

Políticas Públicas e Acesso à Creche no Distrito Federal: Atuação do Poder Judiciário

Public Policies and Daycare Access in the “Distrito Federal”: the Role of the Judiciary Power

ROBERTO FREITAS FILHO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Professor do Programa de Mestrado no Instituto Brasiliense de Direito Público, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos, 1993, Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, 2002, Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, 2006, Pós-Doutorado pela Universidade de Wisconsin, em Madison, nos Estados Unidos – EUA, 2006.

RESUMO: Este artigo trata do papel do Judiciário e dos seus limites, tomando como exemplar o caso do Distrito Federal, considerando as demandas jurídicas em que as crianças de 0-3 anos pleiteiam um lugar no sistema de creche pública em um cenário de déficit de vacância. Discutem-se os critérios de acessibilidade e elegibilidade e a natureza jurídica do direito à educação, tratando de questões de alocação, examinando problemas de gestão de políticas públicas pelo Poder Executivo e sua relação com o Judiciário, especialmente a ideia operativa da educação como um direito subjetivo. São levantados problemas de justiça formal, em termos de tratamento isonômico dos sujeitos, num quadro de compreensão político-jurídica coletivista.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação; creche; políticas públicas; escassez.

ABSTRACT: This article deals with the role of the Judiciary, especially the Federal District case, and its limits, considering law suits in which 0-3 years old children demand a place in the public daycare system under a vacancy-deficit scenario. It discusses accessibility and eligibility criteria and the legal nature of the right to education, dealing with allocation issues, examining problems of public policies management by the Executive power and its relation with the Judiciary, specially the operative idea of education as a subjective right. Problems of formal justice are raised, in terms of isonomic treatment of the subjects, in a collective political framework.

KEYWORDS: Right to education; daycare; public policy; scarcity.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema no Distrito Federal; 1.1 O contexto; 1.2 O caso do Distrito Federal; 1.3 Solução e paradoxo; 2 Políticas públicas, democracia e controle jurisdicional: limites e instrumentos concretizadores de direitos; 2.1 Algumas possibilidades de controle judicial sobre a efetividade das políticas públicas; 3 O Judiciário e a salvaguarda dos direitos: princípios, regras e decisionismo; 3.1 Exemplos da prática decisória no TJDFT; 3.2 Interpretação jurídico-política e funcionamento democrático; Considerações finais: o “direito” à creche e os limites do Poder Judiciário; Referências.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, tratamos do problema da efetividade das políticas públicas que concretizam o direito à educação em um específico viés. Nossa experiência profissional nos ensinou lidar, na prática decisória no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com a questão do confronto entre a previsão legal e constitucional do direito à educação de crianças com idade até três anos e os limites materiais das condições de efetividade desse direito. O problema tratado no presente artigo revela-se, portanto, duplamente relevante, considerada a intensa discussão doutrinária sobre o tema e também o número de demandas apresentadas ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT.

Na estratégia de abordagem do presente artigo, pretendemos contextualizar o problema no âmbito do Distrito Federal, produzir reflexão sobre a necessidade de uma leitura jurídico-política do problema e exemplificar, em alguns julgados, a complexidade do problema.

Há complexidades na adjudicação dessa questão que passam pela consideração do sentido de igualdade que dá sentido ao conceito de regra, assim como o problema do conceito e da extensão do direito à educação, que, nos parece, devem ser considerados pelo Poder Judiciário ao decidir sobre esse tema.

O objetivo do artigo é, portanto, produzir reflexão teórica que possa servir de instrumento para a apreciação das decisões do TJDFT e permita sua aplicação prática. Coloca-se sob análise, portanto, a prática decisória que nos parece representar exemplificativamente um padrão de adjudicação mais amplo, encontrado em outros campos da jurisdição.

1 O PROBLEMA NO DISTRITO FEDERAL

1.1 O CONTEXTO

Toda e qualquer demanda envolvendo matrícula em creches traz à luz a percepção da tragicidade da situação do direito à educação no Brasil, tendo em vista os dados revelarem a exiguidade de vagas em creches no sistema público, insuficientes para todas as crianças.

O Distrito Federal encampa um déficit de vinte e uma mil vagas¹ de creches para crianças de 0 a 3 anos e de mil e seiscentas vagas de pré-escola para crianças de 4 a 5 anos de idade, segundo dados oficiais, mesmo diante do

1 Segundo veiculação em vários instrumentos midiáticos, a exemplo de <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2017/01/25/interna_cidadesdf,568146/deficit-de-vagas-em-creches-publicas-chega-a-21-mil-no-df.shtml,a>. Acesso em: 15 jun. 2017.

atendimento – segundo dados da Secretaria de Educação do Distrito Federal² – de mais de 48 mil crianças no âmbito da educação infantil, considerando a rede regular de ensino, as creches conveniadas e os Centros de Educação da Primeira Instância (Cepi), num total de 236 unidades regulares de pré-escola, 9 unidades regulares de creche, bem como 59 creches conveniadas.

Esse quadro enseja a recorrente e crescente judicialização de demandas dessa natureza, atualmente correspondendo a 2% dos acórdãos publicados no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios³. No primeiro semestre de 2015, foram publicados 177 acórdãos sobre o tema, elevando-se esse quantitativo para 579 no mesmo período de 2016. Já no primeiro semestre de 2017, o número de acórdãos aumentou cinco vezes se comparado ao ano de 2015, e quase dobrou em relação a 2016, confirmando uma tendência decisória de provimento para efetivação de matrículas de crianças em creches públicas ou conveniadas, onde reconhecidamente inexistem vagas.

A carência de vagas em creches situa-se como um problema decorrente das escolhas políticas dos governantes e, mais amplamente, da classe política. Embora haja, evidentemente, limites orçamentários, o que se mostra problemático não é a escassez, mas sim a definição de prioridades. Há, no orçamento, recursos vultosos para outras rubricas que podem ser consideradas de menor importância, em face de direitos hierarquicamente superiores, o que ocorre nitidamente com o direito à educação e à saúde. Exemplo desse fato é a destinação do valor de R\$ 32.753.960,88 (trinta e dois milhões, setecentos e cinquenta e três mil, novecentos e sessenta reais e oitenta e oito centavos) para gastos em publicidade e propaganda no ano de 2016⁴, destinação menos relevante do que os direitos à educação⁵ e à saúde, tidos como direitos privilegiados, em termos de hierarquia constitucional.

Apesar de se apresentar como uma questão específica, a reflexão sobre a pretensão de matrículas de crianças de 0 a 3 anos em creches localiza-se no marco de análise da efetividade das políticas públicas que concretizam os direitos fundamentais.

2 Segundo disponibilizado em: <<http://www.se.df.gov.br/educacao-infantil.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

3 Segundo pesquisa elaborada por intermédio da consulta de processos, de acordo com o recorte a partir do tema e das partes.

4 Totais brutos por meio/mídia para o ano de 2016, dispostos em: R\$ 1.939.191,52 (1º trimestre), R\$ 1.583.599,21 (2º trimestre), R\$ 16.491.713,20 (3º trimestre) e R\$ 12.739.456,95 (4º trimestre), de acordo com informações da Subchefia de Publicidade e Propaganda do Governo do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.casacivil.df.gov.br/images/Gastos%204%C2%BA%20trimestre%202016%20com%20campanhas.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

5 Segundo demonstrativo da aplicação mínima em educação (LOA – 2017), o total da receita é de R\$ 16.821.360,514 (dezesseis milhões, oitocentos e vinte e um mil, trezentos e sessenta reais e quinhentos e quatorze centavos), de acordo com informação veiculada pela Subsecretaria de Orçamento Público. Disponível em: <<http://www.seplag.df.gov.br/images/A23%20-%20Anexo%20XVII-%20Demonstrativo%20Educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

1.2 O CASO DO DISTRITO FEDERAL

O caso em tela é exemplar de uma questão fática com a qual a sociedade brasileira tem de lidar há algum tempo, para a qual não há saída ou solução fácil. De um lado, temos pais desejando que a seus filhos seja oportunizada educação de qualidade minimamente adequada, segundo o preconizado na Constituição Federal, à luz dos arts. 205 e 208 e, em nível infraconstitucional, dos arts. 29 e 30 da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), bem como dos arts. 53, 54 e 55 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), além da Resolução nº 7, de 14.12.2010 do Conselho Nacional de Educação. Do outro lado, temos a Administração Pública, alegando a necessidade de observância de parâmetros objetivos – sobretudo o cronológico –, sustentando que incumbe apenas ao Poder Executivo a estipulação dos mecanismos de controle de matrícula e distribuição de alunos nas escolas, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa atividade sem violar a separação de poderes e a isonomia.

