

Carolina Martins Marinho

**JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:
ANÁLISE DE JULGADOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SOB O
ENFOQUE DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL**

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito**

São Paulo, 2009.

Carolina Martins Marinho

**JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:
ANÁLISE DE JULGADOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SOB O
ENFOQUE DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da USP como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito.

Orientador:
Professor Doutor José Reinaldo de Lima Lopes

**Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Teoria Geral e Filosofia do Direito**

São Paulo, 2009.

Banca Examinadora:

“Lutar com palavras
É a luta mais vã.
Entanto lutamos
mal rompe a manhã”.

Carlos Drummond de Andrade

Aos meus pais, com carinho e gratidão.

Agradecimentos

A Deus, que para mim está acima de todas as coisas.

Aos meus queridos pais, irmãos e irmãs por todo apoio que sempre me foi dado.

Ao meu orientador, Prof. José Reinaldo, por ter me apresentado uma nova faceta do Direito que, simplesmente, mudou minha forma de pensar e interpretar os problemas jurídicos. Essa dissertação, acredito, reflete um pouco desse aprendizado. No entanto, creio que todo o processo educativo desenvolvido ao longo do mestrado (os cursos sobre o conceito do direito e sobre a razão prática; as indicações de leitura e as orientações neste trabalho) foi para mim de um ganho inestimável. Muitíssimo obrigada.

Aos amigos Aline Holtz, Daniel Colombo, Daniel Wang, Estela Guerrini, Fernanda Chuster, Fernanda Oliveira, Fernanda Terrazas, Fernanda Úbeda, Georgia Chinaglia, Juliana Palma, Natasha Salinas e Thiago Acca que diretamente me auxiliaram neste trabalho com reflexões, revisões, sugestões, traduções, empréstimo de livros e textos, além do incondicional apoio moral e amizade: minha imensa gratidão. Não poderia deixar de mencionar aqui minhas primas Paula e Sarah e minha amiga Licieri Marotta que tanto me apoiaram nesses anos, muito obrigada.

À querida Mariângela Graciano, ao Sérgio Haddad bem como à equipe da Ação Educativa como um todo: agradeço pela oportunidade de contato com o segmento educacional, bem como por ter participado da pesquisa sobre a exigibilidade do direito à educação na cidade de São Paulo. Foi a partir destas experiências que me surgiram as dúvidas que me encaminharam para o mestrado.

Aos Professores e Doutores Carlos A. Salles, Luiza C. Frischeisen e Motauri C. Souza, agradeço imensamente por toda a atenção e gentileza que me disponibilizaram, indicando artigos, emprestando livros, conversando sobre a judicialização dos direitos educativos e me cedendo espaço no Ministério Público Estadual de São Paulo para atualizar o levantamento da pesquisa prática.

Agradeço também, à Helena Aparecida Nascimento, funcionária do Ministério Público Estadual de São Paulo, pelo auxílio ao acesso dos arquivos.

Por fim, não poderia deixar de mencionar que, se por um lado esse trabalho é fruto de um esforço coletivo contando com o apoio de todos vocês, os erros que por ventura foram aqui cometidos são claramente obra e responsabilidade somente de sua autora.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
Tema a ser desenvolvido e suas limitações	8
Por que o direito à educação? Por que a Promotoria de Defesa do Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude da Capital? Por que a Justiça Comum e não as Cortes Superiores?.....	10
 CAPÍTULO 1 – DIREITO COMO UM FATO INSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO OS PROBLEMAS SE COLOCAM?	17
1.1. O direito como um fato institucional	17
1.2. Natureza dos direitos sociais.....	19
 CAPÍTULO 2 – PANORAMA CONTEMPORÂNEO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E A CRÍTICA DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL	22
2.1. Os problemas enfrentados pelos direitos sociais: a estrutura normativa e a reserva do possível	22
2.2. A questão da legitimidade e da discricionariedade.....	28
2.3. A crítica da capacidade institucional	36
2.3.1. A crítica da capacidade institucional nos EUA	39
2.3.2. A crítica da capacidade institucional na doutrina pátria	51
 CAPÍTULO 3 – AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO.....	56
3.1. Perfil geral das ações	56
3.2. As ações de acesso:.....	58
3.2.1. Ensino Infantil.....	59
3.2.2. Ensino Fundamental	68
3.2.2.1. Solicitação de matrículas	68
3.2.2.2. Não cancelamento de matrículas no Ensino Fundamental	70
3.2.2.3. Construção de escolas e reabertura de salas de aula	71
3.2.2.4. Censo Educacional.....	75
3.2.2.5. Transporte Público EJA	76
3.2.3. Ensino Médio e Supletivo.....	78

3.2.3.1. Ensino Médio – Sorteio de vagas	79
3.2.3.2. Ensino Supletivo – Solicitação de vagas	80
3.2.3.3. Não cobrança de taxa no Ensino Supletivo	81
3.3. As ações sobre qualidade	83
3.3.1. Organização do Sistema Público de Ensino	83
3.3.2. Turno.....	88
3.3.3. Reposição de aulas.....	89
3.3.4. Número de alunos por sala de aula	92
3.3.5. Verbas	95
3.4. Resultados gráficos das ações.....	99
3.4.1. Exigibilidade coletiva x exigibilidade individual	99
3.4.2. A interpretação pulverizada do direito à educação e o princípio da isonomia	101
3.4.3. Acesso x qualidade: a eficácia da tutela jurisdicional	103
3.4.4. Data e procedência: a interpretação do direito social ao longo do tempo	104
CAPÍTULO 4 – CONCLUSÕES.....	105
4.1. Conclusões parciais.....	105
4.2. Conclusões finais	110
BIBLIOGRAFIA CITADA.....	114
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	117
RESUMO	119
ABSTRACT.....	120

INTRODUÇÃO

Tema a ser desenvolvido e suas limitações

O presente estudo insere-se no debate sobre a justiciabilidade¹ dos direitos sociais². Propomos uma reflexão sobre como o Poder Judiciário lida e delinea seu campo de atuação frente a esses direitos. Tendo em vista que a interpretação do direito e de suas normas é uma função primordial do Judiciário, pretendemos analisar algumas decisões judiciais sobre o direito à educação e apontar possíveis benefícios e dificuldades que a efetivação de políticas públicas via Judiciário coloca aos direitos sociais.

Escrever sobre a justiciabilidade dos direitos sociais não é um tema novo na doutrina brasileira. É, contudo, um tema muito complexo e ainda carente de muitas respostas, o que tem inspirado intensos debates acerca de seus limites e possibilidades, conforme se verifica em Lopes (2006), Sarlet (2003), Silva (2002) e Krell (2000).

Os debates travados já discutiram muito a questão da legitimidade (de o juiz intervir na discricionariedade do administrador para garantir os direitos sociais e individuais que lhe foram requisitados); da juridicidade e exigibilidade dos direitos sociais (hermenêutica dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios que os garantem, a importância do princípio da dignidade em nosso ordenamento); e da reserva do possível (existência ou não de recursos para garantir o pedido feito)³. Recentemente, a abordagem sobre a capacidade institucional de o Judiciário lidar com os direitos sociais vem amadurecendo na academia jurídica brasileira⁴.

Essa abordagem aponta para as dificuldades institucionais do Poder Judiciário lidar com os conflitos chamados distributivos e centraliza-se no argumento de que o Judiciário

¹ O fenômeno da justiciabilidade dos direitos sociais está inserido em um contexto mais amplo que é o de judicialização da política. Esse termo é carregado de diversos usos e sentidos. Koerner; Maciel (2002, p. 115-117) identificam usos diversos e até mesmo contraditórios do termo “judicialização da política” no debate público (uso no sentido normativo; no sentido de processo social e político; no sentido constitucional, por exemplo). Veríssimo (2006, p. 24) também sistematiza diferentes sentidos da judicialização: “(i) a crescente interferência judicial em políticas públicas formuladas pelo executivo, (ii) a revisão dos textos legais com fundamento em mecanismos diversos de controle constitucional das leis, (iii) a formulação de demandas buscando a efetivação judicial de direitos humanos de cunho social e econômico, inseridos em Constituições social –democratas e tratados internacionais, (...)”, entre outros apontados pelo autor. Para evitar maiores confusões sobre a proposta do presente trabalho, esclarecemos que o termo aqui será utilizado para se referir à revisão judicial de atos ou omissões do Poder Executivo no desenvolvimento de políticas sociais.

² Os direitos sociais estão estabelecidos, principalmente, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. No entanto, não se esgotam nesse artigo, sendo também previstos em outras partes da Constituição.

³ Essas críticas serão melhor desenvolvidas no capítulo 2.

⁴ Cf. Lopes (2006); Veríssimo (2006); e Salles (2003).

não está institucionalmente preparado para lidar com esse tipo de conflito (LOPES, 2006; VERÍSSIMO, 2006; SALES, 2003).

A crítica da capacidade institucional sustenta que os direitos sociais possuem natureza distinta dos direitos individuais. Seus objetos são bens públicos e coletivos, tal como a saúde e a educação, e seus conflitos são distributivos e plurilaterais: as perdas ou ganhos desse conflito são repartidos entre todos os cidadãos de uma sociedade.

Dessa forma, os direitos sociais não poderiam ser tratados como se fossem conflitos bilaterais pelo Judiciário, pois os efeitos da decisão não se restringem às partes, mas afeta a distribuição de recursos públicos e a universalidade de acesso à política pública. E, conseqüentemente, sob o escopo de efetivar direitos fundamentais, essa forma de atuação reforçaria uma “dinâmica social de exclusão e não cooperação” (LOPES, 2006, p. 99), favorecendo o tratamento desigual e diferenciado.

Além disso, por estar habituado a lidar com conflitos que se voltam para o passado, que tratam de direitos adquiridos, o Poder Judiciário teria muita dificuldade em lidar com os conflitos referentes a situações presentes ou futuras. Tais conflitos demandam planejamento e previsão orçamentária para a concretização das políticas questionadas. Sendo um Poder inerte, não eleito e sem disponibilidade orçamentária sobre as políticas públicas tornar-se-ia muito difícil aceitar a justiciabilidade: além de criar distorções e privilégios para alguns cidadãos frente a outros, faltaria aos juízes legitimidade, pelo fato de estes não serem eleitos (LOPES, 2006).

Nesse trabalho pretendemos testar essas críticas da capacidade institucional por meio da análise de decisões judiciais. Iremos averiguar como o Poder Judiciário responde aos conflitos coletivos (interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos) decorrentes dos direitos sociais e quão satisfatórias são essas decisões em termos de adequação institucional e jurídica.

Para observarmos a crítica à capacidade institucional, faremos um estudo de caso baseado em decisões judiciais⁵ em ações civis públicas propostas pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente (“PJDIDCIJ”) para garantir o direito à educação, de 1996 a 2005.

A hipótese a ser investigada diz respeito à pertinência das críticas apontadas pela capacidade institucional na práxis jurisprudencial. Para tanto, formulamos as seguintes hipóteses:

⁵ Estudaremos as decisões judiciais que já transitaram em julgado no período mencionado.

- i) A natureza plurilateral dos direitos sociais é desconsiderada nas decisões judiciais, o que gera problemas em relação ao princípio da igualdade formal;
- ii) O Judiciário está preparado para lidar com direitos adquiridos, voltados para o passado, e não está preparado para lidar com os direitos sociais, que, em geral, são direitos presentes ou futuros;
- iii) A satisfação de direitos sociais demanda remédios que o Judiciário não pode conceder.

Se essas hipóteses forem confirmadas, teremos mais subsídios para repensar a justiciabilidade dos direitos sociais tendo em vista suas dificuldades ou mesmo suas contradições apontadas nas decisões plurilaterais analisadas. Se as hipóteses não forem confirmadas, teremos meios para afirmar que determinadas críticas da capacidade institucional não são pertinentes, parcial ou integralmente.

Para que a pesquisa sobre justiciabilidade e a capacidade institucional seja viabilizada, percorreremos o seguinte caminho: no primeiro capítulo abordaremos alguns pressupostos sobre a compreensão do direito que será adotada nesse trabalho. Em seguida, faremos um panorama geral dos principais argumentos que debatem a exigibilidade dos direitos sociais e abordaremos a crítica da capacidade institucional: como é formulada e compreendida na doutrina pátria. No terceiro capítulo analisaremos as decisões do Poder Judiciário e, por fim, encerraremos o trabalho com conclusões sobre a confirmação, ou não, das hipóteses mencionadas.

No entanto, antes de adentrarmos na pesquisa propriamente dita, algumas notas introdutórias ainda precisam ser colocadas.

Por que o direito à educação? Por que a Promotoria de Defesa do Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude da Capital? Por que a Justiça Comum e não as Cortes Superiores?

Acreditamos que o olhar individualizado sobre um determinado direito social permitirá abordagens e críticas mais precisas, com incursões em esferas normativas mais específicas e detalhadas do direito analisado.

Entre os diversos direitos sociais previstos em nosso ordenamento jurídico, como a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância e a assistência aos desamparados ⁶, a opção pelo direito à educação não se deu de forma aleatória. Pode-se dizer que a educação é um direito social tradicional⁷ e bem estruturado normativamente, com especificações de como deve ser implementado e como pode ser garantido.

Em termos normativos, da positivação constitucional (arts. 205 ao 214), passando por inúmeros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); a Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino; e o Pacto de São José da Costa Rica, por exemplo; bem como as declarações internacionais assinadas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Declaração Mundial sobre Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem; a Declaração e Programa de Ação de Viena; a Declaração de Hamburgo sobre Educação de Adultos etc.; às leis infraconstitucionais vigentes nacionalmente, tais como a Lei de Diretrizes e Bases do Ensino (LDB⁸), Plano Nacional de Educação (PNE) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA⁹); ou apenas na cidade de São Paulo, como a Lei Orgânica do Município de São Paulo; e outras normas tais como: Deliberações, Indicações e Pareceres dos Conselhos Estadual e Municipal de Educação; há muitos parâmetros para fundamentar a realização e meios de averiguar o cumprimento desse direito.

Outro argumento que nos levou a essa opção diz respeito ao caráter eminentemente coletivo do direito à educação.

