

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 Prof^a 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.

Catálogo 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 Judiciary 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.

2 ESTUDO DE CASO

2.1 O direito à educação infantil

Conforme determina a Constituição Federal, toda criança com idade entre 0 e 5 anos tem direito à educação infantil em creches e pré-escolas, sendo dever do Estado assegurar a gratuidade, a qualidade e o acesso indiscriminado. Trata-se de direito fundamental social previsto nos artigos 6º e 7º, inciso XXV, e artigo 208, inciso IV.

A disponibilização de creches e pré-escolas é atribuição prioritária dos Municípios, que contam com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União (artigos 30, inciso VI, e 211, parágrafos 1º e 2º).

Com a vinda da Emenda Constitucional nº 59, em 2009⁶, a educação básica obrigatória foi estendida, iniciando-se a partir dos 4 anos de idade, o que equivale à exigência de matrícula compulsória na etapa pré-escolar, sob pena de responsabilidade das autoridades competentes, nos termos do artigo 208, inciso I e parágrafo 2º, da Constituição Federal.

A Lei Municipal nº 14.127/2006⁷ obrigou o Município de São Paulo a registrar solicitações de vagas em todas as unidades de ensino e a divulgar as informações atualizadas sobre a demanda escolar, o que vem sendo feito desde o ano de 2007 e permite avaliar a evolução da demanda não atendida.

Com base nessa legislação, para que uma criança tenha acesso à educação infantil na cidade de São Paulo, é necessário o preenchimento de um cadastro disponibilizado pelo site da Prefeitura do Município. Referido cadastro é unificado e a criança

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm, site acessado no dia 16/05/2015.

⁷ Disponível em http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=06012006L%20141270000, site consultado no dia 16/05/2015.

permanece aguardando, em uma fila única, a abertura de uma vaga em creche ou escola infantil próxima à residência da família⁸.

Conforme o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010⁹, residiam no Município de São Paulo 714.891 crianças com idade de matrícula em creche e 298.503 com idade de matrícula em pré-escola. No mesmo ano, de acordo com o censo escolar (MEC/INEP), existiam no Município de São Paulo, somando-se instituições públicas e privadas, 245.182 matrículas em creches e 252.206 matrículas em pré-escolas¹⁰.

O que se verifica por esses dados é que as matrículas registradas em creche correspondiam a apenas 34,3% das crianças na faixa etária. De acordo com os dados oficiais, a demanda não atendida chegou, em junho de 2012, a 148.185 crianças com idade até 4 anos incompletos e a 6.328 crianças com idade entre 4 anos completos e 6 anos, totalizando 154.513 crianças.

Projetando-se esses dados para o ano de 2014, a estimativa era de que o Município de São Paulo teria oferta de vagas para apenas 39% da população. Ou seja, a constatação de ineficiência no atendimento é clarividente, não somente no aspecto da falta de vagas, que deveriam ser oferecidas, como também da falta de planejamento e de qualidade da educação ofertada.

A situação de precariedade do direito à educação infantil no Município de São Paulo é bastante conhecida e tomou significativa importância nos últimos anos, em razão da população paulistana enfrentar um grande déficit de vagas para ter acesso à educação infantil.

As razões apresentadas pela Prefeitura para justificar a falta de vagas no ensino infantil são diversas e não podem ser desconsideradas. A falta de verbas no orçamento municipal aparece como a grande vilã, mas, além desta, outras razões são apontadas pelo agente público para explicar a razão pela qual o déficit de vagas

⁸ Disponível em <http://www.capital.sp.gov.br/portal/secoes/nav-cidadao/#/MSwzNCw5MzUsNzM4>, site consultado no dia 27/10/2016.

⁹ Disponível em <http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=355030&search=sao-paulo|sao-paulo|infograficos:-informacoes-completas>, site consultado no dia 27/10/2016.

¹⁰ Disponível em <http://portal.inep.gov.br/basica-censo>, site consultado no dia 27/10/2016.

alcançou o número recorde de 187.535 no ano de 2014¹¹, tais como: falta de locais para instalação de creches e escolas infantis, necessidade de desapropriação de bens imóveis privados a alto custo para o Município, além da morosidade na tramitação desse tipo de processo judicial.

Mas o problema se mostra ainda maior diante da falta de transparência com relação aos dados reais relacionados ao oferecimento da educação infantil pela Prefeitura do Município de São Paulo. Por essa razão o Ministério Público de São Paulo abriu inquérito civil que tem como objetivo colher subsídios a respeito do projeto e das ações da Prefeitura de maneira global, para buscar dados precisos e transparentes sobre financiamento, ampliação da rede de atendimento, parâmetros operacionais, critérios de qualidade, cronograma, dificuldades alegadas e medidas de gestão para superá-las. Dentre os questionamentos formulados à Prefeitura no inquérito civil, e que até o momento não foram respondidos pela Prefeitura, estão indagações sobre a demanda real (não apenas a demanda oficialmente cadastrada, mas tendo-se em conta a população em idade para frequentar creche ou pré-escola); indagações sobre a formação legalmente exigida dos professores das redes direta e conveniada de educação infantil; qual é o custo inicial, por aluno, hoje considerado pelo município nas redes direta e conveniada; quais serão os recursos investidos para construção de novos equipamentos de educação infantil nos próximos quatro anos; dentre outros¹².

O cenário é, portanto, de evidente crise quanto à correta execução dessa política pública pelo Município de São Paulo, o que levou à inevitável judicialização dessa questão.

Essa situação implicou a propositura de numerosas ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creches e escolas de educação infantil. Acolhidas – e não podia ser diferente –, tais ações desorganizaram por inteiro a fila de espera, criando situação ainda mais danosa, qual seja, os beneficiados pelas decisões judiciais além de alterarem a composição da fila, são, muitas vezes, incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado.

¹¹ Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/12/1557403-fila-da-creche-em-sao-paulo-bate-recorde-sob-a-administracao-haddad.shtml>, site consultado no dia 27/10/2016.

¹² Conferir em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/.../noticiasMP.falta%20de%20vagas.docx, site consultado em 11/11/2016.

2.2 Judicialização da política pública

O direito à educação infantil é direito fundamental social decorrente de norma constitucional completa e acabada¹³, e, sob essa ótica, o cenário fático demonstrado acima é de clara violação a esse direito fundamental, diante da alarmante situação de execução dessa política pública no Município de São Paulo. Resta legitimada, assim, a intervenção do Poder Judiciário para a devida correção, desde que provocado para tanto.

Diversos estudos de jurisprudência focados no tema da educação infantil demonstram que há um padrão decisório do Poder Judiciário Paulista, a partir das numerosas ações judiciais que tinham como pedido a disponibilização de vagas em creches e escolas infantis pelo Município de São Paulo.

Em regra, as demandas de caráter individual – ou individual homogêneo – são deferidas, enquanto as demandas coletivas são indeferidas¹⁴.

Os principais argumentos para o indeferimento das demandas coletivas, em breve síntese, são:

- i) a reserva do possível;
- ii) a separação dos poderes;
- iii) discricionariedade administrativa;
- iv) e, nas demandas que continham pedidos de reconhecimento de direito fundamental coletivo (todas as crianças demandantes em uma determinada jurisdição) ou difuso (todas as crianças que venham a demandar), além dos argumentos acima, apareciam

¹³ O direito à educação na Constituição Federal foi elevado à categoria de direito fundamental (conforme art. 6º C.C. art. 205) e caracterizado como serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos. O artigo 5º, parágrafo 1º, por sua vez, prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Conforme observa Flávia Piovesan “Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Este princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos e prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2005, p. 59).

¹⁴ 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.

também como motivação a impossibilidade jurídica do pedido (pedidos genéricos), indeterminados ou pedidos futuros, por entender-se que havia apenas uma expectativa de violação ao direito, ainda não materializada¹⁵.

O panorama começa a se alterar no ano de 2005, quando decisões do Supremo Tribunal Federal passam a definir a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”¹⁶.

Da análise de numerosos julgados sobre essa matéria, verifica-se uma uniformização dos julgados do Tribunal de Justiça Paulista a partir de 2006, nas ações que tinham como pedido demanda por matrícula de crianças. A Corte Paulista passa a reconhecer, com fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal, todos os pedidos individuais de vagas, sejam em ações ordinárias, em mandados de segurança ou em ações civis públicas com lista delimitada de crianças. Mas persiste a resistência aos pedidos provenientes de ações coletivas, com forte rejeição às ações de caráter difuso ou que detenham pedido específico concernente as políticas públicas (tais como ampliação da rede, previsão orçamentária, planejamento).

Assim foram editadas três Súmulas pelo Tribunal Paulista a respeito da questão, que transmitem o que hoje resta como matéria pacificada nesse órgão:

Súmula 63: “É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território.”

¹⁵ Análise feita em Parecer emitido pelos Drs. Salomão B. Ximenes e Alessandra Gotti, que pertencem ao GTIEI – Grupo de Trabalho Interinstitucional em Educação Infantil. O GTIEI é formado por: ONG Ação Educativa, Defensoria Pública de São Paulo, GEDUC do Ministério Público, Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Rubens Naves, Santos Jr. Advogados e Hesketh Advogados. O parecer foi encartado nos autos das Ações Civis Públicas propostas pelo Movimento Creche para Todos, Apelação Cível nº 0150735-64-2008-8.26002.

¹⁶ Cite-se, como exemplo: “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 0 a 6 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” (RE 410715, AgR/SP, julgado em 22/11/2005).

Súmula 64: “O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança.”

Ainda, pacificando o entendimento de que o direito da criança ao ensino público é direito líquido e certo e que a decisão do Poder Judiciário para torná-lo efetivo não configura invasão de competência do Poder Executivo, o Tribunal Paulista editou a seguinte súmula:

Súmula 65: “Não violam princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anuidade 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.”

Ainda que se obtenha, por via das ações individuais ou individuais homogêneas, o deferimento do pedido para obtenção de vaga em creche ou pré-escola, somente isso não resolve o problema de implementação da política pública como um todo. No Município de São Paulo há uma lista de espera pública de matrículas de crianças, organizada em cada um dos 477 setores educacionais – regulamentada na Portaria SME nº 5.033, de 10 de outubro de 2011.

O que se vê em termos práticos é que as liminares e sentenças concessivas provocam uma alteração na ordem de chamada, ou seja, a ordem judicial tem o condão apenas de “furar” a ordem cronológica da fila de espera¹⁷. Assim, da forma como está hoje, o Poder Judiciário não resolve a situação, pois sua decisão carece de efetividade (a criança continuará aguardando a abertura de uma vaga), sem contar que ele, Judiciário, não altera a política pública, o que deveria ser o seu papel no Estado Social.

Pior ainda se mostra a questão do ponto de vista das ações coletivas, notadamente as que detenham pedidos de ordem difusa, já que a resistência do Poder Judiciário, nestes casos, se mostra ainda maior e justificada em razões de ordem processual, como impossibilidade jurídica do pedido, por exemplo, dentre outras.

¹⁷ Disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/com-fila-de-127-mil-criancas-em-sp-pais-vao-a-justica-pedir-vaga-em-creche.htm>, site consultado em 11/11/2016.

No entanto, uma dessas ações, a que tem por objeto a obtenção de vagas em creches para 736 crianças, acabou tendo uma trajetória diferente das demais, levando a uma inédita decisão do Tribunal Paulista, e, por essa razão, foi escolhida como estudo de caso a ser desenvolvido nessa dissertação.

2.3 “O Caso das Creches de São Paulo”, ou Acórdão nº 0150735-64-2008-8.26002

Neste tópico será objeto de análise a decisão judicial proferida na Apelação de nº 0150735-64-2008-8.26002, prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 16 de dezembro de 2013, conhecida como “Caso das Creches de São Paulo”.

O Acórdão foi proferido no bojo de ação civil pública ajuizada em 5 de setembro de 2008, movida 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.

Por unanimidade, decidiu a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de voto de seu Desembargador Decano Walter de Almeida Guilherme, dar provimento parcial ao recurso de apelação interposto pelas Autoras, pelo qual condenou o Município de São Paulo a criar 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo de três anos.

A decisão foi dada em meio a uma das maiores crises de acesso à educação infantil vivenciada por parcela significativa da comunidade paulistana, manifestada pela falta de mais de 100.000 (cem mil) vagas em creches e pré-escolas do Município.

A decisão foi proferida dentro de um contexto de forte crise na execução da política pública de acesso à educação infantil pelo Município de São Paulo, mostrando-se de relevante importância a intervenção do Poder Judiciário, naquele momento, na tentativa de realinhamento da mesma.

Agora, passar-se-á a um relato mais detalhado e análise dessa decisão judicial propriamente dita.

A ação civil pública continha os seguintes pedidos liminares:

- (1) fixação de 180 dias, ou outro prazo, para que a Municipalidade de São Paulo efetuasse a construção de 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);
- (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 dos itens 1 e 2, destinado ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança.

No mérito, a ação continha os seguintes pedidos:

- (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;
- (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) imposição de 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.

Houve uma primeira sentença nos autos que decretou a extinção da ação, sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, posto que a aceitação do mesmo representaria invasão a discricionariedade do Poder Executivo.

Em maio de 2009, em sede de julgamento de recurso de apelação interposto pelas entidades Autoras (Apelação nº 175.158-0/3-00, Desembargador Relator Martins Pinto), a Câmara Especial do Tribunal Paulista determinou, por votação unânime, a anulação da sentença e o retorno dos autos à primeira instância para instrução e novo julgamento.

Contra o Acórdão, a Municipalidade interpôs Recurso Especial, alegando infringência ao artigo 267, inciso VI, do CPC/1973. Contra-arrazoado o recurso, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça por sua inadmissibilidade ou, se conhecido, pelo não provimento, advindo decisão da Vice-Presidência negando seguimento ao Recurso Especial, a qual foi atacada por agravo de despacho denegatório de recurso especial, também julgado improcedente.

Tendo os autos retornados à Vara de origem, após a instrução do feito, em janeiro de 2012 foi exarada nova sentença de extinção da ação com relação às 736 crianças que já teriam obtido suas vagas, determinando a improcedência dos demais pedidos de obrigação de fazer da Municipalidade, o pagamento de multa e indenizações às crianças, condenando, ainda, as entidades Autoras, diante da sucumbência, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

As entidades Autoras apresentaram recurso de apelação da sentença para que novo julgamento fosse proferido pelo Tribunal de Justiça Paulista.

Em abril de 2013, a Câmara Especial decidiu pela conversão do julgamento em diligência, remetendo-se os autos ao setor de conciliação do Tribunal. As várias tentativas de conciliação foram infrutíferas. Após, em pioneira medida naquele Tribunal, o Desembargador Relator Samuel Junior designou audiência pública, na qual foram ouvidas as partes e também especialistas em educação, especialmente a infantil, bem como representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Na audiência foram demonstradas as dificuldades encontradas pela população para conseguir uma vaga em creche ou pré-escola diante da inexistência de oferta suficiente. A Defensoria Pública relatou a enormidade de ações individuais propostas diariamente para obtenção de vagas, todavia, inexistentes. E o Poder Executivo, por sua vez, apresentou o andamento dessa política pública no Município Paulistano e o planejamento existente para o atendimento do déficit constatado.

O Tribunal Paulista fixou como objeto da controvérsia discutida nos autos “a 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”. Ou seja, na ação civil pública imputa-se a omissão da Municipalidade em garantir aos menores o regular atendimento em estabelecimentos de ensino infantil.

O Município de São Paulo trouxe os seguintes argumentos para postular o indeferimento do pedido das Autoras: (i) perda superveniente do objeto da ação; (ii) impossibilidade jurídica do pedido; (iii) inexecutabilidade do direito por estar fixado em normas programáticas; (iv) indevida intromissão do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa; e (v) falta de terrenos vagos na cidade de São Paulo para a construção e implantação das unidades educacionais.

No que se refere à alegação de perda superveniente do objeto da ação, a Corte Paulista rechaçou a alegação, já que tanto a celebração de termo de ajustamento de conduta entre o Município e o Ministério Público, quanto o paulatino e consistente atendimento do dever constitucional de oferecimento de ensino na esfera administrativa, são condutas que não obstam o direito de defesa, em juízo, de interesses individuais homogêneos.

Já no tocante à alegação da impossibilidade jurídica do pedido, o Tribunal foi enfático quanto ao dever constitucionalmente fixado de que a Municipalidade de São Paulo ofereça educação infantil às crianças. Nesse ponto, assim se manifestou:

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).

Quanto à alegação de inexecutabilidade do direito postulado por se encontrar disciplinado em normas programáticas, a Corte Paulista posicionou-se pela obrigatoriedade de cumprimento das mesmas, diante de seu idêntico valor jurídico constitucional a

qualquer outro preceito da Constituição Federal, citando precedente do Supremo Tribunal Federal que reconhece e enfatiza o valor constitucional com que se reveste o direito à educação infantil.

O Tribunal Paulista destacou, ainda, a inarredável obrigação do Poder Judiciário de fazer cumprir a Constituição, exigindo do Poder Executivo que torne efetivo o direito à educação infantil, praticando atos concretos tendentes à sua materialização.

Ao defender a obrigação do Poder Judiciário de agir, quando provocado, para resguardar o direito constitucional à educação infantil das crianças, e assim contrapor-se à ideia de intervenção indevida na discricionariedade administrativa, assim se manifestou a Corte Paulista:

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 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. (Acórdão nº 0150735-64-2008-8.26002)

Além da transcrição de vários julgados do Tribunal Paulista que determinam ser legítima a atuação do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas relacionado ao direito de obtenção de vaga em creches e escolas de educação infantil, não se traduzindo em lesão ao princípio da separação de poderes nem em intervenção indevida na atividade discricionária da Administração, o acórdão transcreve a Súmula 65 do TJSP sobredita, que expressa, exatamente, esse entendimento.

No que concerne à questão orçamentária, a decisão da Corte Paulista foi clarividente quanto à determinação de que o principal problema na Cidade de São Paulo

não é a falta de recursos orçamentários, mas sim a má gestão dos recursos existentes. Há dados e documentos nos autos da ação civil pública que comprovam que o Município não utilizou sequer a totalidade dos recursos existentes em seu orçamento destinados à educação infantil. Nesse ponto, o acórdão relembra que a Municipalidade de São Paulo tinha como meta a criação de 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas para o atendimento de toda a população demandante por educação infantil, promessa essa contida tanto no Plano de Metas 2013-2016¹⁸ 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).

As entidades Autoras sustentaram que, de acordo com os dados oficiais, no mês de setembro de 2013, a lista de espera de vagas totalizava 171.555 crianças, sendo 156.982 aguardando vaga em creche e 14.573 em pré-escolas, o que revelava que o Município de São Paulo atendia 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 etário¹⁹.

Logo, verifica-se que a Municipalidade, de fato, não estava cumprindo com a meta por ela fixada e, mesmo dispondo de recursos para tal, trazia como justificativa a falta de terrenos vagos disponíveis na cidade de São Paulo para a construção e implantação das creches e escolas infantis.

Ainda no que concerne à questão orçamentária, o Acórdão traz dados que demonstram que sequer os recursos adicionais recebidos do FUNDEB²⁰ foram utilizados pela Municipalidade, conforme determina o artigo 21 da Lei Federal nº 11.494/2007, o que confirmaria a má gestão dos recursos pela Administração:

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

¹⁸ Disponível em (<http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/index.php/programa-demetas>), site consultado em 01/11/2016.

¹⁹ Ver em Censo Escolar MEC/INEP, 2012, e Projeção Populacional SEADE/IBGE, 2012.

²⁰ O FUNDEB é o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, de natureza contábil, instituído pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006.

creches (e aqui me refiro à Capital e não apenas aos Bairros submetidos à 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.

[...]

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.

Por ocasião do julgamento, a Corte Paulista decidiu reformar a sentença, dando parcial provimento ao recurso de apelação, condenando o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de 0 a 5 anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105.000 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de 0 a 3 (três) anos de idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada.

O Acórdão também condenou o Município em obrigação de fazer consistente em incluir, na proposta orçamentária, a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil, bem como a apresentar, no prazo de 60 dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento da obrigação de oferta de vagas determinada.

Por fim, o Tribunal Paulista determinou ao Município a obrigação de apresentar relatórios semestrais para informar o atendimento das medidas tomadas para cumprimento da decisão, determinando ainda o acesso a esses relatórios pela Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem coube a tarefa de 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, a forma de acompanhamento da execução da decisão.

Não foram determinadas multas ou penalidades no Acórdão para o caso de descumprimento; no entanto, restou alertada a possibilidade de fixação das mesmas pelo Juízo condutor da execução da obrigação, se necessário.

Os pedidos de indenização por dano moral e material difusos foram julgados improcedentes.

Hoje o processo encontra-se em sede de tramitação de Recursos Especial e Extraordinário interpostos pela Municipalidade de São Paulo contra o Acórdão proferido pelo Tribunal Paulista, não tendo havido o trânsito em julgado da decisão.

2.3.1 Acórdão de nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000

Além do Acórdão cuja decisão foi descrita acima (nº 0150735-64-2008-8.26002), há outro processo cujo apensamento foi determinado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao caso das creches, no qual foi proferido o Acórdão de nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000²¹ que julgou Agravo Regimental.

Trata-se de ação civil pública ajuizada no ano de 2010, perante a Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional do Jabaquara²², movida pelas seguintes entidades: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação; Associação Comunidade Ativa de Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP) em face da Municipalidade de São Paulo.

Esta ação continha os seguintes pedidos:

- 1) obrigação de fazer imposta à Municipalidade de São Paulo, consistente em matricular nas proximidades de suas residências, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 5/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, todas as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses de idade que demandem vagas em instituições de

²¹ Acórdão de nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000, registrado sob o nº 2013.0000745378, que teve como Desembargador Relator Samuel Júnior, julgado em 02.12.2013 pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja a integralidade segue como Anexo B da presente dissertação.

²² Conferir em <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI001H5DZ0000>, site acessado em 19/11/2016.

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 às 94 crianças excluídas da educação infantil, arroladas na inicial, 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 ação, rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar, com garantia de qualidade e nas condições do pedido, o atendimento a todas as crianças de 0 a 5 anos e 11 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, no prazo de 180 dias, ou em outro prazo estabelecido pelo Juízo;
- 5) obrigação de fazer, consistente em apresentar, no prazo de 90 dias, ou em outro prazo estabelecido pelo Juízo, 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 de 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 inferiores 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 seja aplicada multa processual à autoridade responsável, nos termos do artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A sentença, datada de 20 de janeiro de 2012, julgou parcialmente procedente a ação e condenou o Município de São Paulo a efetuar a matrícula das crianças arroladas na lista contida naqueles autos, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

O pedido de condenação de matricular todas as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil nos bairros pertencentes à jurisdição do fórum do Jabaquara foi julgado improcedente por entender o Juízo ser o mesmo genérico. Afastou, ainda, o pedido de imposição ao Município de inclusão em 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. Igualmente, foram julgados improcedentes os pedidos contidos nos itens 3 e 4 da inicial, por se entender que o seu acolhimento implicaria em ingerência do Poder Judiciário na Administração Pública, determinando, por fim, a improcedência de todos os demais pedidos contidos na inicial.

As entidades Autoras apelaram da sentença e reiteraram os seguintes pedidos:

- 1) obrigação de fazer imposta a Municipalidade de São Paulo, consistente em matricular nas proximidades de suas residências, com garantia de qualidade, todas as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição do fórum do Jabaquara;
- 2) 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 apelação, rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar o pedido principal;
- 3) no pedido de obrigar o Município a apresentar plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade e a cumprir tal plano.

Por meio de decisão monocrática foi dado parcial provimento ao recurso para isentar as recorrentes do pagamento de custas e despesas processuais. Na sequência houve a interposição de agravo regimental, cujo julgamento foi convertido em diligência, juntamente com o outro feito (Processo nº 0150735-64.2008.8.26.0002, que teve origem no Foro Regional de Santo Amaro, Comarca da Capital), no qual, como já relatado, ocorreu importante Audiência Pública, seguindo-se a uma tentativa de conciliação.

Nessa fase da negociação realizada entre as partes, havia a expectativa de se acertar a crucial questão das filas de espera, com o estabelecimento de uma nova ordem, que pudesse observar o grau de vulnerabilidade das crianças – mas essa expectativa restou frustrada diante da impossibilidade de conciliação.

Assim, o Tribunal passou a fazer o julgamento desta apelação, limitando-se aos pedidos nela contidos.

No que se refere ao pedido de matricular, nas proximidades de suas residências, com garantia de qualidade, todas as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição do fórum do Jabaquara, entendeu o Tribunal ser o pedido procedente. Baseado no artigo 208 do Estatuto da Criança e do Adolescente,²³ decretou que o pedido formulado foi feito por quem detinha legitimidade para tanto e nada tinha de genérico, sendo certo, claro e preciso.

Assim como no Acórdão da Apelação de nº 0150735-64.2008.8.26.0002, descrito acima, o Tribunal Paulista foi duro ao criticar a má gestão dos recursos públicos destinados à educação infantil e não utilizados pela Municipalidade de São Paulo – que sustenta a discricionariedade de sua atuação alegando inexistência de áreas para construção de novas creches e escolas –, e atribuiu a insuficiência de vagas e a existência de filas que se arrastam por anos sem solução adequada a um descaso crônico da Administração.

Para fundamentar a procedência do pedido de matrícula para todas as crianças daquela localidade, assim se manifestou o Tribunal:

[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

²³ Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

[...]

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade (redação dada pela Lei nº 13.306, de 2016).

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]. (Acórdão nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000)

O Acórdão também sacramentou que sua decisão não poderia significar, de forma alguma, invasão a seara exclusiva da Administração, sendo possível a intervenção do Poder Judiciário com vistas à efetivação do direito subjetivo público constitucional, de crianças até 5 anos de idade terem atendimento em creches e pré-escolas, transcrevendo diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Importante ainda destacar-se que essa decisão judicial fez importante descrição quanto aos parâmetros mínimos de qualidade que o ensino infantil deve atender:

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 adultos 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 étnica, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa. (Acórdão nº 0018645 21.2010.8.26.0003/50000)

O Acórdão também estabeleceu um monitoramento da decisão, a ser realizado pela Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça, para auxiliar o Juízo do processo na fase de execução, entendendo não haver a necessidade de fixação de multa, naquele momento do processo.

Contra o Acórdão foram interpostos, pela Municipalidade de São Paulo, recursos extraordinário e especial, bem como medidas cautelares incidentais, com pedidos de liminares, visando a suspensividade da decisão emanada pelo Tribunal, com a atribuição de efeito suspensivo aos recursos. As liminares foram concedidas por decisão proferida pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça em 19 de maio de 2015, concedendo-se efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário interpostos. Ademais, foi determinado o sobrestamento do recurso extraordinário, que deverá aguardar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do agravo de instrumento nº 761.908/SC, no qual foi estabelecida a existência de Repercussão Geral – Tema 548 (que será objeto de item específico neste trabalho, mais à frente) – para discutir-se a autoaplicabilidade do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal²⁴, questão esta que ainda pende de julgamento no STF.

Essas duas ações civis públicas geraram, em conjunto, dois acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo o primeiro mais abrangente que o segundo, no que se refere à universalização da política pública de acesso à educação infantil neste Município, tendo determinado a expansão de vagas em número não inferior a 150.000 (cento e cinquenta mil), visando acabar com o déficit existente no momento da decisão. No entanto, os acórdãos são complementares na medida em que, da leitura do segundo, verifica-se que no cumprimento dessa obrigação de fazer o Município deverá, necessariamente, atender a padrões definidos de atendimento e qualidade de ensino infantil. Portanto, é esse conjunto de decisões que se configura como o aqui denominado “caso das creches do Município de São Paulo”.

