entre a família, o Estado e a sociedade. Segundo ele, se Constituição não veda de forma absoluta, trata-se de uma opção do país respeitar o direito da criança ou adolescente de gozar de tal direito¹³⁰. Nota-se, que é um argumento que guarda apertada relação com a ideia de absentismo estatal num direito a Constituição delimitou como um direito de prestação (demandando ações positivas do Estado, não negativas ou absentistas).

Caso a decisão do colegiado fosse tomada com base no entendimento do ministro Barroso, estaríamos diante do exercício expansivo do poder judicial para a Corte avançar sobre uma “modalidade de ensino” que o legislador não normatizou e nenhum gestor público implementou. Sua conclusão, beiraria a criação de uma política pública a respeito do ensino doméstico pela via judicial. Tanto, que referido ministro dispôs em sua decisão sobre como se daria: a fiscalização, as avaliações (bimestrais, trimestrais e semestrais), os órgãos responsáveis, os cadastros de alunos, a progressão, as “ações dos órgãos competentes para melhoraria aos ensinos domésticos” etc.¹³¹ Na verdade, o ministro tratou um *leading-case* como se fosse um *hard-case*.

¹²⁸O ministro entendeu, após ter utilizado um argumento econômico (economia de gastos para o Estado) que os países que adotam, em maior ou menor grau a educação domiciliar, têm índices melhores que o Brasil. “Portanto, nos Estados Unidos é amplamente praticado, em quase todos os Estados da Federação, com diferentes graus de intervenção estatal. A intervenção estatal mais relevante é a do monitoramento e de submissão a avaliações periódicas; que devo dizer - já antecipando a conclusão do meu voto - que é a posição que pretendo adotar. Na mesma linha, Presidente, a maioria dos países europeus permite, regulamenta ou pelo menos não interdita o ensino doméstico: Reino Unido, França, Itália, Portugal, Irlanda, Bélgica e Finlândia, que, sintomaticamente, é o país que tem o melhor resultado no PISA, que é um exame - como muitos saberão - aplicado a jovens de 15 anos - cerca de 50 a 60 países do mundo - para aferir o seu conhecimento em matéria de matemática, linguagem e ciências. E é hoje considerado o principal teste de nivelamento mundial do nível de formação dos estudantes”. (RE 888.015)

¹²⁹O ministro entendeu que: a “análise conjunta dos artigos 226, 227 e 229 da Constituição, que tratam da parte de família, criança, adolescente e do jovem, colocando-os como principais sujeitos de direito, com os arts. 205, 206 e 208, que disciplinam a questão educacional, leva à conclusão de que não há vedação absoluta ao “ensino domiciliar” no Brasil”. (RE 888.015)

¹³⁰O ministro Barroso, utilizou-se de uma técnica de interpretação muito próxima do da utilizada no caso *Marbury v. Madison*, chegando a responder positivamente as perguntas a seguir. “Portanto, acho que essas são as duas questões. Têm os pais o direito à opção de, em lugar de matricular os seus filhos numa escola oficial, educá-los formalmente em casa? E, em sendo possível, que tipo de regramento deve-se aplicar no interesse da criança?” (RE 888. 015)

¹³¹Fixo as seguintes teses: “1. É constitucional a prática de ensino domiciliar (*homeschooling*) a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil expressos na Constituição de 1988. 2. Para evitar eventuais ilegalidades, garantir o desenvolvimento acadêmico das crianças e adolescentes e avaliar a qualidade do ensino, até que seja editada legislação específica sobre o tema, com fundamento no art. 209 da Constituição, os seguintes parâmetros devem ser seguidos: (i) os pais e responsáveis devem notificar às secretarias municipais de educação a opção pela educação domiciliar, de modo a

Por sua vez, o ministro Alexandre de Moraes, liderou a “ala dos moderados”. Entendeu que a Constituição de fato não veda do ensino em casa. Entretanto, por não inexistir rivalidade entre Estado e famílias, mas sim um dever de cooperação, não caberia a Corte indicar um dos lados. Por isso, não é constitucional tal modalidade dentro desenho institucional brasileiro:

A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite a solidariedade entre Família e Estado, a fixação de núcleo básico do ensino e todas as previsões que são impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos, pois são obrigações destinadas a todos aqueles que pretendam ofertar o ensino obrigatório, seja público, seja privado coletivo, comunitário ou domiciliar. (RE 888.815).

Porém, o ministro fez uma ressalva, muito embora o ensino domiciliar não seja “um direito público subjetivo do aluno ou de sua família”, caberia ao Poder Legislativo criar tal modalidade de ensino, não à família da criança ou adolescente. Neste sentido, seria possível que o Congresso Nacional “assim como estabelece quem pode e como pode ser fornecido o ensino privado e o ensino comunitário – criar e disciplinar o ensino domiciliar, seguindo os princípios e preceitos da Constituição”. Nota-se, que por mais que o ministro se esforce para construir uma interpretação no sentido de distinguir a “educação constitucional” da modalidade de ensino estranha ao ordenamento, abre o diálogo institucional para que o Poder Legislativo possa criar norma neste sentido.

