**ADC 17 E ADPF 292 – AS DUAS FACES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: ENTRE O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO NA JUDICIALIZAÇÃO
DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

ADC 17 AND ADPF 292 - THE TWO FACES OF THE SUPREME FEDERAL
COURT: BETWEEN ACTIVISM AND SELF-CONCERNING THE JUDICIALIZATION
OF THE RIGHT TO EDUCATION

Bruno Ricardo Rizzo Tomé¹

RESUMO

O presente artigo objetiva identificar o direito à educação como um direito social de segunda dimensão na Constituição Federal de 1988. Ainda tem por objetivo, analisar o art. 6, bem como o art. 206 e 208, ambos da Constituição Federal, que tratam do direito à educação como um direito social. Busca, também, destacar e demonstrar a importância do direito à educação no contexto brasileiro. Em sequência, busca-se conceituar o instituto da Judicialização, de maneira a compreender a sua existência como algo natural no Estado democrático de direito. Após referida abordagem da Judicialização, há, ainda, a busca por aquilo que se entende por Ativismo Judicial, de forma a diferenciar ambos institutos (Judicialização e Ativismo Judicial) muitas vezes empregados, de forma equivocada, como sinônimos. Em sequência, são apresentadas normas e tanto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, bem como resoluções do Conselho Nacional de Educação, com o objetivo de possibilitar a contextualização do tema seguinte, qual seja, a análise dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Através da análise do tema, com as informações base demonstradas ao longo da pesquisa, ficou evidente que a matéria sobre educação fora judicializada, ao passo que o Ministro Luís Roberto Barroso demonstrou, em sua argumentação, uma postura auto contenciosa, ao passo que a Ministra Rosa Weber, por sua vez, demonstrou um lado ativista do Supremo Tribunal Federal. Foi possível vislumbrar duas faces de um mesmo Supremo, ao menos neste julgamento, um ativista e outro buscando a autocontenção, o que não é o ideal em uma Suprema Corte, passando o entendimento de que possivelmente não existe um Supremo Tribunal Federal, mas talvez 11 (onze) cortes constitucionais, vez que os próprios Ministros não concordam entre si e por várias vezes se vislumbra, como no caso, julgamentos cujo placar é apertado, 6 votos a 5. Portanto, concluiu-se que, no caso em tela, houve a ocorrência de ativismo judicial por parcela dos Ministros, enquanto outra parcela, a maioria, decidiu por uma postura auto contenciosa. Concluiu-se também que houve apertada vitória da postura de autocontenção, o que pode confirmar a existência de uma corrente mais ativista no Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Social. Educação. Ativismo Judicial. Judicialização.

¹Discente no Programa de Mestrado em Direito Unaerp - Universidade de Ribeirão Preto – Campus Ribeirão Preto. Email: bruno.ricardo008@yahoo.com.br

ABSTRACT

The present article aims to identify the right to education as a social right of second dimension in the Federal Constitution of 1988. It also aims to analyze art. 6, as well as art. 206 and 208, both of the Federal Constitution, which treat the right to education as a social right. It also seeks to highlight and demonstrate the importance of the right to education in the Brazilian context. In sequence, it seeks to conceptualize the institute of Judicialization, in order to understand its existence as something natural in the democratic State of law. After this approach to Judicialization, there is, also, the search for what is meant by Judicial Activism, in order to differentiate both institutes (Judicialization and Judicial Activism) often misused as synonyms. In the sequence, both rules of the Directives Law and Education Bases, as well as Education National Council' resolutions, with the purpose of enabling the contextualization of the following theme, namely, the analysis of the votes of Minister Luis Roberto Barroso and Rosa Weber. Through the analysis of the theme, with the basic information demonstrated throughout the research, it was evident that the subject of education was judicialized, while the Minister Luís Roberto Barroso demonstrated in his argument a self-contentious position, while Minister Ro-sa Weber, in turn, demonstrated an activist side of the Federal Supreme Court. It was possible to see two faces of the same Supreme, at least in this judgment, one activist and the other seeking self-restraint, which is not ideal in a Supreme Court, with the understanding that there may not be a Federal Supreme Court, but perhaps 11 (eleven) constitutional courts, since the Ministers themselves do not agree with each other and, as in the case, judgments whose score is tight, 6 votes to 5, can be seen on several occasions. Therefore, it was concluded that, in the case in point, there was the occurrence of judicial activism by a portion of the Ministers, while another portion, the majority, decided for a contentious auto-post. It was also concluded that there was a tight victory of the self-restraint posture, which can confirm the existence of a more activist current in the Federal Supreme Court.

Keywords: Social Right. Education. Judicial Activism. Judiciary.

1 Introdução

Por muitas vezes o direito à educação, dada a sua importância social e jurídica, torna-se objeto de judicialização no cenário brasileiro.

O fato de ocorrer a judicialização desta matéria termina por resultar em atuações diversas do Poder Judiciário, vezes ativista, vezes autocontencioso.

Recentemente, em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, o tema direito à educação esteve em destaque.

Referida sessão tinha por objeto o julgamento das ações ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) 17 e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 292, através das quais o direito à educação era plano de fundo para impugnar normas e resoluções oriundas

da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como resoluções do Conselho Nacional de Educação, que determinavam o marco etário para ingresso de crianças e adolescentes no ensino infantil e fundamental.

Neste cenário, o direito à educação foi colocado em pauta para se identificar se referido corte etário correspondia ou não aos preceitos constitucionais e, também, dividiu opiniões no Supremo Tribunal Federal, que se viu entre o ativismo e a autocontenção.

É fundamental a identificação desta dicotomia nas conclusões da Suprema Corte, vez que a postura vencedora, bem como as teses adotadas, possuem efeito direto no direito fundamental social à educação de milhares de crianças e adolescentes, bem como reflete na sociedade como um todo, vez que tais posturas podem e vão impactar julgamentos futuros.

2 Direito à educação como direito social na Constituição Federal de 1988

Ao longo do tempo, os direitos fundamentais receberam diversas classificações.

Dentre as diversas classificações recebidas, destacam-se a distinção proposta como divisão em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração e uma segunda corrente, à qual defende a divisão entre direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

A primeira corrente, iniciada por Karel Razak e também difundida (talvez aquele que mais difundiu a teoria) por Norberto Bobbio.

Por outro lado, existem autores tais como Humberto Ávila que preferem a nomenclatura direitos fundamentais cuja divisão ocorre em dimensões.

Para prosseguimento da pesquisa, adotar-se-á a nomenclatura de direitos fundamentais cujas divisões ocorrem em primeira, segunda e terceira dimensão, isto, porque, a classificação em gerações pode transmitir a ideia de que um direito de terceira geração substitui um direito de segunda geração, ao passo que o de segunda geração substituiria o de primeira geração, isto, em razão da falsa impressão de alternância entre gerações.