2.4 A interferência do Poder Judiciário em relação à política pública de educação infantil: possibilidade e críticas

O controle de constitucionalidade no direito brasileiro tem previsão constitucional e se estabelece tanto de forma preventiva quanto de forma repressiva. O controle

²⁴ Constituição Federal, art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
[...]
IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

preventivo é atribuído ao Presidente da República, que o exerce em forma de veto quando analisa um projeto de lei que lhe pareça inconstitucional (artigo 66, parágrafo 1º CF). O veto pode ser derrubado pelo Congresso Nacional (artigo 66, parágrafo 4º CF), o que não exclui a possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, que poderá declarar referida lei inconstitucional. Já o controle repressivo é conferido ao Poder Judiciário.

Há um espaço inequívoco de atuação judicial, em um Estado constitucional democrático, que é o de dar interpretação à Constituição e às leis para resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico. Por muitas vezes, ao Judiciário caberá efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, procedendo a concessões recíprocas entre normas.

O controle jurisdicional que tenha como objeto o acesso à educação infantil deve ter por fundamento uma norma jurídica, derivada, como tal, de uma deliberação democrática. Logo, se uma política pública é determinada de forma específica pela Constituição e/ou por lei, a atividade administrativa correspondente a ela poderá ser objeto de controle jurisdicional, em decorrência do ofício do magistrado de aplicar a lei.

Em matéria de direitos sociais e sua implementação, o Poder Judiciário passou a ter papel significativo no cenário brasileiro, principalmente em hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de atuação política que seja contrária aos ditames constitucionais – como o não atendimento do mínimo existencial, por exemplo.

Tércio Sampaio Ferraz Junior assim se posiciona:

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isso altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).²⁵

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, n. 21, p.18, mar.-mai./1994.

Isto é, na hipótese de não haver lei ou ação administrativa implementando a Constituição, o Poder Judiciário tem o dever de agir. Em havendo leis e atos administrativos que não estejam sendo devidamente cumpridos pelo Poder Executivo, deve o Poder Judiciário, igualmente, intervir.

Ada Pellegrini Grinover assevera que “Sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-lo”.²⁶

Muito embora constatada a necessidade de intervenção do Poder Judiciário em situações envolvendo direitos sociais e políticas públicas, esta constatação não significa que tal intervenção seja imune a objeções diversas, notadamente caso venha a se tornar por demais invasiva da deliberação de outros Poderes.

Nesse sentido há doutrinadores como Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Elival Ramos da Silva, que se posicionam contrários a tal controle porque constituiria uma indevida intromissão de juízes em campo de atividade resguardado aos demais Poderes²⁷.

No que diz respeito ao controle jurisdicional em matéria de acesso ao direito à educação infantil, uma das críticas se apoia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada como norma programática na Constituição Federal, o que levaria a sua não exequibilidade direta. O artigo 208 da Constituição deixa claro que é dever do Estado garantir o direito à educação infantil, sendo o acesso ao ensino direito público subjetivo.

O Tribunal Paulista, no Acórdão do caso das creches, assim se posicionou sobre essa questão, lembrando os ensinamentos de Gomes Canotilho:

Nesse sentido, não se argumente que o direito em tela é inexecutável por estar disciplinado em normas programáticas. Conforme lição de J.J.

²⁶ 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. 129.

²⁷ Conferir em RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-138; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 99:90, set. 2008.

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 0 a 6 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 precípuo destinatário.” (RE 410.715-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., D.J. 03 fev. 2006).

Além disso, existem ainda outros argumentos que são utilizados pela doutrina para embasar a impossibilidade do Judiciário de atuar de forma irrestrita na definição de políticas públicas. A exemplo, uma das questões relacionadas a esse ativismo judicial é o fato dos juízes prestarem concursos públicos e não haver participação popular para a escolha dos magistrados, diferentemente do que ocorre no Poder Legislativo e no Poder Executivo. Essa diferença na forma de condução ao cargo não é suficiente para afastar de maneira absoluta a participação do Poder Judiciário em escolhas políticas, mas traz questionamentos quanto a legitimidade de uma excessiva ampliação dessas novas funções jurisdicionais²⁸.

Outra dificuldade bastante apontada é o despreparo dos operadores do Direito (advogados, juízes e promotores), do Judiciário e do próprio processo em lidar com

²⁸ Nas palavras de André Ramos Tavares, “Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima. E essa desqualificação não é uma mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção (e exigência) de uma atuação substantivista (ativista, se se quiser) do juiz constitucional, como implementador da Constituição, a referida exclusão é dogmaticamente inadmissível”. (TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68).

demandas versando sobre políticas públicas, diante da falta de formação acadêmica e de vivência para tratar de demandas desse tipo, tão complexas que dependem de formação diferenciada e interdisciplinar. Por certo, é difícil para o operador do Direito ponderar sobre políticas públicas, pois, nesse tema, toda escolha implicará em consequências favoráveis para uns e desfavoráveis para outros, ponderação essa muito própria do administrador.

Outra crítica à atuação judicial na matéria se revela na delicada questão da legitimidade democrática. Alguns doutrinadores sustentam ser imprópria a retirada dos poderes legitimados pelo voto popular, da prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos²⁹.

Nessa seara, é importante destacar que a independência e a acessibilidade dos juízes lhes dão suporte e legitimidade para que assumam a tarefa de controlar e responsabilizar as instituições do governo, quando estas padecem de uma crônica insuficiência de rendimento, ajustando-as às normas jurídicas superiores. Essa legitimidade se assenta em sua condição típica de serem menos propensos ou influenciados pelos interesses de grupo e estarem em melhores condições para decidir, realizando um frutífero diálogo entre as partes, que a própria Administração deixou de realizar³⁰.

Ada Pellegrini Grinover sustenta que a legitimidade dos juízes é oriunda diretamente da Constituição Federal e deriva de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas:

[A par desse argumento legitimador, importa ressaltar, novamente, que o Estado Democrático Constitucional é marcado por uma democracia de direitos, na qual a regra da maioria se submete apenas aos objetivos delimitados previamente pela Constituição, mesmo que isto importe em permanente tensão entre a regra da maioria e os direitos fundamentais. E as regras da maioria, próprias dos poderes majoritários, podem ser

²⁹ José Gomes Canotilho assim se manifestou: “os juízes não se podem transformar em conformadores sociais, nem é possível, em termos democráticos processuais, obrigar juridicamente os órgãos políticos a cumprir determinado programa de ação”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 946).

³⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*, p. 1-32. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site acessado em 27/05/2015.

equilibrados pela observância dos direitos das minorias, preservados em face da independência e da imparcialidade do Judiciário]³¹.

Celso Campilongo, ao defender a função política do Poder Judiciário sustenta que “na atuação do Poder Judiciário as relações com os demais poderes não pode ser outra que garantista [...]. O Judiciário não tem grande margem de discricionariedade ou liberdade interpretativa. Ou aplica consistentemente a lei ou não resiste à pressão dos demais poderes e perde a própria independência”³².

2.4.1 Limites legítimos

O Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de questões envolvendo políticas públicas. No entanto, sustenta que essa atuação é excepcional, sendo de competência prioritária dos poderes políticos (Legislativo e Executivo).

A posição mais representativa a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas se construiu, paulatinamente, no Supremo Tribunal Federal, a partir do *leading case* da matéria constituído pela decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF 45-9. Nele se definiu que não há violação ao princípio constitucional da separação de poderes quando o Poder Judiciário atua na correção ou implementação de uma política pública.

Foram ainda determinados na ADPF 45-9 os três principais limites para a intervenção do Poder Judiciário em temas de políticas públicas, a saber: (i) o limite fixado pelo *mínimo existencial* a ser garantido ao cidadão; (ii) o limite da existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (reserva do possível fática ou jurídica) e (iii) o limite de *razoabilidade* da pretensão individual ou social deduzida em face do Poder Público (que se resolve pela aplicação do princípio da proporcionalidade).

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 126.

³² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 109.

2.4.1.1 A nova concepção do princípio da separação de Poderes

O princípio da separação de poderes, no Estado Democrático Constitucional passou a ter uma nova função, instrumental, que tem como norte resguardar a democracia, proteger os direitos fundamentais e permitir a racionalização no exercício das funções públicas³³.

Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover, quando se manifesta quanto a função garantidora do Estado:

Nessa nova organização política, o Judiciário assume a função dos outros Poderes, em relação à observância da Constituição e da efetivação dos direitos fundamentais por ela garantidos. E uma função de *garantia*.

A função de garantia é voltada a colmatar, em especial, no caso brasileiro, as lacunas contingenciais, que como reconhecido na doutrina são sempre reparáveis, pois se trata de aplicar a norma constitucional.

[...]

E resulta daí a função de *equilíbrio* em relação ao Legislativo e Executivo.

Assim o conceito tradicional do princípio da separação dos Poderes, oriunda do Estado Liberal, transforma-se em uma nova interpretação e nela o Poder Judiciário tem função de controle, equilíbrio e garantia.³⁴

Parece ser correto afirmar que nesse novo Estado Social Democrático os três Poderes têm de atuar de forma una, para que a fruição dos direitos fundamentais ocorra de forma efetiva, cabendo ao Poder Judiciário inarredável papel de corrigir eventual inconstitucionalidade no trato das questões que envolvem as políticas públicas.

2.4.1.2 O limite do mínimo existencial e a oponibilidade da reserva do possível

Com o paradigma criado na ADPF 45-9 e, mais recentemente, com a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do RE nº 482.611, a questão relacionada ao *mínimo existencial* passou a estar intimamente ligada à reserva

³³ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 125-126.

do possível. Assim, restou definido pelo Supremo Tribunal Federal que, no caso da tutela jurisdicional perseguida ter como objeto os atributos mínimos a uma *existência digna*, derivados de ditame constitucional, a inexistência de recursos não poderá ser arguida pelo Poder Público como motivo para não ter implementado a política pública necessária para a fruição do direito social levado à Juízo.

A dificuldade é que não há um consenso sobre as prestações fáticas que correspondem ao *mínimo existencial*³⁵. O *mínimo existencial* procura assegurar o conteúdo básico do princípio da dignidade humana, dotado por um extenso leque de direitos fundamentais, como os direitos à educação fundamental, à saúde básica, ao acesso à justiça, à moradia, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância. Admitir-se que em relação ao *mínimo existencial* possa o Estado alegar qualquer espécie de obstáculo ou dificuldade de ordem material será o mesmo que admitir que alguém possa continuar vivendo em estado de indignidade, o que afrontaria um dos fundamentos da nossa Constituição.

No que se refere a composição do núcleo duro dos direitos fundamentais sociais existem duas teorias. A primeira teoria, absoluta, corrente defendida por Kazuo Watanabe, sustenta que sempre existirá um núcleo mínimo, previamente determinado, relativo a cada um dos direitos fundamentais. Este núcleo mínimo não é imutável, mas sim dinâmico e evolutivo; é presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais, políticas e econômicas do país. A segunda teoria, relativa, sustenta que a determinação do conteúdo essencial de um direito fundamental depende da ponderação realizada à luz do caso concreto, entre todos os direitos envolvidos, não sendo possível determinar-se o mínimo existencial aprioristicamente, sendo assim inviável a adoção de regras prévias.

Vale aqui transcrever os ensinamentos de Susana Henriques da Costa – que se filia à teoria relativa – na definição do conceito do *mínimo existencial*:

É preciso, para a resolução dos conflitos, estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, até porque, em regra, é somente esse mínimo que poderá ser exigido do sujeito passivo Estado. Esse conteúdo, quando voltado para a definição

³⁵ GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

daquilo que é justiciável, ou seja, do direito com densidade normativa suficiente para garantir tutela pelo Poder Judiciário, é normalmente chamado de *mínimo existencial*. Para os fins deste estudo, portanto, *mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata.³⁶

A definição com relação ao conteúdo do *mínimo existencial* será sempre, ao final, da jurisprudência, independentemente da teoria que se adote. Contudo, sua importância está em ser um balizador para a intervenção do Poder Judiciário, na medida em que este tem reconhecido, de maneira pacífica, que a alegação da reserva do possível, seja fática (falta de recursos financeiros) ou jurídica (dotação orçamentária), não pode ser oposta frente ao *mínimo existencial*.

Há outros direitos fundamentais sociais³⁷ que, apesar de sua relevância, não são dotados do mesmo grau de essencialidade para a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana (não estão inseridos no bloco do “*mínimo existencial*”). Alguns desses direitos, porém, estão definidos em normas constitucionais com densidade suficiente para poderem ser havidas como explicitadoras de política pública de implementação obrigatória pelos órgãos do Estado, independentemente de prévia ponderação complementar, seja do Legislativo, seja do Executivo. Ao descumprimento deles, em consequência, será perfeitamente cabível a postulação de tutela jurisdicional³⁸.

³⁶ 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 (Orgs.). O processo em perspectiva. *Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 348.

³⁷ Para esse fim Kazuo Watanabe, no mesmo artigo, classifica os direitos fundamentais, sob a perspectiva de justiciabilidade imediata, da seguinte forma:

- 1) Os que correspondem ao núcleo básico do princípio da dignidade humana e configuram o chamado “mínimo existencial” são de justiciabilidade imediata;
- 2) Os que não estão referidos no “mínimo existencial”, mas estão previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente” e, por isso, não dependem, para a judicialização, de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica (ex.: art. 230, parágrafo segundo da CF);
- 3) No entanto, os demais direitos fundamentais sociais, previstos em normas constitucionais de cunho programático, não são imediatamente judicializáveis; a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo, por meio de definição de política pública específica.

³⁸ Ver em WATANABE, Kazuo. 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*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 220-221.

Na seara desses direitos, surge a questão de definir-se a prioridade de sua tutela jurisdicional e a possibilidade de oposição da teoria da reserva do possível. Nesse exercício, caberá ao juiz verificar se o objeto de determinada política pública insere-se, ou não, no conceito de mínimo existencial e analisar o pleito diante do orçamento público.

No concernente à noção de “mínimo existencial”, o Supremo Tribunal Federal adota a posição de que esta resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, artigo 1º, inciso III, e artigo 3º, inciso III), e 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 à 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 segurança³⁹.

A Teoria da Reserva do Possível, concebida na Alemanha em 1970, reconhece a necessidade do Estado reservar recursos financeiros para a realização de direitos. De acordo com a mesma a efetividade dos direitos sociais dependeria da disponibilidade financeira do Estado. Ela determina que os altos custos dos direitos fundamentais sociais, aliado ao reconhecimento de ausência de previsão orçamentária para sua satisfação, inviabilizaria a sua efetivação⁴⁰.

A reserva do possível é analisada sob duas circunstâncias: a fática e a jurídica. Pela circunstância fática não seria possível exigir uma prestação positiva do Estado, se este não detém, de fato, dinheiro em caixa disponível. Pela circunstância jurídica significa dizer que a impossibilidade está baseada na falta de previsão orçamentária, dentro do sistema vigente. Isto é, houve uma escolha do agente público entre um direito, e o outro, pretendido pelo postulante.

³⁹ ARE 639337, Acórdão de relatoria do Ministro Celso de Mello, DJe 15.09.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8362463>, site consultado em 03/06/2015.

⁴⁰ CANELA JUNIOR, 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, p. 232.

No entanto, a reserva do possível, não pode justificar a inação do Poder Judiciário na inexistência desses recursos. Essa Teoria não se coaduna com a ideia de Estado Social proveniente de nossa Constituição Federal, que nitidamente tem ideais de programação e de intervenção estatal. Em se reconhecendo a insuficiência de recursos, o Estado Social inicia uma programação de recursos, no tempo e com o devido planejamento e gerenciamento, a fim de tornar-se mais eficaz na arrecadação e otimizar os gastos futuros.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover⁴¹ a alegação de falta de recursos pela Administração para a implementação da política pública não leva ao indeferimento do pedido, mas sim ao seu deferimento. Tal significa dizer que a Administração será condenada em duas obrigações de fazer, sendo a primeira a de reservar no orçamento verba necessária para o adimplemento da obrigação e, também, o de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.

Kazuo Watanabe, na mesma linha, defende que diante de direitos fundamentais sociais que estejam inseridos no núcleo duro do princípio da dignidade humana é inoponível a alegação da cláusula da “reserva do possível”. Somente em relação aos direitos fundamentais imediatamente judicializáveis, que são os previstos em normas constitucionais de “densidade suficiente”, poderá ser contraposta a cláusula da “reserva do possível”, mediante fundada alegação e demonstração cabal, que o magistrado analisará valendo-se das regras da proporcionalidade e de razoabilidade⁴².

No que se refere à oposição da cláusula da reserva do possível, hoje a orientação da Corte Suprema encontra-se pacificada no sentido de sua inaplicabilidade por injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado⁴³.

⁴¹ 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, 2013, p. 138.

⁴² WATANABE, Kazuo. 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*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 218-223.

⁴³ A propósito confira-se recente ementa da STA-AgR 223, de relatoria do Ministro Celso de Mello, na qual o Pleno se pronunciou: “A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: Impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público [...] Controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade

Ainda com relação à reserva do possível, sob o aspecto do tempo necessário para o planejamento da nova política, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de que o Poder Judiciário não pode impor obrigações de fazer que importem gastos sem que haja rubrica própria para atender à determinação. Chamando a atenção para a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem determinado que a imposição de obrigações de fazer a ser imposta aos diversos poderes nas esferas federal, estadual e municipal exige moderação, a partir do cuidado quando da elaboração das políticas públicas e orçamentárias⁴⁴.

2.4.1.3 A razoabilidade como limite decisório

No que tange aos limites, importantíssimo frisar a necessidade de utilização dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade na atividade jurisdicional, para realizar-se verdadeira ponderação entre os meios disponíveis e os fins almejados.

Em breve síntese, infere-se que o princípio da proporcionalidade tem por objetivo verificar se uma decisão normativa, legislativa ou judicial que afeta, restringe ou limita um direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

A noção de razoabilidade deriva do devido processo legal substancial como instrumento de controle do mérito dos atos administrativos e normativos⁴⁵. A razoabi-

de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso)". No mesmo sentido os seguintes precedentes: SL-AgR47, Min. Relator Gilmar Mendes, DJE 30.04.2010; ARE-AgR 745.745, Min. Relator Celso de Mello, DJE 19.12.2014; RE-AgR 642.536, Min. Relator Luiz Fux, DJE 27.02.2013; e RE-AgR 855.762, Min. Relator Gilmar Mendes, julgado em 19/05/2015, todos do STF.

⁴⁴ Conferir voto da Ministra Eliana Calmon em julgamento de Recurso Especial (REsp nº503.028/SP) pelo Superior Tribunal de Justiça em que se discutia a obrigatoriedade de matrícula em creche disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201736542&dt_publicacao=16/08/2004, site acessado em 24/06/2015.

⁴⁵ Wilson Antônio Steinmetz, baseado nas ideias de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio sobre o conceito de razoável, elaborou investigação mais profunda e extraiu as seguintes conclusões a respeito da razoabilidade: "A primeira e mais óbvia é que, no âmbito do direito, dizer que uma decisão é razoável significa que, do ponto de vista de seu conteúdo, ela é aceitável, mais precisamente, que ela é substantiva ou materialmente aceitável. A razoabilidade diz respeito ao conteúdo, e não à forma. Uma segunda conclusão é a de que o não razoável ou desarrazoado é não direito, mesmo que as fontes do direito tenham sido utilizadas corretamente, do ponto de vista formal. Em outros termos, uma norma constitucional ou infraconstitucional constitucionalmente legítima pode, no caso concreto, produzir uma decisão inaceitável, arbitrária, iníqua. Uma terceira, já implícita nas outras duas, é que nos casos em que se analisa a razoabilidade de uma medida ou de uma decisão concorrem pontos de vista valora-

lidade de um ato estatal será medida por sua moderação, coerência e equilíbrio, ato não arbitrário, constitucional, que corresponda ao senso comum e aos valores vigentes em dado momento e lugar. Uma análise de compatibilidade entre meios e fins.

A ideia de razoabilidade é essencial quando se trata de atuação jurisdicional de políticas públicas. Quando da apreciação do ato do administrador público é imprescindível que o magistrado verifique sua razoabilidade. Não é função do Judiciário a revisão de atos razoáveis que sejam adequados aos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico, ainda que o magistrado conclua que, se estivesse no lugar do administrador, teria tomado decisão diversa, também razoável.

Este é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover tratando do tema da intervenção do Judiciário sobre políticas públicas:

[por meio de utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada]⁴⁶.

E assim vem atuando o Supremo Tribunal Federal, utilizando a razoabilidade como critério para aferir a possibilidade de atuação do Poder Judiciário em questões políticas. Há decisões, inclusive, que têm modificado Acórdãos dos Tribunais de Justiça locais, ao se verificar que o ato do Poder Executivo está fundado em razoabilidade, mais do que a decisão do Poder Judiciário local que pretende impor a condução de uma política pública imprópria, ou até mesmo impossível de ser implementada no caso concreto.

tivos, principalmente nos casos difíceis (*hard cases*). (STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípios da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 191).

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle de políticas públicas pelo Judiciário. *O processo: estudo e pareceres*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 47.

2.5 A atuação das partes e dos *players* no caso das creches

Importante ponto a ser destacado neste caso é a estratégia adotada pelas partes quando o processo foi à segunda instância. As entidades Autoras da ação (apelantes) articularam uma estratégia conjunta com advogados militantes da causa e tiveram, também, o apoio do Ministério Público e da Defensoria Pública, resultando em uma atuação diferenciada adotada durante o julgamento do recurso de apelação, dentro e fora do Tribunal de Justiça, e que muito contribuiu para o desfecho positivo do Acórdão.

A atividade conjunta dessas diversas entidades levou à realização de uma coletiva de imprensa, anterior ao julgamento do recurso de apelação, a fim de chamar a atenção do público em geral à questão prioritária do acesso à educação infantil na cidade de São Paulo⁴⁷ e da importância deste debate para a sociedade.

Após, também em razão da articulação das entidades apelantes, foi buscada uma tentativa de conciliação mediada pelo Tribunal Paulista, em que as entidades civis, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Executivo, de forma consensual, tentaram traçar um plano efetivo de atendimento que pudesse não só resolver o déficit de vagas com planejamento no tempo, como também a questão da qualidade do atendimento oferecido as crianças do Município. Contudo, a conciliação em segunda instância não avançou.

Na sequência, os diversos grupos que atuavam em prol desta causa obtiveram a designação de uma inédita e pioneira audiência pública no TJSP, convocada por sua Câmara Especial, com a oportunidade de manifestação, além dos envolvidos, de *experts* das mais diversas áreas. Ali se demonstrou, tanto de um lado, quanto de outro, as dificuldades encontradas pela população para a simples obtenção de uma vaga em creches ou pré-escolas diante da indisponibilidade destas. A Defensoria Pública relatou a enormidade de ações individuais que propõem, diariamente, com os mesmos pedidos, quais sejam, a obtenção das vagas inexistentes. E o Poder Executivo

⁴⁷ <http://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2013/08/20/sao-paulo-deixa-150-mil-criancas-sem-creche/>, site acessado em 17/05/2015.

apresentou o atual quadro dessa Política Pública no Município e o planejamento até então existente para o atendimento do déficit constatado⁴⁸.

Houve um consenso, à época, de que os atores da área jurídica dessa questão precisam, antes de mais nada, dar ouvidos aos educadores e as famílias das crianças e, fazer intenso diálogo com o administrador, para que essa interação possa gerar frutos para uma boa implementação dessa política.

Essa atuação conjunta das entidades Autoras da ação civil pública com os demais órgãos do Poder Público – Ministério Público e Defensoria Pública – que participam, ativamente, dos processos de controle dessa política pública – já que são esses órgãos que judicializam a questão – parece que foi determinante para que o Poder Judiciário pudesse atuar com um maior conhecimento da causa, com dados reais quanto ao déficit, como também quanto ao estágio do desenvolvimento da política pública pelo Poder Executivo.

O procedimento adotado pela Corte saiu apenas da leitura de páginas e páginas de processo, e passou para a oitiva de *experts* no assunto, não só do ponto de vista da educação a ser ofertada as crianças paulistanas, mas também da necessidade de se alterar o procedimento comum do Tribunal em julgamentos, levando-o a prolação de uma decisão judicial que, necessariamente, deverá ser acompanhada, passo a passo por todos os *players* envolvidos, num longo caminho de implementação da decisão dada.

2.6 A atuação do Poder Judiciário Paulista no caso

O Judiciário Paulista, nesta questão, desempenhou uma função político-jurídica e, nessa condição, atuou de forma consequencialista, buscando ser estratégico e mediador.

⁴⁸ “Até hoje, as decisões dos juízes beneficiavam um grupo de crianças isoladamente, que era colocado na frente da fila de espera para a vaga na creche, o que torna a espera mais demorada para as outras famílias que não pleiteavam seu direito perante o Judiciário”, explica Alessandra Gotti, advogada e autora do livro *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados* (São Paulo: Saraiva, 2012). Segundo Alessandra, “Agora, subsidiado pelo diagnóstico colhido na audiência pública, o Judiciário vai buscar um diálogo com o Executivo para execução desse direito social, acompanhando o Pacto estabelecido entre a Prefeitura e a Sociedade Civil e intervindo com seu poder de sanção caso as metas não sejam cumpridas”. Em http://www.aberje.com.br/acervo_not_ver.asp?ID_NOTICIA=9295, site acessado em 16/05/2015.

Conforme definição de Susana Henriques da Costa “*consequencialista é decisão judicial que pondera sobre os seus efeitos materiais na sociedade*”⁴⁹. Um argumento consequencialista funda a necessidade de uma decisão em uma avaliação das consequências possíveis ou efetivas que ela causará. Assim, tem-se que um argumento jurídico consequencialista fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão. Ney Wiedemann Neto assevera que a presença de argumentos dessa natureza no exercício da jurisdição tem relevo e remete à discussão acerca das condições de racionalidade e de legitimidade dos magistrados para utilizarem a previsão de consequências como elemento decisivo para a solução de casos⁵⁰.

Essa ponderação parece que ocorreu, de fato, no julgamento do caso das creches. No entanto, por mais consequencialista que tenha sido a decisão tomada, sabe-se que sua execução enfrentará limites tanto jurídicos quanto fáticos na atuação do Agente Público (Município de São Paulo), que podem vir a impedir a eficácia do Acórdão prolatado pelo Tribunal Paulista.

Uma das mais relevantes dificuldades já manifestadas pela Municipalidade é a necessidade de realizar desapropriações para a construção das creches, a fim de atender o comando da decisão judicial (terminar com o déficit de vagas em creches e escolas infantis para as crianças do Município de São Paulo). Os processos de desapropriação são bastante morosos, o que é de conhecimento público, e se, por um lado, o Judiciário determina o cumprimento de implementação de política pública pela Administração que necessitará de realização de processos expropriatórios, por outro lado conhece a limitação procedimental inerente aos processos de desapropriação, que podem comprometer, efetivamente, o cumprimento de sua própria decisão no prazo que foi determinado (a questão do prazo, mais especificamente, será tratada à frente, no item que discorrerá sobre os possíveis problemas de execução do Acórdão).

⁴⁹ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 352.

⁵⁰ 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, p. 274.

Uma possível saída para se cumprir a determinação do Tribunal seria a implementação de convênios entre a Prefeitura e a iniciativa privada objetivando a maior oferta de vagas, expediente este que já foi utilizado por gestões passadas, mas também é alvo de críticas em razão da comprovada falta de qualidade dessa prestação de serviços.

Conforme se verifica dos processos de aprovação das contas do Município de São Paulo, realizada pelo Tribunal de Contas do Município, desde o ano de 2007 a Municipalidade vinha adotando como política de expansão de vagas em creches, de forma prioritária, a contratação de creches particulares conveniadas⁵¹.

De acordo com a análise feita pelo Tribunal de Contas, referida opção administrativa apresentava indicadores de que as creches conveniadas demonstravam baixo potencial de desempenho em termos de ensino, diante da ausência tanto de fiscalização quanto de explicitação de exigências mínimas nos convênios firmados pelo Município de São Paulo. Referidos estabelecimentos mais se pareciam com entidades assistenciais do que unidades de educação. Esse baixo potencial de ensino e essa defasagem no aprendizado advinham, notadamente, do alto percentual (62%) de professores sem a escolaridade mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB)⁵².