Contundo, este raciocínio padece de melhores esclarecimentos: a criação de uma lei infraconstitucional fará com que algo inconstitucional se torne constitucional? Neste ponto, a “ala contrária” rebateu a presente tese e a anterior. O maior representante desta ala foi o ministro Gilmar Mendes, que entende ser legítimo e normal que os pais tenham uma percepção de que o ensino formal anda mal, mas que a “pretensão de deslegitimar a

manter um cadastro e registro das famílias que adotaram essa opção de ensino naquela localidade; (ii) os educandos domésticos, mesmo que autorizados a serem ensinados em casa, devem ser submetidos às mesmas avaliações periódicas (bimestrais, trimestrais ou semestrais) a que se submetem os demais estudantes de escolas públicas ou privadas; (iii) as secretarias municipais de educação, a partir do cadastro, devem indicar a escola pública em que a criança em *homeschooling* irá realizar as avaliações periódicas, com preferência para os estabelecimentos de ensino mais próximos aos locais de suas residências; (iv) as secretarias municipais de educação podem compartilhar as informações do cadastro com as demais autoridades públicas, como o Ministério Público, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente ou o Conselho Tutelar; e (v) em caso de comprovada deficiência na formação acadêmica, verificada por meio do desempenho nas avaliações periódicas anuais, cabe aos órgãos públicos competentes proporem melhorias ao ensino doméstico e, nas hipóteses em que não haja aumento do rendimento nos testes periódicos, determinarem a matrícula das crianças e adolescentes submetidas ao ensino doméstico na rede regular de ensino”.

metodologia conduzida no âmbito do ensino formal, propondo-se a adoção de uma metodologia doméstica, soa, no mínimo, presunçosa”. E mais, concordando com ministro Fux, entendeu que a um dos principais trunfos da educação enquanto prestação estatal é defender a criança de sua própria família, ligando às críticas às fundamentações jurídicas do movimento “Escola sem partido”:

Aqui, não há dúvidas de que, em alguns aspectos, o *homeschooling* pode ser utilizado como um fechamento dos educandos às perspectivas abertas do conhecimento. Vemos com frequência a preocupação no sentido de retirar das escolas a chamada doutrinação, mas, a rigor, o que se coloca no presente caso é uma proposta de autorização a uma perspectiva educacional fechada realizada pela própria família. Como isso seria diferente de uma doutrinação? (RE nº 888815)

Nota-se por este prisma, que o ministro entende que a educação deve formar para a participação na sociedade em seu viés plural, daí a necessidade do convívio entre os diferentes. Mesmo reconhecendo que de fato a educação domiciliar é uma prática educacional existente e permitida em boa parte do mundo, alegou que Constituição de 88 traz um direito à educação mais amplo do que este tipo específico de educação, inclusive mais até que o modelo institucional/estatal se considerados isoladamente. Pois, o que se:

“[...] depreende da nossa atual cultura constitucional é um imperativo de que a educação seja concebida multidimensionalmente e que seja concretizada pelo Estado e pela família, sem prejuízo da atuação de outros agentes sociais” (RE nº 888815)

Sendo assim, nestes moldes trazidos por Mendes, a educação deve ser coordenada e multidimensional no sentido de ser concretizada por múltiplos agentes (institucionais, sociais e familiares). Ou seja, um direito humano e fundamental (social), de concretização multidimensional. De modo que, isto só reforça aquilo que este trabalho trouxe, o estilo da demanda mudou, pois pressiona um novo conteúdo, novos sentidos e novos contornos ao direito humano à educação. Isso, obrigou o sistema do direito a verificar se seus códigos e linguagens internas eram harmônicos com esse tipo de demanda.

Nesta decisão, o ministro Mendes deu o seu “parecer” político-institucional em relação à postura que a Corte deve ter acerca de questões como esta. Entendeu que tal demanda vem à tona para que a sociedade reflita sobre o “nosso sistema de educação”, abrindo um diálogo para que haja um foco de investimentos na infraestrutura de ensino, privilegiando a participação da família no processo de ensino.

Por isso, nada impede que se avance “no sentido de um modelo diverso, com maior ênfase em um ou em outro agente educacional, mas isso não pode ser feito por meio de uma decisão judicial, ainda que no âmbito de uma Suprema Corte”. Porém, isso deve dar-se levando em consideração e com a participação de todos os atores da sociedade, não cabendo ao Supremo uma atuação irresponsável¹³², no sentido de provocar uma “agitação tão violenta do *status quo* pela via da decisão judicial”. Tratou-se de uma crítica indireta a postura judicial do ministro Barroso.

Portanto, a decisão da Corte brasileira dentro deste cenário, simboliza um importante passo no sentido dar conceber à educação como direito humano de realização coordenada entre o Estado, a família e a sociedade nos moldes constitucionais. Neste sentido, o pedido de reconhecimento do ensino domiciliar vem a reboque desta nova atmosfera de demandas que tem o objetivo de dar aos direitos de prestação (de ação/positiva) uma conotação de direitos individuais que visem exigir uma conduta estatal absenteísta (de defesa/negativa). Mas, como percebido, muito embora a Corte tenha entendido que ela não tem capacidade institucional para isso, há certo diálogo institucional no sentido de que o Legislativo possa criar esta modalidade de ensino. A disputa política permanece viva!

4.8.3 ADI n.º 4.439: educação religiosa confessional como um direito individual face ao Estado e ativismo judicial destoante

O último caso diz respeito à decisão da Corte sobre a possibilidade do ensino religioso confessional nas escolas públicas proposta pelo Procurador Geral da República. O pano de fundo desta decisão é saber se nos moldes de democracia brasileira na qualidade de laica e plural poderia abarcar um ensino religioso confessional numa perspectiva de política pública educacional. Mais uma vez estava em jogo o conteúdo de uma das dimensões do direito humano à educação. Neste caso, questionamentos não faltam: o direito ao ensino religioso se materializa de forma harmônica com a Constituição ao garantir esta possibilidade de forma facultativa? A Corte deveria dar um sentido mais secular e plural a tal possibilidade por representar uma exceção ao Estado laico?

