HELOISA COUTO DOS SANTOS

**Modelo processual adequado para o
controle judicial de políticas públicas:
estudo de caso**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito de Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob a orientação da Profª Titular Ada Pellegrini Grinover.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Autorizo a reprodução parcial do conteúdo deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, exclusivamente para fins de estudo e pesquisa, sob a condição de citação da fonte.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Santos, Heloisa Couto dos
Modelo processual adequado para o controle
judicial de políticas públicas: estudo de caso /
Heloisa Couto dos Santos ; orientadora Ada
Pellegrini Grinover -- São Paulo, 2017.
246 f.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. Judiciário. 2. Intervenção. 3. Educação
infantil. 4. Políticas públicas. 5. Decisão
estrutural. I. Grinover, Ada Pellegrini , orient. II.
Título.

Nome: SANTOS, Heloisa Couto dos

Título: Modelo processual adequado para o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ao Nando, meu companheiro de vida.

À Fernanda, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo à minha orientadora, Professora Doutora Ada Pellegrini Grinover, por toda a dedicação, pela paciência, pela autonomia conferida e pela confiança depositada durante todo o desenvolvimento dessa pesquisa.

Tampouco posso deixar de registrar meu especial agradecimento aos Professores Susana Henriques da Costa e Marco Antonio da Costa Sabino, que, além de exemplos a serem seguidos, foram grandes incentivadores nessa jornada.

Aos amigos Wagner Pozzer e João Eberhardt, agradeço pelo impulso e pela motivação inicial: sem vocês, certamente eu não teria iniciado esse caminho.

Agradeço aos amigos que conheci durante o mestrado e foram de extrema importância para meu aprendizado. A alguns agradeço especialmente, pois não só cruzaram pontualmente pelo meu caminho, mas percorreram, junto comigo, muito dos obstáculos enfrentados. Assim, meu especial agradecimento a Renata Martins de Carvalho Alves, Helena Refosco e Thiago Freitas Rubim, pela constante troca de ideias, de experiências, por compartilharem de minhas angústias, medos e também de minhas alegrias.

Agradeço, ainda, aos Professores Danilo Camargo Iglioni e Rogério Arantes, que, de formas diferentes, muito me auxiliaram e contribuíram para a conclusão desse estudo.

Meu especial agradecimento aos amigos e amigas pela compreensão de minha necessária ausência, durante esse período de dedicação acadêmica.

Por fim, agradeço à minha família, especialmente ao meu marido e à minha filha, pelo companheirismo, dedicação, por todo o apoio e compreensão que tiveram comigo durante todo esse processo; a vocês dois, todo o meu amor e o meu muito obrigado. Agradeço, ainda, à minha mãe e a meus irmãos, pelo incentivo, pelo sacrifício e pelo suporte que me deram, para tornar possível que eu finalizasse mais essa etapa.

SANTOS, Heloisa Couto dos. *Modelo processual adequado para o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso*. 2017. 246p. Grau (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RESUMO

O presente estudo analítico trata do controle jurisdicional de políticas públicas e do modelo de processo em que o mesmo se realiza, notadamente no campo do direito à educação infantil. A pesquisa partiu do estudo do chamado “caso das creches” do Município de São Paulo, para investigar se o modelo tradicional de solução de controvérsias é suficiente e adequado para decidir sobre a política pública de acesso à educação infantil na cidade de São Paulo. A análise procurou desvendar de que forma esse caso pode auxiliar magistrados e operadores do direito na difícil tarefa de sindicar políticas públicas. O estudo avançou para um diagnóstico do novo papel do Poder Judiciário, verificando sensível alteração no desempenho do órgão judicial e dos demais agentes judiciários, sendo necessário abrir-se espaço para uma abordagem multidisciplinar do processo, já que este tornou-se palco de adjudicação de interesses sociais. Diante dessa nova função, garantidora dos direitos sociais, atribuída ao Poder Judiciário, a dissertação avançou para o estudo do modelo tradicional de processo em que é feito o controle de políticas públicas, na busca de encontrar um modelo processual estrutural, mais adequado a esse tipo de intervenção.

Palavras-chave: Judiciário. Intervenção. Educação infantil. Creches. Política pública. Modelo processual. Decisão estrutural.

SANTOS, Heloisa Couto dos. *An Adequate Procedural Model for Judicial Control of Public Policies: a Case Study*. 2017. 246p. Dissertation (Master's Degree). Faculty of Law. The University of São Paulo School of Law, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze both the jurisdictional control of public policies and the procedural model through which such control is carried out, especially in the area of children's right to education. Thus, in order to evaluate whether the traditional conflict-resolution model is adequate for deciding on issues related to the public policy that establishes children's access to education in the city of São Paulo, this research starts by examining the city's so-called "Daycare-Center Case". Here the analysis seeks to discover in what way or ways the case may aid magistrates and legal practitioners in the difficult task of evaluating public policies. Moreover, in diagnosing the greater heterogeneous role of the Judiciary Branch, the study verifies an expressive alteration in the scope of that judicial organ and its several agents. Since this controversial development bears directly on the adjudication of social interests, a multi-disciplinary approach to understanding and interpreting it is called for. For that reason, in light of the Judicial Branch's new attribute as a guarantor of social rights, this dissertation seeks to investigate the traditional process through which public policies are controlled, as well as to find a structural procedural model more appropriate for this type of intervention.

Key Words: Judiciary. Intervention. Child education. Daycare centers. Public policy. Procedural model. Structural decision.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
CEB	Conselho de Educação Básica
CEI	Centro de Educação Infantil
CF	Constituição Federal
CNE	Conselho Nacional de Educação
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
EMEI	Escola Municipal de Educação Infantil
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica
GEDUC	Grupo de Atuação Especial de Educação
GTIEI	Grupo de Trabalho Interinstitucional em educação Infantil
RE	Recurso Extraordinário
SME	Secretaria Municipal de Educação
SL	Suspensão de Liminar
STA	Suspensão de Tabela
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTUDO DE CASO	17
2.1 O direito à educação infantil.....	17
2.2 Judicialização da política pública	20
2.3 “O Caso das Creches de São Paulo”, ou Acórdão nº 0150735-64-2008- 8.26002....	23
2.3.1 Acórdão de nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000	30
2.4 A interferência do Poder Judiciário em relação à política pública de educação infantil: possibilidade e críticas.....	35
2.4.1 Limites legítimos	40
2.4.1.1 A nova concepção do princípio da separação de Poderes	41
2.4.1.2 O limite do mínimo existencial e a oponibilidade da reserva do possível.....	41
2.4.1.3 A razoabilidade como limite decisório	46
2.5 A atuação das partes e dos <i>players</i> no caso das creches.....	48
2.6 A atuação do Poder Judiciário Paulista no caso	49
2.6.1 A questão da suspensividade das demais ações que tratam do tema	54
2.7 A extensão da decisão e sua atual implementação	60
2.8 O Acórdão e a não determinação de sanções diante do descumprimento	64
2.9 O Tema nº 548 de Repercussão Geral: autoaplicabilidade do art. 208, inciso IV, da Constituição Federal	68
2.10 Reflexões possíveis.....	71
3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	74
3.1 A evolução do papel desempenhado pelo Poder Judiciário.....	74
3.2 O controle de constitucionalidade em nosso ordenamento.....	77
3.3 Meios judiciais de controle das políticas públicas.....	82
3.4 Ativismo judicial – críticas e limites	86
3.5 A questão da legitimidade do Poder Judiciário	91
3.6 Alguns exemplos de casos concretos com boa atuação do Poder Judiciário.....	92
3.7 O perfil do juiz para decidir sobre políticas públicas	96

3.8 Como deve ser a decisão judicial para possibilitar uma boa implementação da política pública	98
3.9 Conclusão.....	99
4 A BUSCA DO MODELO PROCESSUAL ADEQUADO AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	101
4.1 Notas introdutórias.....	102
4.2 O atual modelo de litigância	106
4.3 Um novo modelo de processo de conflitos de interesse públicos (processo estrutural)	109
4.3.1 Principais diferenças entre o modelo clássico e o modelo estrutural.....	113
4.3.2 A decisão judicial no processo estrutural.....	119
4.3.3 Algumas condições para a outorga de decisões estruturais	123
4.4 O caso das creches é uma decisão estrutural?.....	124
4.5 A experiência jurisprudencial da Argentina e da Colômbia	128
4.6 Análise do Projeto de Lei nº8.058/2014	131
5 CONCLUSÕES	140
REFERÊNCIAS	143
ANEXO A – ACÓRDÃO 0150735-64.2008.8.26.0002.....	152
ANEXO B – ACÓRDÃO 0018645-21.2010.8.26.0003/50000.....	198

1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos tempos, o Poder Judiciário foi sofrendo sensíveis alterações em sua função jurisdicional, acompanhadas de significativas mudanças na atividade dos juízes e do próprio processo civil.

Na época do Estado Liberal de Direito, Montesquieu, por meio de sua teoria da separação de poderes do Estado, afirmava, como condição da liberdade, essa necessária separação. A noção de separação de poderes surge em um contexto histórico específico: a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de direito constitucional. Esse modelo constitucional preocupava-se, precipuamente, com a liberdade dos indivíduos e sua proteção face à intervenção do Estado. Naquele momento histórico outorgava-se maior foco ao Poder Legislativo, buscando a neutralização do Poder Judiciário. Os juízes eram, assim, meramente *la bouche de la loi* e, como tal, não decidiam as questões reservadas aos demais Poderes, cabendo exclusivamente ao Executivo a discricionariedade sobre escolhas políticas.

O processo era tido como um meio de resolução de controvérsias de âmbito privado, pura e simplesmente, não tendo o Poder Judiciário, nem os juízes, qualquer importância como instância política decisória.

O controle de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos, nos idos de 1800, sob uma Constituição que não o previa expressamente. A *judicial review* norte-americana surgiu com a possibilidade de o Judiciário indagar sobre a constitucionalidade de uma lei. No célebre caso *Marbury v. Madison* o juiz Marshall deduziu, do sistema normativo norte-americano, referida possibilidade – tanto do controle de constitucionalidade, quanto de pertencer ao Judiciário este controle, sendo incumbido de aplicar a lei contenciosamente. Desta forma, demonstrou que se a Constituição dos Estados Unidos da América era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito, por isso seriam nulas, não obrigando os particulares¹.

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 34.

No entanto, o Estado Liberal continha um desafio, que era o de transpor as diferenças sociais, diferenças essas de riqueza, de classe, de poder de consumo e de oportunidades. Na luta entre o liberalismo e o socialismo surge como resposta, sob a ótica das instituições políticas, o estado de bem-estar. Assim, foram atribuídos ao Estado deveres múltiplos em prol da sociedade e abriu-se o caminho para a intervenção do Judiciário em questões políticas, ou seja, a possibilidade concreta de obrigar os demais Poderes a realizarem obrigações determinadas constitucionalmente, quando estes falhassem na outorga.

O controle de constitucionalidade no Brasil tem inspiração na *judicial review* norte-americana e ganhou fôlego com a ampla gama de direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

O controle jurisdicional de políticas públicas é tema de intenso debate na doutrina brasileira, que advém da necessidade de que o direito atenda as crises de direito material ligadas à violação de direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal determina que o Brasil é um “Estado Democrático de Direito” e nessa diretriz tem “objetivos fundamentais” elencados em seu artigo 3º, quais sejam:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O artigo 6º da Constituição, prevê, por sua vez, a fruição dos direitos sociais que dependem de prestações positivas do Estado. Para tanto se faz necessária sua organização para a criação e a implementação de políticas públicas com este foco. Assim, de um lado o Estado atua, por meio de sua função legislativa, para a criação de leis que possibilitem o acesso a esses direitos; por outro lado, executa ações que envolvem, ou requerem, denso planejamento para a implementação das políticas públicas, nesse campo agindo por intermédio de sua função administrativa.

No entanto, as grandes violações à ordem jurídica acabam sendo praticadas pelo próprio Estado, por omissão, pois, muitas vezes, deixa de promover a atividade legislativa necessária para regulamentar os comandos constitucionais (inatividade do Poder Legislativo), ou se abstém de implementar as políticas públicas aptas a satisfazer os direitos econômicos, sociais e culturais (do Poder Executivo).

Nesse momento de omissão ou inação estatal é que esse mesmo Estado (que é uno²), desta vez por meio de outra forma de expressão (Poder Judiciário), assume posição – provocada por ação judicial – para exercer o controle de constitucionalidade da política pública, intervindo para a devida implementação ou correção desta.

Essa é a premissa para que o Poder Judiciário possa exercer esse controle de políticas públicas, quando há uma omissão no que toca à realização concreta dos preceitos da Constituição. Essa omissão pode ser total, quando nenhuma providência é adotada, ou parcial, quando a providência não é suficiente para a tomada da medida necessária. Na existência do *non facere* ou do *non praestare* estatal, o Poder Judiciário pode intervir para corrigir ou implementar a política pública.

A doutrina avançou com relação à possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, muito embora ainda existam doutrinadores que veem obstáculos a este controle, opondo-lhe fortes restrições. A ideia de separação de poderes, por exemplo, é geralmente apontada como um limite à atuação do Poder Judiciário na decisão de questões políticas. Nesse contexto, há doutrinadores que sustentam a fórmula de Montesquieu, erigida quando da formação do Estado Liberal de Direito, em que se outorgava maior foco ao Legislativo, buscando a neutralização do Poder Judiciário. Naquele estágio inicial, cabia exclusivamente ao Executivo a discricionariedade sobre escolhas políticas, por meio de ponderações sobre oportunidade e conveniência³.

² “E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º da CF brasileira) muda de feição, passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 128.

³ Conferir em COSTA, Susana Henriques da. O poder judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; [continua]

Após intenso debate e avanços nesse tema, parece restar consolidado o pensamento de que a atuação da Administração, mesmo que discricionária, está sujeita ao controle jurisdicional, ultrapassando-se a ideia inicial de que este controle só poderia se dar em matérias concernentes a forma, competência e licitude do objeto⁴.

Hoje o principal entrave no que tange ao controle jurisdicional da política pública parece ser o próprio processo no qual este controle se realiza e a não rara falta de exequibilidade das decisões judiciais de controle da política pública.

Essa falta de exequibilidade e de eficácia das decisões judiciais de controle demonstram a existência de verdadeira crise institucional de poderes. Muitas vezes, a inexecuibilidade surge em razão de a interferência do Judiciário significar verdadeira substituição da atividade do administrador. Quando ocorre essa suplantação de papéis há repercussões imediatas na alocação de recursos públicos, e isso pode constituir uma das razões para o descumprimento das decisões judiciais. Outro problema relativo à possível falta de exequibilidade das decisões é a própria impossibilidade fática de cumprimento do quanto determinado pelo Judiciário, seja pela necessidade de realização de projeto específico para tanto, seja pela multidisciplinariedade da questão, que pode envolver mais de um órgão da Administração para o devido cumprimento, seja pela necessidade de realização de obras etc.

Assim, é fundamental avaliar como se dá a atuação dos juízes no controle jurisdicional, dentro do modelo tradicional de solução de controvérsias em que esse controle hoje se desenvolve, para verificar se esse modelo leva a um processo eficiente, com um controle justo, equilibrado e, principalmente, de implementação possível.

A presente pesquisa foi realizada pelo método indutivo, partindo de um estudo de caso ligado ao déficit de vagas em creches e em escolas de educação infantil no Município de São Paulo, conhecido como Caso das Creches de São Paulo, denominação essa que será adotada no presente trabalho.

WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 450.

⁴ Ver em MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 171-180.

No estudo de caso foi feita a análise de dois Acórdãos proferidos conjuntamente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo⁵ em dezembro de 2013, os quais, embora ainda não tenham transitado em julgado, determinaram ao Município o cumprimento de obrigação de fazer consistente em criar 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e pré-escolas infantis, no período de três anos. Serão avaliados também: a atividade dos *players* envolvidos na questão; a interlocução institucional ocorrida entre os diversos órgãos, como Ministério Público e Defensoria Pública; os avanços obtidos com a decisão; e os possíveis aspectos negativos da mesma. Essa análise tem como fim verificar se o modelo processual hoje existente é adequado ao controle jurisdicional de política pública.

Ao se realizar esse estudo de caso, o que se pretende é analisar o papel do Poder Judiciário na formulação, gestão e controle de uma política pública, sob a lente do nosso atual modelo processual. Pela análise de decisões estruturais proferidas em outros países para a solução de conflitos de interesse público, verifica-se que o modelo processual brasileiro se mostra excessivamente rígido e incapaz de solucionar lides tão complexas quanto as que discutem o controle jurisdicional de políticas públicas.