Há, ainda, além desses *topoi*, no caso do Distrito Federal, outros argumentos recorrentemente presentes nas discussões dessa natureza, como a escassez de recursos orçamentários, a impossibilidade de alcance do dever de prestação do direito à educação a todas as crianças menores de 4 anos, bem como a inexistência desse direito. Alega-se, ainda, que, diante da exiguidade de recursos para ampliar a oferta de vagas em creches para todas as crianças com menos de 4 anos, há um regramento específico a disciplinar os critérios por meio dos quais as vagas são preenchidas, consubstanciado em um chamado *Manual de Procedimentos para Atendimento à Educação Infantil*, aprovado pela Portaria de 30.12.2013⁶, retificada para Portaria nº 01, de 07.01.2014⁷.

Quanto às disposições legais que disciplinam a matéria, como referido acima, temos os arts. 6º e 205 da Constituição Federal a garantir o direito à educação, enquanto o art. 208 assegura a educação infantil em creche e pré-escola às crianças até os cinco anos de idade. Em nível infraconstitucional, o art. 53, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) assegura à criança e ao adolescente acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência. Há, ainda, o art. 4º, IV, da Lei nº 9.394/1996 – Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que impõe ao Poder Público o dever de viabilizar o acesso dos infantes às creches e pré-escolas.

Uma complexidade quanto à extensão do direito a vaga em creche é que a Lei nº 13.005/2014, que instituiu o Plano Nacional de Educação, indica que o plano tem horizonte de 10 anos, tendo estabelecido como uma de suas dire-

6 Publicada no DODF 08, de 13.01.2014, p. 10.

7 Publicada no DODF 9, de 14.01.2014, p. 26.

trizes a universalização do atendimento escolar, traduzida pela ampliação da oferta de educação infantil. A lei dispõe, no próprio inciso VIII do art. 2º, “meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto – PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade”. Além disso, o PNE fixou como data limite o ano de 2024 para consolidação do aumento de 50% no quantitativo quanto à oferta de vagas.

A interpretação sistemática dos dispositivos normativos revela a importância da educação infantil, primeira etapa da educação básica, que tem por escopo o desenvolvimento integral da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, em complemento à ação da família e da comunidade. Ao contemplarmos essa robusta tessitura normativa, sobretudo sob a égide de invocação dos usuais preceitos de razoabilidade e proporcionalidade no âmbito de apreciação pelo Judiciário, o sedutor horizonte de deferimento de matrículas em creches próximas à residência da criança poderia parecer um direito com contorno bastante nítido. Contudo, a definição dos limites e da extensão desse direito enceta complexidades que passam pela escassez material, pela existência de regras que impõem uma obrigação diferida ao Estado de implementar esse direito, da ideia de isonomia, das escolhas alocativas e até mesmo sobre a lisura de conduta dos atores políticos que fazem as escolhas alocativas. Dadas essas complexidades, é necessário também situar a questão na pauta de discussões sobre os limites de atuação do Judiciário diante das omissões do Poder Público em concretizar direitos previstos constitucionalmente.

1.3 SOLUÇÃO E PARADOXO

Como já mencionado, não há solução fácil para o caso, pois, se o Poder Judiciário determina que uma criança que não se enquadra naqueles critérios para a matrícula deva ser matriculada assim mesmo, a consequência imediata dessa decisão pode não necessariamente se encaminhar para a criação de mais uma vaga – que demanda esforços orçamentários imediatos –, mas para a possibilidade de a vaga existente ser ocupada em detrimento de outra criança na mesma fila de espera e que preenche os requisitos da regra que estipula critérios objetivos de alocação.

Em uma hipótese mais desoladora – mas não menos provável ou distante da realidade –, pode ser que haja a ocupação de uma vaga por mais de uma criança, sem o adequado serviço que seria destinado àquela única ocupante.

Como não há dados qualificados disponíveis sobre as consequências de decisões que acolhem pedidos de matrícula sem a existência de vagas suficientes, acaba por haver, na disputa retórica sobre essa questão, a defesa de

posições distintas, mas igualmente consequencialistas na forma. Há quem defenda que, ao deferir pedidos de matrícula, o Judiciário incentiva o Executivo a ampliar a oferta e há quem defenda que as crianças são alojadas de forma excedente e sem as condições adequadas. Nenhuma das consequências possui comprovação empírica, o que leva a um embate dialético baseado, em grande medida, em impressões pessoais.

A ausência de dados empíricos traz, portanto, um cenário preocupante: muitas vezes é impossível se saber o que acontecerá, na prática, no momento do cumprimento de uma decisão que determina a matrícula, o que coloca as seguintes perguntas, entre outras: em relação àquela específica criança, será criada uma vaga nova ou ela ocupará a vaga de outra? Quantos pedidos dessa mesma natureza estão sendo concomitantemente julgados procedentes? Qual o impacto disso no funcionamento adequado das creches do sistema público no Distrito Federal?

Em resposta a pedido de esclarecimento feito pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, a Secretaria de Educação do Distrito Federal informou sobre algumas dessas indagações, o que possibilitou maior clareza sobre as contingências enfrentadas no cenário fático⁸. Como registrado pela Secretaria, o deferimento não importa criação, mas déficit de vagas, tendo em vista o encaminhamento da criança para o mesmo espaço de convivência onde outras crianças se encontram, acarretando uma diminuição no coeficiente da relação criança x profissional.

Além de inviabilizar o trabalho pedagógico e postergar a lista de convocação das crianças regularmente inscritas no sistema i-Educar, o alojamento concomitante prejudicaria, segundo a Secretaria, o orçamento previsto na Proposta de Lei Orçamentária Anual, que destina R\$ 747,53 (setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e três centavos) para custeio mensal dos alunos em creches e pré-escolas em instituições privadas (dado para 2018).

Ainda se informou que, no ano de 2017, a Uniplat/Plano Piloto recebeu 67 crianças matriculadas por força de decisão judicial, em contraste com 16.260 (dezesseis mil, duzentas e sessenta) crianças inscritas e aguardando vaga, o que indica que a vazão no quantitativo de crianças contempladas em virtude de

8 Aliás, em relação a esse aspecto, um dos desembargadores relatores de processos sobre matrícula em creche enviou ofício à Secretaria de Educação no ano de 2018, com a finalidade de dirimir a dúvida sobre a alocação de vagas. A Secretaria informou que contava com 17.430 inscritas aguardando vagas no banco de creche e que, por ocasião do deferimento para matrícula em creche e/ou pré-escola, o cumprimento da decisão judicial não importa a criação de uma nova vaga, e sim em déficit de vagas, na qual a unidade conveniada trabalha acima de sua capacidade de espaço físico e financeiro. À vista disso, a Secretaria preveniu que haveria o alojamento concomitante de crianças no mesmo espaço, de modo a prejudicar o trabalho pedagógico e orçamentário da creche, além de postergar a lista de convocação das crianças regularmente inscritas no sistema i-Educar, confirmando, assim, a percepção de tratamento não isonômico a quem se encontra a se subsumir à regra constante do Manual.

intervenção judicial não corresponde a 1% (um por cento) do universo de crianças cadastradas e que aguardam vaga. Correspondem, de fato, 0,41% (quarenta e um centésimos por cento). Importante ressaltar que, desse contingente de 67 crianças, a Secretaria não soube precisar quantas permanecem matriculadas, uma vez que as medidas podem ser revogadas por força de decisão em grau de colegiado, o que indica novamente a dificuldade de consideração do panorama fático real, pois os dados que revelam o impacto das decisões na efetividade da política pública são precários.