Em comparação com outros direitos sociais, tal como o direito à saúde, por exemplo, em que o titular solicita prestações jurídicas bem específicas de forma individualizada, na educação essa questão coloca-se de forma um pouco diferenciada. Se por um lado, ambos são bens coletivos, com “fruição e provisão indivisíveis e universais” (LOPES, 2006, p. 227), gerando pedidos mais genéricos como uma vaga na escola ou um leito no hospital, por exemplo, no “*quantum* devido a cada um” por outro lado, na esfera da saúde esse *quantum* (um remédio específico previsto na lista de medicamentos do Sistema Único de Saúde, por exemplo) expõe-se de forma mais especializada do que na educação.

Assim, não raro, encontramos requerimentos mais específicos, feitos de acordo com características próprias do enfermo solicitante na esfera da saúde. Pensemos, por exemplo,

⁶ Cf. Artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

⁷ Tradicional por ser um direito historicamente relacionado à ascensão social e melhoria de renda dos trabalhadores (LOPES, 2006; SARLET, 2001).

⁸ Lei 9394 de 20-12-1996.

⁹ Lei 8069 de 13-07-1990.

no caso de um paciente que necessita de um *stent* cardíaco. Sendo esse paciente também diabético, precisará de um *stent* diferenciado para que seu transplante seja de fato bem sucedido.

Na esfera educacional o caráter mais específico do pedido é menos recorrente. Eventualmente, podemos pensar em uma criança com necessidade especial que solicita vaga em transporte especializado para que consiga chegar à escola. No entanto, os pedidos de caráter universais são mais frequentes na esfera educacional.

Por mais que o pedido seja feito de forma individual (uma vaga no ensino médio, por exemplo), o desfrute do ensino público institucionalizado não é individual, mas coletivo. Não se pleiteia um professor específico para uma criança. O ensino se dá de forma coletiva em uma escola. Ou, no caso de não haver vaga, a condenação a um pedido individual pode, no extremo, levar à re-elaboração de toda a política pública para a construção de uma escola, contratação de professores, diretores, material, transporte, alimentos etc, o que beneficiará não só a criança solicitante, mas também diversas outras que sequer constavam do pedido inicial.

Desse modo, o caráter coletivo dos pedidos na esfera educacional pareceu-nos mais evidente do que no caso da saúde.

Por fim, chamou-nos muita atenção o fato de que, apesar de ser um direito social tradicional, bem estruturado normativamente e contar com larga burocracia estatal¹⁰, as redes de ensino públicas de São Paulo ainda têm muitos desafios para garantir ensino de qualidade e universal.

O ensino público institucionalizado devido pelo Poder Público no âmbito da educação básica apresenta diversos problemas. No âmbito do ensino infantil, ainda há elevada demanda de vagas em creches e pré-escolas: até junho de 2008, 158.037 crianças esperavam por uma vaga¹¹. Em termos de qualidade do ensino também existe uma série de questões, como a reposição de aulas ou o financiamento do ensino, por exemplo.

¹⁰ Dados do IBGE Cidades demonstram que as redes de ensino Municipal e Estadual na cidade de São Paulo possuem 2.853 estabelecimentos escolares e 78.917 docentes no ensino básico. As matrículas nas redes públicas municipais e estaduais correspondem a 270.416 no ensino infantil; 1.306.513 no ensino fundamental; e 384.061 no ensino médio. Disponível em www.ibge.gov.br, acessado no dia 20 de dezembro de 2008. A Secretaria Municipal de Educação possui 13 Diretorias e 31 Coordenadorias de Ensino em sua administração. A Secretaria Estadual de Educação possui uma Coordenadoria Geral de Educação da Capital e treze Diretorias de Ensino na administração da cidade de São Paulo. Disponível em: <http://educacao.prefeitura.sp.gov.br/>; e <http://cogsp.edunet.sp.gov.br/index.asp>, acessados no dia 10 de setembro de 2008.

¹¹ Disponível em: <http://educacao.prefeitura.sp.gov.br>, acessado no dia 10 de setembro de 2008.

Há um elevado número de ações judiciais questionando a efetivação deste direito na cidade de São Paulo. Para se ter uma idéia, até dezembro de 2004 a PJDIDCIJ moveu 115 ações educacionais que pleiteavam o acesso ao ensino, sua qualidade ou que versavam sobre questões sobre o seu financiamento (GRACIANO; MARINHO; OLIVEIRA, 2006). Em pesquisas feitas no TJSP e no STJ, Lopes (2006, p. 221-264) apontou 24 ações sobre educação.

A delimitação espaço-temporal do campo material justifica-se por dois motivos: a promulgação de importantes leis em 1996 e a criação de um grupo de atuação especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos da infância e da juventude na cidade de São Paulo, a PJDIDCIJ¹², nesse mesmo ano.

O ano de 1996 foi o ano de promulgação de três importantes normas que provocaram grandes impactos nos sistemas de ensino: a Emenda Constitucional (“EC”) 14/96; a Lei 9394/96, mais conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação (“LDB”); e a Lei 9424/96, que regulamentou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (“FUNDEF”).

A aprovação da EC 14/96, da LDB e do FUNDEF impulsionou o movimento de expansão da rede municipal de ensino fundamental¹³ por meio da previsão de recursos para o desenvolvimento desse segmento educacional¹⁴, bem como pelo reforço normativo do artigo 211 da Constituição Federal (CF)¹⁵.

¹² Cf. Ato nº 97, de 12-9-1996 da Procuradoria Geral de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo (“PGJ-CSMP-SP”), que criou a Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude da Capital.

¹³ Até 1994, o Estado de São Paulo respondia por 87,5% do Ensino Fundamental, sendo que dos 645 Municípios, apenas 64 atendiam uma pequena parcela do Ensino Fundamental. Contudo, esse perfil foi se alterando. Se em 1996 apenas 42 convênios foram firmados, em 1997 houve um sensível aumento no número de Municípios conveniados: 194. Os dados da Secretaria de Educação Estadual mostram a progressão da municipalização até outubro de 2004, destacando a existência de 499 Municípios conveniados; e 556 Municípios com rede própria de Ensino Fundamental. Atualmente, os Municípios com rede de ensino atendem 86,20% do ensino fundamental, e o Estado ainda assume 13,80% do ensino fundamental (incluindo os conveniados e aqueles que não têm rede própria).

¹⁴ O FUNDEF vigorou até o ano de 2006 e, na prática, vinculava até 15% da arrecadação global de impostos dos Estados e Municípios (60% dos 25% previstos pelo artigo 212 da CF/88) para serem investidos no ensino fundamental. Atualmente foi substituído pelo FUNDEB. Disponível em <http://mecsrv04.mec.gov.br/sef/fundef/funf.shtm>, acessado no dia 07/09/2008.

¹⁵ O artigo 211 da CF/88 estabeleceu um regime de colaboração entre os entes federativos para a organização dos sistemas de ensino. Os artigos 238 e 239, § 1º, da Constituição Estadual de São Paulo, também já mencionavam a possibilidade de os Municípios paulistas organizarem seu próprio sistema de ensino. No entanto, até a promulgação da LDB, a autonomia Municipal era limitada à esfera administrativa. Foi com a previsão normativa do artigo 11 da LDB que os municípios ganharam autonomia para a formulação de políticas educacionais, o que lhes possibilitou a estruturação de um sistema de ensino municipal.

O Município de São Paulo tem seu próprio sistema de ensino e, conjuntamente com o Estado de São Paulo¹⁶, é o ente competente pelo ensino básico de São Paulo.

Tendo em vista que o ensino básico abarca os níveis infantil, fundamental e médio, a competência pelos níveis de ensino é dividida entre o Estado e o Município da seguinte forma: a educação infantil é de competência prioritária do Município; o ensino fundamental tem competência compartilhada pelos dois entes federativos. O ensino médio é da incumbência do Estado. A modalidade oferecida a jovens e adultos que não tiveram acesso ao ensino em idade própria (conhecido como educação de jovens e adultos “EJA” ou ensino supletivo) é de competência mista, havendo políticas municipais e estaduais.

Dessa forma, as ações judiciais que questionam acesso, qualidade e financiamento do ensino público no nível básico têm como pólo passivo a Fazenda Pública do Estado ou do Município.

O foro competente para julgar a maior parte dessas ações civis públicas movidas contra o Estado e o Município é a Justiça Especializada da Infância e da Juventude, salvo nos casos específicos em que a competência será da Justiça Federal, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente, que nos artigos 148, IV e 209 determina:

In verbis: A justiça da Infância e da Juventude é competente para: (...)
IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observando o disposto no art. 209;
(...)

As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores. (Lei 8069 de 13-07-1990).

Desse modo, se fôssemos fazer um levantamento, em São Paulo, das decisões de primeira instância na própria Vara teríamos de consultar no Foro Central da Capital pelo menos quatro Varas da Infância e Juventude (VIJ instaladas) que se localizam no Fórum das Varas Especiais da Infância e Juventude do Brás e uma VIJ no Fórum João Mendes Jr. Nos demais Fóruns Regionais de São Paulo, essa busca teria de ser feita em pelo menos 10 dos 12 Fóruns Regionais que têm uma VIJ instalada¹⁷, sem contar os casos em que a

¹⁶ A LDB prevê a possibilidade de os Municípios organizarem seus sistemas de ensino em um sistema unificado com o Estado, tal como ocorre com o SUS (Sistema Único de Saúde). Contudo, a idéia de um sistema único na educação ainda é muito conflituosa. Basta olhar para o Estado de Mato Grosso, que mesmo tendo previsto expressamente em sua Constituição Estadual a organização de um sistema único de ensino no artigo 244, até hoje não conseguiu estruturar-se dessa forma. Há uma vasta literatura que discute a organização da educação em um sistema único. Contudo, por não ser esse o foco principal do trabalho, optamos em não aprofundar nessas discussões.

¹⁷ Foro Regional I – Santana; Foro Regional II – Santo Amaro; Foro Regional III – Jabaquara; Foro Regional IV – Lapa; Foro Regional V – São Miguel Paulista; Foro Regional VI – Penha da França; Foro Regional VII

competência não é da VIJ, mas das Varas da Fazenda Pública (as ações sobre financiamento do ensino, por exemplo).

Além disso, por estarmos tratando de direitos de crianças e adolescentes, a maioria das decisões encontra-se em “segredo de justiça”, o que tornaria mais dificultosa a busca nas Varas e impossibilitaria a busca de muitas decisões nos sites dos tribunais e nos repertórios de jurisprudência de revistas.

Por todas as características apontadas sobre a sistematização do direito educacional, a PJDIDCIJ despontou-se como o local ideal para o levantamento das decisões judiciais, pois sendo o ente público competente para questionar judicialmente a proteção do ensino básico de crianças e adolescentes, possibilitou o acesso a todas as decisões coletivas de ambos os entes federativos (Estado e Município) e de qualquer VIJ ou Vara da Fazenda Pública.

Resta, por fim, mencionar por que optamos por investigar as decisões judiciais de primeira instância, ao contrário de diversos trabalhos empíricos que analisam decisões das cortes superiores disponibilizadas em sites ou revistas de jurisprudência.

Em uma pesquisa prévia realizada em 2005 para a ONG Ação Educativa¹⁸ constatamos diversas peculiaridades da análise jurisprudencial quando feita com a proposta de averiguar como é assegurado o direito à educação pelo Sistema de Justiça e não com a intenção de analisar os problemas jurídicos decorrentes da justiciabilidade dos direitos sociais.

Essa pesquisa resultou no artigo *As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo* (GRACIANO; MARINHO; OLIVEIRA, 2006), em que se apontaram diversos problemas presentes no Sistema de Justiça (tanto no Ministério Público (MP), quanto no Poder Judiciário) que se tornam verdadeiros entraves para a efetivação do direito à educação. Em que pese o enfoque mais educacional no referido artigo, sua base fática colocou-nos diante de diversos problemas jurídicos, que decidimos investigar nesse trabalho. Observamos que o acesso às decisões de primeira instância traz muita informação relevante se buscarmos analisar a justiciabilidade dos direitos sociais sob o enfoque da capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com esses direitos. Assim sendo,

– Itaquera; Foro Regional VIII – Tatuapé; Foro Regional X – Ipiranga; Foro Regional XI – Pinheiros. Site Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/estatistica/Estatistica.aspx>, acessado em: 10/03/2008.

¹⁸ O objetivo dessa pesquisa, realizada dentro do Programa Ação na Justiça, era analisar a maneira como o Judiciário Paulista, no âmbito da cidade de São Paulo, tratava do direito à educação e de sua justiciabilidade. Disponível em: www.acaoeducativa.org/acaonajustica, acessado em: 10/10/2008.

julgamos que seria imprescindível a análise das decisões da Justiça Comum para fazer esse mapeamento.

O levantamento feito pela ONG Ação Educativa deu-se nos anos de 2004/2005 e constatou que, das 188 ações civis públicas propostas pela PJDIDCIJ, 61,2% se referiam à temática educacional. Em 2008 atualizamos a pesquisa e pudemos contar 277 ações civis públicas na PJDIDCIJ, sendo que 54,87% são sobre o direito à educação¹⁹. Dessas, 77 ações estão em andamento e 75 já estão arquivadas.

A pesquisa analisou as decisões de primeira e segunda instâncias de 75 ações arquivadas que questionam o direito educacional.

Isso posto, passemos ao primeiro capítulo.

¹⁹ As outras 122 ações abordavam diversas questões relacionadas à proteção das crianças e dos adolescentes: irregularidades em estabelecimentos particulares de ensino infantil (38 ações); questões de saúde, tratamentos e fornecimento de medicamentos e (19 ações); inadequações em propagandas, ensaios fotográficos e programas de TV (10 ações); fiscalização de conselho tutelar, cassação de mandato de conselheiro (13 ações), entre outras.

CAPÍTULO 1 – DIREITO COMO UM FATO INSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS: COMO OS PROBLEMAS SE COLOCAM?

Nesse capítulo pretendemos expor sucintamente a forma de pensar o direito que norteia esse trabalho. Acreditamos que essas considerações possibilitarão uma melhor compreensão sobre as críticas institucionais, que serão feitas no capítulo 2.

1.1. O direito como um fato institucional

No livro *As palavras e a lei*, Lopes (2004) traz uma concepção histórica do conceito de direito, mostrando como a partir dos discursos jurídicos as definições sobre o direito e seus termos vão sendo constituídas e transformadas de acordo com a prática social compartilhada em cada época.

Tal como a língua, o direito é um fato institucional²⁰ cujos conceitos são dados por meio da linguagem entre os sujeitos que o praticam e, dessa forma, os conceitos jurídicos existem e fazem sentido a partir de um campo de significados estabelecidos, compreendidos e utilizados intersubjetivamente. A partir de suas definições (os termos jurídicos), inicia-se um campo do saber e se constrói uma forma de pensar que determina as ações humanas (LOPES, 2004, p. 19-63).