Antes de avançar na busca de um modelo processual adequado para o controle jurisdicional, a pesquisa foi direcionada para a análise do novo papel político desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, papel este que, sem sombra de dúvidas, justifica o controle das políticas públicas. Nesse âmbito foi abordada a visão mais contemporânea da separação dos Poderes do Estado, a análise da doutrina sobre o ativismo judicial, com seus limites e críticas.

A pesquisa debruçou-se ainda, de forma exemplificativa, na análise de dois casos em que o Judiciário atuou, de forma vanguardista, na correção de políticas públicas e, por fim, fez uma proposição de requisitos necessários e ideais a uma boa decisão de controle jurisdicional, bem como tentou traçar um rol de características desejáveis ao perfil dos juízes que, na atualidade, são atores políticos nessa complexa arena em que se decidem políticas públicas.

⁵ TJSP, Apelação Cível nº 0150735-64-2008-8.26002, e Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000, ambos julgados em dezembro de 2013 pela Câmara Especial. A íntegra dos Acórdãos será incluída como Anexos A e B da presente dissertação.

Por fim, o último capítulo se desenvolve na busca desse modelo processual mais adequado ao controle jurisdicional. Para tanto, analisou-se o atual modelo tradicional de solução de controvérsias, comparando-o ao modelo estrutural. Investigou-se como se dá a decisão estrutural e como confluem as condições necessárias para chegar-se a ela. Retoma-se o Caso das Creches de São Paulo para verificar se a decisão judicial lá outorgada caracteriza uma decisão com contornos estruturais, bem como analisam-se decisões estruturais outorgadas pelas Cortes Constitucionais da Argentina e da Colômbia, por serem paradigmáticas na solução de questões de políticas públicas daqueles países. Por fim, foi analisado o Projeto de Lei de nº 8.058/2014, que se propõe a instituir um processo específico para o controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil.

Não se pretende, contudo, esgotar o tema. Esta é uma advertência frequentemente observada em trabalhos acadêmicos, e não se trata de mera colocação aleatória. Aqui, o ambiente é o do mestrado, que, por certo, demanda séria capacidade de pesquisa, contudo finita. O tempo é o principal limitador dos aspectos que se procurou abordar nestas páginas – e, se não fosse ele, o trabalho permaneceria inacabado para sempre, diante da contínua necessidade de melhorias e aprimoramentos.

Desse modo, limita-se o tema, como corte metodológico, ao estudo do Caso das Creches de São Paulo, passando pelo papel atribuído ao Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, que justifica o controle jurisdicional das políticas públicas para, por fim, buscar-se um modelo de processo mais adequado para conflitos de interesse público.

5 CONCLUSÕES

A presente dissertação dedicou-se inicialmente à análise da suficiência e eficácia do modelo de processo utilizado hoje como método de solução de controvérsias para o controle jurisdicional de políticas públicas. Constatada a insuficiência deste, o trabalho impôs-se a busca de um regime alternativo, que ofereça um modelo processual capaz de maior eficácia e suficiência para abarcar todos os problemas e dificuldades inerentes a esse tipo de litígio.

Para chegar à conclusão de qual seria o instrumento processual mais adequado para adjudicar políticas públicas, a pesquisa desenvolveu o estudo do caso das creches do Município de São Paulo, caso eleito para análise mais aprofundada devido aos alarmantes patamares a que chegou o acesso à educação infantil nesse município, evidenciando a deficiência da política pública municipal existente. O déficit crescente de vagas em creches e escolas de educação infantil teve, entre outras consequências, a judicialização dessa questão, levando ao Poder Judiciário uma quantidade bastante considerável de ações individuais e coletivas, todas com o mesmo pleito: obter uma vaga em creche ou escola infantil, não provida pela Prefeitura.

Com a litigiosidade repetitiva assim criada, observou-se outro fenômeno que demonstrou a existência de verdadeira crise institucional: o Poder Judiciário concede a tutela e o Poder Executivo não cumpre a determinação em razão do mesmo problema, anterior à ação: a inexistência de vagas suficientes ao atendimento da demanda. Verificou-se, então, que corrigir a política pública constitui uma questão complexa demais para ser solucionada em litígios nos modelos tradicionais. É preciso tratá-la de modo mais abrangente – ou estrutural –, em razão da natureza do direito que se busca obter em juízo. Trata-se do campo da justiça distributiva, que deve enfrentar e solucionar um claro conflito de interesse público, surgido no município paulista dada a impossibilidade da fruição de um direito fundamental social, o direito à educação infantil.

Nesse cenário, foi analisada a atuação do Poder Judiciário Paulista no “caso das creches”, bem como a dos demais atores envolvidos no processo. O acórdão

paulista, muito embora outorgado dentro de um processo tradicional, teve contornos de uma decisão estrutural – o que se deveu, principalmente, à articulação desenvolvida pelas entidades autoras da ação civil pública junto a Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, com o intuito de alinhar diretivas comuns para se chegar a uma solução consensuada capaz de resolver o conflito. Como se sabe, não foi possível chegar-se a uma conciliação, o que levou o Tribunal a decidir o tema. Percebeu-se que a decisão judicial, muito embora contenha alguns problemas, surtiu efeitos materiais e simbólicos importantes, e sua implementação, ainda que parcial, já se refletiu em melhora da política pública de acesso à educação infantil no Município de São Paulo, com o desenvolvimento de amplo diálogo entre todos os atores envolvidos e com o monitoramento constante da implementação, por meio da atuação de um grupo interinstitucional junto à Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A pesquisa avançou para verificar como se dá a atuação dos juízes no processo tradicional de controle de políticas públicas na atualidade. A seguir, procurou identificar alguns parâmetros de como deve se realizar essa atuação no futuro, tendo como pano de fundo uma análise evolutiva da própria função do Poder Judiciário, na qualidade de instituição garantidora da efetivação dos direitos sociais, servindo como ponto de equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo ao realizar o controle das políticas públicas.

Na incansável procura de um modelo processual mais eficiente, que permita um controle mais justo, equilibrado e efetivo das políticas públicas, a pesquisa seguiu na análise exemplificativa de algumas decisões estrangeiras, todas configuradas como decisões estruturais. Essa rápida incursão pela jurisprudência estrangeira permitiu verificar que o nosso modelo de processo tradicional – bipolarizado, preclusivo, pouco flexível – não se coaduna com os litígios estratégicos.

No *estado institucional de coisas* em que vive a população brasileira, parece inevitável e urgente o amadurecimento de nosso ordenamento jurídico. Primeiro para que se consolide uma nova interpretação da antiga teoria da separação de Poderes, definida no Estado Liberal, para uma nova visão em que se tenha absoluta clareza de que o Judiciário pode e deve intervir em políticas públicas.

É preciso romper o dogma dos limites da coisa julgada como sinônimo de imutabilidade, pois o processo coletivo estrutural não se conforma com a ideia de segurança trazida pela imutabilidade da decisão judicial. Nesse modelo de processo

mais afeto ao controle das políticas públicas, o que se busca é a articulação de soluções, não uma decisão judicial terminativa que deva, posteriormente, ser executada pelas partes – típica do processo tradicional.

Nesse processo estrutural espera-se que uma negociação progressiva seja estabelecida pelo juiz, entre todos os atores envolvidos, para fixar, no máximo, uma obrigação de *agir*. O ideal será a fixação de um acordo com regras de conduta próprias, contudo provisórias, mutáveis no transcorrer do tempo. Os contornos e margens dessa obrigação de *agir* irão se realinhando e se redefinindo no decorrer do processo estrutural. Nessa fixação de regras, serão estabelecidos também critérios de avaliação e de revisão que permitirão garantir a necessária estabilidade e a própria efetividade do quanto definido para a política pública em discussão.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do Juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro*. Disponível em http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44323958/art_srt_arquivo20140707125902.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1480171306&Signature=AHaY3%2Bh%2BjGOvRnm2IzU0JZraQZA%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DDECI%20SOES_ESTRUTURAIIS_NO_DIREITO_PROCESSU.pdf.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de direito processual civil*. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, L.R. (Coord.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BEDÉ, Américo Freire Júnior. O controle judicial das políticas públicas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). *Temas fundamentais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2005.
- BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>.
- _____. *Tutelas procesales diferenciadas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M.P. Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL JR., Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMBI, Eduardo. Função social do processo civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique (Coords.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodium, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANELA JR., Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira e. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, May 1976, n. 7.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

_____. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “Execução Negociada” de Políticas Públicas em Juízo. *Revista de Processo*, ano 37, vol. 212, out. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIDIER Jr. Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Bahia: Jus Podivm, 2013.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, vol. 4, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, vol. I.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade administrativa e controle judicial da Administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública, e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. Tese de Doutorado defendida na USP.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado* nº 99, set. 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 48, 2004.

FISS, Owen et al. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles, (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. The forms of justice. *Harvard Law Review*, n.1, nov. 1979, v. 93.

_____. *As formas de justiça*. Trad. Carlos Alberto de Salles (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANCISCO, José Carlos. (Neo)Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso Concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neo-*

constitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92, 1978.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GALVÃO, Jorge Octavio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, vol. 89, 2010-2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, p. 20 e s., jul./set.2000.

_____. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, out. 2008.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, ano 8, n.44, p.55, nov./dez.2006.

_____. *O processo para conflitos de interesse público*. Palestra conferida na 10ª Jornada de Direito Processual Civil, Campos de Jordão, ago. 2014.

_____. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, v. 859, ano 96, mai. 2007.

HOROWITZ, Donald L. *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brooking Institution, 1977.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. v. 1.

_____. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa* nº 122, Brasília, 1994.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2008, p. 89-93.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas política públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985, 15 anos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luis Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINHO, Carolina. M. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio. Controle de legitimidade das políticas públicas: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, jan./abr. 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SABEL, Charles; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 17, n. 4, feb. 2004.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da Saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Políticas públicas, Judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de Doutorado defendida na USP, 2014.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SALLES, Carlos Alberto. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, vol. 1, n.2, São Paulo, Universidade Ibirapuera, nov. 1999.

_____. Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social. In. SALLES, Carlos Alberto (org.). São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Injunctions e Contempt of Court* em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *A arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese (Titularidade). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2005.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos fundamentais sociais: fundamentos, judicialização e direitos fundamentais sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* nº 798, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. Acesso à justiça na sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, n. 66, mar. 1996.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, set. 2006.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas: mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WIEDEMANN NETO, Ney. A renovação do contrato de seguro de vida do idoso: um estudo de caso. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

XIMENES, Salomão; GOTTI, Alessandra. *Parecer déficit de vagas em creches para GTIEI – Grupo de Trabalho Interinstitucional em Educação Infantil*. Encartado nos autos das Ações Cíveis Públicas propostas pelo Movimento Creche para Todos. Apelação Cível nº 0150735-64-2008-8.26002.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático constitucional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANEXO A – ACÓRDÃO 0150735-64.2008.8.26.0002

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

Registro: 2013.0000792670

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA PESQUISA E INFORMAÇÃO, INSTITUTO DE CIDADANIA PADRE JOSIMO TAVARES, CASA DOS MENINOS, CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO - CDHEP e ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL INTERESSES A HUMANIDADE JARDIM EMÍLIO CARLOS E IRENE, é apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

Desembargador Decano
RELATOR
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 15.868

AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0150735-64.2008.8.26.0002

COMARCA: São Paulo

APELANTES: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo – Cdhep e Associação Internacional Interesses A Humanidade Jardim Emilio Carlos e Irene

APELADA: Municipalidade de São Paulo

Apelação de sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta com o objetivo de obrigar a Municipalidade de São Paulo a propiciar educação infantil a 736 crianças, bem como ampliar a oferta de educação infantil, mediante construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, e ainda a indenizar aquelas não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos causados pela omissão estatal – Inexistência de perda superveniente do objeto da ação - Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município – Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável – Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida – Apelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada.

Ação Civil Pública foi ajuizada, em 05/09/2008, pelas associações Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS”, em face da Municipalidade de São Paulo, alegando que são partes legítimas e possuem interesse processual para pleitearem:

Liminarmente:

1 – fixação de 180 dias, ou outro prazo, para que a Municipalidade de São Paulo construa unidades em número suficiente para atender 736 crianças, próximo as suas residências;

2 – fixação de 90 dias, ou outro prazo, para o Município apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades, de conformidade ao Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001);

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3 – no descumprimento da liminar, multa no valor de R\$10.000,00 por dia, ante o desatendimento de cada um dos pedidos;

4 – aplicação de multa à pessoa do Prefeito Municipal Gilberto Kassab, ou outro que venha a sucedê-lo, em valor não inferior a R\$1.000,00, por dia, ante o descumprimento do item 1 e 2, destinado ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança.

Mérito:

1 – obrigação de fazer consistente na construção de creches para atender 736 crianças;

2 – obrigação de fazer consistente na apresentação de Plano de Ampliação de Vagas e de Construção;

3 – obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de creches, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação;

4 – Multa diária não inferior a R\$ 10.000,00;

5 – Indenização às crianças cujo direito à educação tem sido violado, por danos morais e materiais difusos;

Deu-se à causa valor de R\$1.000,00 (um mil reais).

Após manifestação da Municipalidade sobre os pedidos liminares (fls.236/247), o feito foi julgado extinto, sem

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

resolução do mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (fls.262/267), vez que os pedidos invadiriam a discricionariedade atribuída ao Poder Executivo.

Aos 22.10.2008, as Associações apelaram buscando a anulação da sentença e o prosseguimento do feito (fls.270/288).

Por decisão exarada na própria petição de recurso, foi este recebido somente no efeito devolutivo, mantendo-se a sentença lançada e, de imediato, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça (fl.170).

Neste grau de jurisdição, a Procuradoria-Geral de Justiça propôs o provimento do apelo, a fim de que seja dado regular prosseguimento à ação.

Por votação unânime, esta Colenda Câmara Especial julgou procedente o recurso (Ap. nº 175.158-0/3-00, Rel. Martins Pinto, j. 18/5/2019, fls. 301/306).

Contra o Acórdão, a Municipalidade interpôs Recurso Especial (fls. 323/329), alegando infringência ao artigo 267, VI, do CPC. Contra-arrazado o recurso (fls. 332/353), manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça por sua inadmissibilidade ou, se conhecido, pelo não provimento (fls. 355/361), advindo decisão da Vice-Presidência, negando seguimento ao Recurso Especial (fls. 363/365), a qual foi atacada por agravo de despacho denegatório de recurso especial.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Retornado o feito à origem (13.10.2010, fl.368), a Municipalidade ofereceu contestação (fls. 383/420) com impugnação específica para cada pedido, em especial, contra a legitimidade das autoras.

Aos 9.5.2011 (fls. 474/476), informou a Municipalidade que das 823 crianças que constavam na inicial, 523 já foram matriculadas, 173 não possuem cadastro ativo na Secretaria Municipal de Educação, 53 desistiram, restando ser atendidas apenas 10 crianças, aguardando vagas.

Às fls. 1310/1337, as Associações ofereceram réplica pedindo a produção de prova oral e técnica.

Encaminhados a ele os autos, o Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público pronunciou-se pelo atendimento ao pleito (fls. 1347/1388).

Conclusos, o MM. Juiz, aos 9.1.2012, com fulcro no artigo 330, I, do CPC, sentenciou o feito, julgando extinta a demanda em relação a 736 crianças que já obtiveram vagas, e, quanto aos demais pedidos (obrigação de fazer, multa e indenizações) julgou improcedente, nos termos do artigo 269, I, do CPC, condenando, ainda, as autoras, diante da sucumbência, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa (fls. 1439/1452).

Tempestivamente, apelaram as Associações (fls. 1471/1511), embasadas, em essência, nas mesmas razões da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inicial e no cerceamento de defesa, pedindo, porém, além da reforma da sentença para reconhecer a procedência da ação, o reconhecimento da impossibilidade de as autoras serem condenadas nas custas e despesas processuais.

Contrarrazões foram juntadas às fls. 1517/1556, tendo sido os autos remetidos ao Tribunal de Justiça (5.9.2012), advindo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça em prol do parcial provimento do recurso (fls. 1755/1763).

Aos 29.4.2013, os autos foram para julgamento nesta Câmara Especial que, por votação unânime, converteu-o em diligência, remetendo os autos ao setor de conciliação (fls. 1772/1774)

Aos 18.11.2013, diante das infrutíferas tentativas de conciliação, o Desembargador Samuel Júnior, determinou o desapensamento do feito, vindo os autos conclusos aos 22.11.2013.