Uma breve ilação diante desse dado nos permite afirmar que o quantitativo acima, que já é mínimo, tende, então, a ser menor do que os 0,41%, acentuando, ainda mais, a tragicidade dessa questão, uma vez que, ainda que sejam concedidas as matrículas, o percentual efetivo de matrículas e de permanência sequer tangencia uma fração mínima a ser compreendida como medida de justiça social.

Consultando o Relatório do 1º Ciclo de Monitoramento das Metas do PNE (biênio 2014-2016), observamos crescimento, de maneira contínua, da taxa de atendimento escolar das crianças com até 3 anos. Segundo o documento, no período de 2004 a 2014, a ampliação foi de 14,1 pontos percentuais, com o indicador atingindo, em 2014, 33,3%, se contrastado com a meta de 50% prevista para 2024.

Assim, ainda que as vagas não estejam sendo disponibilizadas na proporção da demanda das crianças (ou seja, 1:1, ou 16.260: 16.260), o indicador de 33,3% (2014) mostra que tem havido iniciativa do Poder Público quanto à ampliação da oferta de novas vagas para atendimento das crianças. Em relação à efetividade da política de aplicação da oferta, o PNE fixou como data limite o ano de 2024 para consolidação da oferta de 50% da demanda de vagas, podendo se inferir disso que a conjugação entre os dados do monitoramento do plano e a meta fixada não permitem afirmar que exista inação do Poder Público quanto ao que foi estipulado como diretriz para o atendimento à pré-escola.

Levar em conta essas complexidades e o aspecto consequencialista das decisões não significa dar à autoridade executiva um cheque em branco para desconsiderar direitos fundamentais prioritários, segundo a Constituição Federal, caso do direito à educação. Pretende-se apresentar o problema nas suas diversas dimensões de dificuldade e refletir sobre o papel do Judiciário enquanto ator que, ao decidir, produz consequências para a política de fornecimento de vagas em creches, tendo-se em vista o dever de julgar com base na isonomia e, ao mesmo tempo, buscando a efetividade do direito à educação.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS, DEMOCRACIA E CONTROLE JURISDICIONAL: LIMITES E INSTRUMENTOS CONCRETIZADORES DE DIREITOS

A constitucionalização dos direitos fundamentais e a conseqüente expectativa de sua concretização por meio de prestações estatais positivas levaram, após a segunda metade do século XX, à saturação de um conceito que era razoavelmente invisível na doutrina jurídica. Não se falava em “políticas públicas”, tema que era objeto da teoria da Administração Pública e da Ciência Política, portanto estranho ao campo do Direito (Freitas Filho *et al.*, 2011, p. 325-).

No Brasil, a realidade após a Constituição de 1988 é outra. Hoje, o enfoque privilegiado no campo de estudo das decisões dos Tribunais não é somente a hermenêutica, ou o estudo dogmático sobre a correção doutrinal de uso dos conceitos e institutos jurídicos, mas também (e, talvez, principalmente) os padrões lógicos de coerência e consistência das decisões e suas conseqüências em diferentes dimensões como, por exemplo, a econômica, a do plano da governança, a política e a pedagógica (ou, segundo a teoria dos sistemas, “programante”). Sobre a dimensão funcional do conceito de política pública:

[...] O que está em jogo nas políticas públicas constitucionais que dizem respeito aos direitos individuais e sociais é *fundamentalmente a alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza e o acesso aos bens culturais, simbólicos e da estrutura básica da sociedade, que permitem o exercício das condições de dignidade da pessoa humana*. São as políticas públicas o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Nos direitos sociais e nos demais direitos fundamentais encontram-se os objetivos finais de algumas das políticas públicas executadas pelo Estado. [...]. (Casagrande; Freitas Filho, 2010, p. 2 – grifos nossos)

Os estudos no campo das políticas públicas colocam o Direito frente a limites quase que constituintes de sua identidade como campo do saber (Bucci, 2006, p. 1-49). Embora a formação ordinária do ator jurídico o leve a aprender que direitos devem ser afirmados sem a preocupação com a política e a Administração Pública (isso é problema do Executivo e do Legislativo), na prática, direitos são submetidos a limites morais, legais ou econômicos. Situação que evidencia essas dimensões dos limites jurídicos é a dos conhecidos e bastante rumorosos casos de tratamentos médicos e concessões de medicamentos que não encontram previsão orçamentária para seu custeio. Nessa situação, quando se paga por algum direito não previsto no orçamento, o dinheiro utilizado foi previsto para outra despesa, a qual, em tese, pode estar sendo frustrada.

Para que os direitos fundamentais, como a saúde e a educação, sejam efetivos – ou seja, concretizados em ações que beneficiam a todos em sociedade –, são necessárias implementações de prestações positivas do Estado, o que se traduz em alocação de recursos orçamentários. Como o dinheiro é, sabida-

mente, limitado, mesmo que todos os recursos do orçamento fossem aplicados de forma impecável, haveria limites para o que seria possível oferecer tanto em quantidade como em qualidade. Nem todos poderiam se tratar em hospitais de elite ou estudar em escolas de elite. Assim, decidir sobre direitos que demandam escolhas no âmbito de políticas públicas enseja lidar com limites materiais, ou seja, considerar as limitações do mundo dos fatos (por exemplo, as distâncias físicas entre pacientes com necessidades emergentes e os melhores médicos) e as limitações decorrentes de decisões que envolvem escolhas políticas regradas (por exemplo, o limite orçamentário de cada uma de suas rubricas).

As decisões sobre políticas públicas dizem respeito, em grande medida, às escolhas sobre o investimento dos recursos públicos a serem aplicados, em tríplice dimensão: em que os recursos serão aplicados, de que maneira serão aplicados e para quem o serão. Por meio delas, a comunidade política define suas prioridades e é importante lembrar que, em sistemas democráticos como o nosso, escolhas ideológico-programáticas devem se dar por meio de eleições. Ao votar e escolher, tomamos, como grupo, decisões sobre quem governará e como se organizará o gasto público. Desconfiar do modelo democrático e se sub-rogar à função de representação política democrática pode causar uma séria erosão à própria democracia, já que ela supõe o aprendizado político constante e o reforço do regular funcionamento das instituições e dos poderes.

A demarcação de funções nas especializações dos Poderes tem sido alvo de reflexão da doutrina que se ocupa do tema das políticas públicas⁹:

Esta postura cria dois problemas de grande importância. O primeiro a partir do princípio da separação entre os Poderes da República, na medida em que o juiz passa a complementar e substituir tabelas técnicas produzidas pelo Conselho Nacional de Saúde e pelos técnicos do SUS a partir do que é pedido na inicial. Esta conduta acaba por, invariavelmente, representando invasão de competência afeta ao Poder Executivo, o qual tem o dever de criar e executar as políticas públicas para o setor. Temos, por conseguinte, juízes não eleitos pelo voto direto das comunidades atingidas ditando aos representantes eleitos (prefeito, governador, presidente da República) quais são as políticas que têm prioridade. Trata-se de tema afeto à legitimidade da atuação judicial. (Appio, 2006, p. 05)

Esperar do Judiciário que seja o autor das regras de uma determinada política parece não ser a melhor solução para as dificuldades inerentes ao processo de escolhas políticas alocativas. Não é demais lembrar que a alternativa à democracia seria desastrosa e não está no nosso cardápio político. O Poder Judiciário não é o formulador das políticas públicas prestacionais por meio das

9 No texto *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*, artigo veiculado no site Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

quais se efetivam os direitos fundamentais, mas, antes, um fiador da legalidade e da justiça dessas mesmas políticas. Nesse sentido:

[...] os tribunais, por definição, num sistema republicano, democrático e não inquisitorial, são privados do poder da espada e da bolsa (*lack the sword and the purse*): ora, um a reforma social exige alocação de recursos, que os tribunais são proibidos de fazer pela *appropriation clause* da Constituição (proibindo que o Tesouro faça qualquer pagamento sem que haja autorização legislativa). (Lopes 1997, p. 207)

Um possível argumento contrário à posição de que o Judiciário deveria se autoconter pode ser apresentado tendo-se em vista o previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. O que se postula no presente argumento é que a apreciação do caso pelo Judiciário não implica dizer que ele deverá desconsiderar os limites decisórios que são impostos pelas circunstâncias próprias de cada situação fático-probatória. Não é dado ao Judiciário, sustentamos, criar regras que não possam ser universalizadas, nem mesmo desconsiderar os limites materiais de possibilidade de fruição de um direito, ou mesmo se sub-rogar ao agente político democraticamente escolhido ao fazer regra ou mesmo negar eficácia a regra existente no sistema jurídico sem que isso seja feito por meio de instrumentos processuais adequados, como ações declaratórias de inconstitucionalidade, por exemplo.