O mesmo pode não ocorrer ao tratar tais direitos fundamentais como dimensões, que transmite a ideia de que não há substituição entre tais direitos, mas apenas uma nova face, uma nova dimensão no modo de sua análise.

Destaca-se, ainda, que em nenhuma das teorias há a substituição de direitos, a problemática resta em razão da nomenclatura que pode (ou não) transmitir, por engano, tal entendimento.

Por estas razões adota-se, nesta, a nomenclatura de direitos fundamentais cuja divisão se dá em dimensões.

Isto posto, passa-se a análise dos fundamentos dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Os direitos fundamentais de primeira dimensão possuem como destinatário o próprio indivíduo, e portanto, também são denominados de liberdades públicas ou direitos civis e políticos, sendo possível citar, como exemplo, o direito à vida e o direito de propriedade.

Tais direitos impõe ao Estado uma obrigação de abstenção, isto é, um “não agir”, sendo possível encontra-los, principalmente, no artigo 5º da Carta Maior.

Um dever de abstenção por parte do Estado significa dizer um dever de não intervenção, isto é, não deve, o Estado, em regra geral, retirar a vida de um indivíduo, tomar seu patrimônio infundadamente.

Quanto ao tema, escreve João dos Passos Martins Neto¹:

Os direitos fundamentais de abstenção, também chamados direitos de defesa, são aqueles que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, compreendendo, por exemplo, o não-impedimento de ações autorizadas (como a expressão de uma ideia), a não-eliminação de competências ou poderes jurídicos (como a de adquirir um imóvel), a não-invasão de âmbitos reservados (como o lar conjugal) ou a não agressão de propriedades biológicas do ser humano (como a existência).

Na Constituição do Brasil, eles compõem a maioria. Seu modelo padrão é o direito à vida. Mas aí cabem, ainda, as liberdades clássicas (pensamento, crença, expressão, culto, locomoção, profissão, reunião, associação, etc.), as novas liberdades (tais como, a liberdade sindical e o direito de greve), as inviolabilidades (intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, integridade física e psíquica, proibição de extradição, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), o direito de propriedade (aquisição e gozo), o direito político de sufrágio (de votar e ser votado) e, inclusive, o direito à igualdade de tratamento (na diversidade de sexo, cor, raça, idade, religião, classe social, etc) (NETO, 2001).

Quanto ao dever principal de abstenção, escreve João dos Passos Martins Neto²:

Os direitos fundamentais de abstenção, também chamados direitos de defesa, são aqueles que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, compreendendo, por exemplo, o não-impedimento de ações autorizadas (como a expressão de uma ideia), a não-eliminação de competências ou poderes jurídicos (como a de adquirir um imóvel), a não-invasão de âmbitos reservados (como o lar conjugal) ou a não agressão de propriedades biológicas do ser humano (como a existência).

Na Constituição do Brasil, eles compõem a maioria. Seu modelo padrão é o direito à vida. Mas aí cabem, ainda, as liberdades clássicas (pensamento, crença, expressão, culto, locomoção, profissão, reunião, associação, etc.), as novas liberdades (tais como, a liberdade sindical e o direito de greve), as inviolabilidades (intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, integridade física e psíquica, proibição de extradição, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), o direito de propriedade (aquisição e gozo), o direito político de sufrágio (de votar e ser votado)

² NETO, João dos Passos Martins. **Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira.** Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81905/181716.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

e, inclusive, o direito à igualdade de tratamento (na diversidade de sexo, cor, raça, idade, religião, classe social, etc) (NETO, 2001).

Contudo e sobretudo, após a Primeira Guerra Mundial, ficou evidente que apenas o reconhecimento de direitos individuais não era o suficiente, era necessário um passo rumo à evolução.

Isto se deu, principalmente, porque embora os indivíduos tivessem seus direitos fundamentais de primeira dimensão reconhecidos, ainda havia o sofrimento em razão de fome, miséria e outras mazelas sociais, o que demonstrou a insuficiência no apenas e tão somente reconhecimento de direitos tais como a liberdade, vida e a propriedade.

Por estas razões, o Estado Liberal cada vez mais perdeu força e confiança, impulsionando a ideia de necessidade de um Estado Social, que tivesse, dentre seus objetivos principais, a redução das mazelas oriundas, principalmente, em razão da Primeira Guerra Mundial.

Neste cenário é possível identificar o nascedouro dos direitos fundamentais de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais.

Referidos direitos sociais podem ser identificados, principalmente, no artigo 6º da Constituição Federal³, que prevê:

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

Diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão, aqui não se observa uma obrigação de “não agir”, abstenção por parte do Estado.

Pelo Contrário, conforme visto no parágrafo anterior, o contexto histórico indicava uma clara necessidade de ação por parte do Estado em relação à estes direitos, portanto, a notória diferenciação que se pode arguir é exatamente que, em tratando-se de direitos fundamentais de segunda dimensão, categoria em que se insere o direito à educação, o Estado tem uma imposição de agir, uma obrigação positiva e não negativa, como ocorre em relação aos Direitos fundamentais de primeira dimensão.

Quanto ao tema, escrevem Fernanda Priscila Ferreira Dantas e Maria dos Remédios Fontes Silva⁴:

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁴DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Os direitos sociais no Brasil: abordagem sobre sua violação e proposições para concretização**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5809>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Nesse pórtico, são classificados como direitos de status positivo, também chamados de direitos “sociais” ou a prestações, que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, nos termos já esboçados. Ademais, os termos “direitos sociais” se justificam em face do seu objetivo que é a melhoria de vida de toda a sociedade, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social⁵ (DANTAS, SILVA, 2014).

Já os direitos de terceira dimensão são os direitos meta individuais, difusos.

É possível citar como exemplos destes direitos a defesa do Consumidor (Art. 5º da Constituição Federal) e a tutela do Meio Ambiente, a busca pelo Meio Ambiente Saudável (art. 225 da Constituição Federal).

Embora a doutrina brasileira denta a apresentar maior harmonia quanto à existência dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão (geração), parte da doutrina entende haver direitos de quarta e quinta dimensão, contudo, não importa, para o amadurecimento desta pesquisa, o aprofundamento em referida divergência.