Anoto, de suma importância, que, referentemente a este processo, tanto quanto no que a ele estava apensado (Agravamento Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000), de relatoria do eminente Desembargador Samuel Júnior, por determinação deste, em pioneira e fecunda medida, foi convocada audiência pública, na qual foram ouvidas as partes deste processo, especialistas em educação, especialmente a infantil, e também representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este o relatório.

I – As apelantes sustentam, em apertada síntese, a necessidade de reforma da sentença, em especial pelo desrespeito por parte do Município de São Paulo, ao Plano Nacional de Educação, estabelecido pela Lei 10.172/2001 relativamente às metas de ampliação progressiva de atendimento público que vêm sendo reiteradamente descumpridas. Requerem, ainda, ao final, a exclusão da condenação ao pagamento de custas e honorários, bem como que a matéria constitucional aventada seja explicitamente apreciada (fls. 1471/1511).

II – De proêmio, insta salientar que não há que se falar em eventual perda superveniente do objeto da ação, quer pela celebração de termo de ajustamento de conduta entre o Município e o Ministério Público, quer pelo paulatino e consistente atendimento do dever constitucional de oferecimento de ensino, uma vez que, tais compromissos, aperfeiçoados na esfera administrativa, não obstam a defesa, em juízo, de interesses individuais homogêneos.

III – Delimita-se o objeto da controvérsia na imposição da obrigação de fazer à Administração Municipal, a fim de que sejam satisfeitos direitos e garantias conferidas às crianças e aos adolescentes, tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suma, imputa-se omissão da Municipalidade em garantir aos menores o regular atendimento em estabelecimentos de ensino infantil.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IV – Foi claro o Poder Constituinte Originário ao estabelecer como dever do Estado, em todas as esferas federativas, propiciar “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*” (artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº 53/2006). O mesmo comando emerge do disposto no artigo 54, incisos I e IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

Fixada a garantia constitucional, a Carta Magna, ao direcionar as atribuições de cada uma das pessoas políticas no tocante à organização do ensino, impôs aos Municípios atuação prioritária “*no ensino fundamental e na educação infantil*” (artigo 211, § 2º, da CF/88, com redação dada pela EC nº 14/96) e aos Estados e Distrito Federal, no “*ensino fundamental e médio*” (artigo 211, § 3º, da CF/88), estabelecendo, ainda, que “*na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório*” (art. 211, § 4º, da CF/88).

V – Indiscutível, portanto, o dever constitucionalmente fixado de a Municipalidade de São Paulo fornecer educação infantil às crianças, não havendo que se falar, portanto, na impossibilidade jurídica do pedido.

Merece destaque, neste sentido, trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello que, julgando o Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, ressaltou que “(...) o direito à

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, 'caput' – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num 'facere', pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional,(...)”.

Nesse sentido, não se argumente que o direito em tela é inexecutável por estar disciplinado em normas programáticas. Conforme lição de J.J. Gomes Canotilho, “Às 'normas programáticas' é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político” (cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 1.102).

Tanto é assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em processo referente à educação infantil – decidiu que “O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que **incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de 'atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*anos de idade' (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, 'obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência'(...), **sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.***” (RE 410.715-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., D.J. 03/02/2006).

VI – Igualmente não procede a alegada intromissão indevida do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa.

Se Constituição da República afirma ser dever constitucional do Estado assegurar à criança o direito à educação infantil, obriga-se o Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes à sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder. A questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável.

Definir políticas públicas, eleger prioridades no âmbito de um universo sempre de escassez de recursos – lembrando com o economista norte-americano Paul Samuelson que a Economia preocupa-se essencialmente com o estudo das leis

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômicas indicadoras do caminho que deve ser seguido para que seja mantida em nível elevado a produtividade, melhorando o padrão de vida das populações e empregados corretamente os recursos escassos, e ainda com o economista francês Vilfredo Pareto, ao criar a palavra “ofelimidade”, para designar o caráter de qualquer coisa que corresponde ao nosso desejo, correspondendo à ideia de que os recursos são limitados e as necessidades humanas são ilimitadas – inegavelmente se inserem aquelas ações nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo, exercidas quando da formulação das leis orçamentárias.

Porém, quando a Constituição Federal afirma ser direito fundamental o da criança à educação infantil, o não cumprimento impõe ao Poder Judiciário, quando provocado, agir para resguardá-lo.

É função típica do Poder Judiciário, por intermédio da atividade jurisdicional, reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados e lhes conceder tutela útil e efetiva. Em outras palavras, o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos legitima o Poder Judiciário à imposição de comandos a todos aqueles, incluindo o Estado, que vierem a molestá-los. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional, colidindo, frontalmente, com as novas ideias que emergem do Direito Processual Moderno, entre as quais a efetividade da jurisdição.

Nesse diapasão, a atuação do Poder Judiciário

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não constitui lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes, ao contrário, a ele se conforma, pois, ao exigir a observância de direito consagrado na Constituição, não está ele se pronunciando sobre o mérito administrativo, relacionado às conveniências do Governo, mas sim fazendo respeitar as determinações do legislador constituinte.

Seria extremamente cômodo negar-se a possibilidade de se impor à Administração Pública obrigação de fazer, outorgando tutela específica e efetiva, nos moldes previstos pelos artigos 461, do Código de Processo Civil e 84, do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que a concessão de tutela específica em face dela implicaria indevida intervenção do Poder Judiciário na atuação discricionária garantida, também constitucionalmente, ao Poder Público. A discricionariedade, delimitada por Hely Lopes Meirelles como poder que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 17ª edição: Malheiros Editores, 1992, p. 102), não pode, por certo, servir de escudo ao Administrador, legitimando o descumprimento de deveres impostos à Administração e, conseqüentemente, desrespeitando direitos subjetivos dos cidadãos.

Verdade seja dita, no entanto, que a possibilidade de sujeitar o Estado à tutela específica em referência não implica, por evidente, o acolhimento, de maneira indiscriminada, de todas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

as pretensões, individuais e coletivas, que forem deduzidas em juízo. Isto é, ultrapassada a esfera das condições da ação, a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública prende-se, diretamente, à satisfação de um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico. De outra sorte, descabe tal tutela jurisdicional diante de pretensões fundadas em meras diretrizes ou preceitos que não comportam auto-aplicação. Neste caso, não há como conceder tutela satisfativa, sem atentar contra as prerrogativas de atuação do Administrador ou, então, violar exigências, também impostas pelo legislador, que limitam a atuação da Administração Pública em proteção à moralidade e ao bom uso do dinheiro público.

Examinando, com profundidade, a possibilidade dessa tutela jurisdicional direcionar-se ao Estado, bem como as suas limitações, conclui o processualista Eduardo Talamini: *“Esta constatação retira a legitimidade de uma recusa geral e absoluta à efetivação judicial dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, afastando o argumento de que o tema constituiria apenas matéria de política pública, submetida a uma suposta discricionariedade estatal impassível de controle pela Jurisdição. Mas também não é suficiente para dar a questão por resolvida. Inicialmente, cabe distinguir entre as hipóteses normativas constitucionais de que se extrai apenas o dever de o Estado realizar políticas públicas de caráter social e aquelas que, mais do que a imposição de diretrizes objetivas estatais, embasam direitos subjetivos públicos. No primeiro caso, dentro de certas*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condições, poder-se-á falar em certas restrições mais amplas à tutela jurisdicional. Já no segundo, em regra, é viável o recurso do cidadão ao Judiciário, para a fruição concreta da utilidade assegurada pelo direito fundamental de cunho social (que, então, pode ser qualificado como 'direito originário a prestações sociais'). Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através da tutela jurisdicional (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais.” (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141/142).

Voltando ao Supremo Tribunal Federal, o mesmo Ministro Celso de Mello relatou acórdão encapsulado na seguinte ementa:

**“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE
- ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA -
SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A
MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO
INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO
ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS,
SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA
- LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS
'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA -
JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS
DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO
ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À 'RESERVA DO POSSÍVEL' E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS 'ASTREINTES'. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.”. (ARE nº 639337 AgR/SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO; Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma).

Também daquela máxima Corte de Justiça:

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas se revela possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.” (RE nº 603575 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Eros Grau, j. 20.4.2010).

E:

“Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal e vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.” (AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 464.143, Segunda Turma, Relª. Ellen Gracie, j. 15.12.2009).

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa mesma linha, decidiu: “(...) a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.” (REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

Este tem sido, invariavelmente, o pensamento desta Colenda Câmara Especial, externado em inúmeras decisões, como se colhe, entre outros, de:

“Mandado de Segurança. Sentença. Ordem concedida. Determinação de inclusão de criança 'em unidade de ensino infantil'. Remessa oficial. Apelação da pessoa de direito público ré. Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e condições da ação presentes. Mérito conhecido e apreciado. Acesso a unidades de ensino infantil. Creche ou pré-escola. Direito à educação. Direito e garantia fundamental. Consagração em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Apelação e recurso de ofício não providos.” (Apelação nº 990.10.112422-0, Rel. Des. Ciro Campos);

“Apelação - Obrigação de fazer - Sentença que

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

obriga o Município a matricular criança em unidade de ensino infantil - Adequação da via processual eleita - Direito Fundamental, líquido e certo - Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República e da discricionariedade administrativa - Necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - Obrigações constitucionais que não se inserem na discricionariedade administrativa - Normas constitucionais de eficácia plena Direito universal que não pode ser condicionado, segundo critérios do administrador - Aplicação da Súmula 63, do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido Adequação da fixação e do valor fixado a título de honorários advocatícios - Não provimento do recurso e do reexame necessário.” (Apelação nº 0073515-71.2010, Relatora Des. Maria Olívia Alves);

“Apelação - Recurso da Fazenda Pública Municipal contra sentença que, em ação de obrigação de fazer, condenou-a a disponibilizar vaga em creche por período integral, porém, respeitando o recesso porventura existente - Alegação de ausência de interesse de agir, do direito público subjetivo e violação ao princípio da separação dos poderes Apelo da menor visando à concessão de vaga em creche, inclusive dos meses de janeiro, julho e dezembro – Apelo fazendário a qual se nega

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ante a rejeição das preliminares, bem como a ausência de

ingerência indevida do Judiciário em questões de outro Poder - Recurso da criança provido para garantir serviço público essencial que não pode ser interrompido - Reexame necessário não conhecido ante o direito controvertido não atingir o valor de alçada (60 salários mínimos) bem como, a r. sentença ter sido fundamentada em jurisprudência já pacificada nas Cortes Superiores (art. 475, §2º e §3º, CPC).” (Apelação nº 0002803-13.2012, Rel. Desembargador Decano, j. 19.7.2013, v.u.)

Da mesma forma nas Apelações nºs. 0005375-32.2012, 016606-26.2011, 0005746-03.2012 e 9176217-27.2009.

A reiteração de decisões nesse sentido induziu este Tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 65, que assim reza: “*Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades.*”.

Consigno, por último, sobre o tema, retirado do acórdão prolatado no já mencionado Agravo Regimental que a esta Apelação estava apensado, asserção do ilustre Relator:

“E não se está invadindo seara exclusiva da administração, com o que se está determinando, deve ser desde

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

logo esclarecido. Em lição que se aplica ao presente caso, o E. Supremo Tribunal Federal, no RE 229760/ DF - DISTRITO FEDERAL, reafirmou o entendimento no sentido de que deve ser considerada como norma de eficácia plena, o inciso IV do art. 208 do Magno Texto.”.

E mais adiante:

“E como dito pelo Ministro Ayres Brito, com precisão no RE do Distrito Federal: *'a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional'.

No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-09, Segunda Turma, DJE de 19-2-10; RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-09, Segunda Turma, DJE de 7-8-09. Enfim, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

creches e pré-escolas e de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007. E não há como se invocar, também, a tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen), que se assenta na ideia obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*), a uma porque a própria administração reconhece que tem recursos e mesmo que assim não fosse, a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo, que não é o caso. Ademais, como já se afirmou, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, já que não se submete a seu Juízo discricionário e à sua vontade política.

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários, pois a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e não há qualquer dúvida de que entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. E não se esqueça que os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.”.

Se ente político descumpre o mandamento constitucional atinente a propiciar educação infantil ocorre violação de direito público subjetivo constitucionalmente garantido às crianças pelo já mencionado artigo 211, § 2º, da Constituição da República, tendo sido essa a motivação primordial das Associações Civis para a propositura da presente ação coletiva. Fizeram-no, com certeza, fiadas em ser absolutamente necessária a atuação do Poder Judiciário na proteção a direitos violados e, também, no controle jurisdicional sobre as políticas públicas, buscando sempre a garantia de implementação de direitos fundamentais consagrados na Constituição, dado que a discricionariedade conferida ao Administrador, como já enfatizado, não pode ser utilizada como escusa para o Estado exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, comprometendo a eficácia de direitos

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sociais dotados de fundamentalidade, conforme decidido pelo Ministro Celso de Mello ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45: *“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL' (...).”*

VII – As autoridades da atual gestão do Município de São Paulo assumiram o compromisso de atender a toda a população demandante por educação infantil, mais especificamente por meio da criação de 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas na rede municipal de São Paulo. Dita promessa foi enunciada tanto no Programas de Metas 2013-2016 (“Objetivo 2: Melhorar a qualidade da Educação e ampliar o acesso à Educação

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Infantil com a expansão da rede de equipamentos e a criação de 150 mil novas vagas” (<http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/index.php/programa-de-metas>), apresentado por força do disposto na Lei Orgânica do Município, quanto no projeto de lei do Plano Plurianual 2014 2017, encaminhado à Câmara Municipal de São Paulo (Projeto de Lei do Executivo nº 694/2013). Na audiência pública realizada em 29 de agosto de 2013, esses compromissos foram reafirmados pelo Secretário de Educação do Município.

Afirmam as apelantes – e o fazem escudadas em dados obtidos em <http://portalseme.prefeitura.sp.gov.br/anônimo/demanda.aspx> – que, quando da primeira ação civil pública por elas propostas, em 2008, a lista de espera oficial registrava 181.701 crianças não atendidas, sendo 134.497 esperando vagas em creches e 47.204 em pré-escolas, tendo esse quadro sido agravado, hoje, no caso das creches que, de acordo com dados oficiais de setembro de 2013, a lista de espera totaliza 171.555 crianças, sendo 156.982 aguardando vaga em creche e 14.573 em pré-escolas.

Essa situação revela que o Município de São Paulo atende em educação infantil a apenas 27,2% da população com idade entre zero e 3 (três) anos, longe do patamar estipulado pela Lei Federal 10.172/2001 de um mínimo de 50% da população desse recorte etário (Censo Escolar, MEC/INEP, 2012 e Projeção Populacional, SEADE/IBGE, 2012).

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No Acórdão prolatado no já referido Agravo Regimental, ressaltou-se:

“No documento de fls. 739/740, juntado pela Municipalidade, a Assessoria Técnica e de Planejamento da Secretaria Municipal de Educação, afirma de forma categórica: '...a falta de vaga na educação infantil não se deve á falta de recursos financeiros..., mas, sim, a outros fatores, em especial a dificuldade para encontrar terrenos'.”.

Sim, como clama a apelada, não vamos ignorar a dificuldade de se encontrar terrenos vagos na cidade de São Paulo, o que faz com os preços cheguem às alturas; sim, há grandes entraves burocráticos (judiciais) que demandam muito tempo para que a Prefeitura promova desapropriações que possibilitem a construção de prédios para abrigar novas creches. Mas, como exposto em continuação no citado Acórdão:

“No documento de fls. 741, da mesma Assessoria, restou consignado também, com todas as letras, que '... os recursos para atendimento à demanda do Jabaquara e Saúde foram consignados juntamente com os recursos para atendimento à demanda do resto da cidade. Embora haja saldo disponível nas dotações orçamentárias, tal fato é decorrente das dificuldades de encontrar terrenos para construção e implantação de equipamento educacional, além disso, há os entraves burocráticos, problemas com o código de obras, lei de zoneamento, desapropriação, licitação....'.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E prossegue o acórdão:

“Para confirmar a má gestão, como também restou ressaltado às fls. 47, o Município de São Paulo, não obstante as filas de espera, ou seja, a existência de milhares de crianças aguardando vagas, especialmente em creches (e aqui me refiro à Capital e não apenas aos Bairros submetidos às jurisdição do Jabaquara), nem mesmo os recursos adicionais recebidos do FUNDEB foram utilizados, ainda que 60% devesse ser com remuneração do magistério, não incluídos aqui, é claro, os aposentados e pensionistas, que devem ser pagos por outra fonte de custeio. Está transcrito às mencionadas fls. 48, parecer do Tribunal de Contas, que não foi ilidido, no sentido de que em 2007 teria sobrado um saldo de R\$ 159.166.852,00, para ser aplicado durante o exercício de 2008, em despesas com o ensino fundamental e a educação infantil.