¹³²O argumento tem elementos de autorrestrição judicial, reconhecendo a inadequação institucional do órgão para ser legislador positivo neste caso.

O PGR pediu para que o Supremo utilizasse a técnica da “interpretação conforme a Constituição¹³³” aos enunciados normativos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação LDB (Lei 9.394/1996) no que diz respeito ao artigo 33, parágrafos 1º e 2º, que versam sobre o caráter facultativo da educação religiosa e sobre suas duas modalidades: a) confessional – “*de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas*”e; b) interconfessional – “*resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa*” ao artigo 11, parágrafo 1º do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé (Decreto 7.107/2010), que prevê a matrícula também facultativa, para o ensino católico e de outras religiões, de modo a assegurar “o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação”.

Nesse sentido, pediu que interpretação da Corte neste caso fosse no sentido de que o ensino de acordo com a Constituição, só caberia na modalidade de ensino religioso não confessional, por entender ser mais apropriado a laicidade e a pluralidade finalísticas do Estado, de modo a privilegiar regiões sub-representadas, proibindo com isso contratação de educadores representantes desta ou daquela religião, vez que a matrícula é facultativa, deveria ter um “caráter neutro” e inclusivo.

Ao se observar a Constituição Federal, percebe-se que muito embora ela preveja o ensino religioso facultativo no (artigo 201, parágrafo 1º, CF), também consagra à liberdade religiosa como direito fundamental (artigo 5º, inciso VI, CF) e opta pelo princípio da laicidade estatal (artigo 19, alínea I, CF). Segundo o relator, ministro Barroso, a questão deveria “situa-se na confluência dessas três normas, cujo sentido e alcance precisam ser compatibilizados” que “impõe ao intérprete a tarefa de buscar a concordância prática entre os diferentes preceitos constitucionais, minimizando os conflitos e tensões que decorrem naturalmente do caráter pluralista do texto constitucional”. De modo que a solução, viria de uma interpretação sistemática, privilegiando as demais normas constitucionais.

Sendo assim, o voto do ministro em questão foi no sentido de entender que o ensino confessional não harmoniza com a laicidade estatal, e tampouco é uma modalidade hábil à

¹³³Conforme já demonstrado, é uma técnica inspirada na jurisprudência da Corte Constitucional Italiana que é utilizada pelo Supremo. Neste caso, poderia se declarar inconstitucionais os sentidos que dão aos enunciados normativos, suprimindo a ideia de permissão estatal de uma educação religiosa confessional, sem qualquer “alteração física” nos textos elencados.

promoção da pluralidade, tão caras ao Estado Democrático de Direito. Uma das questões que o ministro salientou foi que por mais que o exercício da liberdade religiosa não tenha fundamento na laicidade estatal, por “integrar a autonomia individual e o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, sendo expressão nuclear da dignidade humana”, também é verdade que “a garantia da liberdade religiosa também constitui um conteúdo básico da laicidade”. Deste modo, ao garantir a existência do ensino confessional ou interconfessional, o Estado está a afetar a própria garantia da liberdade religiosa:

Entretanto, em ambos os cenários (ensino confessional e interconfessional), o Estado afeta a garantia de liberdade religiosa, ao criar um ambiente escolar incapaz de assegurar a liberdade religiosa dos alunos que professam as crenças não representadas nas aulas. No espaço da escola pública, o Estado jamais pode pretender estimular ou desestimular, prescrever ou proibir a adoção de qualquer crença. Ao contrário, ao Poder Público incumbe o dever de assegurar que todos os educandos possam exercer o direito de aderir (ou não) a uma crença e professá-la, individual ou coletivamente, por meio de seus ritos e cultos, sem coerção ou discriminação e respeitando-se, sempre, a autonomia familiar. Durante o ensino fundamental, tais deveres de proteção são potencializados. (ADI nº 4439).

Este argumento, é aproximado ao argumento dos dois casos anteriores no sentido de identificar que a educação deve formar o indivíduo para a participação dentro do espaço democrático, que é plural e desigual (pelo menos até então). Neste sentido, a educação não é um conteúdo neutro, ela está para maximizar a democracia pluralista de forma multidimensional. Neste sentido, embora a Constituição, o referido Pacto e a normas infraconstitucionais expostas dêem a entender que garantido o ensino confessional facultativo, estaria o Estado garantido à pluralidade e o tratamento não discriminatório (ao assim dispor normativamente e agir por meio de tais políticas públicas), contribui para a promoção das regiões que tem uma maior representatividade na democracia, em detrimento as estigmatizadas.

Dito de outra forma, o aluno que não professa uma religião “clássica”, condenado estaria a não participação. Ao não participar, pode se sentir excluído, cabendo apenas a observação e a espera¹³⁴. Sendo assim, estaria o Estado deixando de agir em sua dimensão de “prestação positiva”, atuando por meio da LDB de modo a privilegiar as diferenças religiosas e a pluralidade, opta por maximizar a dimensão da abstenção estatal diante do direito individual à liberdade religiosa.

¹³⁴ O que é perfeitamente normal para a idade, haja vista o senso de pertencimento.