Para tanto, adotar-se-á a divisão entre direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

3 Direito à educação

Conforme verificado no item anterior, o direito à educação está previsto na própria Constituição Federal⁵, com destaque aos seus artigos 6 (citado no item anterior), e 205 (o tema vai do art.205 ao artigo 214, no texto constitucional), que prevê:

Art. 205 (4). A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Embora o direito à educação seja um direito fundamental de segunda dimensão, um direito social que impõe um agir estatal, uma obrigação de fazer/intervir, há de se vislumbrar que, com fundamento no artigo 205 transcrito, referida obrigação não ficou adstrita ao Estado, pelo contrário, também foi estendida à família, bem como à sociedade, na medida em que o texto constitucional também impõe sua colaboração, conforme Maria Cristina Teixeira⁶:

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

⁶ TEIXEIRA, Maria Cristina. **Educação para cidadania, fundamentos do Estado Democrático de Direito**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19832/2/Maria%20Cristina%20Teixeira.pdf>>. p. 76.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

A educação, direito fundamental social previsto no art. 6º da Constituição de 1988 e disciplinada no Título VIII, nos arts. 205 a 214, é elemento essencial ao exercício da cidadania. O art. 205 confere à educação a realização de três atividades essenciais para o desenvolvimento de cada indivíduo, da sociedade e do País, quais sejam, “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. É de se ressaltar que o mesmo dispositivo atribui estas iniciativas à sociedade, ao Estado e à família (TEIXEIRA, 2016).

Importante destacar no artigo transcrito que, a própria Constituição Federal, ao enfatizar que a educação é, para todos os indivíduos, um meio “para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Tamanha a importância para o exercício da cidadania que, é através do conhecimento adquirido durante toda a etapa educacional é que possibilitará o indivíduo formar consciência do melhor programa de governo, identificar sua melhor representação e conseqüentemente irá possibilitar, através do voto em eleições, participações em referendo e plebiscitos, o seu melhor exercício da cidadania.

Sobre o tema, Maria Cristina Teixeira⁷, ao identificar que a educação no Brasil tem sido falha quanto ao cumprimento do texto constitucional escreve:

Desse modo, é possível afirmar que a educação realizada hoje e, na verdade, desde a promulgação do Texto Constitucional vigente, não possibilita o exercício pleno da cidadania uma vez que não dá à pessoa possibilidade de compreender a dimensão real de seu papel, atribuições, direitos, deveres e responsabilidades diante das disposições constitucionais que lhe outorgam poder de participação direta nas decisões políticas do Estado, especialmente no que se refere aos institutos estudados no capítulo 4 desta pesquisa, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular legislativa e a ação popular, ou seja, tornar-se cidadão consciente de seu papel individual, político e social (TEIXEIRA, 2016).

Continua, ainda Maria Cristina Teixeira⁸:

É importante estabelecer desde logo a importância da educação para o exercício da cidadania. A esse respeito, entende Maria Garcia²⁰¹ que a participação do Povo, por meio dos instrumentos de participação identificados no Texto Constitucional,

⁷ TEIXEIRA, Maria Cristina. **Educação para cidadania, fundamentos do Estado Democrático de Direito**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19832/2/Maria%20Cristina%20Teixeira.pdf>>. p. 77.

⁸ TEIXEIRA, Maria Cristina. **Educação para cidadania, fundamentos do Estado Democrático de Direito**. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19832/2/Maria%20Cristina%20Teixeira.pdf>>. p. 77.

pressupõe “quando além disso prevaleça uma opinião pública capaz de impor-se aos governantes – o que depende, conforme ressalta, do grau de cultura intelectual e cívica da sociedade. Em outras palavras, dependente dos instrumentos de participação somente possíveis mediante educação e cidadania (TEIXEIRA, 2016).

Como se pode observar, o direito à educação não se esgota apenas na alfabetização, pelo contrário, compreende todo o arcabouço do saber que permite ao indivíduo exercer todos seus outros direitos, tais como liberdade, vida (*latu sensu*), propriedade e dignidade, dentre outros.

Referida importância não foi deixada de lado, e a preocupação com o problema da concretização do direito à educação no Brasil não fora esquecida.

E, justamente neste contexto de preocupação, no qual o direito à educação encontrava barreiras para sua concretude, é que foram demandados estudos para aumentar a efetividade da implementação deste direito.

Tamanha a importância deste direito que, face à omissão do Poder Público em relação à educação, é que originou-se a ação constitucional Mandado de Injunção, como escreve Herrzeleide Maria Fernandes de Oliveira⁹:

Refletiu-se, essa preocupação, nas atividades preparatórias da Assessoria Legislativa do Senado Federal aos Trabalhos Constituintes, tendo as suas áreas educação e Direito envidado esforços no sentido de encontrar solução para o problema educacional no Brasil.

Como resultado das pesquisas efetuadas pelos assessores do Senado Federal, foram apresentadas pelo nobre Senador Virgílio Távora, cuja memória reverenciamos, três sugestões de norma constitucional: as que criam os institutos do Mandado de Injunção e da Inconstitucionalidade por Omissão e a que oferece à Educação a configuração de Direito Público Subjetivo.

O Mandado de Injunção surgiu a partir da necessidade de elaborar-se instituto jurídico-processual, com assento na Constituição, para a defesa do direito à Educação. Ressalte-se que existiam, no ordenamento jurídico brasileiro, garantias constitucionais cujas limitações as impediam de exigir do Governo a observância dos ditames constitucionais (OLIVEIRA, 1988).

Posteriormente o Mandado de Injunção foi estendido para outras omissões do Poder Público, contudo, fato é que, dada a importância do direito à educação, é que referida ação constitucional fora criada, e isto, possui significado a ser observado para o reconhecimento.

3.1 Faixa etária e o ensino educacional

⁹ OLIVEIRA, Herrzeleide Maria Fernandes. **O Mandado de Injunção**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, out./dez. 1988, p. 3.

VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

Uma vez contextualizada a importância da educação, com fundamentos próprio da Constituição vigente, é o momento de caminhar ao amadurecimento da discussão, e para tanto é premissa a leitura do artigo 208, I e IV da Carta Maior¹⁰, que abaixo segue:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#)) ([Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009](#))
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006](#)) (BRASIL, 1988).

Pois bem, analisando os artigos transcritos é possível dizer que crianças e jovens devem estar na escola entre 04 e 17 anos e que a pré-escola vai até os cinco anos de idade.

Deste artigo em específico não se pode extrair a informação de qual momento se deve iniciar o ensino fundamental.

Em um primeiro momento pode não parecer uma questão pragmática, mas não deve ser levada como uma questão pragmática desimportante, isto porque tal informação gera repercussão aos alunos e ao ensino público.

Determinar o momento em que o ensino fundamental se inicia significa dizer quando determinados alunos de determinada faixa etária deverão estar cursando esta etapa educacional, portanto, poderá adiantar ou atrasar alunos, dependendo da premissa etária estipulada.

Ademais, significa dizer que havendo mais ou menos alunos (já impactados pelo atraso ou adiantamento do ensino) o orçamento, bem como a infraestrutura educacional, deverão se amoldar à este número.

Isto é, havendo menos alunos no ensino fundamental, pode-se, em tese, reduzir o número de vagas e de professores, destinando orçamento para outra etapa do ensino educacional ou, havendo mais alunos, deve-se criar mais vagas e aumentar o número de professores para referido ensino.