Há, portanto, uma limitação às atividades do Judiciário, que não faz escolhas políticas, mas exerce o controle de legalidade das decisões dos agentes responsáveis por elas. Isso significa que, havendo norma (regra) válida a ser observada para que se possa fruir um serviço público qualquer, ela deve ser observada da forma mais efetiva possível. Infirmar o seu sentido *prima facie* deve ser medida excepcional e deve considerar o seu alcance a todos os sujeitos, bem como a possibilidade de conhecimento do contexto fático no qual se dá a decisão. Assim, por mais relevante que seja o argumento acerca do dever estatal de assegurar a educação como corolário de uma existência digna, é importante ressaltar, no âmbito do que as políticas públicas representam em termos de compromisso do Estado, a existência de limites ao Judiciário, cujo extrapolamento acarreta invasão na esfera de competência originalmente firmada no plano constitucional, comprometendo, assim, os pilares democráticos da separação entre os poderes.

A observância às normas, portanto, é condição de possibilidade de um governo das leis, ao invés de um governo dos homens. Nesse sentido, por exemplo, mesmo que se entenda ser absolutamente equivocado priorizar a realização de uma Copa do Mundo de Futebol e, a esse pretexto, a construção de um estádio de futebol ao custo de, por hipótese, 1,5 bilhão de reais, fato é que a

competência legal para definir essas prioridades não é, *a priori*, do Poder Judiciário. Observar a legalidade implica eventual resignação quanto a essas escolhas absolutamente equivocadas, do ponto de vista das prioridades alocativas constitucionais. A justiça, portanto, requer o tratamento mais isonômico possível de todos os sujeitos (*suum cuique tribuere*), o que se atinge, em comunidades políticas complexas como a brasileira (também nas grandes democracias contemporâneas), por meio de leis cujo sentido seja conhecido e estável, na maior medida possível, em homenagem ao ideal de segurança jurídica.

Por outro lado, se é certo que ao Poder Judiciário é dado adjudicar o mérito de escolhas políticas, conforme indica a vasta jurisprudência dos tribunais superiores nesse sentido, há que fazê-lo com o menor risco possível de desorganização do planejamento orçamentário, um dos argumentos apontados pelas autoridades demandadas nesse tipo de causa, a exemplo de alguns julgados¹⁰ do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Embora a autocontenção deva ser a regra, se houver intervenção do Judiciário na consecução da política pública, especialmente no que diz respeito às consequências econômicas, sustentamos que, se houver um flagrante descumprimento das determinações constitucionais sobre saúde e educação, por exemplo, o Poder Judiciário determinará a provisão do direito, mas, para que não haja desorganização dos recursos alocados no orçamento para a saúde, o recurso a ser utilizado deverá provir de rubrica de menor hierarquia constitucional como, por exemplo, a destinada a títulos como construção de estádio de futebol, *show* comemorativo de data festiva (aniversário da cidade ou réveillon), propaganda das ações de governo, desde que não sejam campanhas educativas como, por exemplo, de combate ao mosquito da dengue. Essa postulação não seria incoerente em relação à ideia inicial de que não é dado ao Poder Judiciário intervir de forma casuística nas políticas públicas, na medida em que a assume como possibilidade empírica e, a partir disso, propõe solução decisória que menos desorganize a alocação orçamentária inicialmente proposta.

Nossa postulação, nesse sentido, obedece à coerência sistêmica, a integridade, em um duplo alcance de igualdade: tanto em relação à apreciação do caso concreto como, também, ao tratamento dispensado às partes¹¹:

[...] coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

10 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-nov-21/falta_recursos_nao_discriminar_direitos_coletivos?pagina=3>. Acesso em: 23 jun. 2017.

11 Citado por Jeremy Waldron em *Law and disagreement* (2004, p. 08).

Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso – a morte do personagem – não fosse condição para a construção do capítulo seguinte. [...] (Streck, 2016)

No caso das decisões sobre matrículas em creches nas quais não se observa a fila previamente organizada de crianças, ao intervir em demanda em que se discute a provisão do direito à educação individualmente considerado, o exame incidental do Judiciário acaba por ter consequências para o grupo social mais vulnerável, qual seja, o remanescente das crianças que, em mesma situação, não foram, não são e provavelmente não serão contempladas, tendo em vista não recorrerem ao Judiciário¹².

2.1 ALGUMAS POSSIBILIDADES DE CONTROLE JUDICIAL SOBRE A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Uma das maneiras possíveis de controle judicial sobre a efetividade de um direito fundamental reside na verificação da existência de normas que viabilizem sua fruição. Se não há uma política pública e um sistema de normas que organizem a efetivação de um direito de natureza prestacional, isso pode significar, na prática, ou seu completo esvaziamento, ou a possibilidade de favorecimento pessoal, decisionismo e espaço para relações clientelistas. Parece-nos que, nesse caso, há espaço legítimo para que o Judiciário atue no sentido de determinar ao Executivo a obrigação de fazer prestacional que viabilize o exercício do direito previsto de maneira geral na Constituição.

Outra forma do Poder Judiciário, em seu escopo de possibilidades, atrair para si o impulso de efetividade dos direitos de natureza prestacional seria impor multa na hipótese de descumprimento. Como exemplo, temos o acórdão representativo da controvérsia, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.474.665/RJ), no qual o STJ fixou tese no sentido de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, compelindo-o, assim, a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, superando, segundo entendimento ali firmado, “a

12 Isso nos leva a refletir, *obiter dictum*, sobre as opções que podem ser elaboradas pelo julgador e que não importem na violação frontal à isonomia, a exemplo da possibilidade de responder o agente político pelo dano social causado pela omissão em relação a tais direitos.

recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente”.

Nesse caso, reside no “poder geral de efetivação” a via adequada que permite ao Judiciário dispor o comando para instar o obrigado a, *motu proprio*, concretizar ou materializar o direito invocado, como resultado de sua atividade política, ou, no caso de não fazê-lo, responder pela inação. Ainda que a fixação de *astreintes* ocasione um impacto financeiro que, de fato, é de toda sociedade, trata-se de um ônus repartido por todos, não mais suportado apenas por quem está fora do cenário de delineamento das demandas (potenciais jurisdicionados que não recorrem às vias judiciais). Creio poder residir aí uma das prováveis soluções elaboradas pelo Judiciário sem desnaturação de sua função judicante. Não se estaria negando, assim, a validade das normas infraconstitucionais que dispõem sobre a alocação das escassezes, nem as que estabelecem programas de ação ou diretrizes político-sociais, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e do Plano Nacional de Educação (PNE).

Isso não quer dizer, obviamente, que jamais tais normas possam ser consideradas inconstitucionais ou inaplicáveis ao caso, em uma solução de aparente conflito normativo. Como sabido, as normas podem ser superadas em seu sentido *prima facie* (infirmadas, derrotadas etc.) se houver flagrante injustiça na sua aplicação contextual ou se a consequência de sua aplicação for desastrosa. O reconhecimento dos dois casos tem sido recorrente na prática decisória dos tribunais brasileiros, cujas fundamentações em geral encontram suporte nas ideias de proporcionalidade, razoabilidade e dignidade, palavras que evocam avaliações sobre coisas ou estados de coisas e que constam frequentemente dos argumentos e das decisões em que se discute o tema.