Nos processos de aprovação de contas dos anos seguintes (2008 e 2009) o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, mais uma vez, apontou o não cumprimento das metas estabelecidas para a Educação Infantil e a demanda não atendida; e novamente pontuou as consequências negativas da opção política de expandir o número de vagas em creches pelo conveniamento⁵³, tendo assim se manifestado:

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

⁵¹ Conforme se infere do processo de aprovação de contas TC nº 72.002.112.815.08-56, naquele ano de 2007 o número de alunos em creches conveniadas era de 45.389, enquanto o número de alunos das creches municipais era de 34.993.

⁵² Conferir em TC nº 72.002.112.815.08-56.

⁵³ Conferir em TC nº 72.000.854-09-99 para o exercício de 2008 e TC nº 72.000.759.10-00 para o exercício de 2009.

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 satisfatória⁵⁴.

Assim, para que o estabelecimento de convênios com entidades particulares possa ser, de fato, uma saída para aumentar a oferta de vagas pelo Município, referido procedimento deverá ser acompanhado de uma série de diretrizes municipais que tenham como foco uma ampla fiscalização dos serviços prestados pelas unidades particulares, para que o comando judicial seja integralmente atendido, isto é, expandir a oferta de vagas com qualidade de atendimento e de ensino.

Sob o enfoque da estratégia, no entanto, o Acórdão da Corte Paulista teve extrema preocupação com o acompanhamento da execução da decisão. É certo que determinou prazo aparentemente exíguo para o cumprimento da obrigação pela Municipalidade de São Paulo – condenando o Município a criar, entre 2014 e 2016, 150 mil novas vagas no ensino infantil, sendo 50% das vagas no prazo de 18 meses.

No entanto, apesar da aparente irrazoabilidade da decisão pela fixação do número de vagas e pelo exíguo tempo determinado para o cumprimento – em clara substituição ao agente público –, o Poder Judiciário foi bem ao traçar um plano de atuação para a expansão de vagas, que inclui necessário diálogo entre as partes envolvidas e o acompanhamento da implementação do plano pelo juiz, determinando-se, assim, tanto uma função judicial estratégica, quanto mediadora.

Nessa direção, verifica-se que há trecho específico do Acórdão com a descrição desse “plano de execução”⁵⁵, que prevê a entrega de relatórios pela

⁵⁴ Conferir em <http://www.acaoeducativa.org.br/porta/images/stories/acaonajustica/acmpimprobidade%20ei.pdf>, site acessado em 20/08/2015.

⁵⁵ “Obrigiar 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

Municipalidade para o acompanhamento da execução do plano, bem como o monitoramento pela Coordenadoria da Infância e da Juventude, que deverá fornecer informações ao Juízo sobre o cumprimento e, igualmente importante, a definição de articulação com a sociedade civil e outros diversos órgãos institucionais para a execução projetada para o futuro, já que prevê a possibilidade de serem necessárias novas vagas, bem como de se aferir a qualidade da educação que será oferecida pela Municipalidade.

A verdade é que, sem a formação de um processo verdadeiramente dialogal no cumprimento desta decisão, entre a Administração e todos os diversos atores envolvidos, tendo o juiz um papel de mediador institucional, será muito difícil a implementação efetiva da política pública de acesso, com qualidade, à educação infantil na cidade de São Paulo. Ou seja, a preocupação da Corte Paulista foi não só de tentar dar solução ao déficit de vagas, como também dar um norte futuro quanto à possibilidade de medição da qualidade da educação ofertada, o que só poderá ser auferido no transcorrer da execução da decisão, isto é, da implementação da política pública pela Administração.

No entanto, há também críticas à decisão judicial ora em estudo. Ada Pellegrini Grinover sustenta que, em última análise, houve a substituição da atividade do administrador pela atividade do juiz, não tendo a decisão sido construída de comum acordo com a Administração, o que poderá levar ao seu descumprimento⁵⁶.

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”

⁵⁶ “[...] o Judiciário brasileiro não atentou para o fato de que a obrigação de fazer, para ser cumprida, há de ser razoável e equilibrada, aberta e construída de comum acordo com a Administração. As condenações configuraram, em última análise, a substituição da atividade do administrador pela atividade do juiz, o que deve ser evitado a todo custo no controle jurisdicional de políticas públicas”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site consultado em 25/05/2015).

2.6.1 A questão da suspensividade das demais ações que tratam do tema

Nesse aspecto é importante ressaltar uma questão complexa que emerge da decisão, tal como emanada. Ela surge pelo fato do Tribunal Paulista nada ter dito quanto à possibilidade de suspensão das numerosas demandas individuais e coletivas que têm como causa de pedir a obtenção de vagas em creches e escolas infantis.

Neste ponto, far-se-á uma breve digressão sobre a possibilidade de suspender-se o trâmite de demandas individuais no curso de uma ação coletiva.

Conforme ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhart, “Não há, com efeito, nenhuma regra que, no sistema de tutela coletiva, autorize o juiz a determinar a suspensão das demandas individuais até a solução da ação coletiva”⁵⁷ – e isso, sem dúvidas, traz dificuldades na aplicação do processo coletivo brasileiro.

Ada Pellegrini Grinover, ao tratar das funcionalidades e disfuncionalidades do processo coletivo brasileiro, assim se manifesta nesse aspecto:

Por outro lado, ainda não se encontrou solução correta e definitiva para resolver a questão da proliferação de demandas individuais, coexistentes ou não com demandas coletivas, e de sua possível molecularização, para reuni-las ou transformá-las em processos coletivos.⁵⁸

Permitir que os indivíduos continuem com suas ações individuais em curso, na pendência da demanda coletiva, pulveriza os possíveis benefícios da coletivização. Primeiro, há o problema da litigiosidade repetitiva, que emperra a máquina judiciária, trazendo enormes custos, já que as mesmas questões acabam sendo tratadas por muitos juízes, com a repetição de provas e argumentos, gerando maior morosidade na solução – que deveria ser única. Ademais, abre a possibilidade de concessão de decisões conflitantes, de acordo com a convicção de cada juiz, sem que cada um deles tenha de ponderar os resultados da demanda coletiva. Por fim, há um enorme desperdício de

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 277.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 57.

recursos materiais, humanos e de tempo das demandas, já que cada juiz deverá se debruçar, individualmente, sobre cada uma das demandas ajuizadas.

A demanda objeto do presente estudo de caso consiste em ação civil pública movida por diversas entidades 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 pelo Município.

Trata-se, portanto, de uma ação que visa a tutela coletiva de direitos individuais, caracterizando-se como direitos individuais homogêneos, conforme nossa legislação. São, assim, direitos subjetivos clássicos, que podem ter tratamento tanto individualizado (isto é, podem ser tratados separadamente em processos individuais) como coletivo, visando-se, aí, a facilitação de acesso à justiça, a economia processual e a obtenção de um julgamento uniforme.

No entanto, esta demanda, muito embora discuta direitos individuais homogêneos, é também um conflito de interesse público, cujo o conceito foi muito bem definido por Ada Pellegrini Grinover:

Conflitos de interesse público, ou estratégicos, são os que surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição de direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional. Envolvem eles a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas. Trata-se de conflitos com o próprio Estado, grandes instituições ou serviços públicos – como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana.⁵⁹

Tratando-se, portanto, de um conflito de interesse público – discutindo, pois, interesses de massa – verifica-se a necessidade da criação de mecanismos que permitam a suspensão dos feitos individuais enquanto são analisadas as questões comuns, inerentes a todo e qualquer caso no Município de São Paulo, que busque a obtenção de

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 48.

uma vaga em creche ou escola infantil, tendo o Município a obrigação de fornecê-la em atendimento ao direito social em discussão.

Embora haja uma lacuna legislativa no que se refere a um comando de suspensividade das ações individuais – o que acarreta consequências indesejáveis, não contribuindo para o sistema das tutelas que discutem direitos coletivos no Brasil – algum início de caminho parece estar surgindo para conformar esse sério problema que afeta em cheio não só o direito das pessoas que precisam das vagas em creches e escolas infantis, como a própria gestão de processos no Poder Judiciário.

No caso específico aqui estudado, é fato que o Tribunal Paulista não se manifestou com relação à possibilidade – ou não – de serem suspensas as numerosas ações individuais e coletivas que pleiteiam vagas em creche, nos mais diversos Fóruns da Comarca da Capital do Estado de São Paulo. Acredita-se que não o tenha feito em razão de não haver previsão legal autorizativa para tanto.

De toda forma, muito embora não exista regra legal que determine essa possibilidade, no intuito de dar unicidade ao nosso ordenamento jurídico – aqui compreendido como o conjunto das normas e da jurisprudência –, o Superior Tribunal de Justiça tem procurado buscar meios que possam acomodar essa falta de previsão legal.

Já no ano de 2009, em julgamento de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser correto determinar a suspensão de ações individuais que tenham como objeto o mesmo tema já determinado em processo coletivo. Analisando, conjuntamente, o Código de Defesa do Consumidor e o regime de suspensividade da Lei nº 11.672/2008 (que estabelece o procedimento para julgamento de recursos repetitivos por aquele Tribunal), definiu o STJ que a decisão a ser dada no processo coletivo poderia servir de precedente para as ações individuais; verificando o risco de deixar em andamento as diversas ações individuais que tramitavam em paralelo à ação coletiva, sobre a mesma discussão, recomendou a suspensão das ações individuais até o julgamento da ação coletiva⁶⁰.

Sergio Cruz Arenhart assim se manifestou quanto à supra referida decisão do Tribunal Superior:

⁶⁰ STJ, 2ª Seção, REsp 1.110.549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 14/12/2009.

Não há como deixar de apontar a acuidade da fundamentação dessa decisão. De fato, as regras postas no Código de Defesa do Consumidor sobre tutela coletiva (e, *a fortiori*, as postas na Lei de Ação Civil Pública) precisam ser lidas segundo a realidade atual, e não com os olhos da época em que foram editadas. As necessidades atuais de tutela impõem a otimização do tratamento coletivo dessas questões. O Poder Judiciário, na atualidade, não pode se dar ao luxo de desperdiçar recursos (econômicos, materiais e humanos) com a solução de pretensões individuais que já são objeto de tutela conjunta, especialmente quando precisa também dar resposta adequada e tempestiva a outras tantas demandas (individuais e coletivas) a ele submetidas⁶¹.

Idêntica situação ocorre na cidade de São Paulo com relação à grande quantidade de ações individuais que buscam a obtenção de vagas em creche, sendo absurdamente prejudicial manter-se as ações individuais em andamento paralelo – muitas vezes concedendo a vaga ainda inexistente – sendo que o Tribunal Paulista definiu, no julgamento da ação civil pública aqui objeto de estudo, os passos para a implementação dessa política pública, de forma coletiva⁶².

É importante ainda mencionar que a suspensão das ações individuais interessa não só ao Poder Judiciário, mas também às partes envolvidas nos processos. Veja-se que, com a suspensão, um autor individual deixa de suportar gastos com a manutenção de sua ação; da mesma forma, o réu deixa de custear a sua defesa em numerosos processos, havendo de concentrar-se apenas no processo coletivo⁶³. No caso das ações que envolvem pedido de vaga em creche na Capital do Estado de São Paulo, haveria uma sensível melhora, inclusive, para os órgãos públicos como Ministério Público e Defensoria Pública, que são os principais entes que promovem esse tipo de ação.

⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 279-280.

⁶² Sobre justiça distributiva e direitos sociais, ver José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p.132.

⁶³ Ver, em defesa da suspensão das ações individuais na pendência de ação coletiva, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 280; DIDIER JR., Fredie; ZANETTI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 4, p. 188.

Conforme dados oficiais, a Defensoria Pública Paulista já chegou a distribuir 80 novas ações, diariamente, com pedido de vagas em creche, nos períodos mais críticos.

Do ponto de vista de alterações legislativas, o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 976 a 987, estabeleceu a possibilidade de instaurar-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na busca de trazer maior segurança às decisões judiciais que, dentre outros mecanismos, têm como objetivo uniformizar a jurisprudência dos tribunais e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Trata-se de técnica que prestigia a verticalização das decisões, verificada na necessidade de observância dos julgados dos tribunais pelos órgãos judiciários de instâncias inferiores. Tem cabimento sempre que houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Há notícia de que, no Distrito Federal, um juiz de primeira instância suscitou a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas visando pacificar a questão da obrigatoriedade de o Distrito Federal efetivar matrícula em creche pública⁶⁴. No ofício encaminhado ao Presidente do Tribunal de Justiça local, o juiz defende que o deferimento dos pleitos por vaga em creche resulta em tratamento diferenciado e afrontaria ao princípio da isonomia, diante da inexistência das vagas e da necessidade de se aguardar em lista de espera. Em contrapartida, há outros juízes que se posicionam pelo deferimento diante do dever constitucional do Estado ao efetivo acesso de crianças a creches e unidades pré-escolares, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, baseados, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 54, IV) e no art. 11, V, da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Não há dúvidas de que a questão do direito à obtenção de vagas em creches e escolas infantis se encaixa nos requisitos legais que determinam a instauração de um Incidente de Demandas Repetitivas, não só no Município de São Paulo, mas em várias outras regiões do país em que o Judiciário enfrenta, diariamente, diversos pedidos idênticos de vagas para as crianças, em razão da ineficiência da política pública de competência dos municípios, de propiciar o devido acesso de qualidade à educação

⁶⁴ Disponível em <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/maio/pedido-de-irdr-no-tjdft-visa-pacificar-efetivacao-de-matricula-em-creche-publica>, site acessado em 13/11/2016.

infantil. Toda vez que o resultado final esperado dessa política pública não estiver sendo alcançado, o controle jurisdicional ganhará espaço para se exigir diretamente a fruição desse direito social.

Ainda na esteira de dar efetividade aos novos comandos do Código de Processo Civil e realizar uma gestão mais adequada dos milhões de processos repetitivos que tramitam no país, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 13 de julho de 2016, a Resolução de nº 235 que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos no Código de Processo Civil de 2015, no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, no Tribunal Superior do Trabalho, no Superior Tribunal Militar, nos Tribunais Regionais Federais, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Em brevíssima síntese, essa Resolução visa organizar as informações relativas a repercussão geral, aos casos repetitivos e aos incidentes de assunção de competência por meio da criação de um banco nacional de dados. As informações são disponibilizadas a toda a comunidade jurídica a fim de dar conhecimento, transparência e buscar a unicidade de entendimentos no território nacional.

A Resolução prevê, ainda, a criação do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes, e do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos,⁶⁵ que terão como principais atribuições a organização do sistema de precedentes, o gerenciamento dos procedimentos administrativos decorrentes da aplicação da repercussão geral ou de julgamento de casos repetitivos, a contínua alimentação do banco de dados, tudo buscando uma uniformização da jurisprudência.

Embora essa Resolução seja muito recente, verifica-se que os Tribunais estão buscando criar mecanismos de discussão dentre os magistrados, a Corregedoria e o Conselho Nacional de Justiça para dar cumprimento ao novo sistema de precedentes inaugurado pela legislação processual de 2015, mas, também, atentando-se para a necessidade, inevitável, de realizar-se uma gestão efetiva de processos repetitivos que possam ter relação com ações coletivas já existentes em andamento – como é o caso das

⁶⁵ Disponível em http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=23018, site acessado em 18/11/2016.

vagas em creche – visando diminuir a sobrecarga do Judiciário no trato dessas questões, o que, sem sombra de dúvidas, só trará benefícios para os jurisdicionados.

2.7 A extensão da decisão e sua atual implementação

Outro ponto do Acórdão do caso das creches, que merece ser analisado, diz respeito ao quanto foi decidido pelo Tribunal de Justiça Paulista em face do pedido realizado na ação.

De acordo com o relatório do Acórdão, a ação civil pública continha como pedidos:

- (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, sendo que os pedidos liminares procuraram fixar prazos para o cumprimento dessas obrigações.

Analisando-se o pedido inicial, sobre o prisma do princípio da demanda⁶⁶ e do princípio dispositivo, verifica-se que o Tribunal Paulista alargou o pedido feito pelas entidades Autoras procurando definir a política pública para o atendimento de toda a demanda existente, universalizando a questão. Ou seja, deu-se um salto, passando o Tribunal a determinar o número de vagas a serem criadas e o prazo em que as mesmas deveriam estar disponíveis para toda a comunidade paulistana.

Sob o enfoque da tratativa processual da demanda, verificou-se uma intensa atuação dos Desembargadores que compõem a Câmara Especial do Tribunal Paulista e julgaram o recurso de apelação, em um processo que, nessa fase do julgamento, teve um perfil inquisitório, resultando em uma decisão judicial que extrapolou os limites do

⁶⁶ Aqui, associado ao objeto do processo, onde se indicará o momento em que a atuação jurisdicional é exigida e se determina qual é a dimensão do direito que será levada a proteção do Estado, delimitando-se a extensão do julgamento do juiz.

pedido da parte, o que pode ser visto como contrário ao princípio da demanda, pelo menos em sua visão mais tradicional⁶⁷.

Além disso, há uma crítica ao Acórdão – da qual este trabalho compartilha –, por ter havido, no primeiro tópico da condenação feita ao Município de São Paulo, uma substituição ao administrador⁶⁸. Transcreve-se, aqui, referido tópico:

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 0 a 5 anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco) mil em tempo integral em creches para crianças de 0 a 3 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 criadas, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.

Do ponto de vista dos comandos ali determinados, verifica-se que o Acórdão foi rígido ao estabelecer o número de vagas a serem criadas pela Municipalidade, em um prazo de três anos, determinando-se, ainda, que o cumprimento da obrigação deve se dar entre os anos de 2014 e 2016. A especificação dessa determinação não se coaduna

⁶⁷ Sergio Cruz Arenhart defende a necessidade de se revisitar o conceito do princípio da demanda a fim de apurar a sua real utilidade, no sistema brasileiro vigente: “A previsão atinente à tutela específica – com a possibilidade de o magistrado adequar a proteção judicial às peculiaridades do caso concreto, e oferecer à parte a melhor tutela possível do seu interesse – já corresponde significativa concessão à oficialidade da prestação jurisdicional. Sua previsão moderna dá ao juiz poderes que extrapolam, e muito, os limites do pedido da parte, colocando em dúvida a aceitação (ao menos em sua integralidade) do princípio da demanda. Isso impõe reexaminar os pressupostos que determinaram a colocação deste princípio como verdadeiro axioma do processo civil moderno”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186-187). Ver também: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Temas de Direito Processual Civil*. 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 71.

⁶⁸ “No Brasil, os tribunais em geral não têm tido o mesmo cuidado e tem-se visto a substituição do administrador pelo juiz. Após a sentença condenatória, rígida e fixa, seu cumprimento tem sido muito difícil e frequentemente inexecutável. Ou seja, o processo e o procedimento comum, utilizado nesses casos, não foram adequados para a solução do conflito estrutural” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 54).

com as características desse tipo de conflito, pois padece de flexibilidade, podendo ainda se mostrar inadequada ou insuficiente para o atendimento das expectativas postas em discussão.

Lembre-se que o julgamento do recurso ocorreu em dezembro de 2013 e determinou o cumprimento de obrigação de fazer (fornecer, no mínimo, 150 mil novas vagas) nos próximos três exercícios seguintes à decisão, sendo que 50% das vagas deveriam ser providenciadas dentro de um ano e meio. Tem-se, ainda, a questão de que a decisão da Corte Paulista não é de última instância, cabendo contra a mesma a interposição de recursos, o que de fato ocorreu, com a interposição de recursos aos tribunais superiores pela Municipalidade.

No tocante às decisões judiciais no processo para conflito de interesse público, Ada Pellegrini Grinover sustenta que o juiz determinará uma série de obrigações de fazer, múltiplas, distintas entre si e para o futuro (em uma perspectiva de um Judiciário prospectivo). Assim, deverão ser flexíveis, mutáveis, já que as condições fáticas, jurídicas e econômicas poderão ser alteradas no tempo de execução das obrigações. Logo, a fixação de prazo rígido no caso das creches vai de encontro ao que deveria ser uma decisão dialogal e exequível.

Parece que o mais adequado, em um conflito de interesse público como esse, seria o Tribunal de Justiça fixar um cronograma a ser obedecido pelo administrador, cronograma este que será fracionado entre várias secretarias municipais que serão incumbidas de executar a tarefa determinada, podendo envolver não só a Secretaria da Educação, como a Secretaria de Planejamento, Secretária de Finanças Públicas, Secretaria de Obras Públicas, Secretária de Orçamento, dentre outras. Portanto, determinar-se o cumprimento da decisão em curto lapso temporal pode ser dramático, diante da necessidade de comunicação intersetorial e da obediência aos trâmites burocráticos da municipalidade.

O prazo concedido pelo Tribunal Paulista deveria ser razoável para que o administrador apresentasse um plano que contivesse, detalhadamente, de que forma, com a utilização de quais recursos, sob cronograma adequado, com a especificação de indicadores de qualidade, a Municipalidade cumpriria a obrigação de eliminar o déficit de vagas para o acesso das crianças à educação infantil no Município. Da maneira como definido, a decisão se mostra inexecuível *prima facie*, pelo menos no que diz respeito ao prazo que foi estabelecido para seu cumprimento (2014 a 2016).

No ano de 2013, em que foi dada a decisão judicial, foi criado um grupo de trabalho interinstitucional sobre educação infantil (GTIEI⁶⁹) para o acompanhamento da implementação da decisão. Esse Grupo, junto a outras entidades da sociedade civil, integra o Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo – responsável por monitorar o cumprimento da decisão pelo administrador público, já que, muito embora a decisão não tenha transitado em julgado, os recursos interpostos não possuem efeito suspensivo da decisão.

De acordo com últimos dados divulgados pelo GTIEI, no segundo semestre de 2016, a Secretaria de Educação apresentou relatório semestral em que demonstrou a criação de 98.890 matrículas, até 30 de setembro de 2016, sendo 82.296 matrículas em creche e 16.594 em pré-escola, desde o ano de 2013.

Esse balanço mostra que, no concernente à obrigação de fazer do Município de São Paulo, de criar 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, em parte, a decisão judicial do Tribunal Paulista foi cumprida. No entanto, a demanda não para de crescer e, muito embora os números sejam expressivos, a fila de espera em São Paulo ainda é de 103,4 mil crianças nas creches e outras 3,4 mil crianças na pré-escola⁷⁰.

Em reportagem publicada no jornal *Folha de São Paulo* em maio de 2015, a Prefeitura admitiu que não conseguirá cumprir o plano de metas que previa a construção de 243 creches na cidade de São Paulo até o final de 2016, diante da falta de recursos. Conforme a mesma reportagem, de acordo com o último balanço oficial há 106 mil crianças na fila de espera por vagas em creches infantis⁷¹.

Em tese, estaria a Municipalidade admitindo um descumprimento da decisão judicial ao manifestar a impossibilidade de dar efetividade ao seu próprio plano de metas o que remete a enorme complexidade de implementação dessa decisão.

⁶⁹ O Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil é constituído pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo; por Alessandra Gotti (Hesketh Advogados); Rubens Naves (Rubens Naves Santos Jr Advogados) e pelo Grupo de Trabalho de Educação Rede Nossa São Paulo.

⁷⁰ Disponível em <http://www.ebc.com.br/infantil/para-pais/2016/11/documentario-aborda-importancia-do-direito-educacao-infantil>, site acessado em 15/11/2016.

⁷¹ Em <http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/05/1631265-gestao-haddad-admite-que-nao-vai-construir-creches-prometidas.shtml>, site acessado em 25/05/2015.

Ainda no tocante ao acompanhamento da decisão judicial, há um ponto de relevância a ser tratado, que diz respeito ao fato de ainda não ter transitado em julgado, ou seja, há recursos da Municipalidade manejados contra o Acórdão, dirigidos aos Tribunais Superiores e pendentes de julgamento.

Assim, por um lado, verifica-se que a Municipalidade atua, processualmente, no sentido de ver a decisão proferida no Acórdão reformada pelas Cortes Superiores, utilizando-se, para isso, dos mesmos argumentos já debatidos no processo.

Ao mesmo tempo, em razão do Acórdão ter determinado a apresentação de um plano de expansão das vagas pela Municipalidade, com a previsão de apresentação de relatórios semestrais à Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça, os Procuradores do Município viram-se obrigados a coletar esses dados junto à Secretaria Municipal de Educação para apresentá-los ao Tribunal. Portanto, tem-se que a decisão judicial, tal como emanada, gerou uma espécie de cumprimento provisório da decisão que, ainda que não seja definitiva em razão dos recursos interpostos, corre em paralelo a tramitação burocrática destes, e só traz benefícios do ponto de vista de implementação mais célere da política pública, ou seja, da boa obtenção de resultados dessa política, tudo devidamente acompanhado pelo órgão prolator da decisão, em um modelo de processo que parece ser muito mais adequado para discussão dos conflitos de interesse público.

2.8 O Acórdão e a não determinação de sanções diante do descumprimento

Aqui cabe uma breve análise com relação a este importante ponto de discussão. A doutrina estabelece quatro tipos de sanção, que podem ser fixadas em caso de descumprimento de decisão judicial no controle de políticas públicas: (i) fixação de multa diária; (ii) responsabilização por improbidade administrativa; (iii) intervenção no Estado ou Município; e (iv) responsabilização criminal.⁷²

⁷² Há quem defenda que a não implementação de uma política pública decorrente de ordem judicial não se configura como crime de desobediência nem poderia ser tipificada como ato de improbidade administrativa porque, para tanto, se exigiria a ocorrência de *dolo* na inexecução. Bem como, que a intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VI, da CF/1988) e a intervenção estadual nos Municípios (art. 35, IV, da CF/1988) também não seriam soluções para o problema por tratarem-se de medidas extremas que só seriam admissíveis em caso de descumprimento *doloso* ou intencional da

No que se refere a fixação de multa diária há entendimento não pacificado no Tribunal Paulista de que esta sanção implica em assunção de um ônus maior ainda para a Administração, também significando em prejuízo direto para o cidadão⁷³.

Recentemente, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão onde definiu alguns critérios para a fixação de *astreintes*. De acordo com voto do Ministro Luis Felipe Salomão devem ser considerados os seguintes critérios, dependendo das circunstâncias do caso concreto: (1) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; (2) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); (3) capacidade econômica e capacidade de resistência do devedor; (4) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo⁷⁴.

No Superior Tribunal de Justiça é pacífico o entendimento de que é possível ao juiz, *ex officio* ou por meio de requerimento da parte, a fixação de *astreintes* contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer⁷⁵.

Outro dado importante é que, via de regra, a jurisprudência tem sido contrária à fixação de multa contra a Fazenda Pública, a não ser na hipótese de comprovada recalcitrância do ente público no cumprimento da obrigação de fazer. Daí a razão para a fixação de multa ocorrer somente *a posteriori*, já na fase de execução da decisão, quando de fato houver o descumprimento da obrigação pela Administração.

Voltando agora ao Acórdão da Corte Paulista no caso das creches, não houve fixação de sanção para o possível descumprimento das obrigações de fazer impostas a Municipalidade.

decisão judicial. Ver COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*. Ano 37, vol. 212, out. 2012, p. 36.

⁷³ Nesse sentido ver Agravo de instrumento nº 308.137-5/9, Sexta Câmara de Direito Público, 17/02/2003; Agravo de instrumento nº 316.537.5/8-00, Sexta Câmara de Direito Público, 26/03/2003 e, ainda no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70054625652, Quarta Câmara Cível, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 24/07/2013.

⁷⁴ Conferir em AgInt no AgRg no AREsp 738.682, julgado em 17/11/2016.

⁷⁵ Conferir precedentes nesse sentido: AgRg no REsp 440686-RS, REsp 451017-SP, AgRg no Ag 334301-SP e AgRg no REsp 690483-SC.