Neste sentido, não sendo possível determinar o momento em que se inicia o ensino fundamental, apenas e tão somente com a leitura do texto constitucional, outros órgãos se encarregaram de legislar sobre o tema, de maneira a atender os requisitos acima descritos, tais

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

como orçamento e infraestrutura, por exemplo, destacando que a problemática não é reduz apenas a estes dois aspectos.

Em não havendo essa informação necessariamente no texto constitucional, a Lei de Diretrizes e Bases¹¹ (Lei 9.394/96) o tratou em seu artigo 32, cujo *caput* possui a seguinte redação: “Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante [Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006](#) (CARDOSO, 1996).”

Nesta etapa da análise, pode-se identificar as seguintes informações:

A Constituição Federal impõe que a educação básica e gratuita é obrigatória dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos.

A educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até (e daqui pode se concluir, no máximo) 05 (cinco) anos de idade.

A Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96) por sua vez complementa (regulamenta) o texto constitucional impondo que o ensino fundamental se inicia aos 6 (seis) anos de idade.

Em um primeiro momento, não haveria mais discussão da matéria (como mencionado, o que poderia levar a tratar o assunto como uma questão pragmática), contudo, resta a pergunta, 06 (seis) anos completos até quando?

Qual o marco final para essa idade? Afinal, em um mesmo ano, crianças podem completar 06 (seis) anos de idade de Janeiro à Dezembro, em todos os dias no calendário de cada mês.

Portanto, embora a Lei de Diretrizes e Bases complemente o texto constitucional, ainda há uma lacuna para definir o momento em que crianças devem ingressar no ensino fundamental.

Há nesta etapa da análise, mais uma questão a ser levada em consideração, isto é as Resoluções 1/2010 e 6/2010, da câmara de educação básica do CNE (Conselho Nacional de Educação).

O artigo 2º da resolução 6/2010¹² exige 04 (quatro) anos de idade completos até a data de 31 de Março para ingresso na Pré-Escola, como se pode observar: “Art. 2º Para o ingresso na Pré-Escola, a criança deverá ter idade de 4 (quatro) anos completos até o dia 31 de março do ano que ocorrer a matrícula (BRASIL, 2010).”

Ao passo que o artigo 2º da resolução 1/2010¹³, também da câmara de educação básica do CNE (Conselho Nacional de Justiça) exige que para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental,

¹¹ CARDOSO, Fernando Henrique. **Lei nº 9.394/96 de 20 de dezembro de 2016**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília 20 dez. 1996; 175º da Independência e 108º da República.

¹² BRASIL. **Resolução 6/2010 de 20 de outubro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 2010, p. 17.

¹³ BRASIL. **Resolução nº1 de 14 de janeiro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a implantação do Ensino Fundamental de 9 (nove) anos. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de janeiro de 2009, Seção 1, p.31.

a criança deve ter 06 (seis) anos de idade completos até a data de 31 de Março, conforme segue: “Art. 2º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter 6 (seis) anos de idade completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula (BRASIL, 2010)”.

Em sequência, na resolução 6/2010¹⁴ da câmara de educação básica do CNE (Conselho Nacional de Justiça), em seu artigo 4º informa que as crianças que completarem 06 (seis) anos de idade após a data de 31 de Março deverão ser matriculadas na Pré-Escola, o que parece não deixar mais dúvidas, conforme segue: “Art. 4º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 3º deverão ser matriculadas na Pré-Escola (BRASIL, 2010)”.

No mesmo sentido, caminha o artigo 3º da resolução 1/2010¹⁵ da câmara de educação básica do CNE (Conselho Nacional de Justiça) o qual define que crianças que completarem 06 (seis) anos de idade após a data de 31 de Março, deverão ser matriculadas na Pré-Escola, conforme o texto legal: “Art. 3º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 2º deverão ser matriculadas na Pré-Escola (BRASIL, 2010)”.

Portanto, conclui-se que a idade mínima para ingresso no Ensino Fundamental é a idade de 06 (seis) anos completos até 31 de Março, as crianças que completarem 06 (seis) anos após a data de 31 de Março devem ser matriculadas na Pré-Escola e que para ingresso na Pré-Escola a criança deve ter 04 (quatro) anos de idade completos até a data de 31 de Março.

O que parece ter solucionado as dúvidas anteriores de que qual seria a idade mínima para ingresso na Pré-Escola e ensino fundamental, e qual o limite dessa idade, gerou discussão no Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 17 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 292, as quais questionam a constitucionalidade das resoluções acima descritas.

Para tanto, antes de identificar a postura do Supremo Tribunal Federal e o resultado dessas arguições, é fundamental analisar o conceito de ativismo e judicialização, o que ocorrerá no próximo capítulo.

4 Judicialização

Primeiramente, deve-se buscar a diferença entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização, por muitas vezes, utilizados, erroneamente, como sinônimos.

¹⁴ BRASIL. **Resolução 6/2010 de 20 de outubro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 2010, p. 17.

¹⁵ BRASIL. **Resolução nº1 de 14 de janeiro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a implantação do Ensino Fundamental de 9 (nove) anos. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de janeiro de 2009, Seção 1, p.31.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

O ato de judicializar é levar alguma matéria, uma lide (conflito de interesses caracterizado pela pretensão de um e resistência de outro, levado à apreciação do Poder Judiciário), buscando uma análise e uma resposta judicial que põe fim ao litígio, extingue o conflito.

A respeito do conceito de lide, escreve Paulo Rubens Salomão Caputo¹⁶:

Assim, ao provocar o Estado-jurisdicção, o cidadão está, *pari passu*, declarando que faliu na sua aut Capacidade de resolver seus conflitos, necessitando de um ato estatal tipicamente jurisdicional (um provimento) que aprecie a lide (termo que é empregado ao menos 10 vezes expressamente no NCPC - vide nota 338), antes e acima de tudo, resolvendo sua pretensão.

É o cidadão, assim, o encarregado, ele próprio, de, ao levar o conflito material de interesses para apreciação do poder jurisdicional, o fazer na medida em que entender necessário para a resolução de sua pretensão.

Então, a lide é mesmo o conflito material de interesses qualificado por uma pretensão material resistida, levado - e na medida em que levado - à apreciação do poder jurisdicional (CAPUTO, 2016).

Não se deixa de lado a existência de ações com características de jurisdição voluntária, isto é, aquelas que não necessariamente dependem da pré-existência de uma lide, isto é, uma pretensão resistida, no entanto configuram judicialização, vez que o objeto da pretensão é levada à apreciação do Poder Judiciário.

