

# Decisão ativista autoriza jovem a cursar medicina sem ensino médio

## 1. O Direito d'actil como companheiro inseparável do ativismo judicial

Esta coluna é, como sempre, propositiva. Propõe críticos. Deixa-os claros. A crítica tem a intenção de mostrar como a ausência de críticos pode ser prejudicial à República.

Com efeito.

Há várias formas de fazer Direito doce ou adocicado. Uma delas é proferir uma decisão que seja querida, bondosa, daquelas que ninguém seja contra. E quem tiver a ousadia de ser contra, será visto como má pessoa. Por exemplo, quem seria contra plantar begônias na praça da cidade?

Vamos a um caso de Direito d'actil, tecnicamente chamado de ativismo judicial *stricto sensu*.

## 2. O caso concreto em que o juiz decidiu que é possível cursar medicina sem terminar o ensino médio depois voltou atrás, mas continua errado

O Juiz da 8ª Vara Cível de Campinas (SP) autorizou liminarmente em poucas e mal fundamentadas linhas (Bernd Rethers chama a isso de *fobia metodológica*, caracterizando aquilo que Meyer-Hayoz denomina de *carência fundamental de fundamentos*) a matrícula de uma estudante no curso de medicina, mesmo sem ela ter concluído o ensino médio. A decisão se baseou na capacidade intelectual (sic) demonstrada pela aprovação da estudante no vestibular da instituição.

Na decisão, o juiz dizia que a faculdade deveria permitir que ela pudesse concluir o ensino médio supletivo enquanto realiza o curso de graduação.

Nos autos da ação, a faculdade confirmou a matrícula da estudante e declarou que não se opunha ao pedido da adolescente. No entanto, enfatizou que a legislação brasileira exige a conclusão do ensino médio como requisito mínimo para o ingresso no ensino superior.

Diante da resposta da faculdade, o juiz reconsiderou a decisão na última quarta-feira (17), alegando a impossibilidade de a adolescente cursar, simultaneamente, os dois cursos. Ele determinou, então, que a faculdade reserve a vaga até que a estudante apresente o certificado ou diploma de conclusão do ensino médio, possibilitando, assim, o início do semestre letivo de medicina. Em seus termos:

Spacca

â??Da análise da resposta da requerida, revoga-se parcialmente a medida liminar, ante a impossibilidade da autora cursar, concomitantemente, o ensino médio e o ensino superior, nos termos do artigo 44, da Lei n  9.394/96. Assim, mant m-se a ordem de matrícula no ensino superior, a qual houve notícia de seu cumprimento, com reserva de vaga, para, mediante a apresentação do certificado de conclusão de curso e do histórico escolar do ensino médio, a autora esteja apta a iniciar o semestre letivo de medicina. Serve uma via desta decisão como mandado/ofício?•



Mas afinal, qual foi o problema? Por que a decisão estava errada desde a sua g nese? Isto é, por que a decisão foi ilegal e inconstitucional? E porque continua errada, mesmo após o juiz voltar atrás?

### 3. As três perguntas

De há muito tento demonstrar que uma decisão que trate de direitos desse quilate (algo como comprar ônibus para crianças irem   escola ou determinar um currículo especial para aluno que faz obje o de consciência etc.) deve passar por um **filtro de três perguntas que chamo de Fundamentais [1]**. Se se responder negativamente a uma delas, a decisão estará errada e, mais do que isso, será ativismo judicial.

A **primeira** delas é de ordem da legalidade à? Teoria da Constitui o. Deve-se indagar: existe um direito subjetivamente exigível ou há um direito fundamental a ser perseguido? Não há um direito fundamental a alguém ingressar em um curso superior sem ter conclu o o ensino médio. Não é permitido  ? saltar?•. Seria o mesmo que dizer que, no caso *dehomeschooling*, existe um direito fundamental de não mandar o filho para a escola (o Direito diz o contrário). Não há um direito exigível. Logo, **a questão já terminaria por aqui**. A lei exige que se conclua ensino médio. Por qual razão o juiz poderia superar esse obstáculo?

A **segunda** pergunta é de Teoria do Estado  ? uma questão decorrente do sentido da República e o tratamento igualitário dos cidadãos. Devemos indagar se, nas mesmas condi es fáticas (se se

quiser, nas mesmas condições de temperatura e pressão) qualquer pessoa pode ser beneficiada por uma decisão judicial no mesmo sentido. **Parece evidente que, se todos os estudantes que se considerem acima da média decidirem não concluir o ensino médio (ou concluir depois) buscarem matrícula depois de passar em vestibular acarretaria, isso traria um caos no sistema.** Por que esperar terminar o ensino médio? Ora, basta arriscar e passar no vestibular...

E não se venha dizer que, pessoalmente, a aluna ou aluno é acima da média. Ora, passar em vestibular não é medida para isso.

Logo, a resposta é igualmente negativa para a segunda pergunta.