Nesse aspecto, a parte final do dispositivo assim decidiu:

Uma vez ordenada a 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, como sugerido pelas 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.

A lógica do Tribunal Paulista foi a de não haver necessidade na fixação de multa diária por ter estabelecido uma forma de monitoramento, que poderá ser mais eficaz. Diante de uma execução que deverá ocorrer de maneira dialogal, com a prestação de informações pela Administração e pleno acesso aos diversos atores envolvidos, não haveria necessidade de fixar-se, de pronto, penalidades pelo descumprimento, tais como *astreintes* ou bloqueio de verbas do orçamento.

Em um primeiro momento causa estranheza a decisão, pois, como se pensar em decisão efetiva sem que haja um meio coercitivo de imposição da mesma? Em nosso sistema processual adjudicatório, parece generalista e desprovida de força executória a decisão que apenas indica o caminho e os passos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido, sem a previsão de uma sanção específica. No entanto, esse parece ser o futuro dos processos de conflito de interesse público e a Corte Paulista; e, neste especial aspecto, a decisão foi vanguardista ao determinar obrigações de fazer sem prever penalidades pelo descumprimento, acreditando no diálogo institucional e prospectivo a ser realizado por todos os envolvidos na causa.

Ademais, a fixação de *astreintes* para o caso de descumprimento não traria o resultado esperado,⁷⁶ vista como técnica de satisfação da pretensão, de efetividade da decisão judicial. Como já dito, existe no caso uma complexidade operacional, gerencial

⁷⁶ STJ, REsp 1,098,028/SP, Ministro Relator Luiz Fux: “É cediço que a função multa diária (*astreintes*) é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1025234/SP, DJ de 11/09/2008; AgRg no Ag 1040411/RS, DJ de 19/12/2008; REsp 1067211/RS, DJ de 23/10/2008; REsp 973.647/RS, DJ de 29.10.2007; REsp 689.038/RJ, DJ de 03.08.2007; REsp 719.344/PE, DJ de 05.12.2006; e REsp 869.106/RS, DJ de 30.11.2006”.

e orçamentária para que ocorra a prestação administrativa e a utilização deste instrumento de controle poderá se tornar inadequado ou insuficiente⁷⁷.

Fábio Konder Comparato, em 1986, já antevia o problema: “A condenação pecuniária do Erário Público reflete-se, negativamente, sobre toda a população, sem dar adequada satisfação aos que seriam beneficiados com a execução da política negligenciada.”⁷⁸

Assim, a determinação de multa, ao que parece, não teria a função esperada de impor “pressão” ao inadimplente, já que, se fixada, não poderia ser contra a pessoa do administrador⁷⁹. E mais, se fixada contra o ente público – a Municipalidade – teria o efeito inverso de onerar, ainda mais, o orçamento (que já é escasso) e todos os contribuintes, atingindo, nesse diapasão, inclusive a minoria que se tenta proteger na ação judicial (famílias de baixa renda que não tem acesso a vagas em creche e escolas infantis municipais).

Ao refletir sobre o aspecto da sanção no processo de interesse público, Carlos Alberto Salles assim dispõe:

a participação judicial não se encerra, portanto, com a prolação da sentença, sob pena de incidência de uma determinada sanção. A ação judicial se prolonga no tempo, mediante o acompanhamento direto e continuado da implementação da política pública.⁸⁰

⁷⁷ Ver posição de Carlos Alberto Salles em “*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, p. 102-103.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 152.

⁷⁹ Nas palavras de Eurico Ferraresi: “não se pode esquecer o fato de que a multa diária recairá, diretamente, no patrimônio público, bem de todos. E que, por isso, os efeitos de uma multa aplicada ao setor particular e ao setor público podem ser completamente diversos. [...] A imposição de multa diária só tem efeito quando recai no patrimônio particular do administrador público, pois, do contrário, onerar-se-ia ainda mais o erário” (FERRARESI, Eurico. *Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. Tese de Doutorado defendida na USP, 2008).

⁸⁰ SALLES. *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, p. 104.

Na prática forense, tem-se verificado que a determinação de uma execução *forçada* não é a forma mais eficiente de implementação de uma política pública, e esse parece ter sido o entendimento da Corte Paulista no caso das creches tanto na determinação do plano de acompanhamento da execução das várias obrigações de fazer delineadas, quanto na aposta de desnecessidade de fixação de sanções imediatas, por acreditar na implementação da política pública a partir de diálogo direto entre as partes envolvidas e os órgãos institucionais designados para o monitoramento da execução, tendo o Judiciário como ente mediador.

De toda forma, na parte final do dispositivo, considerou o Tribunal Paulista a possibilidade – como não poderia deixar de ser – de fixação de multa no futuro, pelo juiz da execução, e a qualquer momento de seu curso, para compelir os responsáveis ao cumprimento das obrigações, no caso de recalcitrância injustificada da Administração.

Isto é, se de fato se comprovar, ao tempo da execução do Acórdão, o descumprimento manifesto da obrigação pelo agente público, ao juiz caberá a fixação da sanção que considerar oportuno para compelir ao cumprimento das obrigações de fazer.

2.9 O Tema nº 548 de Repercussão Geral: autoaplicabilidade do art. 208, inciso IV, da Constituição Federal

A Constituição Federal dotou o Poder Judiciário de uma extensa gama de poderes (art. 92, CF). A título de exemplo, cabe ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis federais, o julgamento das ações coletivas envolvendo escolhas políticas e, ainda, o controle dos atos administrativos em alguns aspectos que ultrapassam a mera legalidade (como no caso da ação popular, art. 5º, inciso LXXIII, CF). Não há dúvidas de que a Constituição Federal reconheceu ao Poder Judiciário a possibilidade de decidir sobre políticas públicas, com o exame de sua adequação, correção e implementação, a partir dos comandos constitucionais.

Nesse cenário, a questão que se coloca perante o Judiciário é a de analisar se todos os direitos fundamentais sociais são dotados da possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional imediata.

Conforme sustenta Kazuo Watanabe, alguns doutrinadores, a exemplo de Dirley da Cunha Júnior, defendem que todos os direitos fundamentais sociais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata e conseqüentemente são tuteláveis, independentemente de prévia aprovação de política pública pelo Legislativo ou do Executivo.

Já Ana Paula de Barcellos sustenta, no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, que este assegura, em termos gerais, que todas as pessoas tenham uma vida digna. Embora seja de efeito um tanto indeterminado, o princípio tem um conteúdo básico sem o qual se poderá afirmar que foi violado e que assume o caráter de regra e não mais de princípio. Somente ao mínimo existencial reconhece a possibilidade de exigência judicial de “forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação do pluralismo e do debate democrático”⁸¹.

Colacionando as palavras de Susana Henriques da Costa:

Atrelada à constitucionalização dos direitos fundamentais sociais, está a discussão a respeito do seu conteúdo essencial. A pergunta é: qual o grau de exigibilidade desses direitos? Isso porque os direitos sociais, justamente por representarem realização material pelo Estado, têm custo muito superior em relação aos direitos civis e políticos. A premissa, portanto, é pela impossibilidade de se garantir a fruição máxima desses direitos por todos os membros da sociedade, por inviabilidade econômico-financeira. Conseqüentemente, haverá a colisão entre direitos fundamentais que não poderão ser sempre igualmente realizados⁸².

Nessa seara de discussão, encontra-se em tramitação no Supremo Tribunal Federal o Tema de Repercussão Geral de nº 548, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, que

⁸¹ Ver WATANABE, Kazuo. 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*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

⁸² COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação entre 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, p. 345-370.

discutirá à autoaplicabilidade do artigo 208, inciso IV da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

A Repercussão Geral dessa questão constitucional foi reconhecida no processamento de um agravo de instrumento em recurso extraordinário interposto pelo Município de Criciúma contra Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que determinou àquela Municipalidade o oferecimento de vaga em creche a determinada criança residente naquela localidade (AI 761.908 SC).

Na análise do referido agravo, foi reconhecida a Repercussão Geral da controvérsia para assentar que o artigo 208, IV, da Constituição Federal é uma norma de autoaplicabilidade. Na oportunidade, a ementa restou assim redigida:

Auto-Applicabilidade do art. 208, iv, da Constituição Federal. Dever estatal de assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

Em recente decisão, o agravo foi provido e convertido em recurso extraordinário para a melhor apreciação da questão.⁸³

O Estado brasileiro adotou modelo de proteção integral à criança, conferindo prioridade absoluta às ações destinadas a concretizá-la. Assim, são autoaplicáveis os comandos destinados à efetivação de seus direitos fundamentais, notadamente do artigo 208, inciso IV. Vê-se, portanto, que a norma guarda eficácia plena e encerra *direito público subjetivo*.⁸⁴

⁸³ Decisão que tramita como recurso extraordinário eletrônico, <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5085176>, site acessado em 20/11/2016.

⁸⁴ Ademais, o artigo 7º, inciso XXV, da Constituição Federal assegura como direito social do trabalhador a manutenção de seus filhos de até 5 anos de idade em creches e pré-escolas.

A aproximação com o caso paulistano objeto de estudo é imensa, sendo certo que os recursos extraordinários lá interpostos encontram-se sobrestados para aguardar o pronunciamento final da Corte.

Indubitavelmente, a decisão final do Supremo trará reflexos nacionais no que diz respeito ao controle de constitucionalidade dessa questão, já que, espera-se, seja fixada pela Corte interpretação conforme a Constituição ao artigo 208, inciso IV, de modo a preservar sua integral eficácia e autoaplicabilidade.

2.10 Reflexões possíveis

O presente estudo de caso traz algumas reflexões que podem sugerir a necessidade de uma alteração do modelo processual das ações de controle jurisdicional de políticas públicas.

Verifica-se que, no momento em que os *players* das duas ações civis públicas adotaram outro modo de condução do processo, visando o envolvimento de praticamente todos os atores do Poder Judiciário na busca de uma solução consensual, o processo deu um salto de qualidade na direção de alcançar uma saída para o conflito.

O caso das creches de São Paulo constitui um claro conflito de interesse público que surgiu em razão da impossibilidade de fruição do direito fundamental social à educação infantil. Direito autoaplicável, nos termos da nossa Constituição.

O diálogo de natureza institucional entre os Poderes, realizado a partir do momento em que o processo tramitava no Tribunal Paulista, mostrou-se de fundamental importância, bem como a participação da sociedade civil nesse diálogo.

A construção de uma solução consensual entre todos os entes envolvidos seria o ideal, mas, mesmo que isso não tenha ocorrido – embora tentada – a decisão judicial teve a inegável qualidade de observar a natureza distributiva do direito social discutido. Nas palavras de Susana Henriques da Costa, a exigibilidade dos direitos sociais “*transfere ao Judiciário a competência para a discussão sobre justiça*

distributiva, transformando esse Poder do Estado em mais uma arena política de discussão”⁸⁵.

No caso das creches houve a transferência para o Poder Judiciário da competência sobre a justiça distributiva no concernente a este direito social, pois tornou-se verdadeira arena política de discussão sobre o tema do acesso à educação infantil e, com a decisão da Corte Paulista, definiu-se sim a alocação de bens escassos da Administração.

A decisão judicial da Corte Paulista pode não ter solucionado o problema da política pública de acesso à educação infantil no Município de São Paulo, mas teve o mérito de iluminar o intenso e polêmico debate sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, trazendo uma boa reflexão sobre o papel dos atores envolvidos na questão, a estratégia política e processual ali utilizada, a repercussão midiática e social sobre o tema e a execução de julgados em processos que envolvem o controle jurisdicional de políticas públicas.

Uma outra qualidade da decisão judicial se encontra no fato de a Corte Paulista ter, de certa forma, universalizado a questão, definindo a política pública de acesso à creche de forma coletiva para todo o Município de São Paulo – o que poderá levar a uma considerável redução de demandas individuais pulverizadas sobre o mesmo tema.

A decisão tem problemas de exequibilidade, como demonstrado – até pelo fato de não ser resultado de uma construção dialogada com a Administração. E esta vem se manifestando quanto a impossibilidade de cumprir seu próprio plano de metas, ou seja, é grande a possibilidade de descumprimento da decisão judicial.

O Acórdão do Tribunal Paulista traz a efetividade desejada? Não, mas pelo menos teve impacto suficiente para produzir diversas reflexões, como as aqui transcritas, que podem levar a uma evolução no modelo de processo de interesse público.

O ideal para este tipo de disputa é que seja abandonado o modelo tradicional de litigância e se avance para um verdadeiro processo de conflitos de interesse público,

⁸⁵ 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 (Orgs.). *O processo em perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-370.

com contraditório profundo e ampliado desde o seu início – em um processo muito mais dialogal, com a possibilidade de formação de coisas julgadas múltiplas e mutáveis no decorrer da execução.

A forma como o juiz brasileiro avalia uma questão de política pública também deverá sofrer mudanças para avançar. Nessa alteração da função judicial, o olhar do juiz estratégico deverá ser mais prospectivo, ter uma lente voltada para o futuro – e não só preocupada em solucionar o conflito no passado –, já que no transcorrer do tempo de execução de sua decisão certamente ocorrerão alterações das condições fáticas, jurídicas e econômicas do contexto trazido aos autos.

O novo papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, a atuação dos juízes em processos de interesse público e essa busca por um modelo de processo mais adequado são objeto dos capítulos desenvolvidos a seguir.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 A evolução do papel desempenhado pelo Poder Judiciário

Desde a época do Estado Liberal de Direito, vivida no século XIX, até o momento atual, passamos por modelos diferentes de codificações, como consequência direta das mudanças históricas, políticas e sociais que influenciaram a alteração das constituições por todo o mundo moderno. No Estado Liberal, a separação dos poderes do Estado era tida como condição de liberdade e surgiu para fazer frente aos regimes absolutistas e possibilitar o nascimento dos Estados de Direito Constitucional.

Naquele momento da história a preocupação maior era com a liberdade das pessoas e com a preservação de sua proteção diante da intervenção estatal. Nesse cenário, o Poder Legislativo ganhou luzes visando a neutralização do Poder Judiciário, que tinha muito pouca influência nesse Estado legalista, dominado pelas codificações. Esse era o sentido da expressão dada à atividade dos juízes – *la bouche de la loi* – sem espaço para decidir sobre questões reservadas ao Legislativo e ao Executivo, cabendo a este último, com exclusividade, a discricionariedade sobre escolhas políticas.

Diante das intensas reformas mundiais, sobretudo diante da Revolução Industrial, o papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário também foi se modificando, momento em que os direitos sociais ganham foco nas constituições, modelando um sistema de Estado mais intervencionista, cunhado de Estado de Bem-Estar Social. Nele o protagonista passa a ser o Poder Executivo, tendo como função maior dar efetividade às promessas constitucionais do Legislativo, por meio da criação de atos promocionais, prestacionais e efetivos.

Nesse caminho, as Constituições passaram a incluir, além dos direitos de defesa (que se identificam por sua natureza negativa, isto é, têm por objeto abstenções do Estado, visando a proteção do indivíduo contra ingerências na sua autonomia

pessoal), os direitos sociais prestacionais, que têm como objeto uma conduta positiva do Estado, consistente em uma prestação de natureza fática.⁸⁶

Com a alteração dos modelos constitucionais, e dos papéis outorgados ao Legislativo e ao Executivo, a questão da judicialização desses novos direitos tomou forma, trazendo sensíveis alterações na função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, acompanhada de mudanças significativas também na atividade dos juízes. Com a interiorização dos valores fundamentais da justiça e da dignidade da pessoa humana nas constituições, o Poder Judiciário passa a ter uma função mais ativa e é chamado a desempenhar verdadeiro controle de constitucionalidade dessas novas normas, para impedir as graves violações cometidas pelo Executivo ao não implementar os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Assim, nesse novo Estado Democrático de Direito, o papel do Judiciário se modifica, passando a ser reconhecido como uma espécie de garantidor dos direitos sociais e ponto de equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo, ao exercer uma atividade de controle de constitucionalidade, reparando, assim, possível inefetividade do Executivo.

A Constituição brasileira de 1988 também seguiu esse mesmo caminho evolutivo. E com ela surgiu um novo direito constitucional brasileiro, que coincidiu com o processo de redemocratização do país e foi fruto de duas alterações de paradigma:

- (i) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição;
- (ii) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.⁸⁷

Conforme a nossa Constituição, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo por obrigação constitucional a realização dos objetivos constantes no artigo 3º, a partir do desenvolvimento de políticas públicas. Diante deste contexto, o

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 257 e ss.

⁸⁷ Ver em BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43 e ss.

papel do Poder Judiciário ganha grande importância, chamando para si uma parcela dessa responsabilidade social atribuída pela Constituição, por meio do controle de constitucionalidade.

Dentre os fundamentos desse Estado Democrático de Direito estão a cidadania, a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. E, sem sombra de dúvidas, a democracia e seu pleno exercício estão intrinsecamente ligados ao gozo dos direitos sociais.

José Reinaldo de Lima Lopes, ao tratar do modelo de Estado brasileiro advindo da Constituição de 1988 e a relação entre a democracia, os direitos sociais e o papel do Judiciário, afirma que os direitos sociais constituem elemento essencial da democracia, pois representam a concessão de condições reais de possibilidade de vida digna. Nesse cenário, sustenta que a negativa desses direitos sociais significa o mesmo que uma negativa da democracia. Avança para o raciocínio de que os cidadãos têm o direito de exigir, judicialmente, a execução concreta de políticas públicas, raciocínio este que deriva da própria Constituição, que dispôs sobre mecanismos constitucionais e judiciais de exigir alguns desses direitos; lembra, por fim, da dificuldade inerente a obtenção dessas políticas, quando estas dependem da real existência de meios.⁸⁸

Além do fato de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito (o que faz com que o Poder Judiciário, necessariamente, tenha presente a aplicação dos valores e direitos constitucionais), temos em nosso ordenamento parâmetros que também nos levam à possibilidade (e obrigação) de o Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade para a implementação dos direitos sociais. Primeiro, tem-se o princípio da inafastabilidade do amplo controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF); após, é preciso conferir aplicabilidade e eficácia máxima aos direitos que atendam ao princípio da dignidade da pessoa humana; é preciso ainda assegurar os direitos constitucionais fundamentais, indispensáveis a uma vida digna e cuja plena fruição depende da integração dos vários Poderes do Estado.

Logo, faz-se necessário abandonar a antiga visão de Montesquieu da separação de Poderes, para avançar a uma interpretação muito mais contemporânea de

⁸⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, nº 122, Brasília, 1994, p. 256 e ss.

diálogo entre esses Poderes, reverenciando os espaços democráticos de cada função e Poder do Estado, dentro do contexto do modelo de Estado Democrático de Direito.

3.2 O controle de constitucionalidade em nosso ordenamento

Após a Constituição de 1988, o desenvolvimento de nosso sistema de controle de constitucionalidade deu-se, notadamente, com as emendas constitucionais nº 3/1993 e 45/2004 e das Leis de nº 9.868/99 e 9.882/99, ocorrendo a preponderância de um modelo judicial-repressivo, no qual o controle em abstrato das normas passa a ser muito forte, notadamente em razão do aprimoramento das ações diretas.

Acredita-se que uma conjugação de fatores levou a um amadurecimento dos mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade:

- (i) houve uma ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações diretas;
- (ii) a possibilidade de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – já prevista na Constituição no artigo 102, § 1º e regulamentada pela Lei nº 9.882/99) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (trazida pela emenda constitucional nº 3/1993);
- (iii) a previsão de modulação dos efeitos temporais das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (artigo 27 da Lei nº 9.868/99);
- (iv) a criação das súmulas vinculantes pela emenda constitucional nº 45/2004, com os mesmos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato;
- (v) o surgimento do *amicus curiae*;
- (vi) a natureza dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato, com alcance *erga omnes* e efeito vinculante, dentre outros.

Esse amadurecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade forneceu as ferramentas para que o Poder Judiciário – aqui personificado na figura do Supremo Tribunal Federal – tomasse uma posição absolutamente destacada no terreno do controle de constitucionalidade e no cenário político.

Além desses fatores, o texto constitucional de 1988 abraçou as mais diversas pautas, visando abarcar ou promover uma profunda democratização dos direitos. Com

ela surgiram numerosos princípios e cláusulas de conteúdo semântico aberto, gerando uma amplitude de interpretações e também dificuldades para definição dos limites interpretativos desses comandos.

Assim, a somatória desses fatores, conjugada à característica ampliativa da Constituição de 1988 e à falta de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em suas obrigações prestacionais, abriu espaço ao Poder Judiciário para agir como nunca visto antes.

Os direitos sociais delineados no rol dos direitos fundamentais de nossa Constituição têm por objeto, na maior parte das vezes, uma prestação positiva do Estado, de natureza fática. A implementação efetiva desses direitos, como o direito à educação, à saúde e moradia, depende da realização de políticas públicas.

Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva,⁸⁹ ao contrário do que ocorre com a realização e proteção dos direitos individuais, a realização dos direitos sociais, ao depender de enormes gastos públicos, depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal. Em um cenário de recursos escassos, no qual não há dinheiro suficiente para resolver nem mesmo os principais problemas de saúde, educação e moradia dos indivíduos – e essa é a realidade em quase todos os países do mundo – é necessário que alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.

Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais.

A possibilidade de submeter uma política pública a controle jurisdicional é de todo inquestionável, e advém do papel de controle da constitucionalidade das normas exercido pelo Poder Judiciário, previsto constitucionalmente.

Na visão de um conceito mais ampliado de política pública, onde coloca-se o Poder Judiciário como forma de expressão do poder estatal, a atuação judicial de controle parece encontrar seu fundamento. É no debate judicial que se levará ao

⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 589-590.

extremo a questão da vinculatividade à política estatal, partindo-se da premissa de que o Poder Judiciário deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado⁹⁰.

Sob essa lente, o juiz passa a ser visto como um coautor das políticas públicas, ente que, em casos extremos de comprometimento da integridade e eficácia dos fins do Estado por ações ou omissões dos demais Poderes, passa a atuar, excepcionalmente, na formulação das políticas públicas.

Colacionando as palavras de Osvaldo Canela Junior:

[...] comprovada a lesão a direito fundamental, o Poder Judiciário, autorizado pelo princípio da inafastabilidade, admite o exercício do direito de ação e lança a mais ampla cognição sobre as políticas públicas realizadas pelas demais formas de expressão do poder estatal.⁹¹

Sob o papel do Poder Judiciário na promoção dos direitos fundamentais, assim se manifesta Eduardo Cambi:

A vigilância democrática dos juízes, aliada à independência do Judiciário, é requisito indispensável à promoção dos direitos humanos fundamentais. Sem um Judiciário forte, a sociedade sucumbiria à tirania do poder. Prevalceria a opressão estatal e ficariam sem cumprimento os pactos internacionais e os direitos constitucionais que protegem a integridade dos direitos essenciais de todas as pessoas, não conferindo prevalência ao valor ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.⁹²

⁹⁰ Nas palavras de Canela Júnior: “Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art.3º da CF).” Citado por 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, 2013, p. 129.

⁹¹ 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, p. 232.

⁹² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120-121.

Apesar de legítima a atuação de controle do Poder Judiciário, surgem dela alguns problemas. Ao realizar uma ampla cognição das políticas públicas, o magistrado não está vinculado à disponibilidade de meios como estaria o Poder Executivo, e não há como prever os efeitos e impactos dessa decisão judicial sobre o universo de direitos alheios àquela específica lide⁹³.

Assim, o efeito reflexo e perverso do controle jurisdicional se circunscreve no deslocamento, para o Judiciário, da seleção de prioridades e de meios – cerne de construção de qualquer política pública dos Poderes Executivo e Legislativo –, o que pode levar a uma carência ainda maior de recursos para o atendimento dos direitos sociais, de custo altíssimo para o Estado.

Nesse cenário, Odete Medauar sustenta que, no ordenamento pátrio, a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988. Mas afirma também que a ampliação do controle jurisdicional não pode se dar com a substituição do administrador pelo juiz; culminará sim com a anulação de atos, a obrigação de fazer, a abstenção de agir etc.⁹⁴

Ada Pellegrini Grinover assevera que muitas vezes as decisões dos juízes brasileiros em temas de políticas públicas são desarrazoadas pois invadem a esfera de atuação própria de outros Poderes, citando como exemplos o caso do Hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, e o caso das creches do Município de São Paulo, aqui objeto de estudo; para a autora, em tais demandas, “*o Judiciário brasileiro não atentou para o fato de que a obrigação de fazer, para ser cumprida, há de ser razoável e equilibrada,*

⁹³ Dallari Bucci aponta para o “risco da judicialização da política”, em que o ativismo judicial de promotores de justiça e juízes passa a substituir a iniciativa do Poder Executivo, que tem título legal para o plano de governo, além de iniciativa legislativa nas matérias em torno das quais se estrutura a realização de políticas públicas, notadamente orçamentária, administrativa e de serviços públicos. Ver BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

⁹⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 175.

aberta e construída de comum acordo com a Administração”, tendo as condenações configurado a substituição do administrador pela atividade do juiz⁹⁵

No que se refere a forma como os juízes enxergam sua posição, Maria Teresa Sadek traz importantes reflexões a partir de pesquisa empírica sobre o tema:

O que se deseja salientar é que uma proporção expressiva de magistrados sobleva a identidade do juiz delimitada pela mera aplicação da lei. A definição do papel do juiz como a de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos. Esse protagonismo que rejeita ou supera o juiz “boca da lei” institui um juiz corresponsável pela concretização dos direitos e, nessa medida, um agente com atuação na arena pública.

[...]

Nesse cenário, as políticas públicas ocupam um lugar privilegiado. Decisões judiciais têm exigido providências, alterado políticas, impedido certas deliberações da Administração Pública.

Essa participação, ao mesmo tempo em que garante a conversão dos preceitos legais – definidores do âmbito de igualdade – em realidade, fortalece a presença da magistratura, construindo uma identidade distante daquela do juiz boca da lei. O juiz inanimado cedeu espaço para o magistrado ator político de expressão.⁹⁶

Ainda nessa seara da ótica pela qual os juízes enxergam sua função e papel, José Carlos Francisco, por meio de pesquisa realizada com magistrados brasileiros, verificou um perfil que pode ser categorizado como ativista:

Ainda que as experiências neoconstitucionalistas e ativistas não tenham ganhado força em países europeus (especialmente na Espanha, na Itália, na França e em Portugal), esses pressupostos são presentes na realidade brasileira, pois dados colhidos em meados da década de 1990 revelaram que 83% dos magistrados brasileiros pesquisados acreditam que o Poder Judiciário não é neutro, e que em suas decisões o juiz deve interpretar a

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, p. 13-16, disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site consultado em 24/06/2015.

⁹⁶ SADEK, Maria Teresa. *Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da ciência política. 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, p. 22-28.

lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social. Já 73,4% dos magistrados entrevistados no Brasil “concordam inteiramente” ou “concordam muito” com a opinião de que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, pois tem de ser sensível aos problemas sociais, ainda que “apenas 37,7% tenham se posicionado da mesma forma sobre a opinião de que o “compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei”. Esses números mostram que a postura mecanicista de aplicação do texto normativo aos fatos concretos deixou de representar o modo de trabalho de proporção importante da magistratura brasileira.⁹⁷

Parece haver um consenso em relação a uma nova realidade jurídico-constitucional no Brasil, que trouxe ao Poder Judiciário um papel de protagonismo ao decidir questões fundamentais relacionadas ao projeto político da nação, principalmente no que diz respeito à implementação das políticas públicas. Nesse Estado Democrático Constitucional, o Judiciário passou a ser um *construtor* do Estado de Direito a partir da omissão dos demais Poderes na execução de suas funções e essa nova função traz consigo um maior ativismo dos juízes.

3.3 Meios judiciais de controle das políticas públicas

O sistema processual brasileiro é dotado de diversos meios que possibilitam o controle das políticas públicas, estando as mesmas inseridas no interior da espécie de direitos coletivos, daí a possibilidade de utilização da tutela jurisdicional coletiva para controlar tais políticas.