O que se pode concluir, inicialmente, é que a judicialização é algo esperado em um Estado Democrático de Direito, isto se dá em razão de que não se pode obter tutela jurisdicional sem antes tenha havido o rompimento da inércia jurisdicional (característica da própria jurisdição), através de uma ação, exercida através da petição inicial, a qual necessariamente irá judicializar uma matéria em específico.

Portanto, utilizando os ensinamentos de Carlos Maximiliano¹⁷, o qual afirma não existir palavras inúteis na Constituição (a qual possui força normativa), suas normas devem ser observadas como um sistema e não isoladamente.

Não se presumem na lei, palavras inúteis. Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia. As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significado real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis (MAXIMILIANO, 2017).

É sob esta ótica que se deve analisar a artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁸ que impõe:

¹⁶ CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**. Leme: J.H. Mizuno, 2016

¹⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

**VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA
UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Neste sentido, é correto afirmar que a lei não excluirá a matéria judicializada da apreciação do Poder Judiciário, desde que a mesma represente lesão ou ameaça de lesão a direito.

Ainda leciona Paulo Rubens Salomão Caputo¹⁹:

Os incisos XXXIV, alínea "a", e XXXV do art. 5º da Constituição Federal, ditam que a todos é assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Significa dizer que, tendo acesso aos seus órgãos, o cidadão tem acesso à jurisdição (enquanto poder-dever-função do Estado) para garantir a incolumidade de sua esfera jurídica, seja esta protegida por direito expresso em lei, seja protegida pelo campo de domínio normativo, ou âmbito da norma, ou matéria ou conteúdo da norma; enfim, aquilo que não for contrário ao direito em si merece proteção do Estado, notadamente os direitos fundamentais, todos de aplicação imediata, como prescreve o §1 do mesmo art.5º da Constituição Federal (CAPUTO, 2016).

Pode-se concluir que a judicialização é fundamento da atuação do Poder Judiciário no Brasil, em virtude do princípio da inércia jurisdicional.

É o mesmo que dizer que só haverá atuação do Poder Judiciário, havendo judicialização, em regra geral.

Sob a perspectiva de Paulo Rubens Salomão Caputo²⁰ tem-se que:

Mantém-se o poder jurisdicional em inércia até ser provocado pelo cidadão, que há de expressamente pleitear um ato estatal tipicamente jurisdicional, ou seja, um provimento jurisdicional que aprecie a lide, antes e acima de tudo, resolvendo sua pretensão (CAPUTO, 2016).

Ademais, disserta Lenio Luiz Streck²¹:

¹⁹ CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**. Leme: J.H. Mizuno, 2016

²⁰ CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em terraebrazilis**. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 23 Out. 2018.)

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).

É sempre conveniente lembrar o seguinte: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante (portanto, comportamental), a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional.

Uma vez demonstradas a naturalidade e essencialidade da judicialização, passar-se-á a examinar o conceito de ativismo judicial (STRECK, 2011).

Portanto é possível afirmar que judicialização é esperada em um Estado Democrático de Direito.

5 Ativismo judicial

Ao contrário do que se pode compreender do item anterior, o ativismo judicial não é configura uma atuação do Poder Judiciário esperada em um Estado Democrático de Direito, isto porque, o ativismo judicial configura um exercício que ultrapassa os limites de atuação do judiciário, invadindo as esferas de atuação de outros Poderes da República, o Poder Executivo e o Legislativo.

No entanto, Luís Roberto Barroso²² define ativismo judicial da seguinte maneira:

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes²⁸. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos (BARROSO, 2012).

²² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 23 Out.. 2018.

Em análise do trecho acima, identifica-se uma tendência por parte de Luís Roberto Barroso em, aparentemente, justificar o ativismo judicial, isto é, o desrespeito aos limites de atuação do Poder Judiciário e intromissão na esfera de atuação do Poder Legislativo (por exemplo), desde que o resultado final seja a efetividade da prestação jurisdicional.

Tal atuação (que usurpa funções de outros poderes e desrespeita os próprios limites do judiciário) contraria o princípio da separação de poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal²³ que prevê: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988)”.

Contudo, Luiz Lenio Streck²⁴ parece discordar de Luís Roberto Barroso ao dissertar no seguinte sentido:

Pode-se dizer que, tanto na operacionalidade stricto sensu como na doutrina, são perceptíveis no mínimo dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade, que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário.

O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Kelsen);¹⁶ ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação ao modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Hans-Georg Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com uma “livre atribuição de sentidos.

Veja-se como essa questão do positivismo kelseniano não está superada no Brasil. No STF, um dos ministros mais antigos sustenta frequentemente em suas posições que a interpretação é um ato de vontade (na linha da afirmação kelseniana presente do Cap. VIII de sua Teoria Pura). Em pronunciamento recente, o Ministro afirmou, ainda, que a decisão é um ato fatiado no qual a primeira etapa representa a construção “ideal” (sic) da solução para o caso e, apenas em um segundo momento, é que se buscaria a justificação do decidido no ordenamento jurídico. Nas palavras do Min. Marco Aurélio de Mello: Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio (STRECK, 2017 *apud* MELLO, 2010).

Na postura do Ministro do Supremo Tribunal Federal, (identificada por Lenio Luiz Streck), percebe-se claramente o Ativismo Judicial, vez que o julgador primeiro define o que considera mais justo, a resposta mais adequada para o caso concreto em análise (ignorando a lei em um primeiro momento) e posteriormente, após a sua escolha decisória (ironicamente, vez que decisão e escolha são

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. Livraria do Advogado, 2017.

institutos diferentes) é que o mesmo busca no corpo normativo, não a solução ou resposta ao caso concreto, mas fundamento para sua decisão.

Inúmeros seriam os exemplos de ativismo judicial, contudo, por não constituir objeto desta pesquisa, não haverá maior aprofundamento.

Por hora basta saber que o ativismo judicial consiste no ato ou postura do Poder Judiciário em ignorar os limites constitucionais e legais de sua atuação, invadindo as esferas de outros Poderes (Executivo e Legislativo), violando o princípio da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) sob qualquer fundamentação, ainda que esta seja o bem comum.

Ainda, nas palavras de Rafael Tomaz de Oliveira²⁵: “Assim, o ativismo judicial exsurge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, questão perpassada portanto, pelo problema hermenêutico de interpretação da Constituição (OLIVEIRA, 2011)”.

Portanto, conclui-se que Judicialização e Ativismo Judicial são dois institutos diferentes, nos quais, a primeira é esperado em um Estado Democrático de Direito (embora seu excesso possa sinalizar problemas, não necessariamente há violação vinculada) ao passo que a segunda em hipótese alguma é aceitável em um Estado Democrático de Direito e sua ocorrência sinaliza afronta ao princípio da separação dos Poderes bem como possível problema estrutural no Estado.