Tomando esse pressuposto, Lopes estuda as alterações no conceito de direito ao longo da modernidade, apontando como cada época organizava seu imaginário e seus termos (*lex, ius*), processando uma mudança não só no plano das idéias, como também nas instituições e na totalidade do mundo jurídico.

Assim, por exemplo, se antes do século XVI, o ponto de partida era organicista e coletivo, um traço da modernidade é que seu princípio informador é o sujeito individual. O discurso jurídico sai de uma concepção de direito natural em que as leis são concebidas como medidas dos atos, regras de ação (*lex*) e o direito (*ius*) é pensado como o justo, cujos

²⁰ Nos dizeres de Lopes (2004, p. 30), fatos institucionais são fatos que se distinguem dos fatos brutos (uma montanha, p.e.), mas que, ainda assim constituem-se de “fatos reais, embora existam apenas na relação dos sujeitos entre si e dos sujeitos com as coisas pela mediação da linguagem. Trata-se, portanto, de fatos que dependem de sentidos (...). Existe apenas como uma prática, e prática segundo regras.”

sentido e finalidade da ação se voltam para o bem comum²¹, para garantir a cada um o que é seu, visando o ideal de igualdade²²; e chega a uma concepção moderna do direito desvinculada da idéia de bem comum e justiça distributiva, erguida em torno da idéia de lei como faculdade e direito como o justo de acordo com essa lei²³. O direito moderno passou a operar a partir da justiça da troca, comutativa (LOPES, 2004, p. 88-92). As questões relativas aos bens públicos e indivisíveis foram deslocadas para o campo da política e do direito administrativo (LOPES, 2004, p. 266).

Dessa forma, enquanto herdeiro direto do pensamento moderno, o sistema jurídico contemporâneo ainda se utiliza de várias molduras modernas para pensar os seus problemas jurídicos. Suas instituições, seus discursos, a sua forma de exercer e garantir o direito ainda estão muito vinculados a uma estrutura individualista de raciocinar o direito.

Isso vem se mostrando um grande problema contemporâneo, pois, com a positivação de direitos sociais em diversas cartas constitucionais ao longo do século XX, houve uma reintrodução das questões distributivas na esfera jurídica.

Os direitos sociais são direitos plurilaterais. Os efeitos da apropriação de seus benefícios não se limitam a duas partes, mas resvalam em toda coletividade, colocando problemas que dizem respeito “à alocação ou apropriação individual de recursos comuns” (LOPES, 2006, p. 122). Assim ocorre, por exemplo, quando um medicamento não previsto na política de saúde é fornecido pelo Estado a um indivíduo, tornando mais escasso o orçamento público da saúde e, conseqüentemente, impossibilitando o investimento em políticas mais universais.

Esses direitos têm natureza prestacional e requerem a implementação de uma política pública para a coletividade de pessoas. Sua realização, dessa forma, demanda a ponderação de distintos interesses ao longo do processo político, definindo-se as prioridades para a coletividade, para que sejam alcançadas as finalidades públicas.

Segundo Lopes (1999, p. 572-573), as cortes brasileiras estão pouco habituadas e aparelhadas para lidar com conflitos distributivos: há pouca liberdade para os juízes

²¹ Nos dizeres de Hespanha (2005, p. 290), “o raciocinar sobre a ordem das coisas dependia da virtude e da bondade, ou seja, a capacidade moral de perceber o sentido da ordem e, por isso, de distinguir o justo do injusto”. Desta forma, o direito medieval visava garantir o justo, conforme a ordem das coisas e esta concepção do direito, dependente da ordem das coisas gerava uma mobilidade tal que não permitia a elaboração de uma ciência do direito baseada em regras fixas. O direito baseava-se em “princípios vagos de que se deve fazer o bem e evitar o mal”.

²² Lopes (2004, p. 91).

²³ Passando pelo pensamento de Luis Molina, Francisco Suárez, Hugo Grócio, Hobbes, Pufendorf, Jean Domat, Christian Wolff, Emmanuel Kant, entre outros, Lopes (2004, p. 88-123) remonta como o discurso jurídico foi se modificando, de forma não linear, no pensamento de cada autor.

negociarem suas decisões, bem como pouco grau de familiaridade com os remédios equitativos, o que leva os juízes a optarem por uma solução tradicional, conforme pressões circunstanciais, sem preocupação em se firmar uma agenda de compromissos.

Pesquisas recentes sobre a justiciabilidade dos direitos sociais confirmam a pouca habilidade de o Judiciário em lidar com conflitos distributivos. Analisado o impacto da atuação do Judiciário na concessão de medicamentos e tratamentos que não estavam previstos em políticas públicas de DST/AIDS, Oliveira et al. (2005) constataram que a natureza coletiva dos conflitos distributivos analisados pelo Judiciário foi desconsiderada, sendo o direito à saúde tratado de forma fragmentada em cada decisão proferida. Verificaram também a inobservância do impacto econômico da decisão judicial na política pública de saúde como um todo.

Por conta disso, Lopes (2004, p. 274) afirma que “a composição entre direitos individuais irrenunciáveis e direitos coletivos a serem exercidos simultaneamente sobre coisas comuns” é um grande desafio contemporâneo.

Como se vê, a “justiça como virtude das medidas e das regras” recoloca-se no direito contemporâneo como um assunto-chave (LOPES, 2004, p. 274). Dessa forma, antes de entrarmos nas discussões sobre a justiciabilidade pretendemos deixar claro nossa concepção sobre a estrutura dos direitos sociais.

1.2. Natureza dos direitos sociais

Conforme acima foi afirmado, direitos sociais são bens coletivos universais de natureza continuativa, prestacional²⁴ e plurilateral, ou seja, a relação que os envolve é duradoura, voltada para o futuro e o seu objeto é (ou está) indivisível.

O direito à saúde, por exemplo, realiza-se por meio de serviço público universal, prestado continuamente à coletividade. Não se esgota com uma só ação e seu uso não é exclusivo para uma só pessoa. Suas estruturas e instalações são coletivas e indivisíveis: não há um hospital todo aparelhado para um só indivíduo. Mas o hospital como todo pode ser desfrutado por ele ou outro cidadão que necessitar de seus benefícios: da prevenção pela vacinação ao uso de um leito hospitalar para uma intervenção cirúrgica.

²⁴ É certo que em certas circunstâncias os direitos sociais também podem ser violados por uma ação do Estado e solicitarem obrigações de não fazer, como pode ser visto no capítulo 3, no item 3.2.2.2, cujo pedido é o não cancelamento de matrículas para assegurar o direito à educação da criança em tela. No entanto, a natureza desses direitos é de cunho prestacional, exigindo ações positivas do Estado.

O caráter plurilateral das relações colocadas pelos direitos sociais implica “dever e direito de solidariedade social” (LOPES, 2006, p. 170-171). Em outras palavras, repartição de ônus e bônus para todos.

Continuando no exemplo da saúde, isso significa que se o hospital investe em um equipamento especializado para determinado tipo de tratamento, todos os cidadãos ganharão como “bônus” uma máquina mais avançada para proteger sua saúde. Contudo, como os recursos não são infinitos, a opção em se investir no maquinário avançado ocasiona, eventualmente, a impossibilidade de se investir em outros tratamentos. Esse é um ônus a ser suportado pela sociedade como um todo.

E é exatamente nesse ponto que a estrutura dos direitos sociais impõe um grande desafio para a ciência jurídica contemporânea. Direitos sociais colocam questões de distribuição – o que se deve a cada um – para serem resolvidas por um julgador que foi capacitado para dizer o certo e o errado em um determinado conflito, mas não o *quantum* devido para cada um dos cidadãos.

A relação dos direitos sociais não é bilateral, entre as duas partes do conflito, mas plurilateral, afetando a sociedade como um todo, não se restringindo àqueles que participam do conflito.

Conforme mencionado, diferentemente dos direitos individuais que se caracterizam como direitos adquiridos, pois se voltam para uma situação passada, e encontram boas soluções nas regras postas, direitos sociais são prestações a serem realizadas no presente ou futuro²⁵ e precisam ser regulamentadas (o quê e como será feito).

Como salienta Lopes (2006), ao contrário dos conflitos individuais, que são comutativos e se resolvem pela troca – uma indenização me é concedida em troca de um dano que sofri – os conflitos distributivos não se resolvem dessa forma. Tais conflitos não se solucionam com uma decisão sobre o que está certo ou o que está errado, mas sim pela ponderação sobre quais serão as prioridades de investimento, para que se alcancem bons resultados para toda a sociedade, diante de um longo processo.

Um dos grandes problemas que hoje enfrentamos é que os conflitos plurilaterais que chegam ao Judiciário são analisados à luz das vontades e dos interesses das partes, como se fossem conflitos bilaterais, e não como bens comuns, como deveriam ser analisados.

²⁵ As críticas ao caráter prestacional dos direitos sociais serão abordadas no próximo capítulo.

Essas constatações sobre a história do pensamento jurídico tornam-se muito pertinentes em um momento em que a doutrina ainda encontra dificuldades para fundamentar a justiciabilidade dos direitos sociais e o próprio Judiciário, como se verá, ressentindo-se por não conseguir lidar, dentro de sua racionalidade, com esses direitos distributivos. Não por outro motivo, afirma Lopes (2004, p. 274): “não deixamos nessa altura da história, de ser modernos: apenas vemos com mais clareza, e de maneira mais exacerbada, as condições que fundaram a modernidade no que diz respeito à nossa forma de vida”.

No capítulo seguinte exporemos de forma mais detalhada as críticas sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, tendo em vista sua natureza diferente em relação aos direitos individuais. Faremos uma sucinta reconstrução dos argumentos utilizados na doutrina sobre a justiciabilidade dos direitos sociais e, em seguida, abordaremos a crítica da capacidade institucional.

CAPÍTULO 2 – PANORAMA CONTEMPORÂNEO DA JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E A CRÍTICA DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Este capítulo tem como objetivo recuperar as principais críticas sobre a justiciabilidade dos direitos sociais presentes na doutrina brasileira, apresentando as argumentações a favor e contra a justiciabilidade. As duas primeiras críticas serão abordadas sucintamente, tratando dos problemas normativos e de legitimidade enfrentados pelos direitos sociais. A terceira crítica será analisada de forma mais minuciosa, visto que são suas hipóteses que serão testadas nesse trabalho, por meio das decisões judiciais.

Esse capítulo se subdivide em três tópicos e dois sub-tópicos: os problemas normativos enfrentados pelos direitos sociais (2.1); a legitimidade do juiz para interferir na discricionariedade do administrador e condená-lo a uma obrigação de fazer ou não fazer (2.2); a crítica da capacidade institucional (2.3); a crítica da capacidade institucional nos EUA (2.3.1); e a crítica da capacidade institucional na doutrina pátria (2.3.2).

2.1. Os problemas enfrentados pelos direitos sociais: a estrutura normativa e a reserva do possível

A natureza dos direitos sociais concentra boa parte das críticas à justiciabilidade desses direitos. Comparados com os direitos individuais²⁶, que são conhecidos como direitos negativos que impõem deveres de abstenção ao Estado, o caráter prestacional ou positivo dos direitos sociais estabelece obrigações de fazer ao Estado e traz inúmeras dificuldades de efetivação pela via do Judiciário. A trajetória de reconhecimento e proteção desses direitos deu-se de forma bem distinta à dos direitos individuais (LUÑO, 1998; COMPARATO, 2001). Se estes foram afirmados em Declarações e cartas constitucionais desde o século XVIII²⁷, aqueles começaram a ser reconhecidos apenas no século XX²⁸.

Os direitos individuais visam à proteção da liberdade individual pela não intervenção do Estado e foram declarados como reflexo da afirmação da burguesia e da

²⁶ Os direitos individuais podem ser identificados, principalmente, no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

²⁷ Declaração de Direitos do povo da Virgínia, 1776 e Declaração Francesa, de 1789 (Luño, 1998, p. 36).

²⁸ Constituição Mexicana de 1917, Constituição Russa de 1918, e a Constituição Alemã de Weimar de 1919 (Luño, 1998, p. 39).

necessidade de limitar os poderes dos governantes. Já os direitos sociais partiram de uma concepção político-ideológica completamente distinta. A afirmação desses direitos surgiu de lutas sociais e movimentos sindicais que reivindicavam a intervenção e proteção do Estado por meio de ações prestacionais com o intuito de universalizar o acesso aos direitos fundamentais e promover a igualdade (SARLET, 2001).

Dessa forma, não só diferenças temporais marcam o reconhecimento e a proteção desses direitos, como também concepções ideológicas acerca do papel do Estado, suas funções e sua relação com os cidadãos (BONAVIDES, 2002).

No âmbito jurídico, o positivismo legalista atendia bem aos interesses liberais, assegurando a manutenção da ordem, do *status quo*, da propriedade e da liberdade. Contudo, as fragilidades da teoria jurídica positivista tornaram-se expostas com a exigência de proteger a igualdade não apenas formalmente, mas também de forma material (BONAVIDES, 2002).

Os direitos sociais foram positivados na forma de princípios genéricos e abstratos, que requerem uma regulamentação por meio de leis para definir as metas e finalidades para sua realização. Tais normas nem sempre estabelecem uma sanção e, nesse ponto, coloca-se uma primeira crítica à justiciabilidade: para o positivismo Kelseniano, a coerção é o elemento caracterizador do direito, que o distingue de outras ordens sociais. Uma norma que constitua um dever jurídico, mas seja destituída de sanção, é uma obrigação natural, ou seja, é uma norma que não pode ser exigida juridicamente e seu conteúdo é irrelevante para o direito (KELSEN, 1979, p. 84).

Nessa perspectiva, a violação de uma propriedade ensejaria um ato coercitivo por parte do Estado. No entanto, a violação da educação infantil não ensejaria reação alguma por parte do Estado, visto que ela seria inexigível, por não ser dotada de sanção específica. Os direitos sociais não seriam direitos propriamente ditos, visto que não são dotados de uma sanção específica no caso de violação.

Uma segunda crítica diz respeito ao caráter genérico e indeterminado das normas de direitos sociais. Essa generalidade e indeterminação não possibilitam determinar a obrigação a que o Estado está sujeito, o que torna essas normas ineficazes até que sejam regulamentadas por uma lei que as especifique. Também conhecidas como normas programáticas, elas não estabelecem deveres, pois não está delimitada a obrigação. Assim, não seria possível exigí-las no Judiciário (FERREIRA FILHO, 1990; MORAES, 2002).