A Corte, por sua vez optou por entender que não caberia ao Estado intervir desta forma na liberdade religiosa, uma vez que o fato de o ensino religioso ser permitido em caráter optativo ou facultativo já seria o suficiente para harmonizar laicidade estatal e liberdade religiosa:

O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais(ADI nº 4439).

Interessante notar, que “implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina” é, por outras palavras, o mesmo que se defender a compatibilização entre laicidade estatal e liberdade religiosa. Entretanto, aparentemente, se faz impossível (e é o que a grande maioria dos *amicicuries* defenderam¹³⁵) por esta decisão o não “favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais”. A não intervenção, garante o mesmo *status quo* religioso. Além disto, dá a um direito fundamental individual um caráter absoluto.

Entretanto, de acordo com as bases trazidas por este trabalho, não caberia centrar debate em torno da liberdade religiosa, uma vez que por mais que ela seja um direito individual a ser considerado na decisão, o ensino religioso confessional é um elemento da política pública educacional *lato senso*. Sendo assim, é ligado a uma dimensão positiva, se materializa principalmente pelo agir estatal, um caráter alinhado à laicidade estatal, a capacitação para a democracia plural, para redução das desigualdades de todas as ordens (inclusive religiosa). De modo, que o ensino religioso confessional e interconfessional não harmoniza com as configurações do conteúdo do direito humano à educação delineado na Constituição, tampouco com a jurisprudência do Supremo na área, que nitidamente, nos demais casos sobrepôs a dimensão negativa.

¹³⁵ “Me parece que mais do que decidir a visão que essa Corte definirá de laicidade, vai definir inclusive a própria noção que essa Corte entende por Estado Democrático de Direito” Sustentação oral proferida em nome do amicus curiae Liga Humanista Secular (LiHS). Cf: <https://www.youtube.com/watch?v=Hx-hLynaLOs>

Portanto, a decisão da Corte brasileira neste cenário representou possivelmente o surgimento uma nova dimensão de ativismo judicial. Tratam-se pelo prisma da demanda, de pleitos advindos no bojo do contexto dos últimos casos analisados acima. Esta demanda, assim como no caso do “Escola sem partido” e do ensino domiciliar, visam o absenteísmo estatal. Esta última decisão se traduz na manifestação de dimensão do ativismo que é muito aproximada ao ativismo liberal conservador da Corte *Lochner*, mas com um detalhe que salta aos outros, sem que o bem jurídico em questão seja um direito individual. Trata-se de uma decisão ativista em sua dimensão negativa que dá aos direitos sociais, características de direitos individuais? É algo que ainda precisa ser observado. Certo mesmo, é que é um ativismo de meio, não de resultado.

A disputa política permanece viva, para o bem ou para o mal...

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal é um fenômeno multidimensional que pode ser observado e identificado na realidade político-institucional brasileira. Pós-Constituição Federal de 1988 mais especificamente a partir de meados dos anos 2000 a Corte brasileira é chamada para participar intensamente de nossa democracia que tem a educação como um dos seus assuntos mais caros. O direito humano e fundamental à educação é, em larga medida dependente das interações institucionais, vez que se materializa na perspectiva contemporânea por meio de políticas públicas educacionais. Daí, a importância de entendermos as conexões existentes entre a atuação ativista da Corte brasileira na concretização de políticas públicas do direito humano à educação e a disputa em torno do seu conteúdo, sentidos e contornos de forma dinâmica e articulada.

O propósito principal deste trabalho foi analisar a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito às políticas públicas educacionais do direito humano à educação entre 2005 a 2020. Para cumprir este propósito, foi primeiramente investigado o surgimento e o desenvolvimento do ativismo judicial como um fenômeno comum a inúmeras realidades institucionais, atrelando-o ao contexto dos direitos humanos. Para que essa relação fosse feita tivemos que percorrer um longo caminho. A autodeclaração de poder político-judicial no interior da *judicial review* alterou significativamente o espaço de atuação da Suprema Corte norte-americana como instituição participante das principais decisões da vida democrática dos Estados Unidos. Todos os casos foram observados dentro de uma abordagem metodológica, que desde o início, considerasse não somente aspectos jurídico-normativos, mas que os compreendesse como parte de uma observação mais ampla: político-institucional. Que inclusive, é utilizada em todo o trabalho.

Observou-se que ativismo judicial na cultura norte-americana, é marcado por fatores externos emblemáticos à atuação do órgão que fornecem elementos importantes e estes foram considerados na exposição. Por isso, já nos casos *Marbury*, *Dred Scott* e *Lochner*, considerados os primeiros exemplos clássicos do surgimento do ativismo judicial, demonstrou-se diferentes variáveis políticas, sociais e econômicas importantes que orbitaram em torno da atuação da Corte norte-americana - desde indicação de novos juízes ligados às concepções políticas dos diferentes governos, até transferências políticas estratégicas de assuntos que costumeiramente não faziam parte das demandas clássicas julgadas pelo órgão jurisdicional, a exemplo. Como percebido, todas as decisões foram expostas são consideradas como manifestações do ativismo judicial, mas que podem servir para propósitos diferentes se manifestar por dimensões extremamente heterogêneas. Por isso, conservadores utilizavam a

terminologia “decisão ativista” como sinônimo de decisão errônea, por não visualizarem na prática decisória da Corte retratada no artigo *The SupremeCourt* de 1947, uma dimensão do ativismo judicial que não lhes convinha do ponto de vista político-ideológico. Mas, o inverso também pode ocorrer.