6 Análise dos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber (ADC 17 e ADPF 292)

Como analisado no item anterior, não há um momento claro para quando as crianças devem ingressar na Pré-Escola ou no Ensino Fundamental, na Constituição Federal.

Para sanar tais dúvidas, existem as Leis de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, bem como resoluções do CNE (Conselho Nacional de Educação).

Contudo, duas ações levaram o tema à discussão no Supremo Tribunal Federal, sendo estas ações a ADPF 292 que questionava as normas do CNE (Conselho Nacional de Educação) e ADC 17 que buscava a declaração de constitucionalidade das normas previstas na Lei de Diretrizes e Bases do Conselho Nacional de Educação.

A conclusão do julgamento em conjunto das duas ações ocorreu na data de 01 de Agosto de 2018, no entanto não foram disponibilizados, até o momento desta elaboração, os votos escritos de todos os Ministros que compõem o Tribunal.

No entanto, é possível realizar a análise das duas posturas observadas no Supremo Tribunal Federal, quando deste julgamento.

²⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz et all. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. Academia Brasileira de Direitos Constitucionais. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p.297, 2011.

Uma postura, aparentemente mais ativista, defendida pela Ministra Rosa Weber e outra mais auto contenciosa, defendida por Luís Roberto Barroso, e é isto que interessa agora.

Para tanto, embora não se tenha os votos escritos, ainda, é possível analisar referidos votos proferidos ao vivo, em sessão plenária, na data mencionada acima.

A escolha dos referidos votos (Ministra Rosa Weber e Luís Roberto Barroso) se deu em razão da clara oposição de ideias e posturas, razão pela qual torna viável uma análise coerente.

6.1 Cinco razões destaque no voto de Luís Roberto Barroso

6.1.1 Capacidade institucional

Defende Luís Roberto Barroso²⁶ que existem matérias que quem tem maior qualificação para decidir são juristas, outras, educadores, antropólogos.

Isto porque pessoas, profissionais possuem formações específicas e o Supremo Tribunal Federal não é o mais adequado para questões educacionais.

Em suas palavras:

Eu que estudei direito e não pedagogia, eu que estudei direito e não psicologia, eu que não lido diuturnamente com a educação não me sinto mais qualificado para definir regras sobre educação do que as pessoas que dedicaram suas vidas à esses temas, e portanto, o Conselho Nacional de Educação, que é um conselho plural, ele não é apenas estatal, ele é plural, com representantes de diferentes entidades, inclusive da sociedade civil, o Conselho Nacional de Educação endossado por parecer do Conselho Federal de Psicologia diz claramente que esta é a melhor idade, o melhor momento para início do Ensino Fundamental (BARROSO, 2018).

Neste ponto de seu voto, Luís Roberto Barroso indica que uma intromissão do Poder Judiciário em situações de competência de órgãos tais como o Ministério da Educação ou o Conselho Nacional de Educação seria um comportamento ativista da Suprema corte, isto é, que não respeitando os próprios limites de atuação terminaria por invadir competência de outros poderes para impor aquilo que considera mais adequado ou justo, embora não tenha a especialização que a temática exige.

6.1.2 Consequências à Base Nacional Comum Curricular

Luís Roberto Barroso, estabelece como premissa a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) que fora aprovada em Dezembro de 2017.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal**. YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3uIzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Referida Base Nacional Comum Curricular determina a programação que o educando deve receber desde o ensino infantil até o final do ensino fundamental.

Neste sentido, modificar o critério do Ministério da Educação, significa impactar a Base Nacional Comum Curricular, sob um enorme risco de afetar o ensino dos alunos, porque ensinar crianças de 5 (cinco) anos de idade é completamente diferente de ensinar crianças de 6 (seis) anos de idade.

Em suas palavras, destaca o Ministro²⁷:

A Base Nacional Comum Curricular, aprovada e devo dizer, para mérito do governo e do Ministério da Educação, estabelece a programação e o itinerário que os alunos devem receber desde a pré-escola, desde o ensino infantil até o final do ensino fundamental, ainda não saiu do ensino médio.

Portanto, se nós modificarmos o critério do MEC agora, nós vamos impactar a Base Nacional Comum Curricular, pela seguinte razão:

Ensinar crianças de 05 anos é completamente diferente de ensinar crianças de 06 anos, e se o critério for movido da data de 31 de Março para a data 31 de Dezembro, como observado pelo Ministro Fux, no voto dele, nós vamos ter a maioria das crianças do primeiro ano do ensino fundamental com 05 anos e não com 06 anos e, evidentemente, ensinar uma criança de 05 anos é completamente diferente de ensinar uma criança de 06 anos, até porque no ensino fundamental diferentemente da pré-escola, já existem avaliações e até, no limite, reprovações, e portanto há uma convicção expressa pelo Conselho Federal de Psicologia de que uma criança de 05 anos ainda não está preparada psicologicamente para esse tipo de avaliação e mesmo para absorver, com maturidade, uma eventual reprovação (BARROSO, 2018).

Como se pode observar, há novamente, uma postura de autocontenção por parte de Luís Roberto Barroso, evitando, aparentemente, intervir em questões de outros Poderes, com receio, inclusive, dos efeitos práticos de sua decisão.

6.1.3 Impacto relevante no ensino fundamental e infantil

Nesta etapa de sua análise, Luís Roberto Barroso²⁸ identifica que a decisão que o Supremo Tribunal Federal tomar irá produzir efeito de modo a afetar sobre o Ensino Fundamental e o Ensino Infantil.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal**. YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3uIzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal**. YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3uIzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Porque adotando um novo critério (alterar a data limite para verificação da idade de 31 de Março para 31 de Dezembro), irá ocorrer um aumento na demanda pelo Ensino Fundamental e diminuir a demanda pelo Ensino Infantil, o que necessariamente irá afetar questões infra estruturais, tais como aumento e redução de professores, carga horária, aumento e diminuição de vagas em cada modalidade de ensino, sem um estudo prévio, o qual informaria, se é possível, ou não realizar tais mudanças, na prática.

A terceira das cinco razões que eu apresento, presidente, é que esta decisão produzirá um impacto relevante, sistêmico, sobre ensino fundamental e ensino infantil, porque, evidentemente, se nós adotamos este novo critério, nós vamos aumentar a demanda pelo ensino fundamental e diminuir a demanda pelo ensino infantil, porque crianças com 05 anos ao invés de estarem na pré-escola vão estar no ensino fundamental. Ora, tem mais de 5 milhões de crianças no ensino infantil e mais de 15 milhões no ensino fundamental.

Eu não me sinto à vontade para, sem fazer avaliações prévias e medições adequadas, produzir uma interferência desta magnitude no sistema de ensino, sem saber quantas pessoas vão ser afetadas, quantas vagas têm que ser criadas no ensino fundamental e quantas tem que ser suprimidas na pré-escola, portanto, não se mexe em política pública sem ter critérios de avaliação, sem saber, qual o resultado que se vai produzir na prática, porque sem medição de resultados, a gente nunca sabe se está fazendo o certo (BARROSO, 2018).