Estácio

A terceira pergunta diz respeito à Teoria da Justiça (igualdade e isonomia como limite interpretativo). Com a decisão, está mantida a isonomia e a igualdade, não havendo transferência indevida de recursos? Aqui a resposta também é negativa. Na medida em que uma pessoa ou várias ingressarem antes de terminar o ensino médio retirando, assim, vagas do sistema haveria transferência indevida de recursos de toda a comunidade para fazer a felicidade daqueles vestibulandos.



Portanto, pela teoria da decisão, criteriologia que pode facilmente ser testada, não fica difícil dizer que o juiz errou. Isso é ativismo. Aqui, aliás, reside um ponto que diferencia o ativismo da judicialização da política. Assim (1) o ativismo é behaviorista, em que o juiz substitui os critérios do legislador pelos dele; (2) já a judicialização é contingencial. Ela é bem-vinda, se a decisão passar pelos critérios das perguntas fundamentais.

Ademais, o juiz continua errado, ao determinar reserva de vaga. Também aqui as três perguntas são o critério para bem demonstrar o erro. A lei não permite essa reserva; essa reserva não pode ser universalizada (imaginem que todo e qualquer aluno que esteja cursando o ensino médio preste vestibular e com isso terá reserva de vaga!); por último, fere-se a isonomia e a igualdade, porque se for faculdade pública, a reserva da vaga impede outra pessoa de a ocupar e, se for faculdade privada, será uma forma de privilegiamento de quem tem recursos, em detrimento de outras pessoas que possam disputar o certame nas mesmas condições (as pessoas com recursos poderão reservar vagas antes de concluir o ensino médio). Afinal, mesmo as faculdades privadas são um braço do poder público.

#### 4. A construção dos critérios no plano de uma teoria da decisão

Tenho escrito sobre isso muitas vezes e orientado teses de doutorado sobre o tema, como é o caso do

livro *Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Três Perguntas Fundamentais para uma Distinção* (ed. Juspodium), de Isadora Neves; também *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário*, de Clarissa Tassinari (ed. Livraria do Advogado).

As três perguntas fundamentais também foram adotadas pelo ministro Gilmar Mendes, quando da decisão sobre o caso *Homeschooling* (STF RE 888.815).

Se adotássemos essa criteriolgia das três perguntas fundamentais, evitaríamos tantos ativismos judiciais. **E economizaríamos bilhões**, como falei no Congresso dos Tribunais de Contas juntamente com meu orientando de então, Gilberto Morbach. Demonstramos o modo como poderíamos fazer essa economia, evitando decisões que atrapalham e trazem prejuízos ao erário.

## 5. Por que cumprir a lei é sempre mais econômico para a República

No fundo, o buslis é simples. Há muitas análises econômicas por aí. Até a Lindb possui exigências de consequencialismo. Sã que o curioso é que a maior economia de todas viria com **um pouco de ortodoxia jurídica**. Isto é, sejamos ortodoxos. Cumprir a lei é mais barato, podem apostar. É o estranho paradoxo: adeptos de análises econômicas, estou certo, aplaudiriam uma certa ortodoxia econômica. Mas, então, por que no direito há essa heterodoxia? Em suma, cumprir a lei não é feio. E economiza dinheiro público. É facilmente demonstrável. Basta querer.

Mas quem se interessa por críticos? Também em Lisboa, recentemente, fiz palestra enfocando as três perguntas fundamentais, para mostrar **um modo de racionalizar decisões que tratam de direito prestacional**. Esse é o papel da doutrina. Construir críticos de racionalidade. Um certo controle de qualidade epistêmico.

Vale o mesmo para os críticos que preferem fazer justiça? Em uma democracia, sob o Constitucionalismo Contemporâneo, o crítico mais seguro de justiça, sem cair em emotivismos, é aplicar a lei. Desculpe-me MacIntyre, concordo com seu diagnóstico, mas discordo de seu remédio. Porque ainda acredito no direito e não estou esperando a virtude.

Numa palavra: **por que gastamos mal?** No âmbito da distribuição de remédios, então, alguém já parou para fazer um cálculo? E em vagas para creches? Basta uma decisão judicial? Mas o problema é assim tão simples? É universalizável uma decisão judicial que concedeu licença-maternidade, por 180 dias, a um perito médico do próprio INSS, pai de crianças gemelas geradas por meio de fertilização in vitro e barriga de aluguel? Alguém já se perguntou se isso também vale para os funcionários do Bradesco ou sã para funcionários públicos, cujo pagamento vem dos impostos pagos por todos? É universalizável? Não há transferência indevida de recursos?

Insisto na pergunta: por que decidimos sem críticos? Talvez porque seja mais fácil cada juiz olhar o caso e decidir por intuição. Como no caso do juiz de Campinas. E do juiz que mandou comprar ônibus para crianças irem ao colégio. Com mais dois motoristas etc. E os vereadores e o prefeito? Deixem eles pra lá. Eles não sabem nada de políticas públicas, alguém poder dizer.



[1] Nesse sentido, conferir: (1) STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2ª ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 394 e seg; (2) STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 6, 71, 275-276 e 293, (3) STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 217.

**Autores:** Lenio Luiz Streck