Uma terceira crítica atribui ao caráter prestacional dos direitos sociais a dificuldade de sua implementação por via do Judiciário, pois tais direitos têm um custo de efetivação que demandaria previsibilidade de verbas (BARROSO, 2000). Esse argumento é chamando “reserva do possível” e afirma a possibilidade de inexistirem recursos necessários à satisfação dos direitos sociais reclamados, pois os recursos públicos são bens escassos (AMARAL, 2001).

Diversos são os argumentos utilizados para rebater as críticas apontadas.

Parte da doutrina filia-se em teorias hermenêuticas (BONAVIDES, 2002; COMPARATO, 2001; SARLET, 2001; BARROSO, 2001) para afirmar a justiciabilidade dos direitos sociais. Buscando inspiração na doutrina constitucional germânica²⁹, as teorias hermenêuticas estruturam novas argumentações para respaldar a efetividade dos valores axiológicos proclamados constitucionalmente, particular os direitos sociais. Entre essas teorias, podemos destacar a teoria da força da Constituição, a hermenêutica concretizadora, a unidade da Constituição e a da efetividade dos direitos fundamentais.

Muito em síntese, essas doutrinas afirmam que o positivismo Kelseniano utiliza-se dos métodos de interpretação desenvolvidos por Savigny para o ramo do direito privado e que esses métodos não são adequados para a interpretação dos direitos sociais: a interpretação das normas apenas por meio da subsunção e da conclusão silogística desconsidera a força, o alcance dos valores e princípios que perfazem o conteúdo material da Constituição e a ideologia buscada por um Estado (MÜLLER, 1998).

A técnica concretizadora proposta por Bonavides (2002, p. 595-604), por exemplo, sustenta que a interpretação dos direitos fundamentais, para ser legítima, deve se vincular a uma teoria da Constituição e a uma concepção de Estado e cidadania. Dessa forma, uma compreensão mais profunda do político, do social e da complexa ordem valorativa da Constituição será viabilizada. A hermenêutica da concretização da norma dá ao intérprete certa diligência criativa e complementar, possibilitando que a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do ordenamento seja feita por meio de uma operação valorativa, que foge do esquema formal e abstrato de subsunção. Essa técnica postula também o princípio da unidade da Constituição, que afirma que as prescrições constitucionais formam uma unidade interna e não devem ser interpretadas isoladamente, “em si mesma”.

²⁹ Konrad Hesse (1991), Friedrich Müller (1998), Robert Alexy (1997), entre outros.

Com tais formulações hermenêuticas, esses doutrinadores pretendem afastar os argumentos positivistas que negam juridicidade e efetividade às normas de direitos fundamentais. Afirmam que a juridicidade de uma norma não depende de sanção, mas de sua integração em um ordenamento jurídico válido e eficaz. As normas de direitos sociais ditam comportamentos e impõem limites à autonomia dos sujeitos, motivo pelo qual não há que se negar o caráter imperativo desses direitos, havendo inclusive doutrinas que afirmam que os direitos sociais em casos concretos podem ser exigidos como verdadeiros direitos públicos subjetivos (DUARTE, 2003).

Em relação à segunda crítica normativa, sobre o caráter genérico e indeterminado dos direitos sociais, Silva (2002) contra-argumenta ensinando que há três tipos de normas constitucionais, em relação à sua eficácia: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Normas de eficácia plena seriam as normas auto-aplicáveis, que não precisam de regulamentação infraconstitucional; normas de eficácia contida seriam aquelas normas que têm eficácia plena, mas que podem ser restringidas por legislação infraconstitucional; e as normas de eficácia limitada seriam aquelas que dependem de regulamentação infraconstitucional para produzirem efeitos jurídicos. Elas têm eficácia jurídica, mas sua aplicação fática estaria condicionada à regulamentação infraconstitucional. Assim, as normas de direitos sociais que têm um elevado grau de abstração e não possibilitam a compreensão de seu conteúdo e extensão antes de serem regulamentadas infraconstitucionalmente seriam normas de eficácia limitada, que não podem ser exigidas judicialmente. No entanto, a partir da regulamentação dessas normas, sua eficácia fática seria exigível.

A reserva do possível (terceira crítica) é rebatida com argumentações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e a idéia de mínimo existencial digno. Segundo Gouvêa (2005, p. 373-374), a noção de dignidade humana assume um *status* axiológico superior no ordenamento jurídico e irradia-se em todo o ordenamento, servindo de critério balizador e orientador no caso de conflito de direitos. Os direitos fundamentais, caracterizados por atributos diferenciais³⁰ no ordenamento jurídico, devem ser colocados em situação de prioridade frente a outros direitos. Os direitos econômicos e sociais em sua forma mínima são essenciais para a fruição dos direitos de liberdade e para a manutenção da dignidade humana. Dessa forma, o argumento da reserva do possível deve ser confrontado com o direito ao mínimo existencial segundo o princípio da prioridade,

³⁰ Tais atributos seriam: preexistência à ordem positiva, a inalienabilidade, a possibilidade de auto-aplicação, a eficácia *erga omnes*, o caráter absoluto e a imprescritibilidade (GOUVÊA, 2005, p. 371).

cabendo ao Judiciário avaliar concretamente a situação e ponderar sobre a efetivação da norma de direito social.

No entanto, a linha teórica da nova hermenêutica não é unânime.

Parte da doutrina sustenta a inviabilidade do sincretismo das teorias alemãs adotadas, bem como a inadequação de uma proposta que segue a linha desenvolvida por Müller (L. DA SILVA, 2005). Com base na doutrina de Robert Alexy (1997), L. da Silva (2005, p. 118) propõe uma teoria interpretativa que adote um suporte fático³¹ amplo, em que o âmbito de proteção do direito não é definido a priori, mas ponderado de acordo com a fundamentação constitucional da intervenção que lhe é colocada. Nessa teoria, a verificação de uma restrição a um direito fundamental não leva à sua inconstitucionalidade, sendo necessário um sopesamento para ver que conduta é ou não é adequada.

No caso dos direitos sociais, o conceito sobre o que é protegido e o que é intervenção deve ser modificado, incluindo um direito à realização de ações e à omissão como uma ação insuficiente. Assim, propõe a seguinte fórmula para buscar o tipo dos direitos fundamentais: “(x) (DSx p ¬FC (IEx) ↔ Ox)”, ou seja, “se x fomentar a realização de um direito social e não houver fundamentação para a não realização de x, então x deve ser realizada” (2005, p. 96).

Em relação à eficácia das normas genéricas e indeterminadas, L. da Silva (2005, p. 326-327) também rejeita a teoria de Silva (2002), por problemas terminológico, classificatório e existencial. Na teoria proposta por L. da Silva (2005, p. 290-295), todas as normas constitucionais são restringíveis, não fazendo sentido distingui-las segundo os critérios propostos por Silva (2002)³². A limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas, dependendo de opções político-ideológicas do legislador. Dessa forma, para se garantir um modelo que proteja o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e que seja compatível com os pressupostos da teoria dos princípios é necessário compreender o conteúdo essencial como relativo e não absoluto. Afinal, todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis.

³¹ L. da Silva (2005, p. 80) define o suporte fático como o “tipo” da norma. Sua teoria busca definir o tipo dos direitos fundamentais para garantir a liberdade individual contra o poder estatal.

³² “Se *tudo é restringível* perde sentido qualquer restrição que dependa da aceitação ou da rejeição de restrições a direitos – logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, se *tudo é regulamentável* e, mais do que isso, *depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos*, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos – logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada” (L. DA SILVA, 2005, p. 326-327).

Em que pese o modelo proposto por L. da Silva (2005, p. 334) não aprofundar diretamente o problema da justiciabilidade dos direitos sociais, cria-se um ônus argumentativo maior para o legislador ou ao administrador em situações em que se verifica que uma ação viabilizadora de um direito fundamental não foi realizada e a fundamentação jurídico-constitucional da omissão é infundada. Seu modelo propõe “uma proteção mais eficiente ou com mais transparência no trato dos direitos sociais”.

Por fim, mencionaremos algumas contribuições de Abramovich; Courtis (2002), que vêm sendo cada vez mais utilizadas na doutrina pátria³³ para apontar possibilidades de justiciabilidade dos direitos sociais.

Segundo esses autores, uma primeira hipótese de justiciabilidade se dá em intervenções estatais que violam um direito social. Nesse caso, são cabíveis ações de inconstitucionalidade, de impugnação ou nulidade de atos regulamentares gerais ou particulares, de atos declaratórios e de ações de danos ou prejuízos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002). Já nos casos de omissão de implementação, sustentam que a realização de políticas públicas parciais é discriminatória e gera direitos exigíveis judicialmente, individuais ou individuais homogêneos, no caso de um grupo. E complementam que, se a sentença de um juiz é inexecutável por requerer previsões de verbas, estas podem constituir veículos para canalizar ações dos poderes públicos nas agendas políticas, expressas em termos de direitos obrigatórios e não meramente reclamados.

Abramovich; Courtis (2002, p. 47) salientam também a possibilidade de pressionar os Estados a cumprirem os Tratados Internacionais, recordando os compromissos assumidos. O PIDESC em seu artigo 2.1 “a e b” e o artigo 8º da Declaração Universal de Direitos Humanos estabelecem, por exemplo, a presunção de que a falta de recursos adequados que permitam tornar justiciáveis esses direitos constituem uma violação autônoma do Pacto. Em suma, concluem que, de alguma forma, todos os direitos sociais, econômicos e culturais permitem a exigibilidade judicial em caso de violação.

Em relação ao argumento sobre o caráter prestacional dos direitos sociais, Abramovich; Courtis seguem Holmes e Sunstein (1999) e afirmam que tanto os direitos individuais quanto os direitos coletivos têm um custo para o Estado, de forma que o argumento sobre o caráter prestacional tem fundo ideológico, não sendo suficiente para negar a justiciabilidade desses direitos:

A estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado: obrigação de

³³ Cf. Lopes (2006); Sarlet (2001); diversos artigos em Sarlet; Timm orgs (2008), entre outros.

abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com intuito de garantir o gozo da autonomia individual e impedir sua violação por outros particulares. Dada a coincidência histórica das funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a “naturalizar” essa atividade estatal, e a pôr ênfase sobre os limites de sua atuação. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 24, tradução nossa)³⁴.

Enfim, essa discussão normativa não é colocada de forma isolada. Há também intenso debate doutrinário sobre o alcance da justiciabilidade dos direitos sociais contraposta ao princípio da separação de poderes e aos limites da discricionariedade do Executivo para determinar, segundo sua conveniência e oportunidade, o melhor emprego do erário público em suas políticas sociais (SARLET; TIMM, ORG. (2008); GOUVÊA (2005); L. SILVA (2005); ABRAMOVICH; COURTIS (2002); BONAVIDES, 2002; SILVA (2002); SARLET (2001); AMARAL (2001); COMPARATO (1998), entre outros). Essa questão será abordada no próximo tópico.

2.2. A questão da legitimidade e da discricionariedade

A legitimidade do Poder Judiciário para rever os atos da Administração Pública (e seu limite de discricionariedade) e condená-la a obrigações de fazer, redefinido as prioridades de investimento definidas pelos representantes eleitos pela população é outra crítica muito freqüente na doutrina pátria.

O tradicional Estado de Direito criado a partir de ideais liberais estruturou-se em três pontos: a supremacia da lei, a separação dos poderes e a afirmação de direitos fundamentais individuais. Nessa concepção, as definições sobre alocações de recursos públicos são feitas pelos Poderes Executivo e Legislativo que, eleitos por voto popular, são legitimados a elaborar o orçamento público.

Assim, em síntese, a discussão, proposição e decisão sobre as políticas públicas de cada área são feitas por meio de complexo processo conduzido pelo Legislativo e Executivo do ente federativo responsável. No caso de um Município, durante o processo de planejamento orçamentário as Prefeituras contam com informações precisas e

³⁴ “La estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a ‘naturalizar’ esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación”. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p.24).

sistematizadas sobre as diferenças de rendas e riquezas em cada área da cidade, bem como sobre os recursos técnicos e financeiros disponíveis para a realização das políticas pretendidas (TEIXEIRA ET AL., 2004).

O projeto da Lei Orçamentária Anual (LOA) é elaborado comparando a urgência e a relevância de cada obra ou serviço proposto, avaliando a cidade e o orçamento como um todo. Após a conclusão, o projeto da LOA é encaminhado para a Câmara Municipal. Nesse recinto, após intensos debates provocados por disputas de grupos de interesses, que muitas vezes têm opiniões muito divergentes sobre o que priorizar³⁵, a LOA é aprovada definindo quais serão as prioridades de investimento da Administração local (TEIXEIRA ET AL., 2004).

No contexto do Estado de Direito, a função tradicional do Poder Judiciário era processar e julgar crimes e litígios para guardar e proteger a ordem e os direitos fundamentais individuais. Qualquer tipo de intervenção do Judiciário nos demais Poderes era vista como uma afronta, algo veementemente repudiado dentro de um ideal criado no bojo do liberalismo, visando à abstenção do Estado perante seus indivíduos. Contudo, como salienta Ferraz, a Constituição de 1988 foi criada sob um hibridismo ideológico e institucional extremamente complexo e problemático para a operacionalização do Direito: se o Estado de Direito pressupõe um

modelo de Estado que em relação à liberdade dos cidadãos deixa valer o *status quo*. Já as garantias exigidas do Estado Social pressupõem um Estado politicamente ativo que desempenha funções distributivas, que em última análise desconhece o dualismo entre Estado e sociedade. (FERRAZ, 1996, p.45).

Assim, frente às amplas necessidades sociais e aos escassos recursos públicos, o Judiciário passou a assumir uma nova posição no contexto contemporâneo, sendo convocado a exercer maior controle sobre os direitos e a fiscalizar sua implementação, culminando na flexibilização da regra da maioria (que legitima os representantes populares a escolherem as prioridades de gastos públicos em nome dos governados).