Como se pode observar, há preocupação por parte do Ministro Luís Roberto Barroso em relação aos impactos que podem surgir de uma interferência do Supremo Tribunal Federal em decisões de órgãos do Poder Executivo, principalmente sem a ocorrência de estudos prévios, demonstrando, claramente, riscos que o ativismo judicial oferece à todos os jurisdicionados, e no caso em tela, em uma temática cuja importância foi inclusive objeto de destaque no início desta pesquisa.

6.1.4 O melhor interesse da criança

Neste momento do julgamento, Luís Roberto Barroso busca identificar o que considera o melhor interesse da criança, como se pode observar abaixo:

Eu acho que o melhor interesse da criança é viver até o último dia a sua infância e não acelerar o processo de aprendizado, para aprender a gente tem a vida inteira, para ser criança, a gente só tem aquela primeira fase da existência, portanto, eu não acho que seja o melhor interesse da criança começar mais cedo que a hora.

Eu penso que não é proveito para a criança antecipar a idade e portanto, eu não acho que o melhor interesse da criança esteja em começar a escolarização formal mais cedo, o melhor interesse da criança está em ser criança até o limite do possível e do razoável (BARROSO, 2018).

Neste ponto é possível identificar uma subjetividade em seu voto, o que pode não coincidir com o esperado de um julgamento técnico.

Isto porque, conforme observado por LenioLuisStreck, no item 5 desta pesquisa, subjetividade pode levar à discricionariedade, resultando daí, não um julgamento técnico, mas de acordo com a vontade do julgador.

Portanto, nesta etapa, não se vislumbra o mesmo comportamento de autocontenção, visualizado anteriormente.

6.1.5 Interação entre o enunciado normativo e a realidade fática

Nesta etapa de seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, busca compreender o sentido semântico do que seria 06 anos considerados completos.

Ainda, após concluir seu raciocínio, dizendo que enquanto a criança não completa 06 anos de idade, a mesma não pode ser considerada 06 anos completos (5 anos e 11 meses de vida, por exemplo, reforça a ideia de que esta decisão compete ao Poder Executivo e não ao poder Judiciário, como se pode analisar:

Quando a lei e presumivelmente a Constituição dizem:

O ensino fundamental deve começar aos 06 anos, semanticamente 06 anos significa 06 anos completos.

Quando alguém diz que meu filho tem 01 ano, não quer dizer que ele tem 08 meses, 09 meses, 10 meses. 01 ano é um 01 ano completo. E enquanto ele não completa 02 anos, se perguntar qual é a idade do seu filho você vai dizer que ele tem 01 ano, depois que ele completa 02 anos é que ele tem 02 anos.

Portanto uma criança com 01 ano e meio não tem 02 anos, e portanto uma criança com 05 anos e 02 meses, 03 meses, 04 meses, 05 meses, não tem 06 anos, com todas as vênias.

O Ministro Alexandre de Moraes explorou a questão de que essas escolhas são pragmáticas.

Vamos aceitar que sejam escolhas pragmáticas. Quem é quem que deve fazê-las? O Poder Judiciário, o pessoal que estudou direito ou o Ministério da Educação e o pessoal que estudou pedagogia e educação?

Com todas as vênias, mesmo que a escolha fosse pragmática, deve ser pragmática por quem domina as categorias da realidade.

Portanto, um pouco na linha desta virada empírico-pragmática que tenho proposto, eu acho que quem tem melhor capacidade de aferir a realidade prática e os resultados a serem produzidos no sistema de educação não são os juízes de direito, são os educadores.

E, portanto, a menos que o critério do Ministério da Educação fosse manifestamente irrazoável, não me animo a sobrepor a minha vontade e a minha valoração à vontade e à valoração de quem se preparou para, precisamente, fazer isso da melhor forma.

Portanto, presidente, considero, com todas as vênias de quem pensa diferente, perigoso e grave, o Supremo em um ativismo desnecessário, porque aqui não é proteção de direito fundamental, aqui é uma escolha técnico-administrativa, invadir a esfera de competência do Poder Executivo e do órgão do Poder Executivo especializado nessa matéria, e o Supremo impor a sua valoração à valoração de quem, provavelmente, quase certamente, entende desse assunto, melhor do que a gente (BARROSO, 2018).

Como se pode observar, ao final, Luís Roberto Barroso alerta para o que considera um ativismo judicial “desnecessário” a intromissão do Poder Judiciário em esferas do Poder Executivo.

Destaca-se que não se considera existir ativismo bom ou ruim, necessário ou desnecessário, ativismo é ativismo e o mesmo deve ser combatido.

Contudo, importa para a discussão que, Luís Roberto Barroso, em uma postura de autocontenção, combate o ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, neste caso em específico. (Contrariamente ao verificado no item 5, desta pesquisa).

6.2 Voto da Ministra Rosa Weber.

Ao contrário da conclusão de Luís Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber²⁹, entende não haver ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal, conforme se vislumbra abaixo:

Na verdade com relação à ADPF, que tem por objeto exatamente as resoluções é que, ao meu juízo, se instalou a divergência. A divergência com relação exatamente ao que, ao corte etário para o ingresso, para matrícula no ensino infantil e no ensino fundamental.

Isso porque, e aí, eu realmente peço todas vênias às teses que foram expostas pelo Ministro Luís Roberto e pelo Ministro Luiz Fux, eu não vislumbro qualquer ativismo judicial nessa compreensão que estou esposando, ao acompanhar o Ministro Fachin.

Porque, na verdade, quem tem que dizer se textos normativos, os textos normativos impugnados, guardam, ou não, consonância com a Constituição Federal, é o Supremo Tribunal Federal e, a linha que eu trilho, e que foi inaugurada pelo Ministro Fachin diz que o estabelecimento deste corte etário, que o Ministro Alexandre ainda disse que é um corte pragmático, em 31 de Março, ele na verdade não se harmoniza com o texto constitucional, artigo 208, IV da Constituição Federal, porque este corte pragmático, ele está a restringir, de forma indevida, ao meu juízo, com todo o respeito, e desproporcional, o acesso à educação infantil e fundamental, em prejuízo às crianças que completam a idade de 04 e 06 anos no respectivo ano letivo.

Então, por esta razão, senhora presidente, renovando meu pedido de vênias, eu estou acompanhando os votos do Ministro Luiz Edson Fachin [...] (WEBER, 2018).

Como se pode observar, a Ministra Rosa Weber diz não vislumbrar a ocorrência de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal que intervém nas esferas do Poder Executivo e em órgão do Poder Executivo.