Nesse cenário, além das ações constitucionais (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental), obviamente aptas a exercer referido controle, existem as ações coletivas, quais sejam: (i) ação civil pública; (ii) o mandado de segurança coletivo; (iii) a ação popular; (iv) a ação de

⁹⁷ FRANCISCO, José Carlos. (Neo)constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto. In: FRANCISCO, José Carlos (Coord.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 49-50.

improbidade administrativa; e (v) o mandado de injunção coletivo. Todas essas ações são próprias para tutelar um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Uma demanda individual também pode proteger direitos e interesses coletivos. A título de exemplo cite-se a hipótese de moradores vizinhos a uma fábrica poluidora adentrarem com ações individuais pleiteando a cessação da poluição ambiental. Essas ações serão individuais apenas do ponto de vista de serem propostas por pessoas individualmente, pois a pretensão tem alcance coletivo, já que beneficiará a totalidade das pessoas que se encontram na mesma situação e não somente os autores das ações individuais.

Outro exemplo é o do manejo de ação individual ajuizada por vizinho de clube noturno que requer sua interdição, tendo como fundamento a violação do direito ao silêncio. Esta demanda é individual, mas também de alcance coletivo, posto que a possível interdição advinda da decisão judicial beneficiará a todos os membros da vizinhança. Esses são exemplos de demandas individuais com efeitos coletivos, que servem à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos (cujo o conceito está inserido no artigo 81, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor), cuja defesa poderá ser manejada por meio de todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, nos termos do artigo 83 do CDC c/c o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública.

Em suma, qualquer ação coletiva ou individual com efeito coletivo pode levar o Poder Judiciário a intervir ou exercer o controle de uma política pública. Cabem aqui breves comentários no que se refere às ações estritamente individuais. Essas ações que protegem direitos subjetivos, muito embora possam incidir sobre as políticas públicas, não se prestam ao controle jurisdicional das mesmas. Na verdade, aqui utilizando as palavras do Professor Marco Antonio da Costa Sabino, “*a medida judicial que, individualmente, postula certo direito social como subjetivo, requerendo ao juiz que outorgue seu uso àquele postulante, e somente a ele, é, ao mesmo tempo, violadora da essência do direito que persegue e disfuncional*”.⁹⁸

⁹⁸ SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, p. 259 e ss.

É violadora porque não respeita a necessária *universalidade* que se encontra na essência desses direitos sociais. E é disfuncional sobre a ótica da questão dos custos que essas ações individuais impõem ao Estado, notadamente, pelo fato de que no Brasil, não raras vezes, apenas a parte da população que tem acesso ao Poder Judiciário é que acaba tendo seu direito social assistido, o que se configura como um contrassenso, na medida em que os direitos sociais são universais e devem ser dispensados de maneira igualitária, tudo conforme a nossa Constituição Federal.

Além disso, as ações estritamente individuais que versam sobre direitos sociais estão mais aptas a serem anti-isonômicas, já que a decisão judicial se dará conforme o pedido realizado na petição inicial, e não a partir de uma política pública programada e determinada para o atendimento isonômico de todas as pessoas, na mesma condição daquele postulante individual. É dizer, a decisão judicial individual prejudica a visão global do problema de política pública enfrentado, obscurece a verificação consequencialista da decisão e permite que o juiz outorgue decisões de forma mais emocional do que racional. Portanto,

*“é inevitável a primazia da tutela coletiva sobre a individual, porque é a medida transindividual que propicia tutela mais racional do bem essencialmente coletivo, seja durante seu processamento, seja, inequivocamente, na respectiva decisão”.*⁹⁹

Em nosso atual modelo de litigância, a intervenção do Poder Judiciário, no que concerne à tutela dos direitos fundamentais, pode ocorrer em duas fases processuais distintas: (i) no início do processo, por meio de tutela antecipada de urgência, interferindo diretamente no orçamento do Estado; (ii) após o trânsito em julgado da sentença, determinando o ajuste orçamentário para o devido cumprimento.

Feita essa análise dentro do processo, ou o juiz determinará o cumprimento imediato da tutela, ou, havendo a comprovação de ineficiência de recursos públicos, determinará que a Administração inclua no próximo orçamento a previsão destes recursos.

⁹⁹ SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, p. 260.

O princípio da proporcionalidade e a regra da razoabilidade deverão ser o norte limitador da intervenção judicial em políticas públicas.

O Poder Judiciário tem compromisso constitucional com a realização dos direitos fundamentais. Como assumiu o papel de controle de constitucionalidade, no caso de lesão, o Estado é personificado como devedor. E, nessa qualidade, não se configura como justificativa plausível, a sua não condenação ao cumprimento da obrigação, ou ao não pagamento, por exemplo, em razão de não possuir verba para tanto.

O Poder Judiciário é poder independente, e nessa linha de atuação tem compromisso único com o cumprimento dos objetivos do Estado elencados na Constituição Federal e tem uma função garantidora da efetivação dos direitos sociais.

Ademais, a alegação de falta de recursos – ainda que comprovada – não significa necessariamente que o agente político não tenha verba suficiente para implementação de determinada política pública. Pode, muitas vezes, significar má gestão de recursos, falta de planejamento e, até mesmo, improbidade do agente.

Constatada a insuficiência de recursos, abrem-se duas hipóteses: no caso de concessão de tutelas antecipadas de urgência, deve-se operar com o princípio da proporcionalidade na utilização dos recursos existentes; ou, para o cumprimento de sentenças transitadas em julgado, o ajuste orçamentário para a implementação da política determinada.

Quanto a concessão de tutelas de urgência, o que se verifica é que hodiernamente são concedidas quando está em jogo o direito à vida, como exemplo, o pedido de autorização de medicamentos.

O ideal seria que o magistrado, nesses casos, sempre se norteasse pelo princípio da proporcionalidade ao conceder a tutela, em razão da influência direta no orçamento do Estado (por vezes, comprometido com outras políticas, ou mesmo inexistente para a implementação da decisão), bem como para que todos os cidadãos possam ser atendidos igualmente.

Uma vez analisados os meios e a forma como se exerce o controle jurisdicional das políticas públicas, relacionam-se a seguir, de forma não exaustiva, algumas críticas ao exercício desse controle pelo Poder Judiciário.

3.4 Ativismo judicial – críticas e limites

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em artigo que discorre sobre o papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente, seja na qualidade de “constituinte e legislador, seja como determinador de ações ou políticas públicas”, observa que este fato determina vários e graves questionamentos, à luz do princípio da separação dos Poderes e da legitimidade democrática¹⁰⁰.

Elival da Silva Ramos também considera que o controle de constitucionalidade, quando realizado na forma de ativismo judicial – neste contexto conceituado como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”¹⁰¹ – fere o princípio da separação de poderes da Constituição. De acordo com o autor, a doutrina e os operadores do sistema, tendo como referência o elenco de atos incluídos no rol de competências dos órgãos de poder, identificam a função estatal associada a cada um dos Poderes, sob o prisma substancial. Esta função típica de cada um dos Poderes admite o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente.

Conclui o autor que, desta forma, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas resultará em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco, inclusive, de seu esvaziamento, diante da possibilidade do efeito multiplicador da imitação desse modelo de conduta.

Já Hermes Zaneti Jr., em posição diversa, sustenta que atualmente não se discute mais a separação de poderes como regra limitadora do controle judicial de políticas públicas. Muito embora esta seja utilizada em um ou outro precedente judicial para deixar de analisar a questão de mérito ou como argumento retórico, na verdade, as razões para decidir são sempre outras.¹⁰²

¹⁰⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do Judiciário na ordem constitucional vigente. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, São Paulo, 99:90, set./2008.

¹⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 116-138.

¹⁰² Nas palavras de Hermes Zaneti Jr.: “Isso porque, no moderno estágio de evolução da doutrina, todo poder é uno no Estado e emana do povo, sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. Funções típicas e atípicas exercidas em um quadro de

A crítica à atuação do Poder Judiciário nesse cenário é importante e algumas ressalvas são feitas mesmo dentre os autores que defendem esse protagonismo judicial. Eduardo Cambi, por exemplo, assevera sobre a necessidade de adoção de critérios de correção com base na teoria da argumentação, o que poderia diminuir a possibilidade de o Judiciário incorrer em subjetivismo:

O método concretista aposta na *teoria da argumentação* como forma de concretização da norma jurídica. Tal teoria evita, de um lado, que se confunda o texto legislativo com a norma (resultado de interpretação). De outro, inibe o *subjetivismo* e o *decisionismo*, pois não resulta na possibilidade do intérprete “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Não sendo admissível que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de impulsos ou fatores puramente emotivos. Tampouco deve ser considerada adequada a motivação calcada em citação vaga de princípios jurídicos (como ocorre, usualmente, com os princípios da dignidade humana ou da razoabilidade), desacompanhada da criteriosa análise do caso concreto e de argumentação jurídica sólida. O neopositivismo não deve dar margem para o subjetivismo dos intérpretes, fazendo imperar a desordem e a descrença na Constituição (“oba-oba constitucional”). Pela teoria da argumentação, permite-se que, no processo judicial, sejam discutidos os limites hermenêuticos, contidos na própria Constituição, para atuação legítima da jurisdição constitucional, exigindo que as partes e órgão judicial se desincumbam de seus *ônus* argumentativos, os quais devem ser tanto mais intensos quanto mais forem vagas as normas a serem aplicadas.¹⁰³

Assim, no âmbito do controle das políticas públicas, há forte crítica a esse ativismo judicial realizado por magistrados que concedem tutelas sem qualquer conhecimento com relação a pré-existência de uma política pública do Executivo diretamente ligada ao pedido, bem como sem conhecimento do impacto econômico-financeiro que causará a decisão (e, se conhecido, não se dá a devida importância). Também se

normalidade institucional. A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos ‘pontos mortos’ do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”. (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, p. 47-48.

¹⁰³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

verificam decisões que necessariamente exigiriam planejamento temporal mínimo para execução, sem o qual resta impossível se dar efetividade ao direito fundamental social tutelado.

Por muitas vezes, os magistrados mostram-se despreparados para enfrentar as questões técnicas envolvidas em políticas públicas, por deterem pouco conhecimento a respeito do orçamento daquela Administração ou de quais são as perspectivas concretas para que a Administração, progressivamente, implemente a política pública postulada na demanda em cotejo. E, mesmo assim, proferem decisões em substituição ao administrador, provocando, no limite, o esvaziamento de uma política pública para o atendimento de um pleito individual.¹⁰⁴

Para o enfrentamento da crítica feita à falta de qualificação e preparo dos magistrados para decidir sobre políticas públicas é que se defende a ideia de que deve haver uma mudança substancial nas decisões judiciais. Estas devem deixar de condenar em obrigações de fazer somente, mas propiciar a realização de um diálogo institucional entre os três Poderes do Estado Democrático.

A falta de capacidade técnica e de expertise dos magistrados deve ser suprida por assessorias especializadas, pois, sozinhos, os juízes não têm condições de construir e executar políticas públicas. Eles devem ser municiados de informações vindas do Poder Executivo sobre a política pública posta em juízo, pois só assim será possível compreender o estágio da política desenvolvida pelo Administrador, a escala envolvida na mesma, o orçamento existente, a situação da comunidade local, os entes governamentais e não governamentais envolvidos, os cidadãos afetados ou não pela mesma e, a partir dessas informações, dimensionar o impacto que poderá gerar sua decisão.¹⁰⁵

Com o conhecimento dessas informações e o auxílio de assessorias especializadas multidisciplinares, o magistrado poderá definir um cronograma e uma sequência

¹⁰⁴ Conferir a análise sobre a irrazoabilidade da decisão judicial no caso do Hospital Salgado Filho, no Rio de Janeiro, em GRINOVER, Ada Pellegrini, *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, p. 13, disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site consultado em 31/05/2015.

¹⁰⁵ Ada Pellegrini Grinover faz importantes considerações sobre como deve ser a atuação do Poder Judiciário ao exercer o controle jurisdicional de políticas públicas, fixando limites para o subjetivismo em: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 126 e ss.

de etapas a serem seguidas para transformar a realidade no presente e para o futuro, de forma estruturada.

Nessa atuação espera-se que os juízes sejam mais do que simples intérpretes da lei, mas verdadeiros mediadores que favoreçam, efetivamente, o diálogo entre as partes, devendo sempre estar atentos as consequências sociais e políticas de sua atuação e sua decisão. Os magistrados deverão se atentar às boas práticas como condicionantes para o bom ativismo judicial. Nesse sentido, deverá prevalecer a atividade judicial pautada pela coerência, equilíbrio, bom senso e lucidez, evitando a análise dos temas a partir de suas convicções pessoais e políticas, agindo de forma imparcial, conforme determina nossa Constituição.

A decisão judicial, se não puder ser consequência de uma conciliação entre as partes, deve ser resultado do diálogo entre as partes e destas com o juiz. O exercício dessa função judicial afirmativa requer que sejam, os juízes e o próprio Poder Judiciário, preparados para tal. O Judiciário como instituição deverá ser estruturado para o trato das ações que envolvam definições quanto a políticas públicas, e os magistrados deverão ser capacitados, receber treinamento e conhecimento para atuarem nesse papel político.

Em conflitos que tenham como objetos direitos prestacionais, assume-se como premissa que o Poder Judiciário não pode, simplesmente, alhear-se do problema pois tem o dever de intervir, de forma motivada, tendo o parâmetro da razoabilidade como limitador de conduta.

Defende-se, aqui, essa atitude afirmativa do Poder Judiciário, que deverá ter clareza na motivação de suas decisões, respeitar limites e padrões de conduta para agir, que hoje se encontram bem definidos pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nessas decisões que tenham como objeto o controle de políticas públicas, cabe ao Judiciário – na omissão dos Poderes Legislativo e/ou Executivo – determinar que o Estado omissor cumpra seu papel e formate a política pública; que apresente seu plano de ação ou o andamento desse plano; que se obrigue a cumprir prazos (já anteriormente estabelecidos com a sociedade nas promessas de campanha, nos planos de governo) que não foram executados, levando à judicialização da política.

A criação de uma política pública apresenta aspectos jurídicos extremamente relevantes. Deverá:

- (i) ter uma base jurídica formal (lei, decreto, portaria);

- (ii) indicar quais agentes governamentais e não governamentais estarão envolvidos em sua implementação;
- (iii) ser inserida na legislação orçamentária anual (com valor alocado para tanto);
- (iv) especificar qual será seu público-alvo, seu escalonamento;
- (v) informar sua estratégia de implementação;
- (vi) conter um desenho normativo que determine o funcionamento efetivo do programa a ser seguido, dentre outros elementos.¹⁰⁶

O desenvolvimento de todas essas atividades, por óbvio, não é tarefa que deva ser atribuída ao Poder Judiciário isoladamente.

Defender uma atividade judicial afirmativa no controle jurisdicional de políticas públicas não significa, de modo algum, defender a postura de um Poder Judiciário concorrente ao legislador positivo, ao Poder Constituinte ou ao Poder Executivo.

Como já visto, o caráter aberto das normas constitucionais brasileiras fomenta o protagonismo judicial, e este acaba por lapidar e construir o incremento dessas normas por via do controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, essa atuação não tem o condão de levar a uma desvalorização do princípio democrático que adviria da falta de participação social na maturação de questões sociais – embora muitos constitucionalistas, tais como Elival da Silva Ramos, Carlos Bastide Horbach, Jorge Octávio Lavocat Galvão, sustentem essa posição.¹⁰⁷

No entanto, o que aqui se sustenta como atividade devida do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas, é uma atividade calcada na mediação entre as partes e entre as partes e os Poderes, uma atividade que possibilite a participação social

¹⁰⁶ Esses aspectos jurídicos fazem parte de um “quadro de referência” de uma política pública definido pela Professora Maria Paula Dallari Bucci, em aula ministrada no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP de São Paulo, na matéria de Políticas Públicas, Departamento de Direito do Estado, ao tratar da dimensão jurídico-institucional da política pública, ano de 2014.

¹⁰⁷ Conferir a crítica feita por esses autores ao discorrerem sobre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial em: RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137; 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, p. 81; e HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional, pós-positivismo e outros modismos, *Revista dos Tribunais*, v. 859, ano 96, p. 83, mai./2007.

por meio da oitiva de todos os atores envolvidos – partes, movimentos sociais, organizações da sociedade civil, *experts* das áreas ligadas ao tema em debate, e demais órgãos do Poder Judiciário, protetores desses direitos – por meio de audiências públicas, por meio da admissão de *amicus curiae*, no intuito de compreender a complexidade do problema posto em Juízo, promover o debate e legitimar a tomada da decisão judicial (no caso da desejada solução consensual não ser atingida como meta final).

E, dentro dessa atividade judicial mais afirmativa e ativista, os magistrados estão submetidos a limites e controles. O controle interno dessa atuação encontra-se nos meios de impugnação e recursos a que estão submetidas as decisões judiciais, sendo certo que os juízes são passíveis de fiscalização pelos órgãos competentes para tanto (Corregedoria, Conselho Nacional de Justiça). Há também controles externos que se consubstanciam na repercussão política e pública de seus atos, como também na possibilidade de ser responsabilizado penal e civilmente. Portanto, existem meios de controle a atuação jurisdicional que servem como balizas ao exercício dessa nova função política outorgada ao Judiciário.

3.5 A questão da legitimidade do Poder Judiciário

Outra crítica a essa nova função do Poder Judiciário, no desempenho de um papel mais afirmativo e ativo, diz respeito à possível falta de legitimidade de seus entes por não serem eleitos pelo povo, como no Legislativo ou no Executivo, não cabendo ao Judiciário, a pretexto de corrigir atos ilegais ou inconstitucionais, acolher ou formular políticas públicas alternativas, por este ser o papel do Poder eleito.

A composição do Poder Judiciário no Brasil tem como base um sistema de meritocracia, que se inicia com o ingresso na carreira por meio de concursos públicos de provas e títulos, e se desenvolve com o processo de promoção de entrância para entrância e acesso aos tribunais, alternadamente, por antiguidade e merecimento, não havendo participação popular para a escolha dos magistrados, tudo conforme preceitua o artigo 93 da CF. Essa diferença na forma de condução ao cargo não é suficiente para afastar de maneira absoluta a participação do Poder Judiciário em escolhas políticas, mas traz questionamentos quanto a legitimidade de uma excessiva ampliação dessas novas funções jurisdicionais.

A legitimidade dos magistrados é conferida pela própria Constituição Federal, que estabelece um sistema de garantias: de independência das demais forças políticas, assegurando-lhe a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos; e de imparcialidade, por meio da vedação do exercício de outro cargo, com exceção do magistério, vedação de receber vantagem em razão de sua função e, também, de vedação à atividade político-partidária.

Em verdade, o fato de os magistrados não serem eleitos pelo povo os torna mais fortalecidos e estabelece uma imunidade às pressões sociais e políticas. A imparcialidade dos juízes, por sua vez, traz consigo uma proteção aos mesmos, permitindo que possam dar voz às minorias, cumprindo o preceito constitucional de preservação dos direitos das minorias.

Portanto, a crítica a essa posição mais afirmativa do Judiciário em função de possível falta de legitimidade resulta frágil ou enfraquecida, diante de sua nova função de garantir o equilíbrio dentre os demais Poderes do Estado, utilizando das melhores técnicas de argumentação jurídica, fundamentando racionalmente suas decisões em consonância com os ditames do nosso ordenamento jurídico, a fim de firmar-se como Poder legítimo e com autoridade para garantir a fruição dos direitos sociais.

As críticas ao ativismo judicial embasadas em decisões judiciais desarrazoadas, inexecutáveis e de pouca ou nenhuma efetividade para proporcionar a fruição dos direitos sociais podem ser contrabalançadas pelos casos em que o Poder Judiciário demonstrou ser possível julgar de forma criteriosa, ponderada e justa, resultando em decisões que contribuem, de fato, para uma solução progressiva do problema social enfrentado.

3.6 Alguns exemplos de casos concretos com boa atuação do Poder Judiciário

Para ir além do plano teórico, registram-se dois exemplos de “ativismo judicial” no bom sentido da palavra. Não se pretende aqui fazer uma exaustiva análise desses dois casos, mas sim fazer pequeno registro exemplificativo de como o Poder Judiciário pode atuar de forma afirmativa, qualificada e com equilíbrio, sem que essa atuação se traduza em interferência desarrazoada na esfera administrativa.

O primeiro exemplo de decisão desse porte vem do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em acórdão que julgou apelação cível de nº 0486085-33.2011.8.19.0001, proferido em outubro de 2013, que impôs ao Estado e ao Município do Rio de Janeiro a obrigação de apresentarem plano de intervenção urbanística capaz de, progressivamente, mitigar os riscos de deslizamentos na comunidade Morro da Cruz.¹⁰⁸

Em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (Promotoria da Tutela Coletiva), em razão das evidências de catástrofes ecológicas e ambientais, foi requerida concessão de tutela contra o Estado e o Município, para que realizassem plano de medidas de engenharia na área classificada como de médio risco, suficientes para reduzir a classificação deste ao nível baixo; que fossem instalados sistemas de alerta na comunidade; que os moradores da área de risco fossem notificados pessoalmente quanto ao perigo que estavam correndo de deslizamento das encostas; por fim, foi requerida a condenação dos réus na obrigação de recuperação da área desmatada e de implantação de rede de saneamento básico na comunidade do Morro da Cruz.

A sentença julgou a ação improcedente entendendo que não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se na forma e no ritmo escolhidos pelo Poder Executivo para solucionar o problema, sob pena de usurpar-lhe as funções e afrontar o princípio da separação de poderes.

O Tribunal Carioca, no entanto, teve entendimento diverso. Em seu acórdão afastou, com clareza inequívoca, a possibilidade de que a decisão do Judiciário sobre o tema afrontaria o princípio da separação de poderes, defendendo que nossa Constituição Federal exige um modelo mais flexível; definiu a eficácia da norma constitucional que versa sobre os direitos fundamentais como sendo de aplicação direta; e condenou os entes públicos em obrigação de fazer, tendo como parâmetro o conceito de *progressividade*.

Vale transcrever alguns trechos dessa paradigmática decisão:

Em outras palavras, o Estado Xangrilá é uma utopia. Mesmo a reunião de todos os recursos públicos é incapaz de cumprir a promessa de uma

¹⁰⁸ Disponível em <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201300127941>, site acessado em 19/09/2016.

sociedade em que os principais bens são gozados por todos em seu padrão ótimo, ideal, perfeito. E essa consciência exige do Judiciário certa margem de tolerância no trato dos direitos fundamentais, o que mais se acentua quando evidenciado que muitos dos direitos, liberais e sociais, dependem não só de investimentos, como também de tempo para transformar materialmente a realidade.

Ciente de que o paraíso não é deste mundo, precisa o Judiciário abandonar seu antigo modo de julgar, baseado em um sistema que alguns chamam de duplo binário: o autor tem ou não tem razão, o réu está ou não em mora, o direito foi ou não violado. Entra em jogo um conceito com o qual lidamos muito pouco: o da *progressividade*.

[...]

O fato de que medidas sejam paulatinamente tomadas não significa, porém, esvaziar a obrigação de qualquer conteúdo. A Convenção impõe a obrigação de mover adiante de forma expedita na direção daquele objetivo. [...] Cabe ao Judiciário exigir a elaboração de um plano e analisar aqueles eventualmente concebidos para: apurar o total que se planeja investir; compará-lo com outras despesas orçamentárias relacionadas a tarefas eletivas e que não se acham marcadas pelo caráter da essencialidade; determinar com a comparação se o plano atende a ordem de uma efetiva e breve progressividade; fixar em sentença o produto de sua cognição, de forma fundamentada e, finalmente, acompanhar em execução o cumprimento das promessas.

Por respeito ao Poder Executivo, e, diria, consciente de suas limitações, não cabe aos juízes inventar um número, definir os passos, as obras. Isso seria transformá-lo em Secretário de Obras. Mas há sim espaço para determinar providências e definir metas, tudo conforme o cuidadoso confronto das necessidades do projeto e as despesas gerais da Administração.

Assim, condenou-se o Estado e o Município do Rio de Janeiro a realizarem, nas residências do Morro da Cruz localizadas nas áreas de alto e médio risco, intervenções urbanísticas voltadas à redução do risco de alto/médio para baixo ou, na impossibilidade da consecução destas, a proceder a relocação das famílias ali residentes, mediante a inclusão destas em programas de moradia, em prazo fixado na decisão.

A segunda decisão judicial exemplar que merece destaque é a que foi proferida em ação que tramitou na Justiça Federal de Criciúma (processo de nº 93.8000533-4) e tinha como objeto a recuperação dos passivos ambientais gerados até o ano de 1989, em decorrência da exploração do carvão naquela localidade.

A estrutura processual da ação civil pública é a seguinte: há o processo de conhecimento principal (93.80.00533-4), que já foi julgado no 1º grau, no TRF4 (Apelação 2001.04.01.016215-3) e no Superior Tribunal de Justiça (REsp 647.493/SC). Há, depois, o processo de execução principal (2000.72.04.002543-9), no qual, por regra, são desenvolvidos e decididos os temas de abrangência geral para todos os executados. Tendo em vista a enorme quantidade de temas que são simultaneamente tratados, foram criados processos de execução específicos para cada um dos réus. Por fim, há uma outra Ação Civil Pública (2000.72.04.003574-3), que se refere a uma área que está abarcada na Ação Civil Pública principal (a Vila Funil), que atinge, contudo, também degradações posteriores a 1989.

Em virtude da complexidade do caso, foi determinado pelo Poder Judiciário uma escala de obrigações a serem impostas às empresas exploradoras de carvão na área. Assim, foi determinado como uma primeira etapa a apresentação de projetos de recuperação da região. Na sequência, foi determinada a implementação desses projetos, com a execução das obrigações. Hoje encontra-se em cumprimento a quarta etapa definida para a readequação das condutas exigidas. Foi determinada também a criação de um Comitê (GTA – Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo), com a representação de todos os atores envolvidos, para o acompanhamento da implementação da decisão.

Neste caso, o acórdão foi proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em outubro de 2002, estando a execução do julgado em fase avançada de implementação, tendo por recuperar: (a) 5.098 hectares (distribuídos em 217 áreas); b) 818 bocas de mina abandonadas; c) os recursos hídricos de três bacias hidrográficas (bacias dos rios Araranguá, Urussanga e Tubarão), incluindo as águas subterrâneas.

O que se percebe é que a decisão gerou resultados formidáveis para a proteção ambiental e também para o atendimento de outras necessidades decorrentes do caso em si. Há um portal na internet, hospedado pela Justiça Federal de Santa Catarina, criado especialmente para o acompanhamento da tramitação da causa e da implementação da decisão, onde é possível verificar a complexa gama de problemas e as dificuldades pelas quais já passaram os entes envolvidos na resolução dessa questão ambiental.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Disponível em <https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>, site acessado em 15/08/2016.

Existem outros exemplos em que o Poder Judiciário atuou de forma absolutamente inovadora¹¹⁰, respeitando limites, é claro, mas avançando em buscar soluções que possibilitaram a fruição de direitos sociais pela comunidade.

3.7 O perfil do juiz para decidir sobre políticas públicas

O juiz, na qualidade de *ator político*, no exercício do controle de políticas públicas deverá ser capacitado, tecnicamente, para realizar um trabalho de mediação, bem como ter condições de estabelecer um diálogo multilateral, e, para isso, é necessário ser vocacionado para o diálogo. Tratam-se de condições, objetivas e subjetivas, necessárias ao desenvolvimento dessa complexa atividade.