E a mesma história se repetiu em 2008, quando R\$ 78.260.685,00, deixaram de ser aplicados, remanescendo para 2009.

Portanto, deixou a Municipalidade de gastar 40% dos recursos do FUNDEB, em aquisição, manutenção, construção, conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; na aquisição de imóveis já construídos ou de terrenos; na ampliação, com conclusão e construção de prédios, poços, muros e quadras de esportes nas escolas; na aquisição de móveis e equipamentos; na manutenção dos equipamentos existentes, seja

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mediante aquisição de produtos/serviços necessários ao funcionamento desses equipamentos; na aquisição de material didático-escolares, destinados a apoiar o trabalho pedagógico; no transporte escolar, etc.

E observe-se que em razão do disposto no artigo 21, da Lei Federal 11.494/2007, a aplicação dos recursos do FUNDEB deve ocorrer no mesmo exercício financeiro em que lhes forem creditados, respeitada a permissão para aplicação de até 5% no 1º trimestre do exercício seguinte (§ 2º, do mesmo artigo 21).

Evidentemente, se não havia falta de recurso, da parte que competia ao Município investir na educação, em cumprimento ao Mandamento Maior, só pode ser atribuído à inadequada gestão a na utilização dos recursos do FUNDEB, nos períodos mencionados.

Sabe-se que dezenas de ações civis públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria e pela sociedade civil, porque a administração de São Paulo insiste em não cumprir as determinações contidas na Carta de 1988, ou seja, nega o direito à educação infantil, querendo sustentar a discricionariedade de sua atuação na suposta, como visto acima, inexistência de áreas para construção de novas escolas.

No Plano Plurianual (PPA 2006/2009), havia ficado consignado, que se viu após não passava de mero e inconsequente discurso político, o reconhecimento da importância da educação como agente de proteção social, em especial para as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

crianças e adolescentes, e previa as metas de 126 EMEIS E 142 CEIS, tendo sido construídos, respectivamente, 38 e 53.

No entanto, como posteriormente o Tribunal de Contas pode atestar, ao analisar as contas da educação referentes aos anos de 2007, 2008 e 2009, como é de conhecimento público e esta demonstrado em outras ações, não foram cumpridas no tocante à construção, reforma e ampliação de centros de educação infantil, o que, obviamente, aumentou o descompasso entre o número de vagas disponibilizadas e a demanda de matrículas.

E observe-se, por ser de extrema importância, que as estatísticas, segundo dados, que também são de conhecimento de todos, levantados pela fundação SEADE, a taxa da população residente no município de São Paulo, tem uma tendência de queda, mas mesmo assim não houve decréscimo na demanda por vagas em creches principalmente, e já que não é por falta de recursos financeiros, a conclusão lógica é a de que é resultado de gestões ineficientes dos administradores públicos.”.

No Plano Plurianual de 2010/2013, do Município de São Paulo previu-se a aplicação, na a educação infantil, de mais de 7.8 bilhões, havendo o atual Prefeito se comprometido, entre as cem metas que apresentou, a ampliar a Rede CEU em 20 unidades e, repisando, em cento e cinquenta mil a oferta de vagas para a educação infantil, garantindo a universalização do atendimento em pré-escolas para crianças de 04 a 05 anos atendendo a demanda por creches em 01/01/2013 e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consolidando o Modelo Pedagógico Único.

Como lembrado pelo Desembargador Samuel Júnior, no Acórdão que apreciou o já mencionado Agravo Regimental, no Município de São Paulo, o Prefeito eleito é obrigado a apresentar o seu Programa de Metas. Obriga-se o alcaide a apontar as prioridades para os quatro anos de gestão, observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral, passando tudo a integrar o processo orçamentário, medida essa que tem por objetivo extirpar um dos defeitos genéticos do regime democrático, qual seja, o discurso inverídico dos candidatos (a bem conhecida demagogia e a falsa ou irrealizável promessa). A propósito, abrindo um parêntese, pesquisa realizada pela respeitável ONG chilena *Corporación Latinobarómetro* revela que o índice de apoio dos brasileiros à democracia diminuiu nove pontos percentuais de 2010 para 2011. A queda do apoio à democracia no Brasil (de 54% para 45%) é mais acentuada do que a média da região (América Latina), que caiu de 61% para 58%, após quatro anos de aumento.

Esse estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas – e não podia ser diferente – desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cabe aqui mencionar que o diagnóstico feito pelo Ministério da Educação, para elaboração do projeto de lei referente Plano Nacional da Educação, expunha que “a educação das crianças de zero a seis anos em estabelecimentos específicos de educação infantil vem crescendo no mundo inteiro e de forma bastante acelerada, em decorrência da necessidade da família contar com uma instituição que se encarregue do cuidado e da educação de seus filhos pequenos, principalmente quando os pais trabalham fora de casa, seja pelos argumentos advindos das ciências que investigaram o processo de desenvolvimento da criança. Se a inteligência se forma a partir do nascimento e se há 'janelas de oportunidade' na infância quando um determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida, descuidar desse período significa desperdiçar um imenso potencial humano. Ao contrário, atende-la com profissionais especializados capazes de fazer a mediação entre o que a criança já conhece e o que pode conhecer significa investir no desenvolvimento humano de forma inusitada. Hoje se sabe que há períodos cruciais no desenvolvimento, durante os quais o ambiente pode influenciar a maneira como o cérebro é ativado para exercer funções em áreas como a matemática, a linguagem, a música. Se essas oportunidades forem perdidas, será muito mais difícil obter os mesmos resultados mais tarde. À medida que essa ciência da criança se democratiza, a educação infantil ganha prestígio e interessados em investir nela. Não são apenas argumentos econômicos que tem levado governos, sociedade e famílias a investirem na atenção às crianças pequenas,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na base dessa questão está o direito ao cuidado e à educação a partir do nascimento. A educação é elemento constitutivo da pessoa e, portanto, deve estar presente desde o momento em que ela nasce, como meio e condição de formação, desenvolvimento, integração social e realização pessoal. Além do direito da criança, a Constituição Federal estabelece o direito dos trabalhadores, pais e responsáveis, à educação de seus filhos e dependentes de zero a seis anos. Mas o argumento social é o que mais tem pesado na expressão da demanda e no seu atendimento por parte do Poder Público. Ele deriva das condições limitantes das famílias trabalhadoras, monoparentais, nucleares, das de renda familiar insuficiente para prover os meios adequados para os cuidados e educação de seus filhos pequenos e da impossibilidade de a maioria dos pais adquirirem os conhecimentos sobre o processo de desenvolvimento da criança que a pedagogia oferece. Considerando que esses fatores continuam presentes, e até mais agudos nesses anos recentes, é de se supor que a educação infantil continuará conquistando espaço no cenário educacional brasileiro, como uma necessidade social. Isso, em parte, determinará a prioridade que as crianças das famílias de baixa renda terão na política de expansão da educação infantil. No entanto é preciso evitar uma educação pobre para crianças pobres e a redução da qualidade à medida que se democratiza o acesso...”.

Abro outro parêntese para salientar – embora seja verdadeiro truísmo – a importância da educação, que começa nos primeiros anos da criança, para o desenvolvimento de um país,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sendo notório o ganho exponencial que obtiveram aqueles que investiram maciçamente na educação. Vale consignar que em 2012, na última edição do Pisa (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes - iniciativa internacional de avaliação comparada, aplicada a estudantes na faixa dos 15 anos, idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países, programa desenvolvido e coordenado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o Brasil obteve desastrosas médias em matemática, em leitura e em ciências, que o colocaram nos últimos lugares, num universo de 60 países.

No Brasil, a educação é questão de Estado.

VIII – Sendo assim, faz-se impositivo à Municipalidade de São Paulo a ampliação da rede de ensino no referente à educação infantil.

Dita ampliação há de se fazer sem descurar, por certo, de dever a educação infantil ser oferecida dentro de padrões básicos de qualidade, tomando-se por base o trabalho produzido pelo Ministério da Educação, quando então Ministro o atual prefeito, Dr. Fernando Haddad, denominado Parâmetros Nacionais de Qualidade para a Educação Infantil, cuja transcrição é feita no Acórdão prolatado no já referido Agravo Regimental. Essa garantia de qualidade se erige, aliás, como um dos princípios a ser observado na ministração do ensino, conforme artigo 206 da Constituição Federal.

A respeito, tenha-se vista também para a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Resolução 5, de 17 de dezembro de 2009, editada pelo Professor César Calegari, como Presidente, então, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, depois de homologada pelo Ministro da Educação, instituindo as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil a serem cumpridas na organização de propostas pedagógicas na Educação, estabelecendo que o currículo da Educação Infantil é concebido como um conjunto de práticas que buscam articular as experiências e os saberes das crianças com os conhecimentos que fazem parte do patrimônio cultural, artístico, ambiental, científico e tecnológico, de modo a promover o desenvolvimento integral de crianças de 0 a 5 anos de idade, salientando que é dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção, estabelecendo como princípios das propostas pedagógicas: I - Éticos: da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum, ao meio ambiente e às diferentes culturas, identidades e singularidades. II - Políticos: dos direitos de cidadania, do exercício da criticidade e do respeito à ordem democrática. III - Estéticos: da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da liberdade de expressão nas diferentes manifestações artísticas e culturais.

Afirmando ainda a Resolução , relevantemente, que na observância das diretrizes estabelecidas, a proposta pedagógica deve garantir o cumprimento pleno de sua função sociopolítica e pedagógica: I - oferecendo condições e recursos para que as crianças usufruam seus direitos civis, humanos e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sociais II - assumindo a responsabilidade de compartilhar e complementar a educação e cuidado das crianças com as famílias; III - possibilitando tanto a convivência entre crianças e entre adultos e crianças quanto a ampliação de saberes e conhecimentos de diferentes naturezas; IV - promovendo a igualdade de oportunidades educacionais entre as crianças de diferentes classes sociais no que se refere ao acesso a bens culturais e às possibilidades de vivência da infância; V - construindo novas formas de sociabilidade e de subjetividade comprometidas com a ludicidade, a democracia, a sustentabilidade do planeta e com o rompimento de relações de dominação etária, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa.

Tudo no afã, como consta de seu artigo 8º, de garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças, prevendo condições para o trabalho coletivo e para a organização de materiais, espaços e tempos que assegurem: I - a educação em sua integralidade, entendendo o cuidado como algo indissociável ao processo educativo; II - a indivisibilidade das dimensões expressivo-motora, afetiva, cognitiva, linguística, ética, estética e sociocultural da criança; III - a participação, o diálogo e a escuta cotidiana das famílias, o respeito e a valorização de suas formas de organização; IV - o estabelecimento de uma relação efetiva com a comunidade local e

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de mecanismos que garantam a gestão democrática e a consideração dos saberes da comunidade; V - o reconhecimento das especificidades etárias, das singularidades individuais e coletivas das crianças, promovendo interações entre crianças de mesma idade e crianças de diferentes idades; VI - os deslocamentos e os movimentos amplos das crianças nos espaços internos e externos às salas de referência das turmas e à instituição; VII - a acessibilidade de espaços, materiais, objetos, brinquedos e instruções para as crianças com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação; VIII - a apropriação pelas crianças das contribuições histórico-culturais dos povos indígenas, afrodescendentes, asiáticos, europeus e de outros países da América; IX - o reconhecimento, a valorização, o respeito e a interação das crianças com as histórias e as culturas africanas, afro-brasileiras, bem como o combate ao racismo e à discriminação; X - a dignidade da criança como pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de violência física ou simbólica e negligência no interior da instituição ou praticadas pela família, prevendo os encaminhamentos de violações para instâncias competentes.

Existem, pois, parâmetros mínimos a serem observados, tanto na rede já existente como nas unidades que vierem a ser criadas e disponibilizadas.

Anote-se que a ampliação da rede de ensino no que concerne à educação infantil não contraria o disposto no artigo 165 da Constituição Federal, pois não retira do Poder Executivo a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

iniciativa legislativa quanto às leis orçamentárias, sendo que, nos termos do artigo 212 da Carta, os Poderes Executivos estaduais e municipais estão obrigados a observar os percentuais mínimos (e não máximos) para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

IX - Por derradeiro, ausentes as caracterizadoras dos danos morais e materiais difusos alegados, impõe-se o desacolhimento do pedido indenizatório.

X - Dest'arte, a decisão que julgou improcedente a ação civil pública é reformada, de forma a:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.

2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”.

4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”.

A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.

Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, com sugerido pelas

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar *astreintes* para compelir os responsáveis a cumprir as determinações.

XI – Em conclusão, dou parcial provimento ao recurso.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Decano

ANEXO B – ACÓRDÃO 0018645-21.2010.8.26.0003/50000

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Presidência da Seção de Direito Público

Registro: 2013.0000745378

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes **AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA PESQUISA E INFORMAÇÃO, ASSOCIAÇÃO COMUNIDADE ATIVA DE VILA CLARA e CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO (CDHEP)**, é agravado **MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO**.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, deram provimento parcial ao recurso, vencido o 3º Juiz que declarará.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores **GONZAGA FRANCESCHINI** Vice-Presidente (Presidente sem voto), **SILVEIRA PAULILO** (Presidente da Seção de Direito Privado) e **TRISTÃO RIBEIRO** (Presidente da Seção de Direito Criminal).

São Paulo, 2 de dezembro de 2013.

SAMUEL JÚNIOR
Presidente da Seção de Direito Público
Relator
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Presidência da Seção de Direito Público

CÂMARA ESPECIAL

Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000

Voto 29.731

Agravantes: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e
Informação e outros

Agravada: Municipalidade de São Paulo

Agravo Regimental - Educação Infantil - Vagas em creches e pré-escolas na região submetida à Jurisdição do Jabaquara - Decisão de primeiro grau que havia julgado parcialmente procedente a ação - Decisão monocrática que apenas havia afastado a condenação nas custas e despesas do processo - Tentativa de conciliação infrutífera - Possibilidade de condenação da municipalidade a criar vagas para atender a demanda, ainda que em sede de ação coletiva, com autores indeterminados, mas determináveis - Possibilidade de se impor à municipalidade a obrigação de prestar serviços com qualidade, para atender comando constitucional e diretrizes do Ministério da Educação - Obrigação de observar as diretrizes mínimas ditadas pelo Ministério da Educação - Não invasão na atividade do Poder Executivo - Medidas determinadas para assegurar atendimento a direitos fundamentais - Impossibilidade de invocação da tese referente à reserva do possível - Plano Plurianual e outras ações e provas que demonstram a existência de recursos financeiros - Improcedência mantida no tocante à pretendida condenação de inclusão nas propostas de lei orçamentária e no plano plurianual de rubricas para atender ao julgado - Estabelecimento de um monitoramento, a ser realizado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça, para auxiliar o Juízo do processo na fase de execução - Desnecessidade, por enquanto, de fixação de multa- Agravo parcialmente provido.

Ao relatório de fls. 964, elaborado quando da decisão monocrática, resta acrescentar que os autores ingressaram com Agravo Regimental (fls. 963/1004) requerendo a reforma do que foi decidido, para acolher-se integralmente a apelação.

O julgamento foi convertido em diligência (fls. 1010), tendo sido, primeiramente, pelo Acórdão de fls. 1013/1014, sido determinada a remessa dos autos ao Setor de Conciliação em Segundo Grau.

Após manifestação das partes e de outros interessados (fls. 1089), foi reconsiderada a determinação de fls. 1010, e determinado o apensamento ao processo 0150735-64.2008, com suspensão do andamento.

Decidiu-se, então pela realização de uma audiência pública, para oitiva das partes, de outros interessados e de especialistas no tema em debate.

Após, fls. 1098, foi tentada conciliação entre os autores e a Municipalidade, com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, por patrocinar questões análogas.

As partes requereram prazo para a negociação, tendo sido deferido 60 dias.

Nova tentativa de conciliação às fls. 1105, que restou infrutífera.

Apresentaram as partes memoriais.

É relatório.