O faz sob o fundamento de que compete ao Supremo Tribunal Federal dizer se textos normativos (impugnados) guardam, ou não, consonância com o texto constitucional.

Evidentemente que nem toda matéria judicializada deve autorizar o ativismo judicial, diferentemente do que proposto pela Ministra Rosa Weber.

²⁹ WEBER, Rosa. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal**. YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3uIzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Isto porque, conforme visto no item 5 desta pesquisa, o ativismo consiste em clara violação, desrespeito ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da Constituição Federal).

Ou seja, embora seja de competência da Suprema Corte os dizeres quanto ao controle de constitucionalidade, na modalidade concentrada, a mesma não autoriza a interferência em matérias de competência de outros Poderes (Legislativo ou Executivo) na esteira proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Nas palavras da Ministra Rosa Weber, a mesma não rebate os argumentos trazidos pelo Ministro Luiz Roberto Barroso e não especifica, portanto, quais seriam os limites de atuação do poder judiciário.

Ademais, considera, ao final, a restrição proposta pelas normas impugnadas, indevidas e desproporcionais.

Contudo, embora considere os atos do poder público desproporcionais, não o faz utilizando completamente do instituto do critério da proporcionalidade, vez que não discorre sobre seus elementos, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, embora não considere, a Ministra Rosa Weber, um ativismo judicial, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que no caso em tela invadiria as competências e esferas do Poder Executivo, não o faz de maneira fundamentada.

Por estas razões parece, em um primeiro momento, assistir razão ao Ministro Luís Roberto Barroso, com exceção de determinados argumentos subjetivos, bem como a divisão entre ativismo judicial desnecessário e necessário, conforme já apontado no item anterior.

7 Conclusão

A presente pesquisa, em um primeiro momento, buscou introduzir o direito à educação como direito fundamental, social, de segunda dimensão, esclarecendo a divergência quanto à nomenclatura, bem como conceituando referidos direitos ditos de “primeira, segunda e terceira dimensão”.

Também é destaque a essencialidade do direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro.

O faz à medida que demonstra sua importância, por exemplo, para o exercício da cidadania, bem como sua contribuição para a criação da ação constitucional denominada Mandado de Injunção.

Em sequência, há a introdução do tema objeto das ações ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) 17 e ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 292, quais sejam, a idade mínima para ingresso no ensino infantil e ensino fundamental, sendo estas 04 anos completos até a data de 31 de Março do ano letivo para ingresso na educação infantil, bem como 06 anos completos, até a data de 31 de Março do ano letivo para ingresso no ensino fundamental.

Ao demonstrar e esmiuçar o texto constitucional, bem como apresenta as normas das resoluções 1/2010 e 6/2010 ambas editadas pelo Conselho Nacional de Educação, há a efetiva introdução do tema, objeto dos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Rosa Weber, ambos do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, há uma pausa no tema, para dissertar sobre a diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, concluindo que o instituto da judicialização é comum e esperada, em alguma ou outra medida, em um Estado Democrático de Direito, ao passo que o ativismo judicial consiste em clara violação ao princípio da Separação dos Poderes, ao violar o artigo 2º da Constituição Federal.

Posteriormente ocorre a análise do voto do Ministros Luís Roberto Barroso que, através de cinco pontos principais, demonstra que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal que intervir e contrariar o órgão do Poder Executivo (normas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e Lei de Diretrizes e Bases da Educação, impugnadas nas ações descritas acima) consistirá em um ativismo judicial desnecessário.

Contrariamente à posição do Ministro Luís Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber entende não ocorrer ativismo judicial em sua decisão, vez que compete ao Supremo Tribunal Federal dizer se determinada norma impugnada guarda, ou não, consonância com o texto constitucional.

Concluiu-se que assiste razão, ao menos em um primeiro momento, ao Ministro Luís Roberto Barroso, bem como fora identificada falhas na fundamentação da Ministra Rosa Weber, que ao invocar o critério da proporcionalidade, não o utilizou de forma adequada, vez que não submeteu a matéria aos testes de seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), bem como apenas a competência do Supremo Tribunal Federal para análise, em controle concentrado de constitucionalidade, não é suficiente para afastar o artigo 2º da Constituição Federal, autorizando a interferência do Poder Judiciário em esferas do Poder Executivo (ou Legislativo), ocorrendo em ativismo judicial.

Por fim, é imperioso ressaltar que venceu a tese do relator Luiz Fux, bem como a tese de Luís Roberto Barroso, mantendo a validade das normas impugnadas pelas ações descritas, porém, a tese teve 6 votos contra cinco da tese vencida, acompanhada por Rosa Weber.

Embora a conduta de autocontenção tenha vencido, o apertado placar de 6 (seis) votos a 5 (cinco) evidencia que não há unanimidade na Suprema Corte Brasileira e que boa parte dos Ministros que a compõe possuem tendências ativistas, o que pode tornar-se um risco ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal**. YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3uIzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Resolução nº1 de 14 de janeiro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a implantação do Ensino Fundamental de 9 (nove) anos. Diário Oficial da União, Brasília, 15 de janeiro de 2009, Seção 1, p.31.

BRASIL. **Resolução 6/2010 de 20 de outubro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil. Diário Oficial da União, Brasília, 21 out. 2010, p. 17.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Lei nº 9.394/96 de 20 de dezembro de 2016**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília 20 dez. 1996; 175º da Independência e 108º da República.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Os direitos sociais no Brasil: abordagem sobre sua violação e proposições para concretização**. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5809>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marco Aurélio. **Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em 25 fev. 2018.

MELO, Maurício de Medeiros. **O direito coletivo prestacional à saúde e o poder judiciário: a concretização do art. 196 da Constituição de 1988 pela via jurisdicional**. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/14008/1/MauricioMM.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

NETO, João dos Passos Martins. **Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81905/181716.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

OLIVEIRA, Herrzeleide Maria Fernandes. **O Mandado de Injunção**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, out./dez. 1988, p. 3.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz et all. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.** Academia Brasileira de Direitos Constitucionais. Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional, p.297, 2011.

SILVA, Juvêncio Borges. SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **A judicialização das políticas públicas no Brasil e sua Legitimidade como instrumento de efetivação dos direitos sociais e concreção da cidadania.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=374b03a72295954c>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em terraebrazilis.** Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/53/52>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. Livraria do Advogado, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: uma análise de atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

TEIXEIRA, Maria Cristina. **Educação para cidadania, fundamentos do Estado Democrático de Direito.** São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19832/2/Maria%20Cristina%20Teixeira.pdf>>. p. 77.

WEBER, Rosa. **Voto em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal.** YouTube, 01 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-3ulzKf92DA>>. Acesso em: 24 out. 2018.

Submissão: 30.09.2018

Aprovação: 20.10.2018