Nesse cenário Tércio Sampaio Ferraz Junior elucida que:

[o juiz é chamado a exercer uma função *socioterapêutica*, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução das finalidades políticas das quais ele não se exime em nome do princípio da legalidade.]¹¹¹

Para que seja possível ao juiz transformar a realidade que se apresenta, será necessário primeiro desvelá-la e depois fazer uma profunda reflexão sobre ela. Buscar todos os dados e informações necessárias que poderão ser obtidos por meio de uma audiência entre as partes, tudo no intuito de obter a chamada “execução negociada”. O

¹¹⁰ Vale citar a atuação da juíza local da cidade de São Luís do Paraitinga, Renata Martins de Carvalho Alves, que no ano de 2010, quando a cidade passou pela sua maior catástrofe ambiental, decorrente da enchente provocada pelo transbordamento do rio Paraitinga, determinou, em ação civil pública movida contra o Município de São Luís de Paraitinga e o Estado de São Paulo, a apresentação de projeto de retificação, desassoreamento e recuperação da calha e da mata ciliar da Bacia do Rio Paraitinga, como medida necessária para prevenir novos desastres ambientais, contendo cronograma do início e término das obras, demonstrando que sua atuação foi decisiva para o atendimento daquela comunidade na busca de soluções para o problema ambiental enfrentado. Ver em <http://docplayer.com.br/18546793-Despacho-juiz-a-de-direito-dr-a-renata-martins-de-carvalho-alves-vistos.html>, site acessado em 17/09/2016.

¹¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007, p. 406.

que se espera é que seja possível ao juiz obter um acordo para o cumprimento voluntário da decisão judicial, a ser realizado dentro de um cronograma previamente negociado.

Esse cronograma negociado em muito se assemelha ao negócio jurídico processual hoje disposto nos artigos 190 e 191 do CPC/2015¹¹², que prevê a flexibilização do processo civil por meio de acordo entre as partes. No entanto, o que aqui se propõe é uma flexibilização na outorga da solução dada ao caso, para que esta também se realize por meio da formulação desse negócio jurídico.

Pretende-se que o juiz, em sua atuação, possa compor junto às partes uma solução horizontal entre os atores envolvidos, verdadeira programação do procedimento a ser seguido em diversas etapas, negociadas em rodadas próprias, implementando-se sucessivamente, passo a passo. Esse cronograma parece ser muito mais adequado para a implementação de políticas públicas do que as decisões judiciais que apenas condenam ao cumprimento de obrigação de fazer, já que a negociação sucessiva se aproxima mais da forma como as políticas públicas são conformadas, fora do âmbito judicial.

Eduardo José da Fonseca Costa descreve uma série de atividades que poderão ser desenvolvidas pelo juiz para a obtenção desse cronograma negociado:

- (i) reunir-se a sós com cada uma das partes para ouvir suas posições, identificar interesses comuns e contrapostos e simular algumas alternativas de acordo;
- (ii) chamar não apenas os advogados e o Ministério Público, mas também os responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma a ser definido;
- (iii) possibilitar a participação democrática não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos setores da sociedade interessados na implantação da política pública, transpondo a bilateralidade autor-réu;

¹¹² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

- (iv) avaliar a possibilidade de serem utilizados na audiência todo o tipo de recursos, como mapas, gráficos, plantas, estudos, orçamentos e recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas; e
- (v) avaliar a possibilidade de inspeções judiciais nos locais de instalação das estruturas que serão necessárias à implantação da política.¹¹³

Esse tipo de negociação para que se obtenha uma execução cooperativa não está prevista em nosso ordenamento jurídico processual, mas não há qualquer óbice para que essa atividade seja hoje desenvolvida pelo juiz. Destaca-se ainda que valores e princípios de boa-fé, cooperação e lealdade recíproca entre as partes adquirem grande importância para chegar-se a um consenso e, por fim, a uma boa implementação da política pública.

3.8 Como deve ser a decisão judicial para possibilitar uma boa implementação da política pública

Como já visto, a melhor decisão judicial será aquela fruto de uma mediação entre todos os atores envolvidos, verdadeiro acordo processual a ser firmado entre as partes, por meio de rodadas de negociação prévia, que contenha em seu bojo (i) quais serão as etapas para a implementação da política pública; (ii) qual será o tempo necessário e razoável para a execução dessas etapas e que (iii) estabeleça a forma de supervisão da implementação da decisão outorgada.

Importante consideração deve ser feita quanto à fixação dos prazos nas decisões judiciais para a implementação das políticas públicas. São identificados doutrinariamente três formas de fixação de prazos. A *apriorística*, pela qual o juiz deduz de maneira abstrata um prazo, a partir da sua razão e do seu bom senso. A *empírica*, pela qual o juiz utiliza suas experiências anteriores, em casos parecidos, para instituir um prazo para cumprimento. E a *científica*, pela qual o juiz chega indutivamente a um prazo após conhecer todas as possibilidades concretas do réu.

¹¹³ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, Ano 37, vol. 212, out. 2012, p. 42.

De forma geral, nas decisões que envolvem a implementação de políticas públicas, os juízes acabam fixando os prazos para cumprimento das decisões apriorística ou empiricamente. No entanto, é recomendável que a fixação do prazo para a implementação de políticas públicas seja feita de forma científica, priorizando uma ética de eficiência da decisão. Assim, cabe ao juiz, ao fixar um prazo *razoável*, perquirir sobre a realidade concreta, calçando-se em dados metodologicamente obtidos, e não definir esse prazo de forma abstrata, baseado apenas em suas intuições ou experiências anteriores.

3.9 Conclusão

A realidade brasileira impõe ao Poder Judiciário uma importante missão: ser corresponsável pela correção das desigualdades sociais, respeitando, no exercício dessa atividade, os limites e condicionantes estabelecidos em nosso ordenamento, mas atuando de forma criativa e promocional dos direitos prestacionais sociais.

É certo que a formulação e execução de políticas públicas dependem de opções políticas que devem ser tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo prioritariamente. No entanto, não há liberdade absoluta nesse domínio. É dizer: na hipótese de que esses Poderes ajam de modo abusivo ou irrazoável, ou ainda, de que se mostrem inertes com relação a prestação dos direitos sociais, afetando sobremaneira uma existência digna dos cidadãos, caberá ao Judiciário o papel inafastável de corrigir essas condutas.

O que se espera é que o Poder Judiciário possa atuar em um sistema mais permeável, que permita ao magistrado alguma margem de manobra e de liberdade na eleição da forma de atuação do direito a ser tutelado. Defende-se a ideia de que no futuro venha a existir um processo civil mínimo, diante da necessidade de dar maior flexibilidade ao instrumento.

O juiz no desempenho dessa atividade política deverá se despir de suas convicções pessoais, ser mais sensível, agir com coerência, equilíbrio, bom senso, independência e imparcialidade. Deverá buscar todas as informações necessárias para que sua atuação seja mais consciente quanto ao problema social posto em litígio e para que possa proferir uma decisão judicial que considere as contingências e as necessidades do caso e das partes, adequando as imposições àquilo que seja concretamente viável.

O ideal é que o juiz persiga uma solução horizontal dentre todos os envolvidos, obtida por meio de uma mediação que terá como foco a definição de um cronograma de etapas a serem executadas, estabelecendo verdadeiro negócio jurídico para a implementação da política pública, com o objetivo de transformar a realidade no presente e para o futuro.

4 A BUSCA DO MODELO PROCESSUAL ADEQUADO AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste capítulo pretende-se evoluir para a discussão de um novo modelo processual, mais adequado para decidir sobre políticas públicas. A proposta é avançar para um modelo de processo estrutural, que se afastaria do modelo tradicional de solução de controvérsias. Um processo estrutural, dialógico, policêntrico, que permita amplo debate e pleno acesso de informações aos juízes quanto as ações do Poder Executivo relacionadas à política pública em jogo.

Por enquanto, não há, em nosso ordenamento jurídico, previsão legal que institua esse processo estrutural, que parece ser mais adequado para abarcar esse tipo de conflito – muito embora haja proposta legislativa em andamento que prevê a criação de um processo de interesse público, o Projeto de Lei nº 8.058/2014. De toda forma, a jurisprudência vem criando em alguns casos formas alternativas de julgamento, um pouco mais flexíveis do que determina nosso modelo rígido processual, e que têm permitido, ao menos, um amplo diálogo entre as partes para chegar-se a uma solução mais consensual.

Nessa parte da dissertação serão exploradas a reforma estrutural defendida por Owen Fiss no sistema de justiça norte-americano e as críticas à essa reforma face ao tradicional modelo judicial de solução de controvérsias. Serão ainda objeto de exploração, em caráter meramente ilustrativo e sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, algumas experiências jurisprudenciais vividas em países da América do Sul, como a Argentina e a Colômbia.

Por fim, a conclusão objetiva é a de oferecer parâmetros, *de lege lata*, de como o Poder Judiciário pode operar adequadamente para formular sentenças e acórdãos exequíveis ao exercer o controle jurisdicional de políticas públicas.

4.1 Notas introdutórias

Nosso processo civil foi ordenado para lidar com uma espécie de conflitos bem definida. Quando se pensa na ideia de conflito, surge quase imediatamente a ideia de “lide” carneluttiana, posta como uma situação em que determinado cidadão (ou um grupo deles) detém uma pretensão resistida por outro cidadão (ou grupo deles)¹¹⁴. Ou seja, parte-se da ideia simplificada de que todo conflito no meio social é bipolarizado, ideia essa que funciona, na maior parte das vezes, nos conflitos de direito privado.

Assim, pela estrutura processual clássica, formou-se a ideia de que o processo deve flutuar entre dois polos extremos e que caberia ao juiz escolher um desses dois como ganhador, e o outro, conseqüentemente, como perdedor.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), manteve essa estrutura clássica do processo tradicional. Conforme se infere do artigo 490, “*o juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes*”. Vê-se claramente a manutenção da ideia de escolha entre duas posições jurídicas distintas, representadas pelo autor e pelo réu da demanda. Manteve-se, ainda, com algum abrandamento se comparado ao Código de Processo de 1973, a ideia de que o juiz não pode julgar além do pedido fixado na demanda, conforme o disposto no artigo 492, que determina que “*é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado*”.

Sérgio Cruz Arenhart, ao contextualizar a atuação do juiz sob o manto do princípio da demanda, assim se manifesta:

Ainda que o magistrado perceba que nenhuma dessas duas posições oferece a melhor solução para o problema examinado, não pode ele desviar-se de uma das “propostas” oferecidas pelas partes, nem impor condições ao acolhimento de uma das posições antagônicas postas no processo.¹¹⁵

¹¹⁴ VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 50-55.

¹¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *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%2BjGOvR

Verifica-se, pois, que nossa estrutura de processo é binária e, dessa forma, acolhe e resolve bem os litígios de natureza privada.

Além disso, a estrutura de nosso processo civil é ainda bastante rígida, não só para as partes, mas também para o juiz. Nosso sistema detém uma série de institutos que traduzem essa rigidez, tais como a existência de preclusões, a vigência do princípio da legalidade do procedimento (determinando que a escolha de um procedimento inadequado, leia-se, diferente daquele rigidamente fixado na legislação, pode levar a extinção do processo por falta de interesse de agir) e a regra da estabilização da demanda, determinando a imutabilidade da causa de pedir após a apresentação da contestação.

É certo também afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 abriu-se para alguma espécie de flexibilização – como, por exemplo, ao prever, no artigo 139, inciso VI, a possibilidade de o juiz dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, visando uma adequação às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela pretendida; e como, também, ao prever a possibilidade de que as partes estipulem ajustes no procedimento em razão das especificidades da causa (artigos 190 e 191, descritos no capítulo anterior).

Essa lógica não se mostra suficientemente adequada para trabalhar com conflitos de natureza pública, nos quais a complexidade das soluções a encontrar ou a elaborar é revela-se bem superior à das soluções de conflitos privados. Em demandas que buscam tutelas coletivas, notadamente naquelas em que se postula um controle jurisdicional de políticas públicas, o atingimento de uma solução adequada à controvérsia mostra-se mais difícil e complexo, já que haverá inevitável ingerência nos campos político, social e econômico.

Como visto no decorrer dessa dissertação, esse tipo de demanda é muito comum, sendo o Judiciário levado à apreciação de diversas questões ligadas a fruição de direitos sociais, diante da clara ineficiência do Estado na prestação desses serviços. Nessa atividade judicial é muito importante que o juiz tenha novas possibilidades, pois espera-se do mesmo um novo padrão de atuação, capaz de resolver esse tipo de litígio tão complexo.

Diante da rigidez existente em nosso processo civil, a doutrina tem avançado para proposições que busquem a flexibilização dos procedimentos hoje existentes, até porque não se faz possível prever um procedimento especial para cada tipo de conflito que surja na sociedade.¹¹⁶

Assim, a premissa que aqui se estabelece é a de pensar em um modelo de processo mais adequado para trabalhar as ações judiciais de interesse público.

É importante ressaltar que a introdução de um novo modelo jurisdicional em nosso sistema processual se deu com o advento da ação civil pública. Carlos Alberto Salles, em artigo que discute a existência de um processo civil de interesse público no ano de 1999, assim já se posicionava

Essa caracterização de ações judiciais de interesse público é importante porque aponta para o novo modelo jurisdicional, introduzido em nosso sistema processual com o alargamento do acesso à justiça verificado com o advento da ação civil pública. As ações judiciais para defesa de interesses difusos e coletivos, bem como, em algumas circunstâncias, aquelas endereçadas à proteção de interesses individuais homogêneos, aqui genericamente designadas de ações coletivas, revestem-se dessa característica de buscarem fundamento em um interesse que o ordenamento consagrou como geral, pois, de alguma forma, repercutem por toda a coletividade.

Trata-se, na verdade, do reconhecimento de uma necessária ampliação das funções jurisdicionais para apreciação de interesses que permaneciam sub-representados na sociedade, os quais, sem essa abertura da justiça cível, quedar-se-iam sem a devida representação.¹¹⁷

Dentre os conflitos de natureza coletiva e sua processualidade, Ada Pellegrini Grinover faz uma distinção entre os processos coletivos e os processos de interesse público (ou processo estrutural). De acordo com ela, o processo de interesse público é uma espécie típica de processo coletivo, que se diferencia do processo coletivo genérico porque neste se busca a solução de um conflito coletivo limitado a

¹¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 38.

¹¹⁷ SALLES, Carlos Alberto. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, Vol. 1, n. 2, São Paulo, Universidade Ibirapuera, nov./1999, p. 30.

uma comunidade – ao passo que, no processo estrutural, persegue-se a fruição de direitos sociais assegurados a toda uma população e que necessariamente dependem da implementação de políticas públicas.¹¹⁸

Este trabalho tem como foco propor um modelo de processo mais capacitado para enfrentar esse tipo de conflito, qual seja, as demandas que discutem o controle jurisdicional de políticas públicas, tendo como referência a experiência do caso das creches, com todos os seus acertos e erros vivenciados até o momento.

Nesse cenário idealizado, de busca de obtenção de direitos prestacionais, o modelo de processo adequado será aquele que proporciona aos jurisdicionados o alcance de uma tutela justa e efetiva, por meio de uma via processual idônea para solucionar o conflito. Mais uma vez transcrevem-se os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover:

Mas não é qualquer tutela que serve: a tutela deve ser justa, efetiva e adequada. Justa, na medida em que dê razão a quem a tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. Efetiva, porque o direito ou interesse objeto de tutela deve poder ser realmente fruído. Adequada, porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por intermédio de uma via processual idônea a solucionar o conflito. É por isso que o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo clamam por uma metodologia acentuadamente instrumentalista, estruturando-se de acordo com a análise da tutela adequada à solução de cada classe de conflitos.¹¹⁹

A necessidade de se buscar um novo modelo de processo decorre da percepção de que a estrutura do processo civil clássico não é suficiente para lidar com e solucionar, de forma adequada, os conflitos de interesse público. Esse tipo de conflito *estratégico* surge em nossa sociedade na ocorrência da impossibilidade ou dificuldade de gozo de direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional; e, nessa situação de precariedade de direitos, as soluções necessárias não se compadecem com o sistema binário tradicional de procedência ou improcedência do pedido.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 42.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 34.

Assim, partindo-se da ideia de que o direito discutido é a base para o instrumento e que esse instrumento não pode ser um fim em si mesmo, mas sim deve ser apto como veículo para possibilitar a fruição desses direitos, faz-se necessário pensar em novas fórmulas que alterem o modelo processual atual já que ele detém entraves para a obtenção de uma tutela eficaz.

4.2 O atual modelo de litigância

Como já dito, inexistente em nosso ordenamento jurídico um processo específico para adjudicar políticas públicas, sendo certo que o controle jurisdicional é realizado das mais diversas formas.

O objeto do processo coletivo não é o controle de políticas públicas, seu verdadeiro objeto é a violação dos direitos fundamentais sociais.

Um dos principais entraves do controle jurisdicional de políticas públicas no processo coletivo, em especial na ação civil pública, encontra-se no cumprimento de sentença. Isto porque, diante de omissão do Poder Público, muitas vezes o Judiciário terá que determinar o cumprimento de obrigações de fazer à Administração que interferirão, diretamente, na atividade do agente público.

Segundo o princípio da *proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais*, nenhuma política pública poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais. Este princípio – extraído da conjugação dos artigos 3º e 5º, XXXV da Constituição Federal – garante que os mecanismos processuais, quando existentes, não podem ser utilizados para inviabilizar a efetivação dos direitos fundamentais. De outro lado, a inexistência de mecanismos processuais, igualmente, não poderá ser fundamento para a não efetivação dos direitos fundamentais.

No atual quadro de instrumentos processuais que se encontram no âmbito do processo coletivo, a ação civil pública, muito embora não tenha consignado em seu artigo 1º os direitos fundamentais sociais, é, de longe, a via mais adequada para a proteção desses direitos.

No entanto, há necessidade de adequação legislativa no processo coletivo no que se refere a competência, coisa julgada, pedido e causa de pedir, para a concepção de um subsistema próprio dos direitos fundamentais sociais, com o fim de aniquilar o paradoxo da desigualdade.

Trata-se do âmbito da justiça distributiva e, independentemente da ação que visa a proteção à lesão de direito fundamental social ser individual ou coletiva, o magistrado tem como dever analisar a questão da igualdade substancial e, dando efetividade aos direitos sociais, determinar a extensão dos efeitos do provimento jurisdicional, a fim de alcançar a todos que estejam sofrendo o mesmo tipo de lesão. Daí a importância dessa atividade jurisdicional, por sua grandeza e pelo impacto econômico financeiro que potencialmente causará.

Ajuizada a demanda coletiva, que na falta de outro instrumento mais adequado há de seguir o rito da Ação Civil Pública, o Poder Judiciário realizará duas espécies de análises das políticas públicas, de acordo com o momento processual.

De forma simplificada, em uma primeira fase haverá a declaração do direito fundamental violado. Já na segunda fase haverá o cumprimento da sentença. As limitações que existem à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas deverão restringir a atividade jurisdicional exatamente na segunda fase, ou nas hipóteses de análise de tutelas de urgência, porque este ponto corresponde à verdadeira efetivação dos direitos fundamentais no tempo. De toda forma, isso não impede a apreciação da lesão e sua declaração pelo Poder Judiciário.

Quando o Judiciário realiza a análise das políticas públicas para declarar – ou não – a violação a direito fundamental social, ele o faz sob o prisma da adequação da política a seus fins. Se omissa ou inadequada, o Judiciário determinará o realinhamento da política pública para a devida adequação pelo provimento jurisdicional.

Já após o trânsito em julgado, na fase de cumprimento de sentença, deverá se iniciar a prática dos atos de realinhamento coercitivo da política pública, prevalecendo a análise temporal para a efetivação do provimento jurisdicional.

Nessa ótica há verdadeira vinculação do orçamento ao provimento jurisdicional no tempo, balizado pelo princípio da proporcionalidade para que não haja comprometimento excessivo do orçamento, em detrimento de outras políticas. Com a correção

sistemática dos direitos fundamentais sociais dantes violados, o processo passa a ser instrumento de realização da democracia social.

É de extrema importância o aperfeiçoamento da legislação atual a fim de que se promova a urgente *molecularização*, nas palavras de Kazuo Watanabe, da relação jurídica processual nas demandas em curso, propostas individualmente para a satisfação coativa dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, deve-se evitar a propositura de ações individuais, criando-se mecanismos processuais claros acerca dos requisitos do pedido, inclusive no que diz respeito a fungibilidade – tudo para evitar o paradoxo da desigualdade.

Grande preocupação tem causado o ajuizamento de numerosas ações individuais, se comparadas, proporcionalmente, à quantidade de ações coletivas propostas, bem como o ajuizamento de muitas demandas individuais repetitivas, que acabam “pulverizando” a política pública – de que é um bom exemplo o caso de distribuição de medicamentos. Isso faz com que apenas aqueles que procuram o Poder Judiciário recebam a prestação do Estado, em detrimento daqueles que não se socorreram da mesma medida. Há ainda um plano intermediário entre as ações individuais e as coletivas, em que a ação é ajuizada como sendo individual, mas na verdade, em função dos pedidos, os efeitos da sentença acabam atingindo a coletividade. Por fim, vale consignar a existência das chamadas ações *pseudoindividuais*, assim denominadas nas palavras de Ada Pellegrini Grinover,

[...] porque o pedido, embora baseado em um só direito subjetivo, na verdade só poderia ser coletivo. Trata-se de casos em que a relação de direito material, sendo juridicamente ou de fato unitária, só pode ser resolvida de maneira igual para todos. Daí a conveniência de, sempre que possível, converter em coletivas as ações individuais portadoras desse conteúdo, para atendimento não apenas de um indivíduo, mas de todos os interessados, em observância aos princípios da igualdade e da economia processual. ¹²⁰

¹²⁰ Exemplo dado por Ada Pellegrini Grinover: quando um indivíduo, invocando seu direito subjetivo, pede e obtém a interdição de uma fábrica, por ser poluente, não só ele mas todos os habitantes da região ou do bairro serão beneficiados. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 365).

Diante dessa profusão de possibilidades existentes em nosso ordenamento jurídico para a realização do controle jurisdicional de políticas públicas, bem como dos resultados diversos e, muitas vezes indesejáveis, a que esses caminhos conduzem os jurisdicionados, é que se pretende fazer a proposição de um procedimento com características únicas, que possa conformar, de maneira mais adequada, esse controle feito pelo Poder Judiciário. A pergunta a que se busca responder é a seguinte: o que é necessário modificar no modelo de processo civil vigente?

4.3 Um novo modelo de processo de conflitos de interesse públicos (processo estrutural)

Atualmente, como visto, é cada vez mais comum que a atividade judicial seja voltada para o tratamento das complexas questões de interesse público. Nesse cenário é preciso oferecer aos magistrados novas possibilidades de atuação, especialmente uma maior amplitude e flexibilidade para adequar as decisões judiciais à exigência que o caso concreto determina. Novamente se enraíza a ideia de que o direito discutido deverá moldar o instrumento empregado.

Sendo o processo judicial uma “ferramenta de realização da ordem jurídica material, instrumento para ‘tornar os direitos efetivos’” – expressão emprestada de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹²¹, o que se busca é a institucionalização de um modelo de litigância que, de fato, entregue os resultados, efetive os direitos.

As lides que envolvem conflitos de interesse público são, necessariamente, litígios cuja prestação jurisdicional recairá sobre interesses individuais de outras pessoas, sendo que seu objeto será uma decisão sobre um interesse público¹²².

As decisões que envolvem políticas públicas são estruturais pois são capazes de modificar uma ação ou instituição estatal, a depender do seu nível de intensidade.

¹²¹ SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003.

¹²² SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, Vol. 1, n.2, São Paulo, Universidade Ibirapuera, nov. 1999, pp. 21-50.

Nesse tipo de ações que tenham como escopo os interesses de uma coletividade, a dimensão do processo deve ser outra, sendo vital a busca de técnicas processuais inovadoras que possam equacionar essas lides de caráter transindividual.

O Judiciário, ao decidir processos que tenham como objeto interesses sociais, tem a função de adjudicar o interesse público na situação disputada, isto é, decidir no caso concreto o interesse que deve ser preponderante entre aqueles consagrados pelo ordenamento jurídico, realizando opções quanto a alocação e apropriação de recursos comuns.

A adjudicação (*adjudication* na língua inglesa) designa a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade, é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão.

Owen Fiss¹²³, em estudo que analisa as formas de justiça e aprofunda o tema da reforma estrutural nos Estados Unidos¹²⁴, aponta que a mesma constitui um tipo de adjudicação distinto no qual o juiz, dando solução ao caso, tenta atribuir significado aos valores constitucionais na operacionalização de várias instituições sociais, em situação onde há verdadeiro embate entre o Poder Judiciário e os órgãos estatais. A reforma estrutural busca alterar e adaptar a forma burocrática dos procedimentos tradicionais do Estado moderno, trazendo-o para uma nova realidade social¹²⁵.

No caso Brown, ocorrido na década de 1950, a tarefa do Judiciário era transformar o sistema das escolas públicas, que deixaria de oferecer escolas separadas para negros e brancos e passaria a oferecer escolas unitárias, não raciais. Essa transformação de simples nada tinha, pois implicava em profundas alterações na organização do sistema educacional, dentre elas, exemplificativamente: alteração no critério de seleção

¹²³ FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, n. 1, nov. 1979, v. 93, p. 18.

¹²⁴ A reforma estrutural foi iniciada nos Estados Unidos com o caso Brown vs Board of Education, onde o Judiciário americano assumiu a tarefa de impor a reforma estrutural do sistema de educação público, para fazer valer os valores constitucionais, principalmente relativos à igualdade entre negros e brancos.

¹²⁵ FISS, Owen. As formas de justiça. In: 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, p. 26.

de alunos, substituição do corpo docente, alterações nos critérios de construções da escola, modificação do currículo, revisão do sistema de transporte. O fim do processo de segregação racial exigia, além disso, uma transformação cultural da sociedade de forma global e estava apenas se iniciando com a reestruturação do sistema educacional.

Para a operacionalização da reforma estrutural no caso Brown era necessário revisitar e revisar antigas concepções sobre a estrutura das partes no processo, novas normas de controle do comportamento judicial e, também, novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais. No início não era possível ter a clareza e dimensão de tudo o quanto seria necessário alterar para erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado, como também se essas mudanças significariam uma transformação no modo da prestação jurisdicional. O que passou a motivar as alterações nos procedimentos do modelo tradicional foi a própria substância de o que precisava ser feito por todas as instâncias, a partir da determinação da Suprema Corte americana, de implementar a igualdade racial.

Na fase de implementação da decisão, o que se verificou foi a existência de várias queixas de escolas que encontravam sérias dificuldades na implementação dessa nova política de não discriminação, o que levou a Suprema Corte a reexaminar a questão, no denominado *Brown vs Board of Education II*. Em razão da resistência de muitos Estados em implementar a ordem de não segregação de crianças negras em escolas, a Suprema Corte determinou a criação de planos que abordassem medidas progressivas visando a eliminação dos obstáculos criados pela discriminação, de acordo com a realidade de cada lugar, planos esses cuja a execução foi atribuída ao Poder Judiciário de cada localidade.

Apesar do avanço definido por esse novo modelo de litigância, a dificuldade de sua implementação gerou muitas críticas, principalmente a nova decisão tomada em *Brown II*, vista por muitos como retrocesso, diante de seus comandos muito abertos. A esse respeito, transcreve-se a análise de Sergio Cruz Arenhart:

O caráter vago da imposição – o julgamento referia-se à necessidade da eliminação da discriminação *with all deliberate speed*, o que poderia significar qualquer tempo que se entendesse adequado – frustrou, em parte, a rapidez da efetivação do comando judicial, abrindo válvulas de escape para interpretações diferentes. Porém, parece claro que, diante das circunstâncias em que a decisão foi dada,

talvez a forma aberta utilizada pela decisão *Brown vs Board of Education II* tenha sido a única maneira de realmente fazer factível a nova política imposta pela Suprema Corte norte-americana. Qualquer imposição a mais poderia, quiçá, tornar socialmente inviável o cumprimento da decisão judicial.¹²⁶

Diante dos problemas para concretizar a execução surgiram as críticas ao modelo desenvolvido e diversos questionamentos quanto à capacidade do Poder Judiciário norte-americano de lidar e resolver problemas desse porte, tão culturalmente entranhados dentro daquela sociedade.