Com visto, a denominada Corte do *New Deal* julgou casos de intensa carga moral e social, inaugurando um ativismo judicial que enxergava à Constituição como um meio para transformações sociais, avançando os conteúdos de direitos até então eram desconsiderados pelo ativismo conservador da Corte que lhe antecedeu. Como percebeu-se, um conjunto de variáveis externas e internas contribuíram tais progressos – lutas de movimentos étnico-raciais de cunho igualitário (utilizando como estratégia judicialização de suas demandas), disseminação da ideia de proteção aos direitos humanos, mudanças teóricas na forma de julgamento, articulações do Presidente da república etc. *Brown*, foi o caso que versou sobre as políticas educacionais segregacionistas e ficou claro que ele pode ser citado como um exemplo de catalisação judicial, para tais mudanças. Com o pós-Guerra, a essência da ideia da *judicial review* – como um mecanismo contramajoritário face aos atos dos demais poderes, se dissemina pelo mundo. Países como Alemanha, Itália, Costa Rica, Canadá e África, incluem um rol de direitos humanos/fundamentais em seus desenhos institucionais. Por isso, para garantir tais direitos face à atuação política representativa, ampliou-se a capacidade institucional das Cortes Constitucionais.

O segundo objetivo específico, foi identificar o ativismo judicial e suas dimensões dentro da dinâmica institucional brasileira pós-Constituição de 1988. Como foi observado, temos um problema de subjetividade ou de indefinição conceitual no debate brasileiro a respeito deste fenômeno no mundo, mas principalmente no Brasil. Os principais pontos divergentes, são quanto à legitimidade e sobre a existência de virtude no fenômeno. Como percebido, o ativismo judicial não é nem ilegítimo (ou ilegítimo) e tampouco negativo (ou positivo), *a priori*. É um fenômeno que é melhor identificado dentro de uma análise político-institucional que não o trate isoladamente. Por isso, identificações e conceituações de autores brasileiros como Campos e Leite são metodologicamente mais apropriadas, além de úteis, por levarem em consideração uma pluralidade variável político-institucionais. Neste aspecto, o ativismo judicial é entendido por estes autores como é um fato da via estatal, uma questão de expansão de poderes político-normativos de juízes e Cortes em detrimento ao espaço de atuação dos demais poderes. Tal expansão (assim como sua autorrestrrição) se dá de acordo com variáveis internas e externas, que devem ser estrategicamente calculadas, observando

assim, o ativismo judicial não como um fenômeno que se traduz na benevolência ou na ação isolada do intérprete.

Por ser dinâmico, o fenômeno se manifesta por meio de múltiplas dimensões. Em comum entre elas, como demonstrado, está o alargamento do poder judicial. Como se frisou, de certa forma essa conduta expansiva foi querida por autores como Dallari e Piosevan em nome da concretização dos direitos humanos presentes em nosso desenho institucional. Como exposto, a rejeição ao fenômeno, em nome de uma visão estanque da separação dos poderes ou de critérios hermenêuticos e dogmáticos para o seu exercício, pode ser considerada. Entretanto, conforme demonstrado, tais abordagens focam em partes de um todo que é múltiplo e extremamente dinâmico. Metaforicamente, o ativismo judicial é como um polvo, precisamos conhecer todos os seus tentáculos (todas as suas dimensões). Neste sentido, onde há um tentáculo (uma dimensão) há o ativismo judicial. Todavia, se observarmos somente aquele tentáculo sem considerar o resto, poderemos incorrer em inúmeros equívocos. O tentáculo (a dimensão) que guarda relação com as políticas públicas do direito humano à educação é o “ativismo judicial de direitos” que existente em sua versão negativa (de abstenção) e positiva (prestacional).

Por sua vez, o terceiro objetivo específico foi identificar as políticas públicas do direito humano à educação como produto de lutas políticas de caráter multidimensional. Como restou demonstrado, o conceito de políticas públicas não é de fácil identificação em razão do seu aspecto também multidimensional. Isso porque, o conceito é oriundo da ciência política pela visível interface com questões atinentes à atuação do Estado (seus objetivos e suas metas). Recentemente, o conceito assume uma configuração multidisciplinar em que o campo de direitos humanos assume um papel interessante e primordial. Tratando-se, de um instrumento de aglutinação de interesses sociais, políticos e jurídicos. Por este último aspecto, a própria política pública é um direito por se tratar de um mecanismo de operacionalização da materialização dos direitos humanos. O direito humano à educação que é operacionalizado por políticas públicas educacionais, tem o seu conteúdo atual determinado por um processo de lutas iniciadas na década de 60 e que culminaram com a institucionalização de tais demandas na Constituição de 1988. Entretanto, a institucionalização só representa uma parte do processo, cabendo ações estratégicas por parte da sociedade para que retrocessos não ocorram.

Verificou-se, que as políticas públicas educacionais representam a parte visível mais importante da vitória dos movimentos sociais ligados à educação ao longo das últimas

décadas. Como exposto, as ações coletivas geraram uma estrutura de oportunidades por meio da participação estratégica de tais movimentos, um ciclo de renovação de demandas por direitos foram operacionalizados via políticas públicas. Neste sentido, a luta pela manutenção das políticas públicas já existentes também é uma constante. Por isso, que a Emenda Constitucional nº 95 representou uma baixa na materialização do direito humano à educação e consequentemente para a luta existente em torno do alargamento do seu conteúdo mediante esse mecanismo. O congelamento dos gastos em todos os direitos sociais e em especial, quanto ao direito à educação, representou uma perda de parte significativa das conquistas destas lutas.