Em primeiro lugar, com o devido respeito, indefiro o pedido de fls. 1019/1022, formulado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, posto que a mesma não pode ingressar, em nome próprio, como assistente neste processo.

Haveria interesse, sim, ainda que indireto, se tivesse havido acordo, que, em tese, poderia refletir nas diretrizes das ações que patrocina. E daí a sua importante participação na audiência

pública e nas tentativas de conciliação.

Porém, como não houve acordo, não há como admiti-la, da forma como requerido, como assistente dos autores.

Os autores, ora agravantes, propuseram a presente ação perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional do Jabaquara, desta Capital, postulando na longa inicial de fls. 2/59, que a Municipalidade de São Paulo fosse condenada: 1) na obrigação de fazer consistente em matricular, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 5/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição” do fórum do Jabaquara, no prazo máximo de 180 dias, contados da data do registro da demanda na instituição de ensino; 2) obrigação de fazer consistente no atendimento imediato, com garantia de qualidade, nos termos das mesmas resoluções, nas proximidades de suas residências, às 94 (noventa e quatro) crianças excluídas da educação infantil, arroladas no Anexo 3, que ainda não estivessem incluídas no sistema público de ensino na data da concessão do pedido; 3) obrigação de fazer consistente em incluir em sua Proposta de Lei Orçamentária Anual e em seu Plano Plurianual para os exercícios subsequentes ao julgamento da presente ação, rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução e Parecer citados, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição do Fórum do Jabaquara; 4) obrigação de fazer, consistente em concluir a construção e implementação das unidades de educação infantil CEI Cidade Azul e EMEI Vila Clara, há tempos prometidas pela municipalidade, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, ou em outro prazo estabelecido pelo Juízo; 5) obrigação de fazer, consistente em apresentar, no prazo de 90 (noventa) dias, ou em

outro estabelecido judicialmente, plano público de ampliação de vagas, com garantia de qualidade nos bairros sob a jurisdição do Fórum do Jabaquara, nos patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei 10.172/2001); 6) uma vez apresentado o plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, seja o Município condenado na obrigação de fazer, consistente em executar o referido plano, cumprindo-se os prazos finais e intermediários elaborados pela própria municipalidade, sob pena de multa e demais medidas executórias; 7) seja a municipalidade condenada a pagar multas diárias, não inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais), para o caso de descumprimento de cada uma das obrigações de fazer requeridas, por cada criança não atendida; 8) que em caso de descumprimento que seja aplicada multa processual à autoridade responsável, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Como havia sido deferida a antecipação parcial de tutela no tocante aos itens 2, 3, 4, 5 e 6, acima citados (fls. 323), a Municipalidade agravou e esta Câmara, por Acórdão lavrado pelo então Presidente da Seção de Direito Público, Des. Luis Ganzerla, entendendo que era de responsabilidade do Município, por força do disposto no artigo 240 da Constituição Federal, a responsabilidade pelo ensino fundamental e que as crianças, representadas pelas autoras, tinham o direito líquido e certo de obterem o serviço educacional correspondente ao ensino infantil, que estaria sendo frustrado, entendeu que era “viável, pois, a tutela antecipatória concedida em primeiro grau, ao menos no concernente à essência da obrigação cujo cumprimento se pretendia impor à agravante matrícula de todas as crianças referidas na inicial fixando-se prazo razoável para o seu cumprimento e multa diária, para o caso de descumprimento ...”

Manteve esta Câmara, expressamente, a multa imposta, citando inclusive precedentes autorizadores a respeito e apenas afastou, pelo que se depreende de fls. 328, o pedido formulado no

item 3, de obrigação de fazer, consistente na inclusão em sua proposta orçamentária dos valores necessários ao atendimento dos outros pedidos formulados, e isto porque, na época, já havia sido aprovada a Lei Orçamentária.

Na sentença de fls. 721/728, datada de 20 de janeiro de 2012, o Juízo de Primeiro Grau julgou parcialmente procedente a ação e condenou o Município de São Paulo a: 1) efetuar a matrícula das crianças arroladas na lista de fls, 286/298, sob pena de multa diária de R\$ 50,00.

Entendeu o Juízo que seria improcedente, por ser genérico, o pedido de condenação na obrigação de matricular todas as crianças de zero a cinco anos, que estivessem demandando vagas em instituição de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do Foro Regional do Jabaquara. Afastou também o pedido de imposição ao município de inclusão em sua proposta orçamentária para o exercício de 2011, de valores suficientes para assegurar com garantia de qualidade a permanência de todas as crianças excluídas da educação. Julgou improcedente também a ação no tocante aos itens 3 e 4 da inicial, por entender que o seu acolhimento implicaria em ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública.

Os autores apelaram, por não se conformarem com a sentença (fls. 744/792) insistindo: 1) no pedido de condenação na obrigação de matricular todas as crianças, de zero a cinco anos e onze meses de idade, que demandem vagas em instituições de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do Juízo do Jabaquara; 2) no pedido de se obrigar o município a incluir em sua proposta orçamentária previsão de recursos suficientes, para os exercícios subsequentes ao julgamento desta apelação; 3) no pedido de obrigar o município a apresentar plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade e a cumprir tal plano.

Através de decisão monocrática (fls. 964/9750) foi dado parcial provimento ao recurso para isentar as recorrentes do pagamento de custas e despesas processuais.

Houve interposição de agravo regimental e o seu julgamento, como consta do relatório, foi convertido em diligência, juntamente com outro feito, de relatoria do eminente Decano deste Tribunal, para uma tentativa de conciliação, tendo sido, após, modificado, por acórdão, para realização de uma Audiência Pública

Na referida audiência foram ouvidas as partes envolvidas neste processo, especialistas no tema, incluindo-se entre eles representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Tentou-se, em seguida, concedendo-se prazo as partes, uma conciliação, para, ainda que a médio ou longo prazo fossem estabelecidos objetivos, metas e ações, para atender a crescente demanda por vagas em estabelecimentos de educação infantil, que, no entanto, restou infrutífera.

Havia possibilidade e expectativa inclusive, que restaram frustradas, de se acertar a crucial questão das filas de espera, que acabam sendo afetadas por decisões judiciais e, até, de estabelecimento de nova ordem, observando-se os graus de vulnerabilidade das crianças, mas nem isso se conseguiu.

E tais questões não podem, infelizmente, ser enfrentadas agora, aqui, já que o julgamento esta limitado ao que foi pedido na inicial e reiterado no apelo e no agravo regimental.

E é sob esse prisma e observando tais limites que, pelo meu voto, julgo o recurso.

O item 2 do pedido inicial, que consistia na obrigação de fazer, de atendimento imediato, com garantia de qualidade, nos termos das resoluções invocadas, nas proximidades de suas residências, às 94 (noventa e quatro) crianças excluídas da educação infantil, arroladas no Anexo 3, que ainda não estivessem incluídas no sistema público de ensino na data da concessão do pedido, foi atendido em parte pela r. sentença.

Embora seja certo que houve antecipação de tutela abrangendo o mencionado item 2, que dizia respeito não só ao imediato atendimento das crianças que haviam sido relacionadas nos

autos, com garantia de qualidade, prestigiada, neste aspecto, integralmente por esta Câmara quando julgou o agravo, a r. sentença foi silente no tocante a esta questão (garantia de qualidade), e não houve recurso a respeito.

Na verdade não houve recurso no tocante ao que havia sido requerido no item 2 da inicial, mas a reiteração do pedido formulado no item 1 (obrigação de fazer consistente em matricular, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 5/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição” do fórum do Jabaquara, no prazo máximo de 180 dias, contados da data do registro da demanda na instituição de ensino), acabou por abranger a matéria, devolvendo, de forma mais ampla, o seu conhecimento à esta Câmara.

Outrossim, no que se refere ao item 4 da inicial (obrigação de fazer, consistente em concluir a construção e implementação das unidades de educação infantil CEI Cidade Azul e EMEI Vila Clara), que não foi acolhido pela r. sentença (fls. 727, segundo parágrafo), embora também tivesse sido incluído na tutela antecipada, há trânsito em julgado, já que os autores não recorreram desta parte.

No que diz respeito aos itens 3 e 4 da apelação, que se referem aos itens 5 e 6 da inicial (obrigação de fazer consistente em apresentar, no prazo de 90 (noventa) dias, ou em outro estabelecido judicialmente, plano público de ampliação de vagas, com garantia de qualidade nos bairros sob a jurisdição do Fórum do Jabaquara, nos patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei 10.172/2001); condenação na obrigação de fazer consistente em executar o plano apresentado; e aprovado), estão contidos, no meu entender, no item 1 (repetindo: obrigação de fazer consistente em matricular, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 5/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, nas

proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição” do fórum do Jabaquara, no prazo máximo de 180 dias, contados da data do registro da demanda na instituição de ensino), pois, obviamente, só será possível matricular-se “todas as crianças”, se houver ampliação de vagas.

Assim, a apreciação da apelação está limitada aos itens 1 e 3 da inicial, com seus consectários.

No que diz respeito, então, ao item 1 (obrigação de fazer, consistente em matricular, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 5/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição do Jabaquara), ao contrário do entendimento da r. sentença, entendo que não há nenhum óbice ao acolhimento do pedido. Não é ele genérico. É ele, sim, certo, claro e preciso, mesmo porque o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 208, prevê expressamente a possibilidade da proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos, em especial no tocante a questão do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (inciso III).

E estamos, no meu entender, frente a postulação, por quem tem legitimidade, de um direito coletivo. Os titulares do direito são indeterminados, mas claramente determináveis.

É direito de todas as crianças serem atendidas, de acordo com suas faixas etárias, em creches e pré-escolas e obviamente com qualidade. E a negativa ou precariedade do atendimento afeta a cada criança individualmente, daí não se poder dizer que as autoras sejam carecedoras da ação pela falta de interesse de agir, como lançado às fls. 726.

Não havia necessidade de identificar cada uma das

crianças, dos bairros subordinados à jurisdição do Jabaquara, já que é fato inconteste a insuficiência de vagas e a existência de filas, que se arrastam por anos e não por falta de recurso financeiro, mas por um descaso crônico da administração.

E quando afirmo isso não estou apontando a atual, que parece, até agora, sensibilizada com o problema.

No documento de fls. 739/740, juntado pela Municipalidade, a Assessoria Técnica e de Planejamento da Secretaria Municipal de Educação, afirma de forma categórica: "...a falta de vaga na educação infantil não se deve à falta de recursos financeiros...", mas, sim, a outros fatores, em especial a dificuldade para encontrar terrenos.

No documento de fls, 741, da mesma Assessoria, restou consignado também, com todas as letras, que "... os recursos para atendimento à demanda do Jabaquara e Saúde foram consignados juntamente com os recursos para atendimento à demanda do resto da cidade. Embora haja saldo disponível nas dotações orçamentárias, tal fato é decorrente das dificuldades de encontrar terrenos para construção e implantação de equipamento educacional, além disso há os entraves burocráticos, problemas com o código de obras, lei de zoneamento, desapropriação, licitação....".

Portanto, resta claro, já que o problema se arrasta há anos sem solução adequada, que a questão é de gestão e não dependente de recursos orçamentários.

E acrescente-se que a inicial já apontava que segundo informações oficiais decorrentes da Lei Municipal 14.127/2006, teria havido uma redução de matrículas nos Distritos de Jabaquara e Saúde, não obstante tivesse havido crescimento da demanda não atendida.

E tanto havia, que diversos nomes, que a sentença determinou fossem prontamente matriculados, estavam numa fila de espera.

Para confirmar a má gestão, como também restou

ressaltado às fls 47, o Município de São Paulo, não obstante as filas de espera, ou seja a existência de milhares de crianças aguardando vagas, especialmente em creches (e aqui me refiro à Capital e não apenas aos Bairros submetidos às jurisdição do Jabaquara), nem mesmo os recursos adicionais recebidos do FUNDEB foram utilizados, ainda que 60% devesse ser com remuneração do magistério, não incluídos aqui, é claro, os aposentados e pensionistas, que devem ser pagos por outra fonte de custeio.

Está transcrito às mencionadas fls. 48, parecer do Tribunal de Contas, que não foi ilidido, no sentido de que em 2007 teria sobrado um saldo de R\$ 159.166.852,00, para ser aplicado durante o exercício de 2008, em despesas com o ensino fundamental e a educação infantil.

E a mesma história se repetiu em 2008, quando R\$ 78.260.685,00, deixaram de ser aplicados, remanescendo para 2009.

Portanto, deixou a municipalidade de gastar 40% dos recursos do FUNDEB, em aquisição, manutenção, construção, conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; na aquisição de imóveis já construídos ou de terrenos; na ampliação, conclusão e construção de prédios, poços, muros e quadras de esportes nas escolas; na aquisição de mobílias e equipamentos; na manutenção dos equipamentos existentes, seja mediante aquisição de produtos/serviços necessários ao funcionamento desses equipamentos; na aquisição de material didático-escolares, destinados a apoiar o trabalho pedagógico; no transporte escolar, etc.

E observe-se que em razão do disposto no artigo 21, da Lei Federal 11.494/2007, a aplicação dos recursos do FUNDEB deve ocorrer no mesmo exercício financeiro em que lhes forem creditados, respeitada a permissão para aplicação de até 5% no 1º trimestre do exercício seguinte (§ 2º, do mesmo artigo 21).

Evidentemente, se não havia falta de recurso, da parte que competia ao Município investir na educação, em cumprimento ao Mandamento Maior, só pode ser atribuído à inadequada gestão a não

utilização dos recursos do FUNDEB, nos períodos mencionados.

Sabe-se que dezenas de ações civis públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria e pela Sociedade Civil, porque a administração de São Paulo insiste em não cumprir as determinações contidas na Carta de 1988, ou seja, nega o direito à educação infantil, querendo sustentar a discricionariedade de sua atuação na suposta, como visto acima, inexistência de áreas para construção de novas escolas.

No Plano Plurianual (PPA 2006/2009), havia ficado consignado, que se viu após não passava de mero e inconsequente discurso político, o reconhecimento da importância da educação como agente de proteção social, em especial para as crianças e adolescentes, e previa as metas de 126 EMEIS E 142 CEIS, tendo sido construídos, respectivamente, 38 e 53.

No entanto, como posteriormente o Tribunal de Contas pode atestar, ao analisar as contas da educação referentes aos anos de 2007, 2008 e 2009, como é de conhecimento público e esta demonstrado em outras ações, não foram cumpridas no tocante à construção, reforma e ampliação de centros de educação infantil, o que, obviamente, aumentou o descompasso entre o número de vagas disponibilizadas e a demanda de matrículas.

E observe-se, por ser de extrema importância, que as estatísticas, segundo dados, que também são de conhecimento de todos, levantados pela fundação SEADE, a taxa da população residente no município de São Paulo, tem uma tendência de queda, mas mesmo assim não houve decréscimo na demanda por vagas em creches principalmente, e já que não é por falta de recursos financeiros, a conclusão lógica é a de que é resultado de gestões ineficientes dos administradores públicos.

Releva notar, aqui, as declarações prestadas pelo Professor Antonio César Rossi Callegari, atual Secretário da Educação do Município de São Paulo, quando da audiência pública, reconhecendo, por exemplo, que nos anos de 2010, 2011 e 2013,

respectivamente, teriam remanescido como inscritas e não atendidas 100 mil, 101 mil e 97 mil crianças (isto deve ser lembrado para toda a capital).

O mesmo Secretário informou que no mês de junho deste ano, a demanda por vagas em creches chegava a 127.000 crianças. Mais precisamente, segundo seus dados, a 127.361 crianças.

A variação existente se deve principal e obviamente ao fato de muitas crianças atingirem as idades limites sem que consigam as matrículas, e que, conseqüentemente, são excluídas das filas.

Reconheceu o Sr. Secretário, que neste ano, ano em que já está à frente da pasta, aproximadamente 12.000 crianças conseguiram suas matrículas apenas por força de decisões judiciais.

O PPA – Plano Plurianual 2010/2013 do Município de São Paulo, previa a aplicação de bilhões de reais na área da educação e para acesso à educação e qualidade do ensino – educação infantil, previa mais de 7.8 bilhões de reais.

Ademais, deve ser lembrado que em São Paulo, o Prefeito Eleito é obrigado a apresentar o seu Programa de Metas, sujeitando-o a apontar as prioridades para os quatro anos de gestão, observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral, passando tudo a integrar o processo orçamentário.