A primeira crítica ao modelo foi defendida por Donald L. Horowitz e denominada de *Instrumental*. De acordo com a mesma, seria temerário entregar às cortes a execução de políticas públicas pois elas não estariam estruturadas para tal função, estando mais afeitas a resolução de controvérsias clássicas¹²⁷.

Avaliando casos concretos ele concluiu que o principal problema das decisões estruturais reside em sua execução, e isso se deve aos problemas de “visão, informação, gerenciamento e controle” verificados na atuação judicial em decorrência do pouco conhecimento desse tipo de questão pelos juízes, falta de informações mais globais e, até mesmo de falhas dos juízes na compreensão dos temas.¹²⁸

A segunda principal crítica é a denominada *Histórica*, tendo como principal defensor Abraham Chayes; de acordo com ele, os mesmos casos que continham questões clássicas a resolver eram priorizados em detrimento dos casos estruturais, por conta da maior familiaridade e experiência dos juízes no tratamento daquelas.

Por fim, outra crítica ao modelo é a denominada *Axiomática*, defendida por Lon Fuller, que entendia que não caberia ao Poder Judiciário adjudicar políticas

¹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *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%3DDECISOES_ESTRUURAIIS_NO_DIREITO_PROCESSU.pdf, site acessado em 20/08/2016.

¹²⁷ FISS, The Forms of Justice. *Harvard law review*, n.1, nov. 1979, v. 93, p. 31-35.

¹²⁸ HOROWITZ, Donald L. *The Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brooking Institution, 1977, p. 255.

públicas porque não haveria permissão da sociedade para tanto – alinhando-se com a crítica da falta de legitimação democrática dos juízes, aqui já percorrida.¹²⁹

É certo que o modelo estrutural é normalmente criticado porque envolve um distanciamento de uma forma ideal. Quando comparado ao modelo tradicional de solução de controvérsias, que é tríade – o autor da ação, o réu da ação e o juiz no papel de árbitro imparcial – e sensivelmente individualista, sofre críticas diante da ausência de um padrão, de uma ação judicial modelo ou de uma forma ideal que pudesse servir de comparação para todas as outras ações judiciais.

Sucedem que a partir da tentativa de erradicação da segregação racial nas escolas norte-americanas, outros contextos passaram a sofrer a influência daquela alteração de procedimento visando transformar a burocracia estatal.

Como exemplo, as lições apreendidas em *Brown* foram transpassadas para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para proteção das pessoas e lares dos abusos da polícia, dentre muitos outros. É possível afirmar que a forma utilizada nesse julgamento baseou a ideia das *structural injunctions*, na ideia de criar-se um instrumento mais flexível, maleável e dialogado de solução de controvérsias.

4.3.1 Principais diferenças entre o modelo clássico e o modelo estrutural

O foco da reforma estrutural não se volta para um incidente ou transações entre particulares, mas sim é dirigido para as condições da vida social e para o papel que as instituições desempenham na determinação dessas condições. O objeto principal a ser tratado não será a prática de uma ilegalidade isolada, mas uma condição social que ameace importantes valores constitucionais, bem como a existência de uma dinâmica organizacional que crie e perpetue essa condição nefasta.

No que se refere à estrutura das partes, no processo estrutural é diversa da utilizada no modelo tradicional de solução de controvérsias. Naquele, a perspectiva individualista é alterada, passando-se a incluir grupos sociais e advogados institucionais. A vítima de um processo judicial estrutural é um grupo, não um indivíduo (a exemplo, os

¹²⁹ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review* 92, 1978, p. 353-398.

negros no caso da segregação escolar racial, ou, ainda, os presidiários de um estabelecimento carcerário) ocorrendo, verdadeiramente, uma desagregação de papéis.

Esses grupos têm algumas características comuns:

- (i) sempre existirão independentemente da existência de uma ação judicial, ou seja, prescindem a ela;
- (ii) não consistem em mera agregações de indivíduos identificáveis, mas existem, têm identidade e podem ser prejudicados, mesmo que todos os indivíduos ainda não o estejam sendo e que cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização estatal;
- (iii) necessitam de pessoas que os representem e falem em seu interesse, não devendo ser necessariamente um membro do grupo vitimado, em razão da vulnerabilidade desse representante; em geral, são advogados institucionais que representam este importante papel.

Com relação ao padrão de representação dos vitimados, verifica-se uma diferença significativa entre o modelo de solução tradicional de controvérsias e o modelo judicial estrutural. A representação das vítimas no contexto estrutural é instrumental, o que significa dizer que não se faz necessária qualquer identidade entre o representante e a vítima. Essa característica faz com que a vítima possa ter uma multiplicidade de representantes diversos, trazendo sensível diferenciação com o modelo tradicional. Nesse, a estrutura de partes típica é bipolar, enquanto que naquele o ideal é que o grupo vitimado tenha uma multiplicidade de representantes que possam trazer específicas e diferentes ponderações e pontos de vista acerca do interesse daquele grupo.

O ponto interessante dessa representação múltipla é que, esses diversos representantes poderão contribuir, ou não, com diferentes medidas judiciais, decorrência lógica e natural do tipo de conflito em jogo, cabendo à Corte ouvir a todos esses representantes para decidir, aproximando-se de forma mais realista à escolha do que é ideal para a controvérsia em debate.

No que se refere ao polo passivo do modelo judicial estrutural também há uma desagregação de papéis. Muito embora possa existir o autor do ato ilícito – como por exemplo, o carcerário que abusa do presidiário ou o diretor de escola que rejeita a

entrada da criança negra –, este não será o foco do processo judicial. Aqui, o que se persegue não é propriamente a ocorrência do ato ilícito, mas a condição social e a dinâmica burocrática que a provoca. O que se busca como mundo ideal é instituir uma mudança que seja significativa para eliminar a ameaça aos valores constitucionais, vinda da operação da organização.

Nesse cenário, outra interessante distinção entre o modelo clássico de solução de controvérsias e o modelo judicial estrutural é que, neste, quando o juiz formula as diretivas a serem observadas no futuro, ele deverá buscar dentro da instituição “sob reforma” os entes que deverão receber essas instruções diretivas; não as pessoas propriamente ditas, mas os departamentos burocráticos serão os destinatários das diretrizes desenhadas para eliminar a ameaça imposta pela instituição, como um todo, aos valores constitucionais.

Na postura do magistrado propriamente dita também se revelam diferenças entre um modelo e outro. No modelo clássico de solução de controvérsias o juiz mantém, via de regra, uma postura passiva. Já no modelo estrutural, em função da característica especial das partes – onde a presença de um representante inadequado, em qualquer polo do processo judicial, pode trazer consequências que transcendam os interesses dos participantes, dentre outros problemas – o juiz terá uma função judicial afirmativa, com a tarefa de, sem perder a sua imparcialidade, construir uma ampla estrutura representativa.

Dentre as posturas mais afirmativas que podem ser adotadas pelo magistrado, tem-se, por exemplo, a possibilidade de determinar a notificação de todos que estejam formalmente representados no processo para que possam legitimar a representação. O magistrado poderá convidar organizações ou órgãos públicos para participar do processo judicial na qualidade de *amicus curiae*, de parte ou ainda de *amicus litigante*¹³⁰.

¹³⁰ O conceito de *amicus litigante* surgiu em casos referentes às escolas, nos quais os juízes das cortes de instrução e julgamento convidaram o governo dos Estados Unidos a participar, com o propósito de obter o compromisso do Poder Executivo com o cumprimento da decisão e também de ampliar a estrutura representativa. (FISS, Owen. As formas de justiça. In: FISS, Owen et al. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.)

Com relação ao papel do juiz no método estrutural, vale trazer as palavras de Marco Antonio da Costa Sabino a respeito:

O fato é que o juiz tem que capitanear o diálogo e a execução: é ele quem deve avaliar, em última análise, se a solução proposta ou requerida pelas partes é a melhor, sob o ponto de vista do bem jurídico tutelado; é ele quem deve pontuar o debate, estabelecendo as questões importantes, sem, contudo, fechar a janela para que outros pontos surjam; é ele quem deve fixar, depois de uma ampla discussão e negociação, quais os caminhos a seguir para uma distribuição mais equilibrada dos bens públicos que são inerentes a temas como saúde, educação, cultura, desporto, meio ambiente, lazer, vestuário, alimentação, dentre tantos outros, guiando os interessados por esse caminho. A natural *imparcialidade do juiz* é medida que contribui decisivamente para uma função executiva gerencial.¹³¹

Poderá ainda designar o chamado *Special Master*¹³², termo com que, no sistema norte-americano, é designado no processo um representante da Corte para a prática de alguns atos ou transações específicas, cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, colaborar ativamente na execução do julgado, algumas vezes, com grande autonomia¹³³. Tal representante é escolhido pelos juízes para executar tarefas nas quais são deficitários, como verdadeiros substitutos, devendo executar o mister com o tempo e profundidade necessários para a resolução do tema que lhes é outorgado.

Na Itália, tem-se papel semelhante desempenhado pelo *commissario ad acta*, auxiliar nomeado, no contencioso administrativo, na condição de mandatário do juízo para ajudar a efetivar o cumprimento da decisão judicial.¹³⁴

¹³¹ SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014, p. 390.

¹³² O *Special Master* é figura prevista no ordenamento jurídico norte-americano na Rule 53 das Federal Rules of Civil Procedure, onde também estão previstos seus poderes, funções e atividades. Conferir mais detalhes em <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule53.htm>, site acessado em 15/07/2016.

¹³³ SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excessos e remédios*. Tese de Doutorado defendida na Fac. de Direito da USP em 2014, p. 392 e 393.

¹³⁴ Ver no art. 21 do *Codice del Processo Amministrativo* a previsão e a definição do *commissario ad acta*.

Pois bem, nesse novo modelo de litigância, os elementos do processo são diferenciados. Nessa nova estrutura verifica-se que (i) o escopo da ação judicial é modelado pela Corte e pelas partes; (ii) a estrutura de partes não é rigidamente bilateral; (iii) o exame dos fatos não é adjudicativo, mas prospectivo e legislativo; (iv) a resposta não é compensatória para as partes imediatas, mas prospectiva, elaborada *ad hoc* em medidas de linhas flexíveis e abrangentes, frequentemente tendo consequências para muitas pessoas, terceiros não participantes do processo; (v) o remédio judicial não é imposto mas sim negociado; (vi) a sentença não termina com a participação do juiz, que será fundamental na execução; (vii) o juiz é ativo e responsável não só pela avaliação dos fatos, mas por moldar a litigância para assegurar um resultado justo e viável.¹³⁵

Roberto Berizonce, quando discorre sobre os conflitos de interesse público, caracteriza esse novo modo de atuação do Poder Judiciário como uma intervenção experimental, que tem como premissa determinante um abandono da determinação de ordens prescritivas de controle nas decisões judiciais:

[...] No lugar de um regime de imposição, pelos juízes, de regras rígidas e verticais, contidas em proibições amplas e genéricas, a aproximação experimentalista traz a negociação progressiva, com verdadeiro diálogo e aproximação das partes envolvidas, que entram em acordo para fixar discricionariamente as regras de conduta apropriadas para resolver a situação, que são consideradas provisórias e, por isso, submetidas a revisões contínuas em um marco de transparência pela publicidade dos procedimentos judiciais. Institucionaliza-se, desta forma, um verdadeiro processo de aprendizagem e reconstrução contínua, experimentalista, própria e característica de um governo interconectado e de múltiplos níveis, em que os procedimentos para a tomada de decisões não são hierárquicos e nem fechados¹³⁶.

¹³⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Existe um processo civil de interesse público? *Revista de Direito*, Vol. 1, n.2, São Paulo, Universidade Ibirapuera, nov. 1999, p. 47-48; CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, p. 1281-1315.

¹³⁶ BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*, pp. 1-32, tradução nossa, disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site acessado em 27/05/2015.

É certo que a origem dos chamados conflitos de interesse público é norte-americana e remonta a precedentes surgidos na década de 1950, já tratados nessa dissertação. Esses precedentes permitiram à doutrina afirmar a existência de uma categoria de demandas de interesse público diferentes das demandas tradicionais, que exigiam uma nova atuação das Cortes Constitucionais junto às instituições governamentais que não respondiam ou não atendiam aos interesses de grupos ou classes de pessoas no anseio de terem acesso aos direitos sociais.

Nas palavras de Samuel Jr. e Juliana Castello, nos chamados *hard cases* exige-se muito mais que a mera condenação pelo Judiciário com a ameaça de uma sanção pelo descumprimento; faz-se necessária uma contínua observância e avaliação da gestão administrativa, por meio de uma participação criativa, aberta e transparente do Poder Judiciário¹³⁷.

Berizonce descreve algumas características inerentes aos conflitos de interesse público que os singularizam e os diferenciam dos conflitos tradicionais. Primeiramente, no julgamento deste tipo de conflito há, durante a instrução da demanda, um ativismo procedimental com manifesta ampliação dos poderes do juiz atuante, que poderá conceder tutelas de urgência sempre que necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais em disputa.

Outra característica relevante é o chamado método dialogal ser inerente a este tipo de processo, método pelo qual se busca a institucionalização de um procedimento democrático, com maior transparência e publicidade dos atos praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz, tudo no intuito de buscar soluções consensuais, reservando-se ao juiz um papel de árbitro dos interesses em questão. Esse diálogo deve ser realizado com a maior publicidade possível e com a participação, além das partes obviamente envolvidas na disputa, de terceiros, na qualidade de *amicus curiae*, na expectativa de darem suporte técnico necessário na proteção dos interesses gerais de toda a comunidade.

¹³⁷ “[...] Alguns precedentes oriundos daquele sistema são emblemáticos ao exemplificar a postura criativa, flexível e participativa adotada pelos juízes e Tribunais no *enforcement* das decisões judiciais relativas às políticas públicas, mormente nos *hard cases*. Invoca-se, nesse sentido, os precedentes *Wyatt v. Stickney* e *Martin Luther King Elementary School Children v. Ann Harbor School District Board*. (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, p. 482.)

4.3.2 A decisão judicial no processo estrutural

A decisão judicial em um processo estrutural é aquela que estabelece objetivos e metas a serem atingidos, em vez de determinar precisamente como a execução deverá ser realizada. Isso, por si só, já representa diferença significativa com relação a decisão judicial que é determinada em um processo clássico de solução de controvérsias. O juiz atua como um mediador e, em conjunto com as partes, participa da definição da solução, que será apta a dar efetividade ao valor constitucional em jogo.

Como no processo judicial estrutural o objetivo é a eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais, a fase de execução do processo é crucial e, via de regra, se prolonga no tempo. A doutrina determina que essa fase de execução tem começo, talvez tenha um meio, porém não terá fim – bem, quase não terá fim. Isso porque o processo estrutural não se exaure com a decisão judicial, como normalmente ocorre no processo de solução de controvérsias. Na realidade, é no fim do processo que se inicia sua fase mais importante, na qual o juiz tem papel fundamental, de grande e duradoura relação com a instituição que se pretende à correção.

A execução no processo judicial estrutural compreende muito mais do que a simples implementação de uma medida judicial já concedida, mas sim a própria concessão ou a forma da medida a ser implementada. Nesse contexto, a medida judicial fará com que a Corte se envolva na reorganização da instituição que continuamente falhou em cumprir com suas obrigações constitucionais, sendo certo que a jurisdição da Corte durará o tempo necessário para essa reorganização e enquanto persistir a ameaça.

Durante a fase de execução, a instituição será permanentemente monitorada, a fim de se avaliar sua performance. As partes envolvidas, imbuídas de boa-fé, decidem como agir, definem as regras provisórias – e flexíveis – para alcançar as metas definidas, sob a supervisão da Corte e avaliação periódica de resultados. As partes *experimentam* saídas para o cumprimento do comando judicial, e o juiz avalia essas saídas. A solução para sanar àquela inconstitucionalidade declarada é negociada pelas partes, sempre com o auxílio do juiz.¹³⁸

¹³⁸ SABEL, Charles; SIMON, William H. Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds. *Harvard Law Review*, V. 17, n° 4, feb. 2004, p. 47-48.

Roberto Omar Berizonce trabalha a questão desse novo processo de conflito de interesse público estabelecendo como suas características típicas um amplo ativismo judicial na ordenação e instrução da demanda, a incorporação de um método dialogal “que expõe as partes e faz com que se comprometam a buscar soluções consensuais em disputa e, por outro lado, reserva para isso a função arbitradora entre os interesses em conflito”. De acordo com esse autor, a decisão judicial não se esgota em um “*trancher*” que resolva o conflito para trás, já que normalmente se projeta para o futuro e habitualmente tende a incidir em políticas públicas do setor envolvido; assim, a jurisdição passa a ter uma função remedial de localizar soluções para a situação por completo, olhando sempre para o futuro e não apenas resolvendo o conflito em si com critérios tradicionais¹³⁹.

Além disso, a decisão judicial a ser concedida deverá ser prospectiva, já que, via de regra, se projetará para o futuro e envolverá políticas públicas já existentes. A jurisdição assume uma função “remedial”, ou seja, tem o papel de olhar a situação por completo e buscar soluções que atendam a essa complexidade e completude. No processo estrutural, o que se busca como objetivo final é a solução da questão. Daí a importância da fase de execução da decisão, em que o diálogo deve ser mantido em uma contínua relação entre o juiz e as partes. O Judiciário tem como papel fazer um desenho em que ele estará fortemente envolvido com a implementação das etapas remediais determinadas em conjunto com os órgãos da Administração. Nessa linha, a decisão judicial a ser dada terá mais um caráter de instrução, com termos genéricos, cujo conteúdo será construído durante a execução, por meio do diálogo entre todos os envolvidos.

Vale colacionar as palavras de Roberto Berizonce sobre a fase da implementação da decisão judicial de controle:

Na busca de mecanismos adequados para superar essas dificuldades instrumentais de garantias de implementação, uma das técnicas mais adequadas é o desenho, pelo Tribunal, de uma “microconstitucionalidade” a partir da fixação de objetivos, a descrição das etapas de execução e os prazos correspondentes e especialmente a designação de um encarregado institucional de levar adiante a execução do plano,

¹³⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*. p. 1-32, tradução nossa, disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site acessado em 27/05/2015.

radicado na própria administração, embora com autonomia. O esquema se consolida com a nomeação de encarregados do controle do cumprimento a cargo de organizações não governamentais que tenham participado do processo judicial; e, ainda, de um controle de transparência da gestão econômico-financeira, a cargo de um ente público de auditoria. Deste modo, através da interação dos diversos centros de interesses que se encontram envolvidos, aumenta-se a informação disponível, melhoram os processos de tomada de decisões e aumenta o controle social sobre o ritmo e sentido da execução.¹⁴⁰

Assim, tendo em vista que as decisões que envolvem políticas públicas são estruturais e têm a capacidade de alterar sensivelmente uma ação ou instituição estatal, a negociação a ser realizada pelo juiz mediador é de fundamental relevância para se fixar um planejamento, de forma a tornar viável a implementação da decisão.

A decisão judicial ideal deve estabelecer um regime provisório de negociação ampla e progressiva, entre todos os atores envolvidos, com o objetivo de se fixar um acordo com regras de conduta próprias e sujeitas a revisão, que poderão ser modificadas durante todo o tempo de implementação da decisão, visando o atingimento mais próximo da solução para alterar o estado inconstitucional de coisas vivenciado.

Ainda, como características importantes dessa decisão judicial mais adequada a solucionar conflitos de interesse público, destaque-se que ela deverá ser:

- (i) genérica e instrutiva (com o objetivo claro de se afastar do dogma dos limites objetivos da coisa julgada, e, também, buscando uma necessidade de flexibilização e abrandamento do princípio da demanda);
- (ii) seu conteúdo deverá ser construído e consolidado durante todo o período de execução, por meio de amplo diálogo entre todos os atores envolvidos;
- (iii) deverá conter um desenho onde sejam fixados os objetivos a serem atingidos, as etapas de execução, os prazos, a designação de um agente da Administração para realizar o acompanhamento do plano e para desenvolvê-lo com autonomia; e poderá contar com a nomeação de agentes de controle da implementação, representados por

¹⁴⁰ BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos de interés público*, pp. 1-32, tradução nossa. Disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site acessado em 27/05/2015.

comitês interdisciplinares e auditores de fiscalização da gestão econômica e financeira do plano desenhado.

Assim, as avaliações periódicas do plano desenhado são de fundamental importância pois, em se verificando que os objetivos e as metas não estão sendo alcançadas, as regras anteriormente fixadas serão revistas e aprimoradas, em verdadeiro experimento de acertos e fracassos. Por isso, a criação de um instrumento que albergue essa continuidade da execução da decisão é de vital relevância para esse novo modelo de processo.

Esse modelo de julgamento ainda não existe em nossa legislação processual em vigor, mas a jurisprudência de alguns países, como a Argentina e a Colômbia, o tem utilizado, visando alterar o esquema processual clássico¹⁴¹.

Nesse sentido, faz-se necessária no Brasil uma alteração legislativa que possibilite dar maior flexibilidade ao processo de interesse público. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

[...] a tutela jurisdicional adequada aos chamados conflitos de direito público, envolvendo a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, deve se servir de um novo processo, de natureza dialógico, com contraditório e cognição ampliada, servindo-se o magistrado da assessoria dos mais diversos expertos, e que acabe fixando aos demais Poderes ordens abertas, a serem cumpridas segundo planejamento a ser oferecido pela Administração, aprovado pelo juiz e executado progressivamente, sob a fiscalização deste.¹⁴²

Buscando esse novo caminho processual, há proposta de alteração legislativa que se encontra em discussão na Câmara dos Deputados, por meio do projeto de lei nº 8058/2014, preparado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), com a coordenação de Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, apresentado pelo Deputado Paulo Teixeira, cuja a análise será objeto de item à parte.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*, p. 17-20 disponível em <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>, site consultado em 25/05/2015

¹⁴² GRINOVER, op. cit., p. 20.

4.3.3 Algumas condições para a outorga de decisões estruturais

Para que seja possível conviver com decisões estruturais é de suma importância que nosso regime jurídico amadureça. Em primeiro plano, a compreensão da ideia de separação de Poderes tem de ser alterada. É preciso abandonar a antiga concepção de que o Judiciário não pode intervir nas políticas públicas; ele não só pode como deve intervir no caso de omissão dos demais Poderes na prestação dos direitos sociais. Sem essa clareza com relação à legítima autoridade do Poder Judiciário para exercer esse controle, em atuação de equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo para garantir a efetivação dos direitos sociais, não há como se avançar para a possibilidade deste Judiciário, de caráter afirmativo, proferir decisões estruturais.

Nesse aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é muito consistente no sentido de admitir o controle jurisdicional de políticas públicas para corrigi-las, determinando a implementação de direitos sociais¹⁴³.

Outra condição necessária para a possibilidade de outorgas de decisões estruturais é que o processo seja mais maleável, flexível, de modo que o magistrado disponha de maior espaço de manobra para eleger a melhor forma de atuação do direito, na busca de se obter a fruição deste e a efetividade da decisão outorgada.

Assim, em nosso sistema processual atual mostra-se de fundamental relevância buscar-se uma atenuação do princípio da demanda e da congruência. Em um ordenamento processual rígido de correspondência entre o pedido e a sentença, as decisões estruturais não se encaixam, principalmente porque têm como característica intrínseca a possibilidade de sofrer mutações e revisões, de acordo com as alterações fáticas e econômicas que possam ocorrer durante a implementação da decisão. Uma necessidade de proteção verificada no início da demanda pode se alterar no tempo, dando lugar a outra necessidade protetiva mais à frente.

Portanto, é de curial importância dar-se maior amplitude a atuação do magistrado, o que poderá levar até a uma alteração do pedido inicialmente feito pelo

¹⁴³ A título exemplificativo, conferir as decisões do Supremo Tribunal Federal em: RE 554.075-AgR; AI 592.075-AgR; RE 384.201-AgR; ARE 639337-Agr; RE 482.611; RE 552168; RE 700.227-ED/AC.

autor da demanda. Daí a necessidade de vislumbrar-se uma relativização do princípio da demanda.

Ademais, verifica-se ser muito comum em decisões estruturais a presença de provimentos em cascata, ou seja, primeiro se outorga um comando mais genérico, que contém a diretriz a ser seguida, e depois novas decisões são dadas pelo magistrado, a partir de problemas surgidos para implementar a decisão-núcleo inicial, utilizando-se muitas vezes de técnicas de negociação e mediação¹⁴⁴. Isso proporciona uma implementação progressiva e gradual da decisão, muito própria dos conflitos de interesse público.

No entanto, em muitos casos é difícil ao magistrado estabelecer quais serão os meios adequados para a implementação da decisão judicial no momento de sua prolação, já que os conflitos que envolvem a prestação de direitos sociais são complexos, multidisciplinares, sendo, por vezes, impossível antecipar-se aos problemas que serão enfrentados para a implementação do que for decidido. Essa característica do litígio de interesse público leva a necessidade de acompanhamento periódico do cumprimento da decisão judicial.

Em suma, as ideias de flexibilidade do procedimento e maior elasticidade e amplitude dadas aos juízes na escolha dos instrumentos e mecanismos a empregar parecem ser cruciais para chegar-se a uma boa solução em um conflito estrutural.

4.4 O caso das creches é uma decisão estrutural?

Cesar Rodriguez-Garavito, em seu artigo “Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”, que analisa os *structural cases*, classifica como decisões estruturais as que detêm as seguintes características:

- (i) decisões que envolvem remédios estruturais imperativos;

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *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%3DDECISOES_ESTRUTURAIIS_NO_DIREITO_PROCESSU.pdf, site acessado em 16.09.2016.

- (ii) decisões que afetam um grande número de pessoas, que alegam violações aos seus direitos; e
- (iii) decisões que implicam diversas instituições governamentais responsáveis por políticas públicas deficitárias, que contribuem para a violação daqueles direitos.

Além disso, Garavito defende que as decisões estruturais somente podem ser dadas pela Corte Constitucional.¹⁴⁵

De acordo com o método de classificação de Garavito, sob o ponto de vista da Corte que emanou a decisão, o caso das creches não se classificaria como decisão estrutural, uma vez que, para isso, deveria ter sido concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar disso, a decisão judicial do caso das creches se qualifica como decisão estrutural por algumas razões. Primeiro porque o foco principal tratado não foi a prática de uma ilegalidade isolada, mas uma condição social que ameaça importante valor constitucional – o direito à educação infantil –, bem como a existência de uma dinâmica organizacional do Poder Executivo que criou e perpetuou essa condição nefasta de falta de acesso diante do déficit de vagas no ensino infantil.

Além disso, no que se refere à estrutura das partes, a perspectiva inicial da ação civil pública acabou se alterando e se ampliando com a decisão judicial da Corte Paulista, passando-se a incluir todo o grupo social de crianças do Município de São Paulo que não tem acesso as vagas em creches e pré-escolas. Isto é, a Corte outorgou uma medida de proteção estrutural que acabou por extrapolar os limites do pedido das entidades autoras da demanda (onde se observa uma relativização do princípio da demanda), por ser necessário para a preservação do direito social em debate. Com essa medida houve uma universalização da questão, definindo-se a política pública de acesso à creche de forma coletiva.

Na decisão judicial prolatada também é possível se identificar uma desagregação de papéis no polo passivo da ação. Muito embora se identifique o autor do ato

¹⁴⁵ GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, vol. 89, 2010-2011, p. 1669.

ilícito – no caso, o Município de São Paulo –, o foco a ser perseguido não é somente a ocorrência do ato ilícito, qual seja, a falta de vagas em creches, mas a condição social e toda a dinâmica burocrática que a provoca, sendo necessário se operacionalizar uma mudança efetiva junto ao Poder Executivo para eliminar a ameaça ao valor constitucional em jogo.