Sem ignorar a importância que a regra da maioria assume no contexto de um Estado Democrático de Direito, a doutrina jurídica contemporânea desenvolveu diversos argumentos em prol da flexibilização do princípio da separação dos poderes, admitindo

³⁵ Investir em infra-estrutura ou em políticas sociais? Em lazer, em cultura, ou em investimentos estratégicos para o conjunto da cidade? É importante observar que a discussão da LOA leva em consideração não só um jogo de disputas de interesses, mas também um planejamento global da cidade, incluindo políticas governamentais de emprego e renda, habitação, saneamento básico, ambiental, educação, saúde, cultura, lazer, entre tantos outros planejamentos de longo e de curto prazo, o que permite um planejamento racional das atividades do Estado (TEIXEIRA ET AL., 2004).

certo controle de atos dos Poderes Executivo e Legislativo exercido pelo Poder Judiciário (CAMPILONGO, 1991; CAPPELLETTI, 1999).

Um primeiro argumento questiona a efetividade da “técnica da regra democrática da maioria” como instrumento legitimador dos representantes eleitos, afinal, “como justificar, racionalmente, que 51% dos eleitores apáticos ou insensíveis a determinada demanda bloqueiem a vontade minoritária de 49% do colégio eleitoral”? (CAMPILONGO, 1991, p. 31). Em eleições com mais de dois candidatos a regra da maioria pode se transformar num instrumento contraditório, nem sempre expressando as expectativas da maioria (CAMPILONGO, 1991, p. 32). Além disso, as decisões políticas não são impermeáveis às influências dos grupos de interesse que têm acesso aos vários órgãos do poder político (CAPPELLETTI, 1999, p. 96). Desse modo, as decisões do Executivo e Legislativo nem sempre refletem o sentimento da maioria, dada a influência de grupos como, por exemplo, as grandes centrais sindicais e os grupos de grande porte econômico, que impulsionam ou impedem políticas públicas que afetem os seus interesses (CAMPILONGO, 1991, p. 37).

Outro argumento nesse sentido é que a noção de democracia não se reporta somente às decisões da maioria, mas também à noção de “participação, tolerância e liberdade” (CAPPELLETTI, 1999, p. 107)³⁶. Dessa forma, a corte de justiça pode funcionar favoravelmente ao acesso e proteção a grupos minoritários ou com pouca influência na política, mostrando-se, em algumas circunstâncias,

como a instituição mais apta para decidir sobre o interesse público em determinadas situações, notadamente naquelas nas quais, por falha de outros processos decisórios envolvidos, ocorra uma descon sideração daqueles parâmetros básicos de sua formação. (SALLES, 2003, p. 70).

Nesse entendimento, Vianna (2003, p. 372) afirma que a representação democrática na estrutura política contemporânea não se dá apenas pela regra da maioria manifesta na cidadania política, mas também pela cidadania social que “dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação civil pública”.

Salles (2003, p. 214- 215) sustenta a “coordenação entre poderes autônomos do Estado” e admite uma interpretação mais flexível do princípio da separação dos poderes, sem desconsiderar que o Legislativo e o Executivo são os principais foros de discussão dos interesses públicos. Veríssimo (2006a, p. 379) complementa essa afirmação e sustenta que

³⁶Conferir também Campilongo (1991); Freire Júnior (2005); Gouvêa (2005) etc.

a separação de poderes só faz sentido “se encarado em uma dimensão orgânico-funcional, se compreendido como regra de moderação, racionalização e limitação do poder”.

Um terceiro argumento sustenta que a apreciação judiciária da norma é manifesta em sentenças públicas e devidamente justificadas, o que possibilita decisões não arbitrárias e permite uma fiscalização contínua do público sobre o trabalho dos magistrados (CAPPELLETTI, 1999, p. 99).

Se, em termos normativos, a Constituição Federal de 1988 traz outras normas³⁷ que possibilitam questionar a flexibilização do princípio da separação dos poderes no intuito de proteger os direitos nela resguardados, em termos políticos e jurídicos há intensa discussão sobre a legitimidade e o limite de apreciação do Juiz em um caso concreto, conforme se verifica em Mendes (2008); Di Pietro (2007); Nohara (2006); Veríssimo (2006; 2006a); Gouvêa, (2005); Marques Neto (2003); Salles (2003); Vianna (2003); Cappelletti (1999); França, (1998); Campilongo (1991).

Conforme esclarecem Di Pietro (2003) e Marques Neto (2003), a apreciação e controle de atos administrativos pelo Judiciário ainda encontra muita resistência em sede desse próprio Poder, afinal, o juízo político não é próprio do Judiciário. Diante de princípios abstratos de direitos sociais ou de conceitos jurídicos indeterminados ínsitos em suas normas, é a Administração Pública quem possui melhores condições de avaliar quais são as prioridades de investimento. Essas críticas sobre a legitimidade e discricionariedade são feitas conjuntamente com as críticas descritas no tópico acima, sobre o caráter prestacional dos direitos sociais, para afastar a apreciação judicial.

No entanto, essa afirmação dita de forma generalizada não nos auxilia muito a compreender como a doutrina se posiciona. Para tanto, iremos aprofundar um pouco mais nesse debate.

Não são poucos os autores que reconhecem que o Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição Federal de 1988 impõe uma reformulação do princípio da legalidade, incorporando conteúdos axiológicos constitucionais em sua interpretação (DI PIETRO, 2007; MARQUES NETO, 2003). Alguns, inclusive, apóiam-se nas teorias hermenêuticas acima mencionadas para a devida compreensão desse princípio da legalidade (FRANÇA, 1998; GOUVÊA, 2005; NOHARA, 2006).

³⁷ Artigos 5º, inciso XXXV e 102, por exemplo.

Se a apreciação dos atos administrativos³⁸ antes recaía fundamentalmente sobre os vícios formais, hoje a doutrina tende a admitir a análise da finalidade do mérito do ato administrativo³⁹. No entanto, o exame do mérito do ato administrativo é um ponto muito polêmico na doutrina. Se para Cretella Júnior (1998, p. 73) o exame do mérito está proibido ao Poder Judiciário, vez que esse é um campo de competência do Poder Executivo, pois “o mérito traduz o entendimento da noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade-conveniência”, para Veríssimo (2006a, p. 408) não é factível que a tarefa de delimitação do controle judicial sobre atos administrativos se restrinja a critérios formais, visto que a pretensa objetividade e segurança obtidas na exclusão de apreciação sobre o mérito do ato administrativo não se sustentam, tendo em vista a ampliação do conceito de legalidade e da regulamentação jurídica da atividade administrativa. Dessa forma, “o direito não se contenta mais em delimitar formas na atuação administrativa; preocupa-se em sua substância, inclusive no que respeita à própria opção administrativa na maioria dos casos”⁴⁰.

Di Pietro (2007, p. 234) afirma que os princípios gerais do direito assim como os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público foram acolhidos implícita ou explicitamente pela Constituição, de forma que o Judiciário estaria autorizado a ir além do exame puramente formal da lei e confrontar o ato administrativo com os valores consagrados na Constituição.

Também nessa linha, França (1998, p. 123) argumenta que

O Poder Judiciário não está restrito à apreciação da legalidade exterior do ato administrativo. Também pode investigar os aspectos não vinculados do ato administrativo, a fim de assegurar, tão somente, que o administrador ateu-se ao espaço que lhe cabia na formação e concretização do ato administrativo. Constatado o vício, não há outra saída senão invalidá-lo. Se isso ocorre, há o fenômeno da discricionariedade administrativa inválida. Antes de tudo, o poder discricionário constitui um dever.

Gouvêa (2005) faz uso do princípio da moralidade e a teoria da boa administração para analisar o mérito administrativo e propõe a utilização da nova hermenêutica para dar efetividade aos direitos fundamentais. Avaliando a discricionariedade administrativa nos direitos sociais, especialmente quando se está diante do argumento da reserva do possível,

³⁸ Apesar das divergências doutrinárias, em geral se considera que o ato administrativo é formado por 5 elementos: competência, motivo, objeto, forma e finalidade (Di Pietro 2007; França 1998; Gouvêa, 2005).

³⁹ A Lei da Ação Popular 4717 prevê expressamente a “possibilidade de anulação de atos normativos por vício de finalidade, inexistência de motivo ou desvio de finalidade, elementos que levam, necessariamente, à apreciação da margem de discricionariedade”. (MARQUES NETO, 2003, p. 195).

⁴⁰ No entanto, Veríssimo deixa claro em seu texto que, por vezes, a Corte não é a melhor instância para determinar a melhor e mais adequada decisão para o caso concreto.

Gouvêa (2005, p. 371-373) afirma o direito prestacional ao mínimo existencial ponderado à luz do conceito de dignidade humana⁴¹ e do predicado de prioridade.

Assim,

quando a Administração deixa de realizar determinado direito, mas efetiva outras prestações, torna-se possível cotejar estas alocações de recursos, de modo a aferir se há título de prioridade em favor da prestação que se deixou de realizar. (...) Não seria absurdo, outrossim que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvesse observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo pudessem ser canalizados para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada. (Gouvêa, 2005, p. 373-374).

Para Fontes (2005, p. 483), o fato de as obrigações impostas ao Estado implicar despesas não pode constituir um critério para afastar a apreciação judicial, pois é uma conseqüência da maior parte das decisões judiciais. Assim, nas situações que impõem obrigações de fazer Fontes (2005, p. 484) assevera que a discricionariedade existente na norma restringe-se à situação concreta, o que possibilitaria sua avaliação: “[é] assim que a realização de obras de reparação numa escola, cujo estado de precariedade ameaça a vida dos estudantes, pode constituir, no leque de competências e possibilidades de que dispõe a Administração, a única medida conforme ao interesse público”.

Já em relação aos conflitos entre as necessidades sociais, para que o conceito de redução da discricionariedade continue operacional, Fontes (2005, p. 484) sugere que o juiz deverá considerar de “maneira bastante objetiva o interesse público eventualmente existente na providência solicitada” e apreciar a omissão da Administração segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No entanto, reconhece que a questão torna-se um pouco mais complicada, tendo em vista a reserva do possível e o conflito entre situações emergenciais, como, por exemplo, o conflito entre a reforma no prédio escolar e melhorias realizadas em um hospital público com a compra de ambulâncias.

Para Freire Júnior (2005, p. 70-71), na ausência total de qualquer política pública não há que se falar em discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição, sendo este um caso de arbitrariedade que pode e deve ser corrigido. Em caso de omissão parcial, assevera que o Estado não pode escolher quem serão os destinatários de políticas

⁴¹ Seguindo Ingo Sarlet, Gouvêa (2005, p. 369-370) afirma que, apesar de vago, o conceito de dignidade foi assimilando conteúdos ao longo do tempo, o que permite algum delineamento mínimo sobre o conceito, como, por exemplo, a proibição de pena de morte, de tortura, ou a noção de mínimo digno, que seria “as condições necessárias para que o indivíduo possua efetiva autonomia interior”.

públicas. Elas são universais e devem ter abrangência global. Dessa forma, o Juiz está legitimado a agir para garantir a efetividade dos preceitos constitucionais.

Sobre o argumento da reserva do possível (que impediria na prática a efetivação dos princípios constitucionais), assinala que as alegações genéricas sobre a falta de recurso não devem prosperar, devendo ser demonstrada a escassez de recursos e os motivos que levaram a ela. Se houver urgência, nada impede que o magistrado determine a inclusão de verba específica no orçamento para o ano seguinte. E, ainda que não haja recursos suficientes para cumprir integralmente a política, é possível que se inicie a concretização do direito fundamental e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos, sustenta Freire Júnior (2005, p. 74-76).

As doutrinas expostas nos permitem afirmar que o debate sobre a justiciabilidade ainda tem grandes desafios. Se por um lado apresentam novos argumentos e estratégias para viabilizar a justiciabilidade, por outro lado é possível constatar que a força retórica da argumentação ainda encontra sérios problemas diante da ordem fática.

Em que pese reconhecermos que os direitos individuais também apresentam um custo e que os direitos sociais, por vezes, impõem uma abstenção, como argumentam Abramovich; Courtis (2002), os direitos sociais são direitos de natureza distributiva. Seu escopo é a realização da igualdade material e os custos de efetivação desses direitos, em nosso ponto de vista, não são iguais aos custos de realização dos direitos individuais, pois o consumo de recursos é inerente a tais direitos, como bem demonstra Amaral (2001, p. 80-85).

No caso do direito à educação (artigos 205 a 214 da Constituição Federal de 1988), por exemplo, há uma previsão de como esse direito será realizado e garantido pelo Estado, quais são os seus princípios, de quem é a competência e como se dá seu financiamento. O conteúdo genérico e abstrato de suas normas nos permite afirmar que há deveres a serem realizados pelo Poder Público. Contudo nem sempre é possível, com base apenas nessas normas, delimitar o *quantum* devido a cada um e exigir individualmente uma prestação do Poder Público. Assim, em que medida é possível pedir acesso a vagas no Judiciário? Mandar construir escolas e contratar professores? E a qualidade de ensino, qual o parâmetro a ser utilizado e exigido?

Os persuasivos argumentos das teorias hermenêuticas que tratam da força normativa dos princípios e da prioridade dos direitos fundamentais por vezes ocultam dificuldades nas propostas colocadas. Afinal, como pode um juiz realizar a proposta de

Gouvêa e avaliar a prioridade dos direitos sociais sem conhecer o orçamento e as políticas públicas planejadas como um todo? Talvez pareça estranho indagarmos sobre a prioridade entre construir um estádio de futebol ou ampliar o número de creches de determinada cidade. Não só pelo fato de a Constituição Federal ter priorizado o direito educacional frente ao direito ao lazer, como também por uma questão de gênero, pois a creche permite que as mulheres com filhos pequenos, que não têm com quem deixá-los, saiam em busca de emprego. Contudo, pode-se estar diante de uma situação em que a construção de estádio ampliará a oportunidade de emprego e a economia de determinada cidade, assim como a arrecadação da própria Prefeitura, viabilizando, no futuro, um maior aporte financeiro para investimentos em políticas sociais na referida cidade.

Por outro lado, como viabilizar em tempo hábil a invalidação de um ato administrativo e o remanejamento de recursos públicos para serem aplicados em direitos sociais de forma adequada? Tendo em vista que os direitos sociais, em geral, têm cunho prestacional e, por vezes, demandam rápida atuação do Poder Público para garantir sua efetividade⁴², é possível constatar certas dificuldades de a proposta mencionada ocorrer durante o ano, depois de aprovada a LOA e definidos os recursos orçamentários.