Parece-me difícil extrair dessas palavras sentidos que permitam definir deveres jurídicos objetivos. Há necessidade de se dar um passo a mais para isso: a decisão deve ser fundamentada acerca dos motivos e dos critérios segundo os quais se decide com base na razoabilidade e na proporcionalidade. Isso demanda, inclusive, ponderar sobre as consequências da decisão na perspectiva coletiva, mesmo que ela seja apresentada individualmente (Lopes, 2006).

Para MacCormick, a razoabilidade precisa ser prática, e “não uma capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas”, discernível a partir da *prudentia* da qual uma pessoa se vale em suas ações, abstraindo de posições pessoais (2008, p. 218-9). Assim, algo é razoável ou proporcional, ou algum estado de coisas é proporcional ou razoável. Não há, entretanto, conteúdo objetivo algum nessas palavras, já que inexistente algo do mundo fático-fenomenológico hábil a ser descrito por meio delas.

É necessário que os critérios para se dizer que alguma situação é razoável ou se dada conduta é razoável sejam objetivados ao máximo, formulando-se, dessa forma, um precedente universalizável. Ponderar consequências significa, por exemplo, indagar se seria razoável o Poder Judiciário conceder todos os pedidos de inclusão em creche de todas as crianças que vierem, por meio de seus representantes legais, a pleitear tal medida. Diante das reflexões aqui sinallizadas a partir de um quadro fático e, sobretudo axiológico-normativo, parece que não.

3 O JUDICIÁRIO E A SALVAGUARDA DOS DIREITOS: PRINCÍPIOS, REGRAS E DECISIONISMO

Na hipótese dos casos aqui em análise, existem regras definidas e objetivas, descritas no Manual de Procedimentos para Atendimento à Educação Infantil, aprovado pela Portaria de 30.12.2013, retificada para Portaria nº 01, de 07.01.2014, para a alocação de vagas, dispostas pela Administração Pública e de conhecimento público, que consideram (em escala de 10 a 25): baixa renda (25 pontos), medida protetiva (20), risco nutricional (15) e mãe trabalhadora (10).

As regras do Manual especificam, ainda, o que seriam essas situações, a exemplo do critério de baixa renda, para o qual é requisito a participação da família em algum programa de assistência social. Ou, ainda, a vulnerabilidade social, que integra o núcleo da medida protetiva, o estado de vulnerabilidade nutricional declarado pela Secretaria de Saúde, que integra o núcleo de risco nutricional e o trabalho formal ou informal como elementos para se definir a mãe trabalhadora como tal. Existem regras também para o caso de empate, alocando-se a criança cuja mãe tenha maior número de filhos e, na sequência, a criança mais velha.

Todos esses são parâmetros que estabelecem paridade de concorrência às crianças que se enquadrem nos critérios previamente determinados, diante da possível oferta de vagas e segundo a ideia de isonomia. Diante do princípio de que todos são iguais perante a lei, a fixação das regras acima descritas configura um critério de eletividade compatível, se confrontadas, por exemplo, com as demais crianças que poderiam se habilitar para a estreita oferta de vagas. Isso porque baixa renda, medida protetiva, risco nutricional e mãe trabalhadora ilustram cenários nos quais existe uma especificidade que acolhe a ideia de justiça distributiva para crianças que se encontram em tais situações do cotidiano de um país de contrastes como o Brasil, já que filhos de cidadãos que podem pagar por creches ou têm acesso a esse recurso têm, ao final, melhor acesso aos cuidados pré-educacionais e condições de empregabilidade melhores do que os que não o têm, o que fere a isonomia.

Quando não se observam esses critérios e opera a escolha judicial que não incorpora a reflexão sobre os limites que os parâmetros impõem como condição de tratamento isonômico, incorre-se na seguinte situação: uma criança que se submeteu a esse certame especial e cumpriu as determinações nele contidas, apresentando os documentos necessários e habilitando-se no processo, será preterida e desalojada da ordem prioritária, mesmo sua condição adequando-se à regra. Há, nesse caso, portanto, uma decisão fundada em percepção pessoal, não em regra.

3.1 EXEMPLOS DA PRÁTICA DECISÓRIA NO TJDF

Trazendo a reflexão para o âmbito dos tribunais, destacamos alguns dos distintos entendimentos o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, para ilustrar bem a discussão em torno da tensão entre a diretriz constitucional prevista no art. 208 e o postulado de isonomia. As divergências de entendimento desafiam uma leitura político-jurídica mais ampla do sentido das normas constitucionais, cujos direitos são de natureza prestacional. Na experiência judicante aqui tomada como exemplo, a análise consiste na reflexão sobre a natureza jurídica do direito à educação e de sua fruição como: (1) direito público subjetivo, de cariz individual, exercitável e oponível de plano e pronto; de apropriação *uti singuli* pelo indivíduo, ou ainda, (2) direito social que, por sua *ratio*, só pode fazer sentido se compreendido sob a perspectiva do sentido comunitário da sua efetividade.

Perfilhar uma ou outra direção acarreta consequências diametralmente opostas, como se observam nos julgados colacionados, mormente ao se considerar o papel que incumbe ao Poder Judiciário em relação a demandas que envolvem o tema. Nesse sentido, destaco alguns julgados mais recentes a respeito do tema, destacando nos trechos grifados os elementos de fundamentação nos quais é possível se identificar os modelos decisórios¹³:

Decisões denegatórias:

Decisão 1:

Direito administrativo e constitucional. Apelação cível. Obrigação de fazer. Distrito Federal. Menor. Matrícula. Creche pública. Lista de espera. Princípio da isonomia. 1. *A Constituição da República preconiza, em seu art. 208, IV, que é dever do Estado ofertar educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (art. 208, IV, da CRFB/1988).* 2. Ao contrário do preceito constitucional sobre a educação básica, a norma constitucional acerca da educação infantil, segundo a abalizada doutrina, é de eficácia limitada a

13 Decisões disponíveis em: <<http://www.tjdft.jus.br/>>. Acesso em: 1º fev. 2019.

depende de políticas programáticas estatais para ser implementada, observado o princípio da reserva do financeiramente possível. 3. Em que pese o preenchimento dos requisitos para a concessão de vaga em creche da rede pública, quais sejam, a idade da criança, baixa renda e condição de mãe trabalhadora, *a concessão do pedido acarretaria desrespeito ao princípio da isonomia, uma vez que violaria o direito das demais crianças que, preenchendo, de igual forma, os requisitos necessários, aguardam na fila de espera, sem esquecer, também, que se encontram protegidas pela mesma garantia constitucional.* 4. Negou-se provimento ao recurso. (07021375820188070018, 7ª T.Cív., DJ 19.12.2018 – grifos nossos)

Decisão 2:

Direito administrativo. Constitucional. Reexame necessário. Remanejamento escolar. Matrícula em escola próxima à residência da autora. Reserva do possível. Impossibilidade. Sentença reformada. 1. Embora a educação seja considerada uma prerrogativa constitucional, bem como exista previsão expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente de que é dever do Estado proporcionar “atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade” (art. 54, IV), *não há como ignorar que a concretização do direito se vincula a políticas públicas e à reserva do possível.* 2. Ignorar essa premissa seria fechar os olhos para a realidade e inviabilizar por completo o sistema educacional, na medida em que o atendimento irrestrito às demandas individuais, mormente quanto aos pedidos de transferência de escola, acabaria por prejudicar toda a coletividade. 3. *Como regra, os requisitos estabelecidos pela Secretaria de Educação devem ser respeitados, em atenção ao princípio da isonomia, de forma que todas as crianças que aguardam em fila de espera sejam tratadas da mesma forma.* 4. *Recurso e remessa necessária conhecidos e providos.* (07009886120178070018, 2ª T.Cív., DJ 17.08.2017 – grifos nossos)

Decisões concessivas:

Decisão 3:

Apelação cível. Obrigação de fazer. Matrícula de criança em creche da rede pública próxima à residência. Educação infantil. Direito fundamental básico. Lei nº 8.069/1990. Caráter imperativo e vinculativo. Cláusula do financeiramente possível. Descabimento. Ausência de violação do princípio da isonomia. Sentença mantida. 1. A Constituição Federal, ao prever, em seu art. 6º, o “direito à educação” como direito social, elevou essa prerrogativa à categoria de “direito fundamental”, ou seja, interiorizou no sistema jurídico brasileiro um direito a ser fruído por “toda pessoa”. 2. Em sintonia com o art. 208, IV, da Constituição Federal, a Lei nº 8.069/1990 estabeleceu, em caráter imperativo e vinculativo, ser dever do Estado e direito subjetivo das crianças com idade entre 0 (zero) e 5 (cinco) anos de idade, o acesso à educação infantil em creche e pré-escola, de forma gratuita. 3. As tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização dos mencionados direitos “devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstractas”. Por isso mesmo, muito embora o legislador ordinário tenha uma considerável “liberdade de

conformação” quanto ao conteúdo das elaborações normativas ou relativamente ao modo de organizar a concretização desses direitos, é inegável que os direitos fundamentais sociais são dotados de “vinculatividade normativo-constitucional” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 440). 4. As eventuais dificuldades administrativas alegadas pelo ente federado, ou mesmo a alegação de “reserva do financeiramente possível” mostra-se, absolutamente sem sentido, pois desacompanhada de elementos mínimos aptos a demonstrar os critérios de execução do gasto de recursos públicos, mostrando-se absolutamente desprovida de razoabilidade, pois afirmada sem a devida consideração a respeito dos gastos governamentais com outras áreas não prioritárias. 5. *O princípio da isonomia previsto no art. 5º, caput, do Texto Constitucional deve ser aplicado como norma instituidora de garantia ao tratamento isonômico, ou seja, projeta-se, por meio de norma de eficácia plena, para assegurar a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, ou mesmo a chamada igualdade material ou substancial*. 6. *O que se pretende com a chamada isonomia substancial é conferir tratamentos diferenciados, de acordo com padrões constitucionais e infraconstitucionais, desde que razoavelmente justificado à vista do escopo perseguido*. 7. *A isonomia não pode ser entendida como justificativa para negar o direito fundamental ao ensino infantil, amparada na distinção entre indivíduos que ajuizaram suas ações na justiça e outros que ainda não o fizeram. Portanto, convém lembrar que a isonomia, além de critério principiológico de racionalização da aplicação das normas do sistema jurídico, é também uma garantia constitucional ao tratamento isonômico, e não o contrário*. 8. *A atividade jurisdicional deve cumprir três específicos escopos, dentre os quais se encontram o jurídico, o social e o político*. Certamente, nesse ponto, não se pode perder de vista a necessária assertividade na afirmação e concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais os sociais. 9. Apelação conhecida e desprovida. (07093609620178070018, 3ª T.Cív., DJ 22.02.2018 – grifos nossos)

Decisão 4:

Apelação cível e remessa necessária. Direito constitucional. Ação de obrigação de fazer. Matrícula em creche. Direito à educação. Menor impúbere. Dever do Estado. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. Creche em período integral. Obrigatoriedade não prevista na Constituição Federal ou na legislação regulamentadora. Apelação conhecida e parcialmente provida. 1. *A Constituição Federal reconhece como direito social a assistência gratuita aos filhos e dependentes até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV), como estabelece ser dever do Estado prestar educação infantil, em creche e pré-escola (art. 208, IV). Do mesmo modo, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 53, V, e 54, IV), bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/1996 (arts. 4º, II, 29, e 30, I)*. 2. *Não viola o princípio da isonomia, a intervenção judicial, com escopo de garantir a matrícula da menor em creche, porque se trata de um direito básico social e um dever do Estado com educação infantil frente às crianças de até 5 (cinco) anos de idade. Ademais, a prestação jurisdicional objetiva assegurar a igualdade formal e material entre todas as famílias e crianças, independentemente de sua cor, classe social, raça ou ideologia. Se a*

educação infantil deve ser plena e igualitária, não há como cogitar em prejuízo ou desrespeito a direito alheio, por conta de inobservância de cadastro e ordem de inscrição, para futuro chamamento, conforme o surgimento de vagas. 3. Embora não seja ilegal a criação de cadastros e lista de inscritos, para disciplinar a distribuição e ocupação de vagas nas creches públicas, tal medida é puramente de gestão ou auto organização pela entidade pública, mas sem qualquer força vinculante ou capacidade de limitar um direito social constitucional. 4. Portanto, o legítimo exercício de um direito ou a busca de sua proteção, jamais poderá ser entendido como ato ilegal ou violador de outro direito igualmente assegurado. O direito de ação é puramente potestativo e uma garantia constitucional fundamental, do qual decorre a possibilidade de provocar a Jurisdição sempre que houver um direito violado ou ameaçado (art. 5º, XXXV, da CF). Por conseguinte, não há como estabelecer qualquer ordem de preferência ou precedência para exercê-lo, a partir da lesão ou ameaça a direito difuso ou coletivo. Portanto, rechaça-se à tese de que caberia ao prejudicado aguardar que todos aqueles que o precedem na lista de espera a buscarem proteção junto ao Poder Judiciário, para só então alcançar o reconhecimento e a reparação da lesão suportada. 5. A obrigação de efetivar matrícula em creche com funcionamento em período integral não tem previsão na Constituição Federal ou na legislação regulamentadora. Ademais, não se pode ter certeza de que haveria uma creche perto da casa do autor com funcionamento em tempo integral. E exigir que todas fossem em tempo integral, implicaria, inicialmente, na redução de vagas à metade. 6. Apelação e remessa necessária conhecidas e parcialmente providas. (07046079620178070018, 4ª T.Cív., DJ 07.03.2018 – grifos nossos)

Os julgados acima colacionados evidenciam a diferença de perspectiva de análise da questão e permitem a identificação de elementos retóricos que, como já mencionado na primeira sessão deste artigo, geram a tensão entre: 1) a percepção de que a justiça material deve ser privilegiada, com a afirmação do direito vindicado independentemente de seu contexto ou de suas consequências; e 2) a preocupação com a justiça formal como instrumento de preservação do tratamento isonômico dos casos.

No modelo de decisão que busca a preservação da isonomia, o Judiciário exerce a autocontenção e preserva o sentido de regra e a eficácia do Manual produzido pelo Distrito Federal. Em outra perspectiva, há o argumento de prevalência da norma constitucional em face da norma específica, no caso, dos arts. 205, 207 e 208, IV, da Constituição Federal em face das regras contidas no Manual de Procedimentos para Atendimento à Educação Infantil. Há, também, entendimento sobre inconstitucionalidade da portaria que estatui o Manual, o que levaria à necessidade de suscitar declaração de inconstitucionalidade da norma distrital, evocando-se, assim, se fosse o caso, a cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da CF/1988, para que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidisse sobre o tema, já que há uma tensão antinômica não resolvida entre as normas constitucionais (arts. 205, 207 e 208, IV, da Constituição Federal) e as disposições da portaria.

3.2 INTERPRETAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA E FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO

Conforme mostram as decisões colacionadas no artigo, pensamos que podem ser desconsideradas as consequências das decisões que afirmam direitos, na medida em que elas podem gerar injustiças, custos, problemas gerenciais, dificuldades alocativas e mesmo políticas, no sentido de enfraquecerem os vínculos de solidariedade e pertença de uma dada comunidade política. A primeira delas consiste na observância de decisões que reforcem o tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Um dos aspectos não facilmente visíveis do problema com o qual se lida no tema das políticas públicas prestacionais é que as escolhas políticas democráticas têm consequências na vida de todos nós, cidadãos. Uma dimensão importante dessas consequências é decisão sobre a prioridade de aplicação de recursos em ações de governo. A sociedade deve tomar em suas mãos o seu destino político, e isso é um processo contínuo de acertos e erros, aperfeiçoáveis.