No que se refere as características da decisão judicial da Corte Paulista, ela estabeleceu objetivos e metas a serem atingidos, em vez de determinar precisamente como a execução deveria ser realizada pela Municipalidade; assim, sob esse prisma, pode ser entendida como uma decisão de caráter estrutural.

Ainda sob a lente do modelo de processo estrutural, é importante destacar a qualidade da decisão judicial proferida pela Câmara Especial da Corte Paulista, sobretudo por tratar-se de medida de proteção estrutural dada em meio a um processo tradicional de solução de controvérsias. É dizer, apesar de toda a tramitação processual ter se dado em um processo bipolar, rígido, pouco flexível, conformado pelas normas que regem uma ação civil pública em nosso ordenamento jurídico, foi possível dar um passo adiante para se fixar uma decisão judicial com contornos de uma decisão estrutural.

Apesar da decisão ser inédita na Corte Paulista e representar significativo avanço no modo como foi confeccionada, por outro lado, não foi possível estabelecer-se uma verdadeira mediação entre as partes para definir-se a solução do conflito. O Administrador foi ouvido pela Corte, mas não participou da definição da solução, o que culminou com sua condenação na obrigação de criar 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas infantis, em prazo também determinado pela Corte, mas não acordado com o Poder Executivo.

Como no processo judicial estrutural o objetivo é a eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais, corre-se o risco, neste caso, de a solução dada não ser apta a dar efetividade ao valor constitucional perseguido – é por isso que a fase da execução da decisão judicial será crucial.

Ao criar uma obrigação de fazer para a Municipalidade Paulistana, de apresentação de relatórios semestrais à Coordenadoria da Infância e da Juventude, com o acompanhamento dos mais diversos entes envolvidos na solução do problema – entidades da sociedade civil, Defensoria Pública e o Ministério Público –, o que se

pretendeu foi realizar um monitoramento do cumprimento da obrigação que deverá se prolarar no tempo, no presente e para o futuro.

Durante essa fase de execução, o Poder Executivo será permanentemente monitorado a fim de avaliar-se sua *performance*. O ideal a ser buscado é que todas as partes envolvidas, imbuídas de boa-fé, decidam como agir e definam as regras para alcançar as metas definidas, sob a supervisão da Corte Paulista e avaliação periódica dos resultados obtidos. Nesse modelo de processo dialógico, as chances de que a decisão judicial seja cumprida aumentarão significativamente, apesar de ainda não existir formalmente em nossa legislação processual.

A decisão, por si só, já gerou alguns efeitos interessantes: (1) fez com que a Municipalidade passasse a elaborar relatórios sobre o cumprimento de sua meta, com um mapeamento das etapas para criação de novas vagas; (2) estabeleceu um canal de diálogo entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e os demais atores que compõem o grupo de monitoramento, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão, já que estamos na pendência de julgamento dos recursos extremos pelos Tribunais Superiores; (3) aproximou a mídia e toda a sociedade do debate da questão; e (4) fez com que se declarasse, em definitivo, o direito constitucional à educação infantil como de caráter obrigatório ao Poder Público Municipal, de aplicação imediata.

Com a previsão de um plano de execução do julgado, verificou-se também, ainda que timidamente, a possibilidade de alteração das condições fáticas futuras – ao estabelecer a articulação entre a Coordenadoria da Infância e Juventude com a sociedade civil, Defensoria Pública e o Ministério Público para o acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade.

Haveria aí um sinal de flexibilidade com relação à coisa julgada a ser formada e a previsão clara de possibilidade de sua alteração. E esse é de fato o único possível caminho a ser trilhado em um processo de interesse público, uma execução da decisão que permita uma flexibilização da coisa julgada, diante de alterações fáticas e econômicas que certamente ocorrerão quando do cumprimento final do julgado.

Relembrando as reflexões de Garavito quanto aos efeitos materiais e simbólicos das decisões estruturais, tem-se que estes compreendem, além da ação governamental destinada a cumprir o mandamento da Corte Constitucional: um

reposicionamento dos direitos sociais como problemas de direitos humanos; o fortalecimento da capacidade de tratar esses problemas; a construção de coalizações para incorporar a causa no processo de implementação da decisão; e a comunhão de esforços coletivos para buscar soluções em questões complexas de alocação de recursos.¹⁴⁶

Sem dúvida alguma a decisão do caso das creches, após três anos de sua prolação, tem se demonstrado apta a gerar os efeitos aludidos por Garavito no transcorrer do processo de implementação da decisão. Ainda que esteja ocorrendo em caráter provisório, diante da interposição de recursos aos Tribunais Superiores, a decisão teve essa qualidade de gerar efeitos imediatos e trazer reflexos positivos para o desenvolvimento da política pública de acesso à educação infantil no Município de São Paulo.

Assim, a decisão judicial da Corte Paulista é um sopro de esperança para aqueles que buscam uma alteração no modelo de litigância tradicional nas ações que envolvem conflitos de interesse público, pois sua implementação já trouxe mudanças significativas na forma de execução da decisão judicial.

4.5 A experiência jurisprudencial da Argentina e da Colômbia

A fim de refletir sobre a necessidade de um novo modelo de litigância no Brasil, vale trazer a conhecimento alguns precedentes julgados pelas Cortes Constitucionais da Argentina e da Colômbia, que se refletem como exemplos de um esforço de atuação jurisdicional de controle de políticas públicas mais dialógico, flexível e dinâmico.

A reflexão que aqui se fará tem caráter meramente ilustrativo, já que, sabidamente, as realidades econômicas, políticas e jurídicas dos países citados são diferentes da realidade brasileira. Mas, mesmo dentro de contextos diferentes, o esforço é de avaliar as decisões lá concedidas para refletir sobre o que seria necessário alterar em nosso modelo de processo, viabilizando, assim, decisões de controle jurisdicional mais próximas de uma realidade exequível.

¹⁴⁶ GARAVITO, op. cit., p. 1669.

Há casos relacionados a política pública carcerária da Argentina e a da Colômbia, em que as Cortes Constitucionais de cada um destes países proferiram suas decisões tendo como diretriz esse novo modelo de processo estrutural. Em ambos os casos argentinos, ocorridos nas Províncias de Buenos Aires e de Mendoza, o problema era o da superlotação nos presídios, o grave estado dos estabelecimentos carcerários e o tratamento degradante, cruel e desumano dos presos mantidos nestes locais, atentatório aos direitos humanos fundamentais. No caso de Mendoza, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) havia determinado ao Estado Argentino a adoção imediata de medidas necessárias para proteger, de forma eficaz, a vida e a integridade pessoal dos presos.

A Alta Corte Argentina interveio através de sucessivos pronunciamentos. Começou por advertir sobre a gravidade do descumprimento da ordem da Comissão Interamericana, requerendo à Província envolvida informações sobre as medidas adotadas e a separação entre presos jovens e adultos. Após, intimou o Estado Nacional a dar estrito cumprimento às medidas provisórias que haviam sido dispostas pela CIDH, determinado a todos os Tribunais Provincianos que fizessem cessar, com a urgência do caso, qualquer situação de agravamento da detenção que pudesse importar em um tratamento desumano aos encarcerados.

Não foi diferente no caso do presídio de San Bernardo, localizado na cidade de Arménia, na Colômbia. Lá também havia um problema de superlotação, que foi relatado pelos próprios presos, bem como problemas de atendimento à saúde dos presos, com a constatação de falta de pessoal capacitado para o atendimento em si e falta de medicamentos para os presos enfermos.

A Corte Constitucional daquele país conduziu um processo estruturado, onde foram determinadas uma série de medidas a todos os atores envolvidos na questão. Diante do chamado “estado de coisas inconstitucionais”, a Corte procedeu a análise da política carcerária de maneira globalizada e decidiu que era necessário mudar esse estado de coisas. Assim, com relação ao presídio em específico, determinou que o Ministério da Justiça e o presídio (INPEC) definissem em conjunto, no prazo de um mês, um plano de trabalho para que fossem realizadas obras de reforma ou extensões no presídio, no prazo de dois anos; no caso de necessidade de construção de novos edifícios, este prazo seria de três anos, tudo para que se cumprisse a determinação de expansão de vagas da prisão de Arménia, resolvendo-se a questão da superlotação.

Determinou-se, ainda, que fossem garantidos aos presos condições de confinamento dignas. E mais, foram instados o Ministério da Justiça e o Poder Legislativo, por meio dos Presidentes do Senado e da Câmara, de modo que passassem a contemplar, nas futuras alterações legislativas relacionadas ao sistema prisional que envolvam o aumento da população carcerária (por exemplo, no caso de inovações legislativas que determinem novos tipos penais ou aumento do tempo de encarceramento), os custos financeiros reflexos a essas novas determinações. Ou seja, verifica-se que a Corte fez determinações que se refletiram na política pública carcerária como um todo, impondo diretrizes, até do ponto de vista normativo, a todos os Poderes, tanto ao Executivo, quanto ao Legislativo.

Em uma breve comparação entre as decisões latino-americanas aqui relatadas e as decisões emanadas pelo Judiciário brasileiro, constata-se que, naquelas, o processo em si parece ser menos rígido, muito pouco preclusivo, com uma maior participação de diversos atores, incluindo-se, aí, a sociedade civil.

As decisões foram dadas em forma de programas de ação – como deve ser uma política pública – mutáveis com o tempo, flexíveis e com forte acompanhamento no tempo de execução, que pode ser feito até por um terceiro nomeado pelo Poder Judiciário para tanto.

Essas Cortes Constitucionais tentaram analisar o problema das políticas públicas como um todo e dar solução também de forma mais abrangente. Mas não uma solução impositiva determinando o que deverá ser feito pela Administração, e sim determinando as diretrizes a serem seguidas, como a apresentação de um plano, de um programa de ações pelo Executivo, que possa tornar o direito reclamado efetivo.

A análise da experiência internacional, tanto da norte-americana nos casos de dessegregação racial (Brown I e II), quanto a colombiana e a argentina, ajuda na identificação dos problemas a enfrentar nos conflitos de interesse público e as decisões estruturais dadas nestes casos; apontam para as melhorias que podem ser adotadas no processo civil brasileiro, na busca de um procedimento mais adequado, justo, transparente, dialógico, que leve a efetivação dos direitos prestacionais.

Desta forma, ao analisar nosso modelo de litigância atual, que conforma o controle jurisdicional de políticas públicas, verifica-se a necessidade de mudanças estruturais profundas na condução do processo, dos pontos de vista tanto meramente

formal quanto da materialidade das decisões nele emanadas, passando-se, ainda, pela necessidade de profundas alterações na cultura dos magistrados brasileiros, para que seja possível, assim, chegar-se a elaboração de decisões mais genéricas e instrutivas, que determinem diretrizes para o Executivo e até mesmo para o Legislativo, buscando a correção ou implementação das políticas públicas.

Contudo, do ponto de vista normativo, estamos bem distantes desse cenário. Nosso modelo de litigância é rígido, dando pouca margem a flexibilização do procedimento, principalmente no que se refere a preclusão, tanto para as partes quanto para o juiz, bem como com relação aos limites objetivos da coisa julgada. Nesse sentido, há premente necessidade de alterações legislativas que propiciem a existência de um processo diferenciado para o controle jurisdicional de políticas públicas, nos moldes do processo estrutural aqui descrito.

4.6 Análise do Projeto de Lei nº8.058/2014

O sistema de processos coletivos no Brasil, da maneira como está conformado, não consegue alcançar um de seus principais objetivos, que é o de dar efetividade aos direitos fundamentais sociais. E a preocupação com a efetividade do processo e com a exequibilidade de suas decisões é ainda maior quando se está em jogo o controle jurisdicional de políticas públicas, diante da relevância social e magnitude dos conflitos em disputa.

Além da questão final, que é dar efetividade ao comando judicial, questões preliminares ligadas ao processo em si são de complexo trato, pois ao juiz é necessário dispor de plena cognição do problema, e não somente demonstrar a violação do direito fundamental social. Quando o Poder Judiciário é “chamado” para solucionar uma crise de direito material que tem como causa uma lesão a direito fundamental social é porque o Poder Legislativo e/ou Executivo falharam na execução de uma política pública. Mas essa “falha” pode ter ocorrido em decorrência de inúmeros fatores, que só poderão ser conhecidos e analisados pelo juiz por meio de um contraditório amplo e aprofundado.

Sobretudo, se faz necessário implementar o acompanhamento da execução desse tipo de sentença, que deverá ser flexível, acompanhada de uma sistemática de monitoramento com uso de ferramentas de aferição do resultado alcançado ao longo do tempo.

Partindo-se da premissa de que nosso atual ordenamento jurídico, notadamente do ponto de vista processual, não atende satisfatoriamente a complexidade dessas demandas, um grupo de juristas, pesquisadores e acadêmicos, em trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), se reuniu para dar corpo a um anteprojeto de lei que tem o desafio de instituir um processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Dele se originou o Projeto de Lei nº 8.058/14, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira, que hoje encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O propósito desse item é discorrer, de forma não exaustiva, sobre as principais características desse novo procedimento proposto no Projeto de Lei. Em linhas gerais, ele traz balizas legais precisas que visam orientar o magistrado na condução de tão específico processo. Estabelece uma fase preliminar rica, dispõe expressamente sobre a faculdade de submissão da questão a arbitragem, bem como a transação por meio de mediação ou conciliação, albergando aí meios alternativos para a solução da controvérsia.

Logo de início há expressa previsão dos princípios que devem reger o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, quais sejam: a proporcionalidade, a razoabilidade, a garantia do mínimo existencial, a justiça social, o atendimento do bem comum, a universalidade das políticas públicas e o equilíbrio orçamentário.

Ainda nesse início, de forma inovadora, estabelece uma série de características desse procedimento especial que determina regras para um processo que deve ser estrutural, policêntrico, dialógico, de cognição ampla e profunda, colaborativo e participativo, informativo e transparente, flexível quanto ao procedimento e cumprimento das decisões, tendente à solução consensuada e com previsão de acompanhamento do cumprimento da decisão por pessoas ou instituições sob a supervisão do Judiciário. Essas características são todas provenientes dos litígios de interesse público e de decisões estruturais proferidas em países como a Colômbia, a Argentina e os Estados Unidos.

Conforme o Projeto, a competência para o controle judicial de políticas públicas é da justiça estadual e federal, por meio de ação coletiva, mantendo-se, contudo, a possibilidade de ajuizamento das ações constitucionais, de acordo com o artigo 3º.

Quanto a petição inicial, essa deverá seguir os requisitos contidos no Código de Processo Civil e indicar, com precisão, a medida necessária para implementação ou correção da política pública, como também a autoridade responsável por sua efetivação. Nesse particular, pode haver certa dificuldade para a propositura da ação coletiva, pois nem sempre é de fácil enquadramento o ente público responsável por determinada política pública, isso diante da pouca clareza da Constituição Federal nessa determinação, a depender do direito social em questão. Dificuldades podem ser encontradas também na indicação precisa da medida necessária para correção da política, já que, como vimos, a criação e implementação de uma política pública é tarefa multidisciplinar, de bastante complexidade, podendo ser de difícil análise, para o autor da ação coletiva, precisar o que deverá ser objeto de correção pelo Poder Judiciário.

Superadas essas possíveis dificuldades, na fase preliminar, o juiz deverá notificar a autoridade responsável pela política pública, para que esta preste importantes informações referentes a: (i) planejamento e execução já existentes para a política pública; (ii) recursos previstos em orçamento; (iii) possibilidade de transposição de verbas e; (iv) o cronograma necessário para o eventual atendimento do pedido.

Conforme o artigo 7º do Projeto, na hipótese de o pedido de correção ou instituição da política pública tratar sobre o “mínimo existencial” ou “bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada”, o magistrado poderá conceder a antecipação de tutela e o ente público deverá cumpri-la de imediato, ficando dispensado de apresentar informações referentes à previsão de orçamento para cumprir a medida e seu respectivo cronograma.

Após a apresentação dessas informações, que são cruciais para o entendimento do magistrado sobre o pleito posto em juízo, o magistrado poderá convocar audiências públicas (que também têm se mostrado como importante ferramenta para o amplo debate das políticas públicas no âmbito das ações civis públicas onde estas são realizadas).

É importante consignar o amplo destaque dado aos mecanismos consensuais pelo Projeto de Lei. Ele prevê a utilização da mediação, da transação e até mesmo da arbitragem para discutir as políticas públicas. Nesse aspecto, a doutrina tem defendido, com entusiasmo, a utilização desses instrumentos em processos coletivos, fazendo

ressalvas quanto a possível regra de indisponibilidade dos bens públicos, bem como quanto aos limites do bem da vida posto em litígio.¹⁴⁷

Já na fase do processo judicial o Projeto estabelece a necessidade de realização de uma espécie de juízo preliminar do magistrado quanto a razoabilidade da pretensão que deverá ser analisada e a irrazoabilidade da atuação da Administração. Determina que o contraditório amplo já realizado na fase preliminar seja utilizado, visando a celeridade processual. Ainda nessa fase, traz verdadeira inovação processual em seu artigo 18, possibilitando ao juiz condenar a Administração ao cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, tudo como esforço de implementação efetiva da ordem judicial.

O Projeto prevê, também, a possibilidade inovadora de alteração da decisão na fase de execução – artigo 20¹⁴⁸ –, caso haja a promoção de políticas públicas pela Administração melhores e mais adequadas das que as definidas na sentença. Nesse ponto, o Projeto se mostra muito interessante pois traz em seu bojo, de forma expressa, a possibilidade de flexibilização da coisa julgada.

Hoje, de acordo com nossa doutrina e jurisprudência, a alteração da realidade econômica ou fática não permite a adaptação daquilo que foi decidido em sentença, pois esta traz implícita em si a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, só se permite uma modificação na superveniência de fatos novos. Mas, como vimos, no caso de implementação de políticas públicas, múltiplas são as facetas que se intercalam no desenvolvimento da relação no tempo (alteração de condições políticas, econômicas, fáticas e até mesmo da necessidade existente no início do processo), sendo imperativa a previsão em nosso ordenamento jurídico que permita a adaptação da decisão e seu cumprimento às alterações ocorridas.

¹⁴⁷ Conforme SALLES, Carlos Alberto. *A arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense: Método: São Paulo, 2011, p. 288.

¹⁴⁸ O art. 20 do Projeto de Lei prevê a possibilidade de alteração da coisa julgada pelo juiz da execução, ao dizer: “O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente”.

O Projeto prevê ainda a possibilidade de nomeação de comissário para o acompanhamento da implementação da política pública, com a previsão de apresentação de projeto de execução pelo Administrador que deverá ser debatido por todas as partes com interesse na resolução da controvérsia. Neste ponto, percebe-se a similaridade do Projeto com o que já ocorre no direito estrangeiro, como nos Estados Unidos (*Special Master*) e na Itália (*comissario ad acta*). Tal construção advém da percepção de que a implementação da decisão necessita de um gestor, uma espécie de gerente da execução que possa, de fato, cuidar de sua implementação como um funcionário do juízo.

Houve também uma preocupação com a questão atual dos milhares de ações e recursos em trâmite, que têm por objeto o controle judicial de políticas públicas. Assim, no Projeto há previsão de reunião dessas ações em primeira e segunda instâncias, como a necessidade de criação de Cadastros Nacionais que terão como escopo a necessária organização de todos os novos processos, inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta que tratem de políticas públicas, para devido conhecimento dos órgãos do Poder Judiciário e todos os demais interessados.

No tocante as ações individuais – que, embora não pareçam ideais para a resolução da questão, são muito utilizadas para o atendimento de pleitos “emergenciais” das pessoas não atendidas pela Administração Pública –, o projeto prevê a interessante possibilidade de conversão, pelo magistrado, da ação individual em ação coletiva, no caso de relevância social e na possibilidade de a sentença ter efeitos coletivos, visando assegurar a uniformidade e minimizar o hoje existente paradoxo da desigualdade. É importante frisar-se que proposta semelhante estava contida no projeto do novo Código de Processo Civil de 2015, em artigo que foi vetado pela Presidente em exercício, no momento de sancionar a lei. Verifica-se, portanto, que a questão da conversão da ação individual em coletiva é tema de intenso debate e polêmica.

O Projeto de Lei ainda está em fase inicial de tramitação e já foi alvo de críticas severas¹⁴⁹, dentre as quais o possível fomento a institucionalização do ativismo judicial, com uma espécie de alargamento das competências do Judiciário em

¹⁴⁹ Vide artigo escrito por Lenio Luiz Streck e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. “Estado Social a golpe de caneta”, publicado no site *Consultor Jurídico*, em 10 de fevereiro de 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>, site acessado em 20/08/2016.

detrimento do Poder Legislativo; e a alegação de inconstitucionalidade atribuída ao artigo 6, inciso IV (que dispõe sobre a intimação do ente público para informar sobre a possibilidade de transposição de verbas, em caso de falta de recursos), e ao artigo 18, inciso II (que permitiria ao juiz determinar ao Poder Público a inclusão de créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou no orçamento futuro), posto que os mesmos representariam violação aos artigos 48, inciso II; 70; 85, inciso IV; 165 e 169 da Constituição Federal, que, não autorizariam as práticas determinadas no Projeto de Lei.

Na Assembleia Legislativa, foi realizada uma audiência pública pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados para discutir o Projeto de Lei. Nesta audiência o mesmo também foi alvo de muitas críticas, aparentemente pela falta de conhecimento sobre a técnica processual que se pretendeu aplicar ao novo processo de controle judicial de políticas públicas.

Em geral, as críticas foram extremamente severas, passando desde se discutir se os direitos fundamentais são mesmo direitos ou apenas “interesses”, bem como a que a premissa do Projeto é equivocada pois parte da ideia central de que o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas, o que “contaminaria” todo o Projeto.

Na opinião dos debatedores presentes à audiência pública, o Projeto de Lei traz insegurança jurídica por conter conceitos pouco adensados, muito abertos, e por traçar um processo “incerto” em razão de prever a possibilidade de ser regulado consensualmente pelas partes envolvidas. Pareceu ser consenso também que a previsão de comandos abertos e flexíveis podem gerar incerteza, diante da falta de caráter definitivo da decisão judicial.¹⁵⁰

Houve séria crítica também ao fato de o Projeto de Lei não prever limites, balizas ao Poder Judiciário, outorgando, por outro lado, poderes em demasia aos magistrados, que já “interfeririam demais no orçamento público”.

Muito se falou sobre a questão da saúde no Brasil, chegando-se, ao final, a pensar-se na possibilidade de uma lei de controle judicial que contemplasse apenas e tão

¹⁵⁰ Nesse cenário, vale citar que o Subprocurador-Geral da República, Sr. Odin Brandão Ferreira, se manifestou pela retirada do critério de razoabilidade previsto no Projeto de Lei porque levará ao subjetivismo e ao cometimento de arbitrariedades.

somente as questões ligadas às políticas públicas de saúde, desconsiderando-se, por completo, as numerosas ações judiciais que vindicam a implementação de políticas públicas relacionadas ao direito à educação, direito à moradia, direito ambiental etc.

A audiência pública demonstrou que o Legislativo parece estar muito distante das questões técnicas processuais que se pretendeu inserir no ordenamento jurídico com a elaboração do Projeto de Lei, não dispondo também de conhecimento sobre a forma como outros países vêm lidando com a questão do processo de interesse público, experiência essa de suma importância para visualização de novas formas encontradas pelas Cortes Constitucionais desses países de lidar com tão intrincada e delicada questão, qual seja, buscar a efetivação dos direitos sociais.

É inegável que uma legislação específica processual para lidar com o tema das políticas públicas contribuiria, substancialmente, para organizar o controle jurisdicional e, o mais importante, permitir aos jurisdicionados o acesso a um processo adequado, justo e efetivo para a fruição dos direitos prestacionais.

O aspecto fundamental que envolve o tema do controle judicial de políticas públicas, sem dúvida, é a mudança significativa que aporta aos mecanismos de efetivação de direitos sociais, antes considerados ineficazes ou de eficácia limitada, uma vez que a impossibilidade de intervenção do Judiciário na esfera das políticas públicas era um dogma inacessível.

Como se vê, esse dogma foi superado por meio da evolução tanto da doutrina quanto da jurisprudência, que estabeleceram não só o pressuposto autorizador da intervenção do Poder Judiciário para o controle da política pública – existência de restrição à garantia do mínimo existencial –, como os limites dessa intervenção, já mencionados acima.

No entanto, o estudo aprofundado da jurisprudência nos revela que há intenso trabalho a ser feito do ponto de vista processual, já que um dos grandes problemas enfrentados na atualidade é a implementação da decisão judicial que estabelece ou corrige uma política pública.

E mais, com relação ainda à questão processual, existem desafios a serem superados no que tange a competência – perigo de decisões desiguais dentro de uma mesma Comarca, como a da Capital do Estado de São Paulo. No que se refere ao cumprimento da obrigação, se o Administrador não implementar a política pública

determinada pelo Judiciário, sabe-se que somente a imposição de sanções não resolverá o problema da efetivação dos direitos sociais.

Por isso, a necessidade de transformação de nosso modelo de litigância para os conflitos de interesse público é urgente. A transição desejável é que se passe de um modelo de litigância rígido, para um que seja menos preclusivo, mais flexível, dinâmico, mutável, que possa se modificar diante das alterações fáticas, econômicas e até mesmo jurídicas que, certamente, ocorrerão durante o tempo de execução da decisão judicial.

O ideal será abandonar o modelo tradicional de litigância e avançar para um verdadeiro processo de conflitos de interesse público, com contraditório profundo e ampliado desde o seu início; um processo muito mais dialogal, com a possibilidade de formação de coisas julgadas múltiplas e mutáveis no decorrer da execução. Defende-se nesse trabalho a existência no futuro de um processo civil mínimo, diante da necessidade de dar flexibilidade ao instrumento.

Assim, é preciso cindir com a ideia do Judiciário retrospectivo, que apenas resolve os fatos passados trazidos no processo, e adotar uma ideia de Judiciário que além disso ainda analisa a complexidade da política pública e determina diretrizes futuras. Estes magistrados, antes de decidirem, deverão ter uma profunda preocupação em (i) dialogar com os diversos Poderes envolvidos; (ii) ouvir experts no tema debatido diante da multidisciplinariedade de arestas a serem definidas; (iii) dar transparência ao processo e incentivar a participação dos atores; e (iv) respeitar limites para não substituírem a atividade do administrador na implementação da política pública.

Como proposta de melhoria do instrumento processual hoje existente, na busca de estabelecer uma cultura de eficiência, propõe-se uma alteração legislativa para acrescer ao atual artigo 536 do CPC/2015 uma nova medida de apoio ao cumprimento da obrigação de fazer, consistente na possibilidade de elaboração de um cronograma negociado e consensuado entre as partes, para o cumprimento voluntário da implementação da política pública.

Parece-nos que a ideia de uma execução negociada entre todos os atores envolvidos na implementação da política, advinda de um instrumento que possa ser calibrado discricionariamente pelo juiz, tem maiores chances de dar eficácia e efetividade aos direitos sociais.

Para tanto, nosso Poder Judiciário continuará desempenhando um papel de protagonista político, muito ativista e detentor de poderes amplificados, mas, ao mesmo tempo, cuidadoso ao determinar o cumprimento de obrigações que sejam razoáveis, possíveis, equilibradas, preferencialmente definidas de comum acordo com a Administração – e principalmente exequíveis, tornando os direitos sociais efetivos. Nesse caminho o aperfeiçoamento de nosso sistema processual será fundamental para dar verdadeira efetividade aos direitos sociais.

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 inconstitucional 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. *Juízes 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. Discricionariedade 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* n° 99, set. 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Revista Trimestral de Direito Público* n° 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* n° 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 EMILIO 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-arrazoado 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 precípuo 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 “ofelividade”, 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 - transgride, 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 mandatário -, 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, Rel^a. 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 mobílias 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 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 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 acrescenta-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 Cesár 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. Secretario, 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 (EMEI) 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, 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 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 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 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 n° 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