E o atual Prefeito, entre as 100 metas que apresentou, se comprometeu a *Ampliar a Rede CEU em 20 unidades; Ampliar em 150 mil a oferta de vagas para a educação infantil, assegurando a universalização do atendimento em pré-escola para crianças de 04 e 05 anos, atendendo a demanda declarada por creches em 01/01/2013 e consolidando o Modelo Pedagógico Único; Obter terrenos, projetar, licitar, licenciar, garantir a fonte de financiamento e construir 243 Centros de Educação Infantil – CEI (71 em andamento com o governo do Estado e 172 em parceria com o MEC; Construir 65 Escolas Municipais de Educação Infantil (EMEIs) e um Centro Municipal de Educação Infantil (CEMEI; Expandir a oferta de vagas para educação infantil por meio dos novos CEUs; Expandir a oferta de*

vagas para educação infantil por meio da rede conveniada e outras modalidades de parcerias.

A Constituição da República, no seu artigo 165, referindo-se à União, mas em regra que deve ser observada também pelos Municípios, estabelece a necessidade, no tocante aos Orçamentos, da existência de plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e de orçamentos anuais. E, além disso, diz que a lei de diretrizes deve compreender as metas e prioridades da administração e que os orçamentos anuais devem ser compatibilizados com o plano plurianual.

Portanto, o Plano Plurianual (PPA) é um instrumento de planejamento de médio prazo da Administração Pública, e que objetiva organizar as políticas públicas, não sendo por isso, mera carta de intenções, ou discurso de palanque eleitoral, pois é ali que se enfeixam os programas que vão resultar em bens e serviços para a população. E é a partir do PPA, que outras duas leis orçamentárias devem ser elaboradas: a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O fato de ter sido vedado o artigo 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, não implica em dizer que o PPA possa ser desconsiderado. Aliás, pelo contrário, ele é peça fundamental da gestão, pois não é dado ao gestor criar despesas que não esteja contemplada no PPA.

O artigo 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal diz que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

E o artigo 16, inciso II, diz que a criação, expansão e aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com as diretrizes orçamentárias.

Por sua vez, o artigo 17, estabelece que considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios, exigindo, no seu parágrafo 4º, total compatibilidade com o plano plurianual.

Por isso, o que tem que se buscar é a responsabilização dos administradores que não cumpriram suas metas e que se limitaram a enganar a população com simples promessas. E, por outro lado, se garantir que os planos futuros, já elaborados e aprovados, sejam respeitados e cumpridos, não havendo, por isso, necessidade alguma de se determinar judicialmente a inclusão na proposta de Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual de rubrica com valores financeiros suficientes para cumprimento de seus deveres, no tocante à educação.

Portanto, neste aspecto a improcedência da ação deve ser mantida.

Mas, voltando ao item 1, pelas razões já apontadas, impõe-se a reforma da sentença.

Se a própria administração, no seu plano Plurianual está se comprometendo a criar mais 150.000 vagas na área da educação infantil, para atender crianças de 0 a 5 anos e 11 meses, através de creches e pré-escolas, há que se entender que fez os estudos e previsões necessárias, de sorte que há que se entender que concluiu de que haverá recursos suficientes.

Apenas não detalhou o plano, quantas seriam as vagas criadas em cada ano, até o final de seu mandato, e é isso que ficou em aberto e que deve ser fixado.

Acrescente-se, para que não paire dúvida a respeito, que na medida em que o número de vagas foi fixado no PPA, não há como se pretender invocar a Lei do Plano Nacional da Educação, que prevê e está para manter o atendimento de apenas 50% da demanda até 2020.

O diagnóstico que foi feito pelo Ministério da Educação, para elaboração do projeto de lei, dizia que “a educação das crianças de zero a seis anos em estabelecimentos específicos de educação infantil vem crescendo no mundo inteiro e de forma bastante acelerada, em decorrência da necessidade da família contar com uma instituição que se encarregue do cuidado e da educação de seus filhos pequenos, principalmente quando os pais trabalham fora de casa, seja pelos argumentos advindos das ciências que investigaram o processo de desenvolvimento da criança. Se a inteligência se forma a partir do nascimento e se há “*janelas de oportunidade*” na infância quando um determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida, descuidar desse período significa desperdiçar um imenso potencial humano. Ao contrário, atendê-la com profissionais especializados capazes de fazer a mediação entre o que a criança já conhece e o que pode conhecer significa investir no desenvolvimento humano de forma inusitada. Hoje se sabe que há períodos cruciais no desenvolvimento,, durante os quais o ambiente pode influenciar a maneira como o cérebro é atividade para exercer funções em áreas como a matemática, a linguagem, a música. Se essas oportunidades forem perdidas, será muito mais difícil obter os mesmos resultados mais tarde. À medida que essa ciência da crianças se democratiza, a educação infantil ganha prestígio e interessados em investir nela. Não são apenas argumentos econômicos que tem levado governos, sociedade e famílias a investirem na atenção às crianças pequenas, Na base dessa questão está o direito ao cuidado e à educação a partir do nascimento. A educação é elemento constitutivo da pessoa e, portanto, deve estar presente desde o momento em que ela nasce, como meio e condição de formação, desenvolvimento, integração social e realização pessoal. Além do direito da criança, a Constituição Federal estabelece o direito dos trabalhadores, pais e responsáveis, à educação de seus filhos e dependentes de zero a seis anos. Mas o argumento social é o que mais tem pesado na expressão da demanda e no seu atendimento por parte

do Poder Público. Ele deriva das condições limitantes das famílias trabalhadoras, monoparentais, nucleares, das de renda familiar insuficiente para prover os meios adequados para os cuidados e educação de seus filhos pequenos e da impossibilidade de a maioria dos pais adquirirem os conhecimentos sobre o processo de desenvolvimento da criança que a pedagogia oferece. Considerando que esses fatores continuam presentes, e até mais agudos nesses anos recentes, é de se supor que a educação infantil continuará conquistando espaço no cenário educacional brasileiro, como uma necessidade social. Isso, em parte, determinará a prioridade que as crianças das famílias de baixa renda terão na política de expansão da educação infantil. No entanto é preciso evitar uma educação pobre para crianças pobres e a redução da qualidade à medida que se democratiza o acesso...”

Se é assim, e já que no Plano Plurianual se estabeleceu, como já dito, a meta de se criar 150.000 vagas para a educação infantil, há manifesta possibilidade de se antecipar a universalização do atendimento, nos Bairros que estão sujeitos à Jurisdição do Fórum do Jabaquara, a um período menor do que o proposto no Plano Nacional de Educação, pois, partindo-se dos dados lançados na inicial de que no ano de 2009 havia uma população de 14.166 crianças com idade entre 0 e 3 anos e de 7.262 crianças com idade entre 4 e 5 anos, totalizando 21.428 crianças, enquanto que a Municipalidade ofertava somente 7.366 vagas, sendo 2.358 em creches e 5.008 em pré-escolas), resta claro que as vagas para atender aquela região está contida no plano apresentado.

Assim, impõe-se que a municipalidade, até 2016, crie e disponibilize, naquela região, vagas para todas as crianças, tanto em creches como em pré-escolas, como postulado na inicial, devendo ser 50% das mesmas criadas e disponibilizadas no prazo de 18 meses e o restante até o fim do mencionado ano de 2016.

E neste aspecto é importante que se diga que o direito fundamental, que se está garantindo, é das crianças, que a

constituição não divide em classes sociais.

Desta forma, na medida em que não houve acordo a respeito, não há como se falar que a Municipalidade possa dar preferencialmente vagas para crianças que pertençam a famílias que estejam ganhando bolsa família, pois, com certeza, muitas delas, integrantes de outras, cujos pais trabalham e ganham o salário-mínimo ou até um pouco mais, têm o mesmo direito, e podem, eventualmente, apresentar, pelas características próprias de sua situação, maior necessidade e vulnerabilidade.

E não se está invadindo seara exclusiva da administração, com o que se está determinando, deve ser desde logo esclarecido.

Em lição que se aplica ao presente caso, o E. Supremo Tribunal Federal, no RE 229760/ DF - DISTRITO FEDERAL, reafirmou o entendimento no sentido de que deve ser considerada como norma de eficácia plena, o inciso IV do art. 208 do Magno Texto.

E naquela decisão invocou-se e transcreveu-se preciosa ementa do RE 410.715-AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que merece ser sempre mencionada:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO IMPROVIDO.

E como dito pelo Ministro Ayres Brito, com precisão no RE do Distrito Federal: *"a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas*

assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).”

“Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.”

“A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.”

“Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.”

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas

implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-09, Segunda Turma, DJE de 19-2-10; RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-09, Segunda Turma, DJE de 7-8-09.

Enfim, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas e de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007.

E não há como se invocar, também, a tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen), que assenta-se na idéia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilia nulla obligatio est), a uma porque a própria administração reconhece que tem recursos e mesmo que assim não fosse, a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo, que não é o caso.

Ademais, como já se afirmou, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preterir-la, já que não se submete a seu juízo discricionário e à sua vontade política.

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários, pois a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais.

Portanto, os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador.

Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e não há qualquer dúvida de que entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação.

E não se esqueça que os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.

Por isso mesmo, esta Câmara já sumulou (Súmula 63) o entendimento de que ***“É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”***

Também já se pacificou o entendimento de que o direito da criança ao ensino público é líquido e certo e que a decisão emanada do Judiciário para torná-lo efetivo não configura invasão de competência do Poder Executivo.

Por isso já se sumulou também:

Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades

educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.

E sobre este tema, já se pronunciou, por diversas vezes, esta Colenda Câmara Especial, bastando mencionar, entre outros:

"Mandado de Segurança. Sentença. Ordem concedida. Determinação de inclusão de criança em unidade de ensino infantil. Remessa oficial. Apelação da pessoa de direito público ré. Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e condições da ação presentes. Mérito conhecido e apreciado. Acesso a unidades de ensino infantil. Creche ou pré-escola. Direito à educação. Direito e garantia fundamental. Consagração em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Apelação e recurso de ofício não providos."
(Apelação nº 990.10.112422-0, Rel. Des. Ciro Campos).

APELAÇÃO – Obrigação de fazer - Sentença que obriga o Município a matricular criança em unidade de ensino infantil - Adequação da via processual eleita - Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República e da

discricionariedade administrativa – Necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) – Obrigações constitucionais que não se inserem na discricionariedade administrativa – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal que não pode ser condicionado, segundo critérios do administrador – Aplicação da Súmula 63, do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Adequação da fixação e do valor fixado a título de honorários advocatícios - Não provimento do recurso e do reexame necessário.” (Apelação nº 0073515-71.2010, Relatora Des. Maria Olívia Alves).

E não se pode olvidar de que o E. Superior Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, sendo lapidar a decisão:

“(...) a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.” (REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

Por fim, voltando ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, não se pode deixar de mencionar o que foi decidido no (ARE 639337 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011):

EMENTA: Criança de até cinco anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - Legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o Poder Público - Doutrina - Jurisprudência - Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, iv, na redação dada pela ec nº 53/2006) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) - Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - Proteção judicial de direitos sociais...”

Razão assiste aos recorrentes também quando clamam pelo estabelecimento da obrigação de manter o ensino com qualidade.

Na inicial de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, contra Ex-Prefeito deste Município, bem restou analisada esta questão, razão pela qual, como razão de decidir, transcrevo importantes assertivas lá lançadas:

“... No exame das contas da Pasta da Educação do ano de 2007, o Tribunal de Contas do Município, no TC n.º 72.002.112 815.08-56, já apontava que o Município estava adotando a política de expansão das vagas em creches pela priorização da contratação de

creches particulares conveniadas, sendo que o número de alunos em creches conveniadas (45.389) já superava o das creches municipais (34.993).

Ainda na referida análise, o Tribunal de Contas externou que tal opção administrativa apresentava indicadores de que as creches conveniadas, pela ausência de fiscalização e estabelecimento de exigências mínimas nos convênios pelo Poder Público, apresentavam baixo potencial de desempenho em termos de ensino, atuando como meras entidades assistenciais e não de educação. Baixo potencial de ensino e defasagem na aprendizagem decorrentes, principalmente, do alto percentual de 62% de professores que não possuíam a escolaridade mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), e do índice de 59,5 alunos/professor e 10,9 alunos por auxiliar. Índices incompatíveis com aqueles apresentados pelas creches diretas: 4,8 alunos por professor e 20,2 alunos por auxiliar e somente 0,2% professores não detentores da escolaridade mínima legal.

No julgamento das contas de 2008 da Secretaria Municipal da Educação, no processo TC nº 72.000.854-09-99, a Corte de Contas do Município, mais uma vez, apontou o não cumprimento das metas estabelecidas para a Educação Infantil e a demanda não atendida, e novamente assinalou as consequências negativas da opção política de expandir o número de vagas em creches pelo conveniamento, assim concluindo o nobre relator: “... **no período de 2004 a 2008, registrou-se redução de 3% nas vagas das creches da rede municipal direta**, ao passo que na rede conveniada as vagas aumentaram em 60%, tendo crescido em 165% os recursos destinados à rede conveniada...; que a não expansão da rede pública direta na proporção dos números da demanda, nos últimos anos, e a expressiva ampliação no número de convênios firmados evidenciam a adoção de uma política de oferta de vagas na educação infantil por meio de contratos com entidades parceiras privadas...”.

Na apreciação das contas do exercício de 2009, TC nº

72.000.759.10-00, novamente o Tribunal de Contas do Município, no que se refere à educação infantil, consta que as metas contidas no Plano Plurianual 2006/2009 de construção, reformas, ampliações e adaptações para acessibilidade de unidades educacionais para a educação infantil não foram atingidas. Consta também que:

1) A demanda na educação infantil não foi acompanhada pela expansão da Rede Pública direta, ampliando-se de forma expressiva o número de convênios. Conveniamento que apresenta as mesmas falhas apontadas nas análises dos anos anteriores, embora represente uma das ações em que mais foram empenhados recursos na Pasta da Educação.

2) Ao longo do quadriênio 2006/2009, o Poder Executivo não logrou cumprir as metas físicas de construção de escolas de educação infantil: 128 EMEIs previstas => 38 construídas; 142 CEIs previstas => 53 construídas;

3) Que não obstante sentenças com trânsito em julgado em ações judiciais que pleiteiam vagas na educação infantil, não há controle do atendimento dos comandos delas emanados, pois a Secretaria Municipal de Educação não soube informar ao Tribunal o número total dessas ações.

4) Que no quadriênio 2006/2009 o número de matriculados da Rede Municipal de Ensino foi reduzido em 61.250 alunos, **decréscimo de quase 6%**, fruto da redução de matrículas no ensino fundamental e na educação de jovens e adultos.

Das análises do Tribunal de Contas resta claro que, na ausência dos investimentos públicos necessários na construção e reforma dos prédios públicos nas áreas de maior concentração da demanda não atendida, o Poder Público passou a priorizar a política de expansão das vagas na educação infantil na rede conveniada.

Referida opção, contudo, como tem apontado o Tribunal de Contas, além de não oferecer serviço de ensino de qualidade pelo não estabelecimento de metas a serem alcançadas pelo particular, e ausência de fiscalização rigorosa do serviço pelo Poder Público, **não**

teve o condão de reduzir a demanda de forma minimamente satisfatória.

(http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/acaonajustica/acp_mp_improbidade%20ei.pdf, acessado em 21/11/13).

Em trabalho elaborado pelo Ministério da Educação e que está publicado no seu Portal, sob o título Indicadores da Qualidade na Educação infantil, restou ressaltado o reconhecimento, de que “... a ampliação do direito à educação a todas as crianças pequenas, desde seu nascimento, representa uma conquista importante para a sociedade brasileira. Porém, para que esse direito se traduza realmente em melhores oportunidades educacionais para todos e em apoio significativo às famílias com crianças até seis anos de idade, é preciso que as creches e as pré-escolas, que agora fazem parte integrante dos sistemas educacionais, garantam um atendimento de boa qualidade...”

O Dr. Fernando Haddad, quando Ministro da Educação, fez apresentação de um trabalho, elaborado pelo seu Ministério, denominado Parâmetros Nacionais de Qualidade para a Educação Infantil (dois volumes), onde restou consignado no segundo volume:

As instituições de Educação Infantil destinam-se às crianças, brasileiras e estrangeiras, sem distinção de gênero, cor, etnia, proveniência social, credo político ou religioso, com ou sem necessidades especiais. Cabe às gestoras e aos gestores das instituições de Educação Infantil permitirem a matrícula ao longo de todo o ano letivo, sempre que houver vaga disponível. Entretanto, matricular ou não uma criança de 0 até 6 anos na instituição de Educação Infantil é um ato de livre vontade das mães e dos pais e/ou responsáveis pelas crianças.