Em relação à proposta de Fontes, um problema semelhante pode ser apontado: quando se pleiteia direito à educação no Judiciário o contra-argumento não menciona um gasto feito na saúde, mas avalia os gastos dentro da própria verba reservada à educação. Dessa forma, como fazer a ponderação de “maneira bastante objetiva” sobre o interesse público solicitado quando não se tem a totalidade das informações? Ainda que pudéssemos questionar comparativamente a aplicação de verbas em um e outro setor, não seria surpreendente se constatássemos, ao final, que a situação fática demanda uma escolha trágica entre duas prioridades igualmente urgentes. Fato é que, quando estamos diante de múltiplos interesses públicos envolvidos, torna-se muito complicado aceitarmos uma intervenção do Judiciário nos moldes em que hoje é feito.

Mesmo entre os autores que seguem as teorias hermenêuticas em prol da implementação dos direitos sociais, os limites do controle do Judiciário não é um ponto pacífico. Gouvêa (2005), refutando a proposta de Freire Júnior (2005) sobre a ausência total de políticas públicas em determinada área, sustenta que em casos de indefinição da amplitude do direito social, sem um esclarecimento mais preciso sobre como deve ser

⁴² Se pensarmos, por exemplo, em um doente que precisa de um medicamento ou de um grupo de crianças que necessitam de um professor substituto em determinada disciplina.

efetivado um direito, seria irreal aceitarmos que à Administração incumbiria prover todos os reclamos referentes àquele direito, tendo em vista a universalidade de acesso⁴³.

Em pesquisa recente sobre a justiciabilidade do direito à saúde, Terrazas (2008) demonstrou que, em certas situações, a justiciabilidade dos direitos sociais acaba contribuindo para um o acesso desigual aos bens públicos, deslocando recursos de políticas públicas universais para a satisfação de alguns poucos interesses individuais. Isso nos faz questionar a própria legitimidade da realocação de recursos feita pelo Judiciário.

Em que pese o Judiciário ser o autêntico intérprete da lei legitimado a decidir a adequada solução ao caso concreto, por vezes essa instituição tem dificuldades em substituir a sua decisão à da Administração. Os limites abarcados em uma ação judicial (para sua viabilidade) colocam determinados recortes que não demonstram e não permitem ao juiz sopesar todos os fatores que estão envolvidos nas discussões dos aportes pecuniários em determinadas políticas públicas. Em diversos casos essa instituição carece de capacidade para exercer a função de determinar a melhor e mais adequada decisão para o caso concreto (VERÍSSIMO, 2006a).

E é exatamente nesse ponto que se coloca a crítica da capacidade institucional, questionando os limites e as possibilidades de o Judiciário dar uma resposta satisfatória aos conflitos distributivos, especialmente quando impõem obrigações de fazer.

2.3. A crítica da capacidade institucional

Antes de entrarmos no debate pátrio sobre a capacidade institucional, faremos uma breve recapitulação sobre como essa crítica é abordada por alguns autores norte-americanos, no intuito de aproveitar o conhecimento lá produzido desde a década de 50 e averiguar em que medida isso nos auxilia a pensar em possibilidades, limites e aprimoramentos da justiciabilidade no sistema pátrio.

Em que pese não ignorarmos as grandes diferenças históricas e operacionais que separam o sistema jurídico brasileiro do norte-americano, acreditamos serem válidas as comparações, vez que a discussão que nos interessa – o Judiciário atuando em questões de natureza política – aborda problemas muito semelhantes em ambos os sistemas: a legitimidade dos julgadores, as dificuldades de avaliar e efetivar as decisões (por questões

⁴³ O exemplo citado por Gouvêa foi o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que define a saúde como direito, mas não define como ele será cumprido. Nesse caso, é imprescindível o delineamento de políticas públicas para delimitar como o direito será exercido.

orçamentárias e executivas), entre outras. Assim, apresentaremos as críticas dos autores à justiciabilidade e, na medida em que se fizer necessário, faremos ressalvas das diferenças entre o sistema norte-americano e o brasileiro.

Uma questão histórica relevante sobre o sistema da *common law* dos Estados Unidos é relatada por Hazard; Taruffo (2006): o sistema processual americano herdou, em seus primórdios, a estrutura das cortes de *common law* inglesa, com a conseqüente separação entre os procedimentos de *common law* e os procedimentos de *equity*. As cortes conhecidas como *common law* cuidavam de casos que envolviam o uso de violência. Já a corte de *equity* apreciava casos que não eram tratados nas cortes da *common law*, como por exemplo, os casos de fraude ou de violação à boa-fé.

Em apertada síntese, é possível afirmar que as diferenças entre a *common law* e a *equity* eram tanto de ordem processual como principiológica. A *common law* tinha como traços característicos o uso de *writs* (uma ordem, um mandado a ser cumprido, cuja competência estava diretamente ligada ao ilícito afirmado); do *adversary system* (momento em que as partes colocavam suas pretensões e defesas) e o uso de jurados para decidir as questões de fato em seu sistema processual. Já a *equity* era um procedimento de caráter mais investigativo, no qual o juiz dirigia o processo, definia as questões e os meios de prova. Nesse procedimento, não havia jurado para decidir as questões de fato, que em geral eram definidas pelo *discovery procedure*, em que se expunham documentos e testemunhos. O juiz dispunha de amplos poderes discricionários para definir os limites da *common law* e para tomar uma decisão, sem estar estritamente vinculado à *common law* e seus procedimentos. A decisão vinha na forma de uma *injunction*⁴⁴ e era garantida pela *contempt of court*⁴⁵.

Esses sistemas processuais diferenciados duraram até metade do século XX, em nível estadual e federal do sistema norte americano. No começo do século XIX, iniciou-se um movimento de reforma para simplificar o sistema processual, o *code pleading*. Esse sistema aboliu a distinção entre tribunais de *law* e *equity*, com exceção do uso de jurados, e simplificou a formulação dos pedidos, unificando-os, não sendo mais necessário fazer um pedido no tribunal da *common law* e outro no da *equity*; além disso, passou a se admitir

⁴⁴ Segundo notas do tradutor em Fiss (2004, p.27): “O termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a, *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente tal medida possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros”.

⁴⁵ É um tipo de sanção que pode ser civil ou penal (dependendo de como o réu é enquadrado pelo juiz), condenando o responsável à detenção ou a uma sanção pecuniária, até que cumpra a decisão judicial (HAZARD; TARUFFO, 2006, p. 228).

testemunho das partes no tribunal da *common law* e o procedimento da *discovery*, dentro de certos limites. No entanto, o *code pleading* também não resolveu de forma satisfatória diversas questões. Assim, em 1938 as cortes federais adotaram novas regras: as *Federal Rules of Civil Procedure*. Essa regulamentação acolheu de forma mais ampla os princípios da *equity*, tornou mais flexíveis as regras dos *code pleadings* e regulamentou o procedimento da *class action*. Após a reforma Federal, diversos Estados reformaram seus códigos processuais adaptando-os às regras processuais federais. Essas regras estão vigentes até hoje (HAZARD; TARUFFO, 2006, p. 22-41).

Essa observação histórica é relevante na medida em que muitos dos procedimentos adotados nos processos plurilaterais são heranças do sistema da *equity*, o que garantiu aos juízes americanos instrumentos mais apropriados para atuar nesses processos. Como será visto, as cortes brasileiras não atribuem tanta discricionariedade e flexibilidade de atuação aos juízes como no caso americano, em que o juiz pode contar com *special master*⁴⁶ para levantar mais informações sobre o litígio. Isso, talvez, coloque desafios ainda maiores à justiciabilidade dos direitos sociais em nosso sistema pátrio.

Em relação ao modelo de justiça brasileiro, uma característica relevante é que temos um sistema de controle de constitucionalidade difuso, como nos moldes americanos, mas sem a vinculação à regra do precedente e à jurisdição discricionária (*writ of certiorari* e a advocatória). Esses dois instrumentos possibilitam que o controle de constitucionalidade difuso funcione com relativa harmonia no sistema americano: (i) o precedente limita o poder decisório do juiz das cortes inferiores, cuja função é aplicar a lei, conforme a interpretação dada pelo tribunal superior. O sentido da Constituição não é fixado pelo juiz singular ou um tribunal local, mas pelo tribunal supremo (Lopes, 2006, p. 24); e (ii) já a jurisdição discricionária é uma forma do tribunal supremo intervir em um debate para decidir um conflito político-jurídico nacional e orientar as cortes inferiores na aplicação das normas em casos semelhantes, o que garante um entendimento unificado do Judiciário sobre determinada questão (LOPES, 2006, p. 25-26).

Diferentemente das cortes americanas, o juiz brasileiro de primeira instância faz apreciações e interpretações de constitucionalidade nos casos concretos, o que possibilita interpretações diversificadas sobre o sentido e a compreensão de um mesmo direito ou regra.

⁴⁶ Segundo notas do tradutor em Fiss (2004, p. 62): “No processo norte americano o *special master* é designado como representante da corte para a prática de alguns atos ou transações específicas cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, às vezes com grande autonomia”.

O controle concentrado⁴⁷ também foi adotado pela Constituição Federal de 1988 e possibilita que o Supremo Tribunal Federal atue diretamente em ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental argüidas pelos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal, pacificando o entendimento sobre determinado conflito suscitado.

Recentemente, foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante⁴⁸, que possibilita que determinados entendimentos apreciados pelo Supremo sejam aplicados diretamente pelas cortes inferiores, sem que estas façam interpretação da lei. Em que pese tais instrumentos auxiliarem na pacificação de um entendimento, estes não têm a mesma função que os precedentes e a jurisdição discricionária das cortes americanas. Até que determinada matéria seja apreciada ou regulamentada por esses mecanismos, a celeuma interpretativa sobre os princípios constitucionais continua em aberto.

2.3.1. A crítica da capacidade institucional nos EUA

A crítica da capacidade institucional analisa as características típicas do modelo de adjudicação adotado pelo Poder Judiciário e as possibilidades dos conflitos considerados como plurilaterais serem solucionados por essa instituição.

O debate norte-americano sobre a justiciabilidade tornou-se particularmente aceso a partir do caso *Brown versus Board of Education of Topeka et all* iniciado durante a corte Warren, em 1954, produzindo vasto debate sobre as intervenções do Judiciário em decisões tipicamente políticas⁴⁹. Na sociedade norte-americana a discriminação dos negros era institucionalizada por meio de leis que afirmavam a política do “separados, porém iguais” e segregavam negros e brancos em diversos ambientes públicos. A política segregacionista foi, então, questionada em diversos processos na Carolina do Sul, Virgínia, Delaware e no Distrito de Columbia, levando o caso à suprema corte norte americana para examinar a inconstitucionalidade da segregação vigente nas escolas públicas. A decisão da Suprema

⁴⁷ A adoção de métodos de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil iniciou-se na Constituição de 1934, com a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (SILVA, 2000).

⁴⁸ EC n. 45/04, prevê, em seu art. 103-A: “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

⁴⁹ Cf. *Brown V. Board of Education The Supreme Court Decision that Changed a Nation*, Disponível em: <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0999/ijdp/pitts.htm>, acessado no dia 23/09/2008.

Corte declarou que as escolas segregadas eram inconstitucionais e destacou que os estabelecimentos de ensino segregados eram inerentemente desiguais, privando os autores da ação e os indivíduos que se encontravam nessa situação da igual proteção das leis, garantida pela Décima-Quarta Emenda.

Esse e outros casos (a questão do aborto, dos hospitais, hospícios, da situação das prisões etc) produziram extenso debate sobre a capacidade de o Judiciário interferir em decisões políticas e impor ações ao Executivo e ao Legislativo.

Nesse tópico selecionamos quatro autores para abordar a crítica norte-americana. Pela tradição e relevância, apresentaremos as críticas de Lon Fuller (1978-1979)⁵⁰, Abram Chayes (1976), Owen Fiss (2004) e Gerald Rosenberg (1993) para delinear como se coloca esse debate. Apesar das divergências, tais autores têm em comum a concepção sobre estrutura dos conflitos plurilaterais e seu impacto no sistema judicial: claramente, não se tratam de demandas de interesses voltados a proteger o *status quo*, mas de direitos que postulam uma reforma social.

No intuito de compreender os limites e funções⁵¹ do modelo de adjudicação, Fuller (1978, p. 368) constata uma forma muito peculiar dessa organização social: em busca de uma decisão favorável, as partes apresentam provas e argumentos racionais ao juiz para que este chegue a uma decisão sobre o conflito. Essa forma de decidir é institucionalmente correspondente a uma decisão racional, por ser pautada em princípios. É próprio de sua função dar uma resposta às questões colocadas por direitos reclamados e acusações de culpa.

Para que o processo adjudicatório seja bem desenvolvido é fundamental a presença de advogados. São eles quem garante a imparcialidade dos juízes, apresentando os fatos, sua fundamentação e os submetendo ao teste da razão durante uma audiência (FULLER, 1978, p. 387). As provas e os argumentos endereçados ao árbitro limitam a participação dos litigantes em um processo e definem o que foi reclamado pelas partes, possibilitando que a decisão judicial restrinja-se a dar uma resposta ao conflito nos limites em que foi colocado.

⁵⁰ Em que pese ter sido publicado em 1978, o texto de Fuller foi escrito em 1957. Esse texto foi utilizado em aulas do Prof. Fuller na *Harvard Law School* e na *Association of American Law Schools* e foi revisado em 1959 e refinado em 1961.

⁵¹ Fuller (1978) questiona, por exemplo, quais são as tarefas de uma corte, no que ela se diferencia de uma tarefa de execução e planejamento? O que está tacitamente assumido quando dizemos que determinada tarefa é inerente ao Legislativo e não ao judiciário? Quais são os limites de uma ação judicial? E sobre a forma, indaga como uma adjudicação deve ser conduzida e organizada, quais são seus usos próprios, seus limites e suas possíveis variações.

Em relação aos conflitos plurilaterais, denominados policêntricos pelo autor, Fuller (1978) sustenta que estes, em geral, são difíceis de serem acomodados ao modelo de adjudicação. Nos conflitos policêntricos, cada pedaço do todo é um centro distinto distribuidor de tensões que afeta muitas partes e envolve diversos afazeres. Exemplificando, Fuller (1978) questiona: como coordenar o aumento de preços e salários por meio de decisão judicial? Como definir qual a melhor função de cada jogador em um time de *baseball* por meio da justiça? Como dividir uma herança de obras de arte entre dois museus por meio da adjudicação? Dificilmente esses problemas encontram na decisão racional uma solução adequada para o conflito colocado.