O Poder Judiciário não deve tomar decisões políticas pela sociedade, a não ser em casos-limite nos quais se verifique um flagrante e relevante esvaziamento de um direito fundamental, por exemplo. De outra forma, estaremos negando a própria democracia e o adequado funcionamento de suas instituições. Não se podem infantilizar os cidadãos ao ponto de acharmos que tomaram decisões políticas porque não têm consciência crítica sobre suas motivações para votar em um ou outro candidato e sobre sua situação social. Isso ratifica a ideia sobre uma “sociedade órfã”, na qual indivíduo e coletividade são meramente conduzidos (Maus, 1989, p. 185) pelo gestor no qual o Poder Judiciário se converte, ao extrapolar sua atividade judicante ao se converter em protagonista na agenda de elaboração de políticas públicas.

A partir da reflexão trazida ao debate, temos que o Poder Judiciário não deve adotar uma posição heroica, mas sim preservar a regra democrática procedimental sobre as escolhas, segundo a qual opções políticas têm consequências importantes para a vida em comunidade e para a efetividade de promessas constitucionais nos planos individual e coletivo. Até porque a visão heroica, apesar de supererrogatória das virtudes, é necessariamente inconsequente, o que, no juízo jurídico, pode ser desastroso. Se a estrutura institucional que escolhemos para o funcionamento de nossa sociedade pressupõe que as decisões sobre os gastos públicos sejam tomadas no Executivo e no Legislativo, o fato de o Judiciário legislar pode ser desastroso para o próprio sentido de democracia e de Estado de Direito.

Podemos cair na tentação de “salvar” a democracia dela própria e, assim, destruir seu sentido (Unger, 2004, p. 08)¹⁴ como desconforto da jurispru-

14 Respectivamente REsp 474361/SP e RE 956.475.

dência contemporânea diante de uma democracia em que vigoram reiteradas limitações à regra da maioria, ao mesmo tempo em que se caminha para uma hipertrofia institucional, oposta à ideia do incremento de engajamento político popular (*dirty little secret of contemporary jurisprudence*).

Assim, a percepção de que a decisão de determinar a matrícula de uma criança que não se enquadre nos critérios existentes para isso afronta a isonomia tem raiz na própria ideia de justiça. Em seu sentido mais fundamental, falar-se em “justiça” evoca a observância ao sentido formal das normas. Todos são iguais perante a lei (norma jurídica), encarada como uma disposição conhecida antecedentemente à conduta e, ao mesmo tempo, um guia para a ação e um marco crítico dela própria (Lopes, 2006, p. 271). Em resumo, essa é a formulação mais sintética do que convencionamos chamar de Estado de Direito.

Propomos, a seguir, quatro argumentos que dão suporte à nossa posição. Primeiro, pensamos, como dito anteriormente, não ser suficiente fundamentar as decisões diretamente em normas que enunciam direitos como programas de ação, como é o caso das normas aplicáveis ao caso constantes da Constituição Federal, da LDB (Lei nº 9.394/1996) e do PNE (Lei nº 13.005/2014) (dentre as metas do PNE, consta: “Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE”, ou seja, 2024) e aplicáveis ao caso.

Tampouco é adequado se fazer uso do conceito de direito público subjetivo para decidir essas questões, pois aqui é necessário se fazer uma leitura político-jurídica mais ampla do sentido das normas constitucionais, para além do sentido liberal e individualista do direito à educação. Assim como o direito à educação, os direitos à saúde e à moradia somente podem fazer sentido se compreendidos sob a perspectiva do sentido comunitário da sua fruição. Uma abordagem teórico-metodológica individualista e liberal não é adequada, pois, nesse caso, os direitos serão apropriáveis de forma *uti singuli*, mas a partir de uma coisa comum, coletiva, indivisível e escassa, o que causará um problema funcional de efetividade do direito. Parece não ser correto atribuir a um indivíduo direito a algo escasso e objeto de múltiplas pretensões, sem que as consequências dessa decisão sejam ponderadas no momento da decisão. Conceder algo fora dos limites das regras a um sujeito em detrimento de outros torna menos efetivo o direito que se pretende garantir, dado que a métrica de efetividade será sempre considerada de forma agregada (Wang, 2009)¹⁵.

15 O autor faz interessante trabalho de análise do funcionamento do Ministério Público e da Defensoria Pública no direito à educação.

O segundo ponto que dá suporte à nossa posição, diretamente relacionado com o anterior, diz respeito a um problema simbólico de justiça, na medida em que a decisão, não tendo força normativa de gerar os mesmos efeitos a todos na mesma situação, causará um problema de isonomia, gerando desigualdade, conforme nos referimos sobre como a decisão poderia impactar na situação das demais crianças na fila de espera.

Nossa Constituição possui uma forte raiz comunitária, solidária, coletivista, como é nítido notar em várias de suas passagens, exemplificada em seu art. 3º. Os direitos fundamentais de fruição coletiva (diríamos, comunitários), como a saúde e a educação, supõem o contraste entre uma expressão subjetiva individual autêntica e as necessidades de todos os outros seres humanos que partilham da mesma comunidade política.

Posso definir minha identidade apenas em contraste com o conhecimento das coisas que importam. Mas agrupar a história, a natureza, a sociedade, as exigências da solidariedade, tudo menos o que encontro em mim mesmo, seria eliminar todos candidatos para o que importa. *Apenas se existo em um mundo no qual a história, ou as demandas da natureza, ou as necessidades de meus pares seres humanos, ou as obrigações da cidadania, ou o chamado de Deus, ou de alguma outra coisa dessa ordem importa crucialmente, eu posso definir uma identidade para mim que não é banal.* A autenticidade não é a inimiga das demandas que emanam além do *self*; ela supõe tal demanda. (Taylor, 2011, p. 48-9)

Um terceiro ponto a se alinhar é o de que uma noção difusa de palavras e expressões avaliatórias como dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e razoabilidade parece-nos suficiente para fundamentar a apropriação individual e sem a consideração das consequências transindividuais de direitos que possuem seu sentido quando considerados coletivamente. A origem moderna da ideia de igualdade como dignidade aparece como um contraste à ideia de honra, esta associada à distinção e diferença. A dignidade da pessoa humana não tem o sentido de qualidade individual que atraia direitos sociais em face da comunidade política. Enquanto ideal político, portanto, não pode ser confundida com o critério para a distribuição igualitária (universal) de direitos limitados pela escassez. A ideia de dignidade foi importante como princípio organizador de uma sociedade democrática e igualitária, na qual houve o colapso das hierarquias sociais, mas ela não serve de fundamento à concessão de direitos que dependem da reflexão sobre condições materiais de escassez e sobre critérios de distribuição e suas consequências (Taylor 2011; Honneth, 2003).

Poder-se-ia opor a esse argumento que a escassez de recursos orçamentários é uma criação humana e uma opção política e que, de fato, dinheiro não falta. Esse argumento pode ser verdadeiro, mas pensamos que não é dado ao Judiciário – a não ser em casos excepcionais, como já indiquei acima – atrair para

si a função política que não é sua, sob pena de subverter a própria democracia e o adequado funcionamento das instituições. A atitude do decisor, nesse caso, ao julgar direitos submetidos a condições de escassez, deve ser a de tomar a peça orçamentária como um conjunto de dados necessários, e não um conjunto de limites contingentes às preferências subjetivas (Aristóteles, 350 a.C.).

O quarto ponto é que o argumento caritativo nos parece insuficiente para fundamentar decisões sobre problemas relativos a políticas públicas e direitos prestacionais. Decidir por não dar provimento a um pedido de escola ou de tratamento médico acarreta um peso psicológico imenso, que evidentemente não pode ser desconsiderado no processo de adjudicação.