O último objetivo específico, se traduziu em analisar a prática do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal no contexto das políticas públicas do direito humano à educação entre 2005 a 2020, separadas em dois grandes grupos: 1) decisões ativistas entre 2005 a 2015; 2) decisões ativistas entre 2016 a 2020. Dessa forma, demonstrou-se que o Supremo nesta primeira etapa contribuiu de acordo a sua capacidade institucional para o alargamento do conteúdo do direito humano à educação por meio do ativismo judicial de direitos em sua versão positiva (ou de prestação), impondo obrigações aos poderes políticos. Inclusive, visualizou-se, que tanto nas questões atinentes as demandas do ensino infantil, quanto na demanda envolvendo cotas étnico-raciais, “após as decisões” o Poder Legislativo produziu normas harmonizantes com os escopos das decisões do Supremo. Sustentou-se, que a Corte brasileira tem sua parcela de contribuição na produção destas normas, que atendem obviamente demandas sociais que representam em larga medida a institucionalização de lutas travadas ao longo de anos.

Como externando, no que diz respeito ao segundo bloco de decisões, para a surpresa do nosso trabalho não se verificou alteração na paisagem jurisprudencial ativista da Corte quanto à “imposição de condutas” aos poderes políticos. Conforme demonstrado, tais demandas exigindo condutas positivas (de prestação), foram atendidas conforme a jurisprudência ativista da dimensão de direitos. Entendeu-se, que a atitude ativista do Supremo em relação ao direito humano à educação se manteve, mesmo após o *impeachment* da Presidente Dilma e a crise política e econômica. O conteúdo foi mantido. Todavia, vale dizer que a Emenda do “Teto de gastos” foi judicializada há algum tempo e a Corte brasileira insiste em não colocar em pauta. Obviamente, conforme exposto, o contexto político-institucional é uma variável a ser considerada nesta “não utilização” da agenda da Corte,

tratando-se de um assunto estrutural, que demandaria uma decisão também estrutural, para além de dialógica.

Detectou-se também, novos tipos de demandas chegando a Corte, como os casos como “Escola sem partido”, ensino doméstico e o ensino religioso, representando uma nova paisagem nas demandas. Isso, teve que ser visto atentamente, já que tais demandas tinham (e ainda tem) um potencial para reconfigurar parte da jurisprudência da Corte, e pior, alterar o conteúdo do direito humano à educação, que conforme exposto só ganha sentido dentro do delinear constitucional, entendido como plural e formando o aluno pra o convívio em sociedade. A Corte não alterou o seu entendimento quanto aos dois primeiros casos, mas equivocadamente deu interpretação conforme a Constituição para o ensino religioso facultativo, sobrepondo o exercício do direito fundamental à liberdade religiosa face ao caráter plural e contramajoritário do direito à educação. Isso se traduziu, na utilização de um ativismo judicial de direitos em sua dimensão negativa para solucionar uma demanda que versou sobre políticas públicas educacionais voltadas ao ensino religioso, de compatibilidade duvidosa com o nosso desenho institucional e destoante da prática decisória do Supremo.

É desafiador pesquisar sobre ativismo judicial em razão do seu caráter multidimensional, a responsabilidade dobra quando estamos a falar sobre sua conexão com políticas públicas do direito humano à educação que também tem um caráter multidimensional. O trabalho demonstrou que a Corte brasileira tem sido no mínimo coparticipe do conteúdo das políticas públicas educacionais e os efeitos de suas decisões têm contribuído para a produção legislativa e a luta pela educação. Imaginou-se, que de fato a Corte tivesse participado de forma assertiva em relação às demandas relacionadas às políticas públicas transferidas da seara política para a judicial entre 2005 a 2015. Mas, é verdade que também se imaginou que entre 2016 a 2020, isso não seria possível de ser verificado diante do contexto já descrito. De forma até animadora, se pode defender que a Corte tem sido assertiva quando utiliza a dimensão positiva (prestacional) do seu ativismo judicial. Mas também, que tem se equivocado na utilização do ativismo judicial negativo (absenteísta) nesta área, além de não ter colocado em pauta a demanda que versa sobre a revisão da Emenda do “Teto de gastos” de caráter flagrantemente estrutural.

Quanto às novas demandas, infelizmente, não há elementos teórico-metodológicos suficientes para definir se, isto é, pode servir de estímulo para o desenvolvimento de uma nova dimensão do ativismo judicial de direitos. Isso, pode parecer “perfumaria jurídica”, mas quando falamos em direitos humanos, e especificamente sobre o direito humano à educação,

tudo aquilo que venha alterar seu conteúdo democrático e plural é aparentemente preocupante. Sendo assim, é perfeitamente possível defender uma conduta ativista na dimensão de direitos em sua dimensão positiva, amplificando os poderes judiciais para impor aos poderes políticos diante de suas omissões injustificadas; como também, discordar de decisões ativistas como do ensino religioso, que no mínimo, dá ainda mais relevo as religiões tradicionais no ambiente escolar, em detrimento a um conjunto de crianças e adolescentes que são de religiões sub-representadas.