A Educação Infantil “tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até 6 anos de idade em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade” (art. 29 da LDB). A Política Nacional de Educação Infantil parte dessa finalidade para estabelecer como

uma de suas diretrizes a indissociabilidade entre o cuidado e a educação no atendimento às crianças da Educação Infantil....”

E, após o relato de diversos estudos e pesquisas, afirmou:

“O MEC”, no âmbito das suas atribuições, apresenta a seguir os Parâmetros de Qualidade para a Educação Infantil, com o intuito de estabelecer uma referência nacional a ser discutida e utilizada pelos sistemas de ensino na definição de padrões de qualidade locais para as instituições de Educação Infantil. É fundamental considerar que todos esses aspectos estão intrinsecamente relacionados no processo educacional. Entretanto, para facilitar a apresentação, os parâmetros estão organizados em seções distintas.

Quanto à proposta pedagógica das instituições de Educação Infantil:

1 As propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil contemplam princípios éticos, políticos e estéticos.

1.1 Contemplam os princípios éticos no que se refere à formação da criança para o exercício progressivo da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum.

1.2 Contemplam os princípios políticos no que se refere à formação da criança para o exercício progressivo dos direitos e dos deveres da cidadania, da criticidade e do respeito à ordem democrática.

1.3 Contemplam os princípios estéticos no que se refere à formação da criança para o exercício progressivo da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da diversidade de manifestações artísticas e culturais.

2 As propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil promovem as práticas de cuidado e educação na perspectiva da integração dos aspectos físicos, emocionais, afetivos, cognitivo/linguísticos e sociais da criança, entendendo que ela é um ser completo, total e indivisível.

2.1 Organizam intencionalmente as atividades das

crianças ora estruturadas, ora espontâneas e livres.

2.2 Promovem a interação entre as diversas áreas de conhecimento e os aspectos da vida cidadã, contribuindo para o provimento de conteúdos básicos necessários à constituição de conhecimentos e valores.

2.3 Preveem a intervenção das professoras e dos professores visando

a atender e as características e necessidades das crianças.

3 As propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil consideram que o trabalho ali desenvolvido é complementar à ação da família, e a interação entre as duas instâncias é essencial para um trabalho de qualidade.

3.1 Antes de a criança começar a frequentar a instituição de Educação

Infantil, são previstos espaços e tempos para que mães, pais, familiares e/ou responsáveis, professoras, professores, gestoras e gestores iniciem um conhecimento mútuo.

3.2 O período de acolhimento inicial (“adaptação”) demanda das professoras, professores, gestoras e gestores uma atenção especial com as famílias e/ou responsáveis pelas crianças, possibilitando, até mesmo, a presença de um representante destas nas dependências da instituição.

3.3 Professoras, professores, gestoras e gestores são atenciosos com mães, pais e familiares ou responsáveis, estando disponíveis cotidianamente para ouvir solicitações, sugestões e reclamações.

3.4 Informações sobre as atividades e o desenvolvimento da criança são disponibilizadas periodicamente para mães e pais e/ou responsáveis.

3.5 Mães e pais e/ou responsáveis opinam sobre o desenvolvimento da proposta pedagógica e a gestão da instituição.

4 As propostas pedagógicas explicitam o reconhecimento

da importância da identidade pessoal dos alunos, suas famílias, professores e outros profissionais e a identidade de cada unidade educacional nos vários contextos em que se situem.

4.1 Professoras, professores, gestoras e gestores desenvolvem atitudes mútuas e em relação às crianças e aos seus familiares de respeito à diversidade e orientam contra discriminação de gênero, etnia, opção religiosa, de indivíduos com necessidades educacionais especiais ou diante de composições familiares diversas e estilos de vida diversificados.

4.2 A intenção de respeitar e valorizar a diversidade de histórias, costumes, cultura local e regional é explicitada nas propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil.

4.3 O idioma falado nas instituições de Educação Infantil é o português, assegurada às comunidades indígenas a educação bilíngüe, e às comunidades fronteiriças, a interculturalidade.

5 As propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil consideram a inclusão como direito das crianças com necessidades educacionais especiais, contemplando:

5.1 estratégias, orientações e materiais específicos para o trabalho com crianças da Educação Infantil que apresentam deficiências sensoriais (surdez, cegueira ou distúrbio acentuado de linguagem), físicas, motoras e múltiplas;

5.2 estratégias, orientações e materiais específicos para o trabalho com crianças com idade cronológica para permanência na Educação Infantil que apresentam atraso de desenvolvimento decorrente de déficit de atenção e hiperatividade, problemas de comportamento, emocionais, psicomotores, cognitivos, dislexia e correlatos, entre outros;

5.3 formação continuada dos profissionais de Educação Infantil para atender as crianças com necessidades educacionais especiais;

5.4 espaços e equipamentos são adaptados para receber as crianças com necessidades educacionais especiais de acordo com a

Lei da Acessibilidade;

5.5 o aprendizado da Língua Brasileira de Sinais (Libras) para as crianças com deficiência auditiva.

6 As propostas pedagógicas são desenvolvidas com autonomia pelas instituições de Educação Infantil a partir das orientações legais.

6.1 A escolha das concepções, das metodologias e das estratégias pedagógicas é explicitada nas propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil e respeitam o estabelecido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil (Parecer CEB 22/98).

6.2 Professoras, professores, profissionais de apoio, especialistas, gestoras e gestores adotam posturas condizentes com os princípios expressos nas propostas pedagógicas das instituições de Educação Infantil.

6.3 A elaboração, a implementação, o acompanhamento e a avaliação das propostas pedagógicas seguem os princípios de participação, compromisso, contextualização, historicidade, unidade (na diversidade), intencionalidade, consistência, coerência, provisoriedade (dinamismo) e organização.

Quanto à gestão das instituições de Educação Infantil:

7 As instituições de Educação Infantil funcionam durante o dia, em período parcial ou integral, sem exceder o tempo que a criança passa com a família.

7.1 O funcionamento em período parcial implica o recebimento das crianças por no mínimo quatro horas por dia.

7.2 O funcionamento em período integral implica o recebimento das crianças por até no máximo dez horas por dia.

7.3 Os horários de entrada e saída das crianças são flexíveis, a fim de atender às necessidades de organização das famílias, podendo, portanto, exceder as orientações anteriores.

7.4 As instituições de Educação Infantil têm formas específicas de organização da proposta pedagógica, do tempo, dos espaços, dos materiais, conforme o período de atendimento.

7.5 O calendário letivo não precisa ater-se ao da escola de Ensino Fundamental, mas respeitar os dias de descanso semanal e os feriados nacionais, bem como garantir o período anual de férias para crianças e funcionários.

8 A organização em agrupamentos ou turmas de crianças nas instituições de Educação Infantil é flexível e deve estar prevista na proposta pedagógica da instituição.

8.1 Os grupos ou turmas de crianças são organizados por faixa etária (1 ano, 2 anos, etc.) ou envolvendo mais de uma faixa etária (0 a 2, 1 a 3, etc.).

8.2 A composição dos grupos ou das turmas de crianças leva em conta tanto a quantidade equilibrada de meninos e meninas como as características de desenvolvimento das crianças.

8.3 As crianças nunca ficam sozinhas, tendo sempre uma professora ou um professor de Educação Infantil para cada grupo ou turma, prevendo-se sua substituição por uma outra professora ou outro professor de Educação Infantil nos intervalos para café e almoço, para as faltas ou períodos de licença.

8.4 A relação entre o número de crianças por agrupamento ou turma e o número de professoras ou professores de Educação Infantil por agrupamento varia de acordo com a faixa etária:

- uma professora ou um professor para cada 6 a 8 crianças de 0 a 2 anos;
- uma professora ou um professor para cada 15 crianças de 3 anos;
- uma professora ou um professor para cada 20 crianças acima de 4 anos.

8.5 A quantidade máxima de crianças por agrupamento ou turma é proporcional ao tamanho das salas que ocupam.

9 A gestão das instituições de Educação Infantil é de

responsabilidade de profissionais que exercem os cargos de direção, administração, coordenação pedagógica ou coordenação- geral e que:

9.1 têm, no mínimo, o diploma de nível médio modalidade Normal e, preferencialmente, de nível superior (pedagogia);

9.2 são selecionados e avaliados a partir do conhecimento de seus direitos e deveres, do seu compromisso com a ética profissional e da dedicação permanente ao seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;

10 Os gestores ou gestoras atuam em estreita consonância com profissionais sob sua responsabilidade, famílias e representantes da comunidade local, exercendo papel fundamental no sentido de garantir que as instituições de Educação Infantil realizem um trabalho de qualidade com as crianças que a freqüentam.

10.1 Asseguram que as crianças de 0 até 6 anos sob sua responsabilidade sejam o principal foco das ações e das decisões tomadas.

10.2 Encaminham aos serviços específicos os casos de crianças vítimas de violência ou maus-tratos.

10.3 Organizam e participam do processo de elaboração, registro em documento escrito, implementação e avaliação das propostas pedagógicas, com o envolvimento de todos os profissionais da escola, das crianças, de suas famílias e/ou responsáveis e da comunidade local.

10.4 Divulgam sistematicamente, com clareza e transparência, critérios, normas e regras tanto para as famílias e/ou responsáveis pelas crianças matriculadas quanto para a equipe de profissionais que atuam nas instituições de Educação Infantil.

10.5 Utilizam-se da supervisão externa como instrumento para o aprimoramento do trabalho da equipe como um todo.

10.6 Formalizam canais de participação de profissionais sob sua responsabilidade e das famílias e/ou responsáveis na elaboração, na implementação e na avaliação das propostas pedagógicas.

10.7 Preocupam-se em cultivar um clima de cordialidade, cooperação e profissionalismo entre membros da equipe de profissionais que atuam nas instituições de Educação Infantil e as famílias e/ou responsáveis pelas crianças.

10.8 Desenvolvem programas de incentivo à educação e à formação regular e continuada dos membros da equipe de profissionais que atuam nas instituições de Educação Infantil.

10.9 Respeitam os direitos e asseguram o cumprimento dos deveres das professoras, dos professores e dos demais profissionais sob sua responsabilidade.

10.10 Respeitam e implementam decisões coletivas.

10.11 Possibilitam que mães, pais e familiares e/ou responsáveis tenham a oportunidade de visitar as instalações das instituições de Educação Infantil e de conhecer os profissionais que lá trabalham antes de matricular a criança.

10.12 Têm uma atenção especial com as famílias e/ou responsáveis durante o período de acolhimento inicial ("adaptação") das crianças, possibilitando, até mesmo, a presença de um representante destas nas dependências da instituição.

10.13 Orientam mães e pais e/ou responsáveis para dar às professoras e aos professores informações que julguem relevantes e fidedignas sobre a criança.

10.14 Criam as condições necessárias para obter as informações sobre a criança no período de matrícula.

10.15 Realizam encontros periódicos entre mães, pais, familiares e/ou responsáveis e profissionais da instituição de Educação Infantil, visando à qualidade da educação das crianças.

Quanto às professoras, aos professores e aos demais profissionais que atuam nas instituições de Educação Infantil:

11 Os profissionais que atuam diretamente com as crianças nas instituições de Educação Infantil são professoras e professores de Educação Infantil.

11.1 A habilitação exigida para atuar na Educação Infantil

é em nível superior, pedagogia ou modalidade normal, admitindo-se, como formação mínima, a modalidade normal, em nível Médio.

11.2 Professores sem a formação mínima exigida por lei que exercem funções de professora ou professor de Educação Infantil, quer sejam titulares ou auxiliares, obterão a formação exigida com o apoio da instituição onde trabalham. Caso atuem na rede pública, contarão também com o apoio dos sistemas de ensino.

11.3 Professoras e professores de Educação Infantil das instituições públicas são selecionados (as) por meio de concurso público para o cargo de professor de Educação Infantil.

11.4 A substituição eventual ou no período de férias/afastamento de um professor ou professora de Educação Infantil só poderá ser feita por outro profissional que tenha a formação exigida para atuar na área.

11.5 O conhecimento de seus direitos e deveres, o compromisso com a ética profissional e a dedicação constante ao seu aperfeiçoamento pessoal e profissional são características a ser consideradas na seleção e na avaliação das professoras e dos professores de Educação Infantil.

12 Tendo como função garantir o bem-estar, assegurar o crescimento e promover o desenvolvimento e a aprendizagem das crianças da Educação Infantil sob sua responsabilidade, as professoras e os professores de Educação Infantil:

12.1 asseguram que bebês e crianças sejam atendidos em suas necessidades de saúde: nutrição, higiene, descanso e movimentação;

12.2 asseguram que bebês e crianças sejam atendidos em suas necessidades de proteção, dedicando atenção especial a elas durante o período de acolhimento inicial ("adaptação") e em momentos peculiares de sua vida;

12.3 encaminham a seus superiores, e estes aos serviços específicos, os casos de crianças vítimas de violência ou maus-tratos;

12.4 possibilitam que bebês e crianças possam exercer a

autonomia permitida por seu estágio de desenvolvimento;

12.5 auxiliam bebês e crianças nas atividades que não podem realizar sozinhos;

12.6 alternam brincadeiras de livre escolha das crianças com aquelas propostas por elas ou eles, bem como intercalam momentos mais agitados com outros mais calmos, atividades ao ar livre com as desenvolvidas em salas e as desenvolvidas individualmente com as realizadas em grupos;

12.7 organizam atividades nas quais bebês e crianças desenvolvam a imaginação, a curiosidade e a capacidade de expressão em suas múltiplas linguagens (linguagem dos gestos, do corpo, plástica, verbal, musical, escrita, virtual);

12.8 possibilitam que bebês e crianças expressem com tranquilidade sentimentos e pensamentos;

12.9 realizam atividades nas quais bebês e crianças sejam desafiados a ampliar seus conhecimentos a respeito do mundo da natureza e da cultura;

12.10 organizam situações nas quais seja possível que bebês e crianças diversifiquem atividades, escolhas e companheiros de interação;

12.11 criam condições favoráveis à construção do autoconceito e da identidade pela criança em um ambiente que expresse e valorize a diversidade estética e cultural própria da população brasileira;

12.12 intervêm para assegurar que bebês e crianças possam movimentar-se em espaços amplos diariamente;

12.13 intervêm para assegurar que bebês e crianças tenham opções de atividades e brincadeiras que correspondam aos interesses e às necessidades apropriados às diferentes faixas etárias e que não esperem por longos períodos durante o tempo em que estiverem acordados;

12.14 garantem oportunidades iguais a meninos e meninas, sem discriminação de etnia, opção religiosa ou das crianças

com necessidades educacionais especiais;

12.15 valorizam atitudes de cooperação, tolerância recíproca e respeito à diversidade e orientam contra discriminação de gênero, etnia, opção religiosa ou às crianças com necessidades educacionais especiais, permitindo às crianças aprender a viver em coletividade, compartilhando e competindo saudavelmente.

13 A equipe de profissionais da instituição de Educação Infantil, composta por gestoras, gestores, professoras e professores, pode ser acrescida de outros profissionais:

13.1 de apoio (cozinha, limpeza, secretaria), desde que tenham a formação necessária para o exercício de suas funções;

13.2 especialistas para assessorias ou para auxiliar a formação continuada de professoras e professores de Educação Infantil;

13.3 O conhecimento de seus direitos e deveres e sobre a temporalidade da infância, o compromisso com a ética profissional e a dedicação constante ao seu aperfeiçoamento pessoal e profissional são características a serem consideradas na seleção e na avaliação das professoras e dos professores de Educação Infantil.

Quanto às interações de professoras, professores, gestores, gestoras e demais profissionais das instituições de Educação Infantil:

14 Gestoras, gestores, professoras e professores, profissionais de apoio e especialistas das instituições de Educação Infantil estabelecem entre si uma relação de confiança e colaboração recíproca.

14.1 Elaboram e/ou recebem informações sobre a proposta pedagógica da instituição de Educação Infantil antes de nela começar a trabalhar.

14.2 Desenvolvem atitudes mútuas de compreensão e respeito a solicitações, sugestões e reclamações.

14.3 Promovem e/ou participam de encontros coletivos periódicos.

14.4 Têm a responsabilidade de respeitar as regras estabelecidas nas instituições às quais estão vinculados.

14.5 Participam ativamente da implementação e da avaliação da proposta pedagógica e da gestão da instituição.

14.6 Garantem as condições de trabalho necessárias ao desempenho de suas funções: tempo, espaço, equipamentos e materiais.