Por meio desses e outros exemplos Fuller (1978, p. 394) demonstra como é dificultoso às cortes solucionarem problemas de alocação em que uma decisão tem repercussões amplas e intermináveis. Nem sempre os interessados participam do litígio e, por vezes, o problema exige uma complexidade de ações a serem tomadas que o Judiciário não consegue solucionar por meio de uma decisão racional. Além disso, as decisões das cortes são muito lentas para acompanhar o dinamismo necessário de alguns problemas policêntricos.

Para Fuller (1978), o direito de participação individual no processo é uma idéia central da adjudicação, que legitima essa forma de estrutura decisória. Esse modelo confere às partes afetadas uma meio peculiar de participação na decisão, através da apresentação de provas e argumentos racionais por uma decisão em seu favor.

Algumas relações humanas não dispõem de características adequadas para um processo de decisão que é institucionalmente previsto para atuar na base do argumento racional. A criação de novos mecanismos ou diretrizes, não é função das cortes e essas tarefas são totalmente impróprias para o Judiciário.

Não que os problemas policêntricos não possam ser avaliados pelo modelo adjudicatório. Pelo contrário, em quase todas as ações submetidas à adjudicação há alguns problemas desse tipo. No entanto, a questão central é saber quando os elementos policêntricos tornam-se significativamente predominantes, a ponto de ultrapassar os próprios limites desse modelo de decisão. Nesses casos, Fuller (1978) sugere uma resolução por meios administrativos, pois eles permitem melhor acomodação dos diversos interesses envolvidos.

Por fim, Fuller (1978) salienta que quando se tenta resolver por adjudicação um problema predominantemente policêntrico podem ocorrer três soluções: i) a decisão por

adjudicação proposta pode falhar; ii) o juiz responsável ignora o caráter jurídico do conflito e busca outras formas de soluções, por conferências, consulta de partes não representadas etc; ou iii) o juiz reformula o problema, reduzindo-o e o tornando resolúvel por procedimentos judiciais. Em síntese, questões plurilaterais nem sempre serão devidamente acomodadas nos modelos de adjudicação e esse é um limite que deve ser observado.

Por meio da apreciação histórica sobre os conflitos plurilaterais (chamados de “litígio de direito público”), Abram Chayes (1976, p. 1284) afirma que a concepção tradicional de adjudicação e os pressupostos sobre os quais ela se baseia não mais nos auxiliam a compreender a funcionalidade e a legitimidade do papel do juiz e da corte nos litígios de direito público. Seu propósito é descrever as características desse novo modelo e sugerir suas conseqüências para o posicionamento do direito e das cortes no sistema político e jurídico americano.

No modelo tradicional, a adjudicação é uma disputa privada entre as partes, sobre direitos individuais⁵². As características que definem essa concepção são: (i) o processo é bipolar e decidido na base do “tudo ou nada”; (ii) a controvérsia é retrospectiva, sobre eventos que já se completaram; (iii) o direito e a solução são interdependentes, sendo o pedido formulado de acordo com uma violação prevista; (iv) o processo é episódico e seus impactos são restritos às partes; (v) as partes iniciam e controlam o processo, apresentando ao juiz as provas e argumentos (CHAYES, 1976, p. 1282-1283).

Já no caso do emergente “litígio de direito público”, Chayes (1976, p. 1292-1303) demonstra que suas características determinantes são muito distintas do modelo tradicional: (i) a estrutura do processo plurilateral é irregular e amorfa, sujeita a modificações ao longo do processo; (ii) a relação com o adversário é fluida e intermediada com processos de negociação e mediação em cada ponto; (iii) o juiz é quem organiza e guia o caso; (iv) os argumentos e provas são colocados não apenas pelas partes e seus advogados, mas também por uma ampla gama de colaboradores externos que dão suporte ao juiz, tal como os *masters*, doutrinadores, e especialistas; (v) os efeitos do litígio não se restringem às partes, mas se espalham inclusive àqueles que não estão sob a corte; (vi) o juiz da corte se torna o criador e controlador de um pedido complexo que vai se desenvolvendo e requer contínuo envolvimento do juiz na administração e implementação.

⁵² Chayes (1976) usa o termo direitos privados para se referir a direitos cujos efeitos são bilaterais, e não plurilaterais como ocorre com os direitos públicos, denominados por ele.

Chayes (1976, p. 1313) descreve que as ações coletivas responderam a um contexto fático em que a proliferação de grupos mais ou menos organizados em nossa sociedade trouxe consequências legais que precisavam ser atendidas conjuntamente, como interesses do grupo.

Nesses litígios o pedido é, em geral, um programa para implementar ações, com o propósito de modificar uma conduta presente ou uma condição existente. Assim, as cortes não avaliam as consequências de uma conduta ocorrida, mas se orientam para eventos futuros ou ações ameaçadoras. A presença de interesses conflitantes é inegável, o que coloca um enorme desafio para as cortes modelarem a decisão dando o devido peso para as questões que não estão representadas.

A resposta do Judiciário é dada na forma de *injunction*, que é ordem previamente negociada entre as partes e homologada pela corte. Em alguns casos, é a corte que elabora a minuta da ordem, mas mesmo assim algum tipo de negociação é quase inevitável no momento em que a minuta é colocada às partes para comentários. Essa ordem judicial é um processo discricionário no qual o juiz é chamado a avaliar e calcular as consequências de programas que devem corrigir os problemas substantivos Chayes (1976, p. 1298-1300).

Diferentemente da adjudicação tradicional em que a decisão era na forma do “tudo ou nada” (*winner-takes-all decision*), a *injunction* caracteriza-se por ser um arranjo de interesses entre as partes, que resguarda ao menos um pouco dos interesses de ambos os lados.

Os mecanismos do litígio de direito público são adaptações de práticas comuns que eram utilizadas nos tribunais de *equity*. Em um sistema regulatório em que a garantia e aplicação da lei são partes necessárias da implementação da política regulatória, o litígio de direito público coloca-se inevitavelmente, tornando-se um fórum político explícito e a corte um braço visível do processo político (CHAYES, 1976, p. 1304).

Nesse ponto, Chayes (1976, p. 1307-1308) questiona o papel das cortes no sistema político, tendo em vista a separação dos poderes e afirma que, na prática, todos os representantes governamentais, incluindo os juízes, têm exercido uma larga e misturada administração de poderes. Isso não significa que as características institucionais sejam irrelevantes ou que os juízes devam se envolver em disputas políticas sem reserva alguma. Mas o Judiciário tem algumas vantagens institucionais importantes para as tarefas que ele assume em um litígio de direito público, como por exemplo, a proteção do juiz das estreitas pressões políticas; a possibilidade de intervenções *ad hoc* em situações de escopo

limitado, mas com amplitude política nacional; possibilidade de registrar e responder às injustiças geradas pela operação de programas públicos no Estado Regulador, entre outras.

No entanto, Chayes (1976, p. 1309) salienta que essa não é uma visão pacífica, tendo em vista que a corte tem pequena base para avaliar os interesses conflitantes por investimento público. Sendo o Congresso a instituição autorizadamente intitulada em nosso sistema para balancear valores e interesses políticos incomensuráveis, torna-se explícito o confronto com a legitimidade do litígio de direito público.

Mas a análise formalista não captura a complexidade da forma de operar do Legislativo e sua relação com a corte. Aprovando uma legislação social ou econômica o Legislativo não faz mais do que expressar objetivos e orientações políticas genéricas, delegando vasto grau de discricionariedade para a interpretação das cortes. O poder de correção das cortes é estritamente limitado na prática e apenas em casos extremos é necessária uma precipitada ação do congresso.

Diferentemente da burocracia Administrativa ou do Legislativo, o Judiciário está obrigado a responder às injustiças colocadas no processo e está mais bem situado para realizar a tarefa de balancear a importância de interesses políticos que competem entre si em uma situação específica. O Legislativo apesar de balancear os interesses, não os endereça a situações específicas; já a Administração lida com interesses específicos, mas apenas em uma posição de se juntar para uma política de particular interesse. Além disso, o Judiciário não é burocrático: trabalha em uma pequena e representativa força tarefa, montada *ad hoc*, e facilmente desmantelada quando o problema é resolvido. Desse modo, consegue ser efetivo, agilizando recursos fora de si e do governo na exploração de situações e na estimativa de soluções (CHAYES, 1976, p. 1311-1312).

Além disso, Chayes (1976) questiona se, de fato, a teoria democrática dá deferência nos resultados majoritários quando as vítimas são prisioneiros, pacientes de instituições mentais ou moradores de guetos, sustentando que, diferentemente da numerosa maioria, eles não têm acesso alternativo para os níveis de poder no sistema.

Dessa forma, Chayes (1976) argumenta que a ação judicial de direito público apenas obtém legitimidade respondendo, de fato vivamente, à profunda e durável demanda por justiça em nossa sociedade. Desse modo, apesar das reservas, Chayes (1976) acredita que diante das circunstâncias o melhor é se concentrar em aprimorar o desempenho do litígio de direito público.

Já Fiss (2004) posiciona-se no sentido de que os juízes também podem contribuir para as discussões e debates políticos, dando significado aos valores públicos constitucionais por meio do processo de adjudicação. Os conflitos plurilaterais são tratados como processos de reforma estrutural, que é um tipo de adjudicação adaptado para a nova realidade social, que é afetada por organizações de grande porte e não somente por indivíduos.

Assim, o processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrenta a burocracia estatal e reestrutura a organização, eliminando a ameaça imposta aos valores constitucionais posta pelos arranjos institucionais existentes (FISS, 2004, p. 27). O Judiciário é compreendido como parte integrante do sistema de governo, e não como um ente isolado.

Nesse modelo, não se presume que o *status quo* é justo, tal como em um modelo de solução de controvérsias. Desse modo, seu objetivo não é restaurar o *status quo*, mas transformar a realidade social, garantindo valores que constituem nossa moralidade pública, tal como a igualdade e a liberdade.

A capacidade dos juízes de contribuírem para a vida social não decorre de suas características pessoais, mas da forma como exercem o poder e atuam na construção da moralidade pública. Sua atividade é estruturada por fatores institucionais e ideológicos que primam pela objetividade na busca do verdadeiro significado dos valores constitucionais: a obrigação do juiz de participar de um diálogo processual e a sua independência, mantendo-se distante das partes e afastado do corpo político, bem como respondendo aos conflitos de forma imparcial, para além de suas preferências ou das preferências do povo. A fundamentação das sentenças exige que os motivos que dão sustento à decisão sejam bons motivos, ou seja, devidamente amparados por regras e normas (Fiss, 2004, p. 43-44).

Ao refletir sobre a legitimidade da reforma estrutural tendo em vista o papel das normas na função do juiz, Fiss (2004) analisa o argumento de três autores: Donald Horowitz (1977), Abram Chayes (1976) e Lon Fuller (1978).

O argumento de Horowitz (1977) aponta que há grande risco de erros na reforma estrutural e que a solução de controvérsias é a função ideal das cortes, pois é o que elas podem fazer melhor. No entanto, Fiss questiona a idéia de que as cortes têm de dedicar a uma só tarefa, sustentando que as funções podem ser independentes ou complementares. E, apesar de concordar que o grau de êxito seja importante na avaliação das instituições, afirma que “o valor de uma performance bem-sucedida e o grau de êxito de instituições

alternativas desempenhando tarefas semelhantes” também devem ser considerados. E, no caso de um processo judicial estrutural, o êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição. No entanto, o sucesso estrutural quando obtido, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual de controvérsias (FISS, 2004, p. 70).

Em relação à colocação de Chayes (1976), Fiss (2004, p. 74-75) sustenta que a adjudicação evoluiu em sua forma, mas não em sua função, pois esta “nunca foi solucionar controvérsias, mas dar significados aos valores públicos”. Com a modificação da estrutura social da sociedade, que passou a ser dominada pela operação das organizações de grande porte, alteraram-se também as formas de adjudicação no decorrer do tempo.

No que tange à regra democrática do consentimento, Fiss (2004, p. 77) alega que as instituições podem buscar suas justificativas em domínios diferentes daquele referente ao consentimento popular, mesmo em uma democracia, pois esse é dado para o sistema político como um todo, e não para cada instituição. Desse modo, a legitimidade do Judiciário depende de sua capacidade de desempenhar uma função dentro do sistema político, respeitando os limites dessa função. Ele não precisa da aprovação popular para o desempenho da instituição ou para os processos pelos quais ela executa suas funções.

Diferentemente de Fuller (1976), que trata o direito de participação individual no processo como idéia central da adjudicação e tem isso como parâmetro para aferir a legitimidade nesses processos, Fiss (2004) sustenta que a adjudicação deve ser moldada pela função e pelo cenário social. Dessa forma a participação individual não é necessária, visto que não se trata de um relacionamento de identidade (FISS, 2004, p. 52), em que cada indivíduo afetado deverá participar de forma significativa no processo judicial. O que as cortes devem verificar é se os interesses envolvidos estão diretamente representados, pois em um cenário social dominado por grandes instituições e organizações, o estabelecimento de centros de poder com força e recursos iguais aos dos agentes dominantes faz-se necessário para proteger o indivíduo (FISS, 2004, p. 86).

Na reforma estrutural proposta por Fiss (2004), a razão ingressa no processo por meio dos argumentos dos representantes das partes. A medida determinada pelo juízo expressa a vontade do juiz de dar valor constitucional ao que é certo. O desejo de ser eficaz o leva a tentar reconstruir uma burocracia estatal, transformando, por exemplo, um sistema escolar dual em unitário. E essa ambição o força a abandonar sua posição de independência para adentrar no mundo das políticas (FISS, 2004, p. 86).

Por fim, os argumentos de Rosenberg (1993) trazem uma análise política das críticas favoráveis (Corte Dinâmica) e contra (Corte Limitada) à judicialização da política. O pressuposto de seu trabalho é que a afirmação de que as cortes sejam propositoras de mudanças sociais quando outros setores do governo são inativos pode ser um mito. Assim, propõem-se a analisar dados empíricos para averiguar sob quais condições as cortes produzem mudanças políticas e sociais e quando faz sentido atuar dessa forma para pressionar por mudanças.

Muito em síntese, os argumentos da Corte Limitada (Constrained Court) afirmam que a corte não produz significativa reforma social por três razões: (i) os direitos constitucionais têm natureza limitada; (ii) o Judiciário não é independente dos outros poderes, seguindo opiniões majoritárias presentes na sociedade; e (iii) o Judiciário é carente de meios apropriados para implementar a sua decisão.