Portanto, a expansão judicial pode tanto ajudar quanto atrapalhar. Mas, cabe lembrar: a política pública que previa o ensino religioso já existia e foi produzida sob o manto da legitimidade da maioria. Portanto, a condução estatal democrática, pautada nos direitos humanos (priorizando a concretização do direito humano à educação) não depende de uma capacidade institucional específica, mas da atuação político-institucional estratégica coordenada e estrutural de todas as instituições. Inclusive, do Supremo Tribunal Federal.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado democrático de direito:** para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, renovar, n.217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. **Epílogo e la Teoria de los Derechos Fundamentais.** Revista Espanõla de Derecho Constitucional Vol. 66, 2002, p. 50-53.

ALMEIDA, Fábio Portella. **Silêncios eloquentes na ADPF nº 186:** o STF julgou a constitucionalidade das cotas raciais? Brasília: Revista de Direito da Universidade de Brasília, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24489>. Acesso em: jan. 2020.

ALMEIDA, Maíra Villela. **A Constituição sistêmica.** Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=526724. Acesso em: fev. 2020.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **Silêncio eloquente na ADPF 186:** o STF de fato julgou a constitucionalidade das cotas raciais.

ANDRADE, Fernando Bezerra de. **Educação em direitos humanos:** construindo políticas públicas. Curitiba: CRV, 2016. CHIZZOTTI, Antônio. Pesquisa em ciências humanas e sociais. Cortez, 2º ed. 1991. Disponível em: [file:///C:/Users/lu/Downloads/Pesquisa%20em%20Cie%CC%82ncias%20Humanas%20e%20Sociais%20\(Anto%CC%82nio%20Chizzotti\).pdf](file:///C:/Users/lu/Downloads/Pesquisa%20em%20Cie%CC%82ncias%20Humanas%20e%20Sociais%20(Anto%CC%82nio%20Chizzotti).pdf) Acesso em: 10 dez. 2018.

APPIO, Fernando Eduardo. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil.** São Paulo. Juriá, 2007.

ARAÚJO, Kalil Jorge de. **O Teto dos gastos públicos no Brasil:** a EC 95/16 e o ataque ao projeto constituinte de 1988. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Ceará (UFCE), Fortaleza, 2017. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29372/1/2017_tcc_kjara%C3%BAjo.pdf. Acesso em: fev. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal:** esse outro Desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. 1 ed. Lisboa: Editora 70, 1995.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 13. p. 89-98, 1997. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198/r133-10.PDF?sequence=4&isAllowed=y>

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANDAU, Vera Maria. **Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença**. Revista Brasileira de Educação v. 13 n. 37 jan./abr. 2008.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista Alceu: Revista de Comunicação, Cultura e Política, Rio de Janeiro, v.5, n.9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CLAUDE, Pierre. Richard. **Direito à educação e educação para os direitos humanos**. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 2, Número 2, p.37-63 2005.

CONTINENTINO. Marcelo Casseb. **Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro**. Revista do Estado. Vol. 20, Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONTINENTINO. Marcelo Casseb. **Judicial Review: o mito de Marbuy**. Revista do Estado. Vol. 53, Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

COUTIS. Chistian. **Políticas sociais, programas sociais e direitos sociais**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Orgs.). Tratado de direito consitucional. 1. Ed. Rio de janeiro: Elsevier, 2014, p. 387- 401.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Brasil rumo à sociedade justa**. In: SILVEIRA. Rosa Maria Godoy (org). Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **O despertar dos juízes**. São Paulo: Revista Prisma Jurídico, 2002. Disponível em:

<https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=506&path%5B%5D=485>. Acesso em: abril de 2019.

DIAS, Adelaide Alves. **Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo**. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy (org). Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1 ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 1999.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. Tradução Ana Falcão Bastos e Luiz Leitão. Milão: Presença: 1997.

ELY, Jhon Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes: 2010.

FERREIRA, Antonio Oneildo. **O ativismo judicial no trintenário da Constituição**. São Paulo: Revista virtual Migalhas, 2018. Disponível em: <http://s.oab.org.br/arquivos/2018/08/a32be056-a24b-4c17-b537-c9699be0ef87.pdf>. Acesso em: dez. 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

GALBIATI, Carolina Maria Morro. **O direito à educação e o ativismo judicial na perspectiva da decisão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Revista Ajuris. v. 3, p. 72- 97, 2012. Disponível em: juris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/732. Acesso em: 03 jan. 2019.

GHON, Maria da Glória Marcondes. **Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUARNIERI, Fernanda Vieira. SILVA, Lucy Leal Melo. **Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica**. São Paulo: Psicologia Escolar e Educacional, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572017000200183. Acesso em: nov. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes: Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HARBERMAS. Jürgen. **Sobre a legitimação pelos Direitos Humanos.** In: MARLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.) *Direito & Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

HERREIRA, Carlos Miguel. Estado. **Constituição e Direitos Sociais.** In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.5-24.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LAFER. Celso. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEAL. Saul Tourinho. **Ativismo ou Alvidez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LEITE, Glaucio Salomão. **A dinâmica da política constitucional: o que podemos extrair do caso “brown vs. board education”?** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, out. 2018. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/vi>>.

LEITE, Salomão Leite. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2017.

LIBÂNEO, José Carlos. **Educação escolar;** políticas, estrutura e organização. São Paulo: Cortez, 2005.

LIMA. Natan Oliveira. **As fronteiras entre o ativismo judicial e o desenho institucional democrático no comportamento do STF.** Monografia de final de curso elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7951/1/NOLima.pdf>. Acesso em: set. de 2019.

LIPJPHART. Arend. **A concepção constitucional para sociedades divididas.** In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Orgs.). *Tratado de direito consitucional*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.3-14.

LYRA. Rubens Pinto. **Teoria política e realidade brasileira:** e suas incidências sobre a conjuntura política atual. Campina Grande: EDUEPB, 2017.