Como humanos, nossa dimensão afetiva nos inclina à compaixão e à caridade pelos que sofrem e pelos necessitados. Não se passa impunemente por decisões trágicas¹⁶ (Calabresi e Bobbit, 1978, p. 17-28). MacCormick tem uma passagem sobre a razoabilidade que penso ser útil para a reflexão sobre o tema:

Pessoas razoáveis parecem-se com o que Adam Smith chamou de “expectador imparcial” (de fato, pode ser mais adequado dizer que elas mesmas recorrem à argumentação do “expectador”). Elas buscam abstrair-se de sua posição pessoal de modo a enxergar e sentir a situação tal como ela se parece a outras pessoas envolvidas, e elas ponderam imparcialmente os seus interesses e compromissos em comparação com o dos outros. Elas têm consciência de que certas coisas, atividades e relações podem ter valores diferentes para as pessoas, e que todos os valores devem receber algum tipo de atenção, mesmo que não seja possível realizar todos eles em uma vida, num projeto ou num determinado contexto de ação. Portanto, elas tentam promover um equilíbrio que leve em conta essa pluralidade aparentemente irreduzível de valores. Dessa maneira, pessoas razoáveis são objetivas: elas não são consumidas pela paixão por seu próprio interesse ou projeto (mesmo que de fato estejam muito comprometidos com isso) de tal modo que se tornem incapazes de se distanciar momentaneamente e olhar a situação a partir do ponto de vista de outras pessoas. Tendo feito isso, elas são capazes de julgar o seu próprio interesse em contraste com os dos outros, ao menos num grau adequado de imparcialidade. Elas reconhecerão que um interesse maior ou um valor mais profundo de alguém pode ter prioridade sobre o interesse ou valor que procuram realizar, desde que o conflito seja inevitável. Pessoas razoáveis cultivam a virtude smithiana do autocomando, e aplicam-na quando outros têm prioridade legítima sobre elas. (MacCormick, 2008, p. 219-20)

O jurista escocês concede que pessoas reais não são plenamente razoáveis, mas lembra que o Direito impõe a nós a exigência de que ajamos razoavelmente, não segundo uma “capacidade abstrata para argumentar sobre questões teóricas” (2008, p. 218-9), mas segundo um reta de prudência a ser utilizada

16 O conceito de “decisões trágicas” diz respeito aos valores aceitos por uma determinada sociedade como fundamentais.

como vetor de uma ação, ao se contemplar uma miríade de aspectos e o maior número de consequências derivadas da decisão judicial.

O juízo sobre o problema em tela, portanto, não pode ser feito com caridade, piedade ou paixão. A distinção entre a justiça e a caridade encontra na dogmática diversos lugares, a exemplo de institutos como a suspeição e o impedimento, que resguardam o juízo contra os influxos da paixão por meio da exceção ao dever de adjudicar, sem deixar de mencionar os ideais reguladores da neutralidade e da imparcialidade elaborados deontologicamente com a finalidade de cumprir também esse papel.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: O “DIREITO” À CRECHE E OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO

O presente artigo objetivou refletir sobre o papel do Judiciário e os limites de sua atuação, partindo de uma abordagem crítico-reflexiva incidental ao objeto empírico recortado: demandas jurídicas em que as crianças de 0-3 anos pleiteiam um lugar no sistema de creche pública em um cenário de déficit de vacância no Distrito Federal. Partimos da natureza jurídica do direito à educação, contextualizando-o no cenário jurídico-normativo das disposições afetas ao tema, a partir da Constituição Federal, bem como das Leis nºs 9.394/1996 e 8.069/1990, da Resolução nº 7, de 14.12.2010, do Conselho Nacional de Educação, e, especificamente, do Manual de Procedimentos para Atendimento à Educação Infantil (aprovado pela Portaria de 30.12.2013), normativa distrital que estabelece critérios pontuais de acessibilidade e elegibilidade.

Contrastando com a dimensão jurídico-normativa enfrentamos, primeiramente no âmbito jurídico-político, depois no político-filosófico, algumas tensões inerentes à ideia operativa da educação como um direito subjetivo, sobretudo aquelas relacionadas aos problemas de justiça formal, em que se discute tratamento isonômico dos sujeitos, em contraste à compreensão político-jurídica coletivista.

Tratamos do problema da alocação de recursos públicos, examinando questões afetas às políticas públicas pelo Poder Executivo e sua relação com o Judiciário, em que as demandas por vagas em creches são apresentadas, como resultado das tensões acima demarcadas. Em especial, trouxemos alguns entendimentos no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cenário que ilustra a discussão em torno da tensão entre a diretriz constitucional prevista no art. 208 e o postulado de isonomia.

Refletimos sobre o papel do Judiciário diante de uma sociedade “órfã”, na qual indivíduo e coletividade são meramente geridos pelo Poder Público, cenário

no qual a hipertrofia da atividade jurisdicional pode dar azo ao protagonismo que torna opaca a consciência e movimentação cívica dos jurisdicionados.

Apresentamos casos nos quais se discute a alocação em creche, buscando evidenciar a insuficiência dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana, quando dissociados do sentido equitativo de *prudencia*.

Situamos a problemática a partir do recorte do objeto empírico, apresentando alguns dados oficiais a respeito da situação deficitária encampada no âmbito do Distrito Federal, bem como da alocação de recursos em termos de políticas públicas relacionadas à educação, além de alguns entendimentos jurisprudenciais marcando distintas soluções à questão. Em um segundo momento, contextualizamos a temática no marco das políticas públicas, para compreender, a partir daí, o controle judicial sobre a efetividade do direito à educação enquanto vetor firmado em termos de coletividade, em contraste com a discussão sobre a natureza jurídica do direito à educação.

A partir dessa abordagem, sugerimos que o direito à educação, como previsto constitucionalmente, sendo elemento integrante do art. 6º, em conjunto com demais direitos que estão a ele relacionados, possui o sentido de comando genérico, programa de ação, tópico de pertencimento comunitário, e não individual, muito menos um individual que se projeta em oposição ao coletivo, reflexo da ideia de direito público subjetivo.

O acionamento da educação como direito fundamental e prerrogativa indisponível pode ensejar a percepção quanto à existência de um direito individual a ser extraído diretamente do texto constitucional, inafastável e oponível de pronto, acarretando, assim, a intervenção judicial em face da necessidade de concretização desse mesmo direito. Isso não nos parece se harmonizar com a natureza solidária e coletivista da Constituição Federal, que se efetiva dentro de um sentido comunitário, demandando, assim, constante avaliação quanto às consequências e aos limites que o deferimento e a fruição do direito acarretam ao corpo social. Na situação tomada aqui como objeto de reflexão, como se observou, em detrimento de crianças que se encontram nas mesmas situações jurídicas, que se submeteram ao certame com regras específicas diante da escassez, cumpriram as determinações, habilitaram-se e foram preteridas, mesmo sua condição adequando-se aos critérios regrados.

Tais considerações, formuladas a partir das especulações elaboradas ao longo do trabalho, almejam contribuir com o debate atual em torno do tema, que não se esgota em uma abordagem meramente dogmática, mas, antes, encampa uma tessitura de complexidades, na medida em que se articulam distintos campos do saber jurídico.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. Falta de recursos não pode discriminar direitos coletivos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-nov-21/falta_recursos_nao_discriminar_direitos_coletivos?pagina=3>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- ARISTÓTELES. Metafísica. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Aristotle/metaphysics.html>>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.
- CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 187, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198690/000897813.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 5 fev. 2019.
- FREITAS FILHO, Roberto. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. *Universitas/Jus*, Brasília: UniCeub, v. 22, n. 2, jul./dez. 2011.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento – Para uma gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais e justiça: a experiência norte-americana. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67361>>. Acesso em: 23 jun. 2017.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Decidindo sobre recursos escassos: raciocínio jurídico e economia. In: *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisperudencial na “sociedade órfã”. Disponível em: <www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICIO%20COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- STRECK, Lênio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 23 jun. 2018.
- TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. São Paulo: É Realizações Editora, 2011.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. England: Clarendon Press Publication, 2004.
- WANG, Daniel Wei Liang. Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, [s.l.], v. 14, n. 54,

jan. 2009. ISSN 2236-5710. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/44185>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

Data de submissão: 4 de outubro de 2018

Data do aceite: 11 de fevereiro de 2019