14.7 Participam de programas de formação regular e continuada promovidos pelos sistemas de ensino ou pelas instituições nas quais trabalham.

14.8 Disponibilizam entre si informações relevantes para a realização de suas funções.

Quanto à infraestrutura das instituições de Educação Infantil:

15 Espaços, materiais e equipamentos das Instituições de Educação Infantil destinam-se prioritariamente às crianças:

15.1 são construídos e organizados para atender às necessidades de saúde, alimentação, proteção, descanso, interação, conforto, higiene e aconchego das crianças matriculadas;

15.2 adequam-se ao uso por crianças com necessidades especiais, conforme a Lei de Acessibilidade (Lei nº 10.098, de 19/12/2000);

15.3 propiciam as interações entre as crianças e entre elas e os adultos;

15.4 instigam, provocam, desafiam a curiosidade, a imaginação e a aprendizagem das crianças;

15.5 são disponibilizados para o uso ativo e cotidiano das crianças;

15.6 Professoras e professores das instituições de Educação Infantil responsabilizam-se pelo uso adequado dos equipamentos e dos materiais pelas crianças e pela conservação destes.

15.7 As paredes são usadas para expor as produções das

próprias crianças ou quadros, fotos, desenhos relacionados às atividades realizadas visando a ampliar o universo de suas experiências e conhecimentos.

15.8 As cores e as tonalidades de paredes e mobílias são escolhidas para tornar o ambiente interno e externo das instituições de Educação Infantil mais bonito, instigante e aconchegante.

15.9 O mobiliário, os materiais e os equipamentos são organizados para tornar os diferentes espaços da instituição de Educação Infantil mais aconchegantes e confortáveis.

15.10 Os materiais didático-pedagógicos, bem como os equipamentos e os brinquedos, são escolhidos com o intuito de não trazer problemas de saúde às crianças.

16 Espaços, materiais e equipamentos presentes na instituição de Educação Infantil destinam-se, também, às necessidades das famílias e/ou responsáveis pelas crianças matriculadas e dos profissionais que nela trabalham:

16.1 são construídos e organizados para atender às necessidades de saúde, segurança, descanso, interação, estudo, conforto, aconchego de profissionais e familiares e/ou responsáveis pelas crianças;

16.2 adequam-se ao uso por adultos com necessidades especiais;

16.3 são previstos espaços para o acolhimento das famílias e/ou responsáveis, tais como local para amamentação, para entrevistas e conversas mais reservadas e para reuniões coletivas na instituição de Educação Infantil;

16.4 é prevista a instalação de um quadro de avisos ou similar em local de fácil visualização na entrada e nas salas da instituição de Educação Infantil.

16.5 são destinados espaços diferenciados para as atividades das crianças, para a dos profissionais, para os serviços de apoio e para o acolhimento das famílias e/ou responsáveis.

A Constituição da República, aliás, em seu artigo 206, ao

estabelecer os princípios a serem observados na área da educação, deixou consignado no inciso VII, a garantia de padrão de qualidade.

E pelo que se viu, longe de seguir as orientações do MEC a municipalidade de São Paulo, vem oferecendo, ao lado de alguns serviços de excelência, outros, no dizer do Tribunal de Contas, em especial através das conveniadas com baixo potencial de desempenho em termos de ensino, atuando como meras entidades assistenciais e não de educação. Baixo potencial de ensino e defasagem na aprendizagem decorrentes, principalmente, do alto percentual de 62% de professores que não possuíam a escolaridade mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), e do índice de 59,5 alunos/professor e 10,9 alunos por auxiliar. Índices incompatíveis com aqueles apresentados pelas creches diretas: 4,8 alunos por professor e 20,2 alunos por auxiliar e somente 0,2% professores não detentores da escolaridade mínima legal.

O Professor César Calegari, como Presidente da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, após homologação do Ministro da Educação, atual Prefeito de São Paulo, editou a Resolução 5, de 17 de dezembro de 2009, instituindo as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil a serem observadas na organização de propostas pedagógicas na Educação, regrando que o currículo da Educação Infantil é concebido como um conjunto de práticas que buscam articular as experiências e os saberes das crianças com os conhecimentos que fazem parte do patrimônio cultural, artístico, ambiental, científico e tecnológico, de modo a promover o desenvolvimento integral de crianças de 0 a 5 anos de idade, salientando que é dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção, estabelecendo como princípios das propostas pedagógicas: I – Éticos: da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum, ao meio ambiente e às diferentes culturas, identidades e singularidades. II – Políticos: dos direitos de cidadania, do exercício da criticidade e do respeito à ordem democrática. III –

Estéticos: da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da liberdade de expressão nas diferentes manifestações artísticas e culturais.

E o que é mais importante, dizendo que na observância das diretrizes estabelecidas, a proposta pedagógica deve garantir o cumprimento pleno de sua função sociopolítica e pedagógica: I - oferecendo condições e recursos para que as crianças usufruam seus direitos civis, humanos e sociais II - assumindo a responsabilidade de compartilhar e complementar a educação e cuidado das crianças com as famílias; III - possibilitando tanto a convivência entre crianças e entre adultos e crianças quanto a ampliação de saberes e conhecimentos de diferentes naturezas; IV - promovendo a igualdade de oportunidades educacionais entre as crianças de diferentes classes sociais no que se refere ao acesso a bens culturais e às possibilidades de vivência da infância; V - construindo novas formas de sociabilidade e de subjetividade comprometidas com a ludicidade, a democracia, a sustentabilidade do planeta e com o rompimento de relações de dominação etária, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa.

E tudo com o objetivo, como consta de seu artigo 8º, de garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças, prevendo condições para o trabalho coletivo e para a organização de materiais, espaços e tempos que assegurem: I - a educação em sua integralidade, entendendo o cuidado como algo indissociável ao processo educativo; II - a indivisibilidade das dimensões expressivo-motora, afetiva, cognitiva, linguística, ética, estética e sociocultural da criança; III - a participação, o diálogo e a escuta cotidiana das famílias, o respeito e a valorização de suas formas de organização; IV - o estabelecimento de uma relação efetiva com a comunidade local e de mecanismos que

garantam a gestão democrática e a consideração dos saberes da comunidade; V - o reconhecimento das especificidades etárias, das singularidades individuais e coletivas das crianças, promovendo interações entre crianças de mesma idade e crianças de diferentes idades; VI - os deslocamentos e os movimentos amplos das crianças nos espaços internos e externos às salas de referência das turmas e à instituição; VII - a acessibilidade de espaços, materiais, objetos, brinquedos e instruções para as crianças com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação; VIII - a apropriação pelas crianças das contribuições histórico-culturais dos povos indígenas, afrodescendentes, asiáticos, europeus e de outros países da América; IX - o reconhecimento, a valorização, o respeito e a interação das crianças com as histórias e as culturas africanas, afro-brasileiras, bem como o combate ao racismo e à discriminação; X - a dignidade da criança como pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de violência – física ou simbólica – e negligência no interior da instituição ou praticadas pela família, prevendo os encaminhamentos de violações para instâncias competentes.

Desta forma, existem parâmetros mínimos a serem observados, tanto na rede já existente, como nas unidades que vierem a ser criadas e disponibilizadas.

Portanto, impõe-se que seja dado provimento parcial ao agravo regimental, para se acolher a apelação, no tocante ao item 1, e impor à municipalidade a obrigação de, no prazo de 18 meses, matricular, criando e disponibilizando, para tanto, 50% das vagas necessárias, em creches e em pré-escolas, e até 31 de dezembro de 2016, mais 50%, de forma a garantir que todas as crianças, da região submetida à jurisdição do Fórum do Jabaquara, sejam assistidas, matriculadas e recebam educação adequada e com qualidade, observando-se, para isso, as regras mínimas ditadas pelo Conselho Nacional de Educação, sem prejuízo das que forem estabelecidas a mais pelo próprio Município.

E a qualidade deve ser, no tocante, às unidades existentes e em funcionamento, imediatamente postas em execução, em especial nas conveniadas.

Para acompanhamento do cumprimento das obrigações que estão sendo impostas à Municipalidade e para ajudar o Juízo do Processo na fase de execução, designo a Coordenadoria da Infância e da Juventude deste Tribunal de Justiça, como monitora (e que consultada já se prontificou a tanto) cabendo-lhe articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, forma de acompanhar o cumprimento do julgado, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado.

O monitoramento, de caráter administrativo, fornecerá ao Juízo informações bimestrais, sobre o cumprimento do julgado, para as providências que se fizerem necessárias.

O monitoramento ora estabelecido não tira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.

Não vejo necessidade, agora, de fixar multa diária, no tocante as obrigações impostas, mesmo porque está se estabelecendo uma forma de monitoramento, que poderá ser mais eficaz. Ademais, se necessário, a qualquer momento o Juiz do processo, durante a execução, poderá fixar astreintes, para compelir os gestores a cumprir as determinações.

Em face de tais razões e nos limites estabelecidos, pelo meu voto, dou parcial provimento ao agravo regimental.

SAMUEL JÚNIOR

Desembargador Relator

Presidente da Seção de Direito Público

(Assinatura eletrônica)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinário e Especial/ Medidas Cautelares Incidentais
nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000

Recte: Município de São Paulo

Recdos: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação e outros

Vistos.

O Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário, fls. 1302/1316, com fundamento no artigo 102, III, "a", da Constituição Federal, e recurso especial, fls. 1318/1327vº, fundado no artigo 105, III, "a", da Constituição Federal, contra o acórdão, fls. 1208/1255, que, por maioria de votos, deu parcial provimento ao agravo regimental interposto contra a decisão monocrática de fls. 964/975, que deu parcial provimento ao recurso voluntário tirado da sentença que, por sua vez, julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada pelos recorridos, compelindo o Município a matricular 94 (noventa e quatro) crianças, fls. 286/298, em unidades de ensino localizadas em distância não superior a 2 Km (dois quilômetros) de suas residências, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por dia de descumprimento em relação a cada uma das crianças e, em razão da sucumbência, rateou em proporções iguais o pagamento das custas e despesas processuais, arcando, ainda, cada parte com o pagamento dos honorários advocatícios de seus respectivos patronos.

Alega, no recurso extraordinário, que o tema discutido na demanda possui repercussão geral, bem como violação aos artigos 2º; 30, VI; 208, I e IV; 211, § 2º, e 214, II, todos da Constituição Federal.

No recurso especial, sustenta, em suma, violação aos artigos 2º, 128, 460, 461, e 535, I e II, todos do Código de Processo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICE-PRESIDÊNCIA

Civil, e ao artigo 3º da lei 7.347/85.

O Município de São Paulo requereu, ainda, medidas cautelares incidentais, com pedidos de liminar, fls. 1329/1335vº e 1750/1756, nos termos dos artigos 796 e seguintes do Código de Processo Civil, objetivando a atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial interpostos.

Foram opostos embargos de declaração, fls. 1260/1281, que foram rejeitados pelo acórdão de fls. 1285/1290.

Foram apresentadas contrarrazões, fls. 2178/2209 e 2211/2241, e a Procuradoria Geral de Justiça, em seus pareceres, manifestou-se pelo não conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo não provimento, fls. 273/274 e fls. 275/277.

É o relatório.

Tendo em vista que o exame de admissibilidade dos recursos somente será realizado nesta oportunidade, passa-se, inicialmente, à análise das medidas cautelares requeridas para atribuição de efeito suspensivo aos mencionados recursos.

Nesse sentido: “A competência para analisar eventual medida cautelar em recurso especial, ainda não admitido pelo Tribunal *a quo*, é do Presidente daquela Corte e não deste Tribunal Superior” (RSTJ 180/487: 5ª T., MC 5.166- AgRg).

De início, o provimento parcial do agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que havia mantido a sentença, no sentido de reconhecer o direito à matrícula em creche apenas às crianças identificadas às fls. 286/298, impôs ao Município a obrigação de criar e disponibilizar vagas suficientes ao atendimento de todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses que demandem pela inclusão em instituições de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do Foro Regional do Jabaquara, Comarca da Capital.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICE-PRESIDÊNCIA

Ainda que a decisão tenha previsto o prazo de 18 meses para a criação e disponibilização de 50% das vagas necessárias em creches e pré-escolas e, até 31 de dezembro de 2016, para a disponibilização do restante, evidente a plausibilidade do direito invocado pelo Município, que possui recursos limitados para atendimento às inúmeras demandas sociais dos munícipes.

Mesmo levando em consideração a prioridade que se deve atribuir à educação, sobretudo diante das normas constitucionais, relacionadas ao tema, que possuem eficácia plena e aplicação imediata, não se pode negar a dificuldade do administrador em suprir a carência de vagas no prazo estabelecido.

Além disso, presente o risco de dano, diante da viabilidade, em tese, de eventual provimento dos recursos especial e extraordinário, porém não em tempo hábil o suficiente para evitar o advento do termo final fixado para cumprimento da obrigação, com risco de prejuízo às demais necessidades atendidas pelo Município.

Nota-se, portanto, que sem a concessão do efeito suspensivo aos recursos, o seu eventual provimento não traria o resultado esperado pelo recorrente, visto que a execução do julgado tornaria inócuo o julgamento dos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores.

De outra parte, a concessão de efeito suspensivo aos recursos não prejudicará as crianças que individualmente venham a pleitear vagas, seja administrativa ou judicialmente.

Assim, presentes a plausibilidade dos fundamentos dos recursos e o risco concreto de dano, de rigor a concessão da liminar pleiteada nas medidas de natureza cautelar requeridas pelo Município, devendo ser atribuído efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos.

No mais, o recurso extraordinário deverá ficar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICE-PRESIDÊNCIA

sobrestado para que se aguarde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do agravo de instrumento nº 761.908/SC, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 25.5.2012, cuja decisão foi a seguinte:

“AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEVER DO ESTADO DE ASSEGURAR O ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE.

... Entendo que a questão constitucional ultrapassa nitidamente os interesses subjetivos da causa, tendo sido, inclusive, objeto de apreciação de ambas as Turmas da Corte. O julgamento, porém, não se fez sob o ângulo da repercussão geral. Assim, visando à racionalização própria do instituto, manifesto-me pela existência da repercussão geral da questão, submetendo esse entendimento à apreciação dos demais Ministros da Corte.”

O Ministro Marco Aurélio pronunciou-se no seguinte sentido:

“POLÍTICAS PÚBLICAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – ORDEM CONCEDIDA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

... No mais, há de definir-se o tema de fundo sob o ângulo constitucional, valendo notar a possibilidade de o Judiciário pronunciar-se no campo dos direitos inerentes à cidadania, mesmo envolvida certa política pública.

3. Admito como configurada a repercussão geral.”.

Observe-se, quanto à viabilidade da concessão da tutela de urgência mesmo ao recurso sobrestado, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

“Ação cautelar. Recurso extraordinário sobrestado em decorrência da existência de repercussão geral de questão constitucional, sem formulação de juízo (positivo ou negativo) de admissibilidade. Indeferimento, pelo Tribunal de origem, do pedido de tutela de urgência. Dano iminente e grave, capaz de comprometer o direito material vindicado pela empresa contribuinte. Exercício excepcional, pelo Supremo Tribunal Federal, do poder geral de cautela. Contexto que enseja a outorga excepcional de provimento cautelar.”(STF – 2ª T., AC 2.168 – MC, Min. Celso de Mello, j. 4.11.08, DJ 19.9.13, “in” Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotônio Negrão, 46ª edição, Ed. Saraiva, p. 2118).

O recurso especial, por sua vez, reúne condições de

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VICE-PRESIDÊNCIA

admissibilidade, devendo ser processado.

Os dispositivos legais invocados pelo recorrente, artigos 2º; 128; 460; 461, e 535, I e II, todos do Código de Processo Civil, e artigo 3º da lei 7.347/85, foram apreciados, ainda que implicitamente, pelo acórdão recorrido, cumprindo a exigência dos Tribunais Superiores.

Presente, pois, a condição essencial para o processamento do recurso, que consiste no prequestionamento viabilizador da instância excepcional.

Não incidem, por outro lado, óbices sumulares ou regimentais.

Do exposto, julgam-se procedentes as medidas cautelares, a fim de conceder o efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, determina-se o sobrestamento do recurso extraordinário, com fundamento no artigo 543-B do Código de Processo Civil e, por fim, dá-se seguimento ao recurso especial.

São Paulo, 19 de maio de 2015.

EROS PICELI
Vice-Presidente do Tribunal de Justiça