NÁDER, Alexandre Antônio Gili. **Diversidades e Cidadania: a educação em direitos humanos na escola**. João Pessoa: CCTA, 2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. PRATES, Francisco de Castilho. *Ensino público religioso e confessional: apontamentos a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439*. Santa Catarina: Revista eletrônica do curso de direito, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30545>. Acesso em: maio 2020.

PELICIONI, Angela Cristina. **A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes**. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 21-30, 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92742>. Acesso em: dez. 2019.

PEREIRA JÚNIOR. Valter Henrique. **Direitos Humanos enquanto projeto de sociedade e dinâmica dialógica: o papel do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos humanos**. In: *Direitos Humanos: desafios do diálogo democrático na construção da cidadania*. CATÃO, Flávio Romero Guimarães Marconi do Ó; NEWTON, PaullaChristianne da Costa; Ricardo dos Santos Bezerra (Orgs). Campina Grande: Realize Eventos, 2019.

PEREIRA JÚNIOR. Valter Henrique. **Entre a institucionalidade e a luta: a Corte brasileira como agente emancipador?** In: *Direitos Humanos: Cidadania e Políticas Públicas*. AURINO, Ana Lúcia Batista. PINHEIRO. Júnior. LUDMILA, Cerqueira Correia. RODRIGUES, Maria de Fátima. FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira (Orgs). João Pessoa: Editora do CCTA, 2020.

PEREIRA JÚNIOR. Valter Henrique. **Entre o direito e a política: desafios e perspectivas em torno do ativismo judicial no Brasil**. In: *Limites dos Direitos Humanos: democracia, direito, política e sociedade*. SILVA. Luciano Nascimento (Org). Campina Grande: EDUEPB, 2020.

PINTO. João Batista Moreira. **Direitos Humanos como projeto de sociedade: caracterização e desafios**. In: PINTO. João Batista Moreira. (Org.). *Perspectiva e características dos direitos humanos enquanto projeto de sociedade de emancipação*. Belo Horizonte: Editora Instituto DH, 2018.

PIOVESAN. Flávia. **Poder judiciário e direitos humanos**. São Paulo: Revista da USP, 2014. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87817>>. Acesso em: 13 set. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Hard-cases e leading-cases no campo do Direito à Educação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: http://nupps.usp.br/images/artigos_temp/hard_cases.pdf. Acesso em: nov. 2019.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Pro-posições, Vol. 28, n. 2, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73072017000200141&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: fev. 2019.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal**. *Pro-Posições* [online]. 2017, vol.28, n.2, pp.141-171.

ROACH, Kent. **Dialogic judicial review and itis critics**. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v. 23, p. 49-104, 2004. 205p. Acesso em: 03 jan. 2015.

ROCHA. Karen Karolyna Silva. SOUSA. Mônica Teresa Costa. **Ativismo Judicial e implementação de políticas públicas de educação**. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2017. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/aaad7370f4e4f109965e5e888e674254.pdf>. Acesso em: jan. 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANTOS, Bruno Calife dos Santos. **Ativismo judicial e direitos humanos**. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

SANTOS, Marinella Burgos Pimentel dos. **Análise dos efeitos da judicialização da política pública de educação infantil: o caso Santo André (SP)**. Trabalho de Conclusão de Curso (Mestrado em Gestão e Políticas Públicas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12937/Trabalho%20Final%20-%20Marinella%20vfinal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: jan. 2020.

SANTOS. Calife Bruno. **Ativismo judicial e direitos humanos: exercício da jurisdição constitucional e efetividade de direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SANTOS. MarinellaBurgos Pimentel. **Análise dos efeitos da judicialização da política de educação infantil: o caso Santo André (SP)**.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora do advogado, 2010.

SEN, Amarth. **Direitos Humanos e limites do direito**. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti (Orgs.). Tratado de direito constitucional. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.3-14.

SÉROUSSI. Roland. **Introdução ao Direito inglês e norte-americano**. Tradução Renata Maria Perreira Cordeiro. São Paulo: Landy: 2006.

SILVA. Denise dos Santos de Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juriá, 2015.

SORJ. Bernardo. **A democracia inesperada, cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge ZAHAR Editor, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TANNO. Claudio Riyudi. Estudo Técnico nº 22/2016 – Orçamento da educação: risco de compressão das despesas não asseguradas pela PEC nº 241/2016. Brasília: Câmara dos Deputados – Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2016/et24-2016-novo-regime-fiscal-constante-da-pec-no-241-analise-dos-impactos-plano-nacional-de-educacao>. Acesso em: fev. 2020.

TAVARES, André. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação não é privilégio**. 7 ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007.

TEIXEIRA. Anísio. **Educação não é privilégio**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1994.

TUSHNET, Mark V. **Talking the constitution away from the courts**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2018.

XIMENES, Salomão Barros. OLIVEIRA. Vanessa Elias de. SILVA. Mariana Pereira de. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o sistema de justiça e a administração pública. Brasília: Revista Brasileira de Ciências Políticas, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522019000200155. Acesso em: jan. de 2020.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de and SILVA, Mariana Pereira da. **Judicialização da educação infantil**: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. Rev. Bras. Ciênc. Polít. 2019, n.29, pp.155-188. EpubSep 09, 2019.

YONG. Katharine G. The Future of Economic and Social Rights. Massachusetts: Cambridge University Press, 2019.

ZAVASCKI. Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.