A Constituição e suas ideologias não são ilimitadas. Também a discricionariedade judicial é restrita pelas normas e pela cultura jurídica. Esses dois parâmetros dificultam a exigibilidade de mudanças sociais na corte (ROSENBERG, 1993, p. 11-12).

Em relação à independência da corte, os teóricos da Corte Limitada sustentam que isso não ocorre. Tanto o processo de escolha dos juízes federais como a possibilidade de modificar leis infraconstitucionais para contornar uma decisão da corte faz com que os juízes representem interesses majoritários da sociedade, tornando esse Poder suscetível às influências do Congresso. Em relação ao Executivo, a particular influência que seu representante (*solicitor general*) tem nas cortes demonstra que esta não age de forma independente (ROSENBERG, 1993, p. 13-14).

Por fim, para poder implementar suas decisões a corte deveria ter poder de coação, forçando o Executivo e as elites políticas locais a cumprirem a decisão. Além disso, sua estrutura de funcionamento é problemática: o nível de discricionariedade das cortes locais que irão executar a decisão é muito grande, de forma que muitas decisões da apelação não são cumpridas eficazmente pelas cortes inferiores quando os juízes não concordam com ela ou simplesmente não a entendem. Outro problema é que as cortes não têm uma agenda clara e nenhum degrau de especialização para discussão orçamentária, formação de agenda e formulação de políticas públicas. Atuando com grande disparidade de campos, de caso em caso, a corte não tem expertise e planejamento para dar a solução apropriada para o problema, resultando na falta de senso realístico dos recursos disponíveis nas decisões de intervenção. A reforma social requer o planejamento de longo prazo e sérias considerações

de custo. As cortes não foram concebidas para serem efetivas nesses dois pontos (ROSENBERG, 1993, p. 15-20).

Por outro lado, teóricos da Corte Dinâmica contra-argumentam dizendo que as cortes não são tão limitadas como a teoria da visão constrangida sugere e que em alguns casos elas podem ser mais efetivas do que outras instituições governamentais em produzir significativa reforma social, atuando em interesses não captados pelas agências do governo, ou em causas impopulares. Seus argumentos são que: (i) as cortes são livres dos constrangimentos eleitorais e dos arranjos institucionais que impedem outras instituições políticas de agirem; (ii) atuando no caso a caso, as cortes não dependem de um cuidadoso arranjo institucional com grupos de interesse e patrocinadores financeiros, pois não precisam manter relações contínuas com estes; (iii) as cortes possibilitam um acesso ímpar a informações cruciais restritas ou de difícil acesso; (iv) as respostas das cortes são limitadas pela Constituição, estatutos e precedentes, o que faz com que os juízes respondam a todas as solicitações com argumentos legais e razões para suas opiniões (ROSENBERG, 1993, p. 21-25).

Desse modo, os críticos da Corte Dinâmica sustentam que as cortes têm um importante papel político, educando americanos e incrementando suas compreensões sobre os deveres constitucionais, atuando como um catalisador de demandas políticas não atendidas. O processo judicial do *discovery*, a utilização de *special master* e outros especialistas e comissões de monitoramento possibilitam ferramentas para que as cortes possam implementar suas decisões.

Reconhecendo que em algumas circunstâncias os argumentos dos críticos da Corte Limitada podem ser contornados e as cortes podem produzir significativa mudança social, mas buscando compreender sob que condições isso ocorre, Rosenberg (1993) formula algumas condições para serem testadas em casos práticos.

Primeiramente, para que as cortes ultrapassem os constrangimentos colocados pelos críticos da Corte Limitada, é preciso que: (i) pequenas mudanças sejam argüidas e obtidas nas cortes antes das grandes mudanças serem questionadas, o que requer uma lenta estratégia de atuação perante as cortes; (ii) contar com o apoio do Legislativo e do Executivo torna bem mais fácil realizar a decisão; (iii) a falta de poderes para implementar a decisão é o maior obstáculo das cortes. Se há apoio popular e político isso deve ocorrer. A necessária mudança de comportamento das pessoas para tornar a decisão uma realidade não é simples. No entanto, quando a decisão da corte conta com o apoio das pessoas ou ao

menos com a não rejeição da decisão, é provável que a parte contrária receba de forma mais séria a demanda e se esforce para uma proposta de negociação. Nessas condições as cortes conseguem superar a inércia do Executivo e fazer com que ele negocie. Nessa situação, poderes coercitivos não serão necessários se houver vontade de mudar (ROSENBERG, 1993, p. 30-32).

Além de superar esses constrangimentos, para que a mudança ocorra é preciso que algumas condições a induzam. Assim, quando há apoio político e popular para as mudanças, mas algum bloqueio institucional impede que elas ocorram, as cortes devem produzir efetiva reforma social se houver: (i) incentivos positivos para induzir o cumprimento da ordem judicial oferecidos por outros atores; (ii) imposição de custos por outros atores para induzir o cumprimento da decisão; (iii) interesse do mercado em implementar as decisões judiciais; ou produz incentivos; ou (iv) interesse político em modificar a situação e a decisão judicial servir de cobertura ou desculpas para que medidas impopulares sejam tomadas (ROSENBERG, 1993, p. 33-35).

Se o motivo da rejeição à implementação é o alto custo e a decisão judicial possibilita que o Executivo local receba algum tipo de indução (em dinheiro, benefícios a setores particulares etc), então haverá mais vontade para implementá-la. Por outro lado, se o Legislativo ou Executivo impõem custos para o não cumprimento da decisão, também será mais provável que ela seja obedecida, pois sai mais barato efetivá-la do que pagar os custos de sua não execução. No entanto, como as cortes não têm as ferramentas necessárias para criar benefícios ou impor custos que induzam a um comportamento favorável, o apoio político é essencial nessas situações.

Em situações em que as instituições existentes não têm que alterar para que as mudanças ocorram ou situações que contam com interesse mercadológico, a falta de habilidade das cortes não será um obstáculo para que a mudança ocorra.

Por fim, quando representantes e administradores usam a ordem da corte como uma desculpa ou cobertura para agir e eles querem reformar suas instituições e exploraram a ordem judicial para não se indisporerem politicamente.

Desse modo, ainda que as restrições sejam superadas, é necessário que ao menos uma condição ocorra para que as cortes implementem suas decisões.

Depois de testar essas constatações em conhecidos casos de reformas sociais feitas pela corte, Rosenberg chega à conclusão de que: a teoria da Corte Limitada captura de forma mais adequada a incapacidade das cortes de produzirem reforma social

(ROSENBERG, 1993, p. 336). A análise dos casos práticos demonstrou que as cortes auxiliam a produção de significativa reforma social quando as contrições são superadas e há uma das quatro condições de indução presentes. Dessa forma, a atuação das cortes, na melhor das hipóteses pode auxiliar outros Poderes a realizarem uma reforma social. Contudo, problemas que não são resolvidos na esfera política dificilmente podem ser solucionados pela corte (ROSENBERG, 1993, p. 337).

Assim sendo, Rosenberg (1993, p. 339) questiona o investimento de recursos humanos e econômicos em uma ação judicial em situações em que os recursos não são ilimitados e escolhas estratégicas têm de ser feitas. A estratégia judicial produz pouca ou nenhuma mudança e drena recursos que poderiam ser empregados mais eficientemente em outras estratégias. Além disso, por vezes, a estratégia judicial pode ser um erro por desmobilizar o apoio popular e comprometer significativamente a reforma social.

Rosenberg (1993, p. 341) conclui que as cortes agem como uma armadilha para os reformistas, limitando que mudanças efetivas aconteçam ao desviar solicitações de uma substantiva batalha política, onde o sucesso é possível, para uma inofensiva batalha judicial, sem resultados.

Em que pese não negar que em certas situações as cortes atuam removendo pequenos, mas persistentes obstáculos, Rosenberg (1993, p. 343) afirma que cortes americanas não são instituições poderosas, dadas suas limitações em um sistema político de poderes divididos. Dessa forma, solicitar que elas façam significativas reformas sociais é esquecer a sua história e ignorar suas limitações.

O debate norte americano coloca bons desafios para pensarmos sobre o papel das cortes na judicialização de conflitos políticos. Se por um lado a exigibilidade de direitos plurilaterais em um sistema de adjudicação concebido para proteção de direitos individuais é problemática, como coloca Fuller (1978), por outro lado, temos que em uma sociedade massificada governada por grandes instituições e organizações, novas exigências de proteção se colocam para ameaças produzidas por esses arranjos institucionais, como sustentam Chayes (1976) e Fiss (2004). A questão da participação individual, como menciona Fiss (2004), pode ser superada se os interesses estiverem bem representados.

A argumentação de Fiss (2004, p. 74) de que a função da adjudicação “nunca foi solucionar controvérsias, mas dar significados aos valores públicos” é uma pertinente interpretação, na medida em que essa descrição justifica a atuação da corte de forma mais abrangente, englobando questões políticas que ainda hoje são muito pertinentes tanto na

sociedade americana como no Brasil. No entanto, considerando a realidade brasileira, essa transposição não é tão perfeita. Como mencionado no capítulo anterior, Lopes (2004) demonstrou que, nos sistemas da *civil law*, os procedimentos de adjudicação foram, ao longo da modernidade, perdendo a familiaridade com questões distributivas, que eram resolvidas na esfera administrativa. Desse modo, julgamos ser mais plausível aceitar que o termo está evoluindo tanto em sua forma como em sua função, como coloca Chayes (1976), desafiando o Judiciário pátrio a aprender a operar regras distributivas.

Em relação à regra democrática do consentimento, concordamos com a argumentação de Fiss (2004) no sentido de que as instituições podem buscar suas justificativas em domínios diferentes do consentimento popular, mesmo em uma democracia, pois o consentimento é dado pelo sistema e não para a instituição em particular. No entanto, se a legitimidade do Judiciário depende de sua capacidade de desempenhar sua função respeitando os seus limites, um esforço no sentido de melhor compreender tais limites é uma satisfação relevante para uma sociedade em regime democrático.

O estudo de Rosenberg (1993) mostra-se útil na medida em que nos faz refletir que a estratégia judicial nem sempre é o melhor caminho para discussões que ainda são prematuras na sociedade. Ademais, as limitações institucionais colocadas pelo autor salientam as dificuldades das cortes atuarem em conflitos distributivos sem ter estrutura e meios adequados para essa tarefa e colocam importantes desafios para a justiciabilidade. Em relação às conclusões finais do autor, acreditamos que estas têm de ser vistas com certa cautela na realidade brasileira, pois o controle de difuso de constitucionalidade e a não vinculação aos precedentes, como já foi mencionado, tornam a situação do juiz brasileiro um pouco diferenciada.

No item seguinte abordaremos como se coloca o debate pátrio sobre a justiciabilidade dos direitos sociais.

2.3.2. A crítica da capacidade institucional na doutrina pátria

No Brasil, a discussão sobre a capacidade institucional do Judiciário atuar em conflitos plurilaterais é recente e ainda pouco abordada. Lopes (1998; 1999; 2001, 2003; 2006; 2008) foi um dos precursores dessa crítica, que hoje também é tratada por Salles

(1998; 2003; em fase de elaboração), Veríssimo (2006; 2006a), Oliveira et al., (2004), Terrazas (2008), entre outros.

Explorando as distinções entre os direitos individuais e os direitos sociais, Lopes (2001, p. 98) afirma que os direitos sociais são bens comuns, indivisíveis, produzidos e distribuídos coletivamente. E, dessa forma, o desenho institucional do Judiciário traça importantes limites à resolução de conflitos distributivos em sua esfera, vez que esse sistema foi criado e montado para defender direitos individuais adquiridos.

Conforme mencionado por Fuller (1978) e Chayes (1976), Lopes (2001, p.102-103) também caracteriza o modelo de adjudicação tradicional como um conflito bipolar, cuja função do julgador é dizer o que é o certo e o que é o errado, levando uma das partes a ganhar o conflito e a outra a perdê-lo. Diferentemente dos conflitos de direitos individuais, que podem ser resolvidos por comutação ou troca⁵³, o objeto dos direitos sociais é um bem coletivo (saúde, educação) e sua lógica é distributiva: todos têm direito a uma parte igual do quinhão (os recursos) de uma sociedade. Esses conflitos são plurilaterais, o que significa que um ganho para um é um ganho para todos e a perda para um é a perda para todos (“jogos de soma não zero”).

Em pesquisa feita há dez anos sobre a utilização de demandas coletivas para reclamar direitos sociais, Lopes (1999) apontou em suas conclusões que os conflitos suscitados no Judiciário eram pensados e decididos como se fossem conflitos bilaterais, sob a lógica da justiça comutativa, na base do tudo ou nada: se o bem solicitado foi considerado um direito, ele era devido e deveria ser imediatamente provido ao particular, independentemente de seus custos. Do contrário, o bem solicitado era desconsiderado como direito.

Nesse artigo, Lopes (1999, p. 572-573) salientou que, diferentemente do modelo norte-americano em que as *injunctions* são negociadas entre as partes e o juiz acompanha o cumprimento da decisão judicial (como foi colocado por Chayes (1976) e Fiss (2004)), o pensamento tradicional vigente na doutrina pátria aliado ao pouco grau de familiaridade com os remédios equitativos levou os juízes a uma solução tradicional, atuando sob pressões circunstanciais. A falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras para lidar com conflitos distributivos impediu que seus funcionários públicos negociassem decisões e fimassem uma agenda de compromissos.

⁵³ Por um dano em minha propriedade, recebo uma indenização.

Essa constatação demonstra a dificuldade das cortes em lidar com um conflito que não visa manter o *status quo*, mas busca uma reforma na sociedade. A exigibilidade judicial de um direito social com obrigações de fazer deveria levar em conta seu caráter plurilateral e os conseqüentes reflexos distributivos que tal decisão implica nos recursos da própria sociedade.

O julgamento do litígio social de forma fragmentada e individual em geral não leva em conta o impacto econômico que a decisão judicial produzirá no orçamento público ou os efeitos dessa decisão no desenvolvimento das políticas públicas como um todo (LOPES, 2006; OLIVEIRA ET AL., 2004), abrindo espaço para que o “efeito carona ou predador” torne-se uma prática constante, o que é deveras problemático em uma sociedade desigual como a nossa.

O tratamento igual perante a lei é um princípio constitucional que se aplica nas decisões judiciais: a interpretação da regra deve ser universal, dando a mesma resposta a conflitos iguais. Assim, o que a um foi concedido por decisão judicial não pode ser negado a outro. Nesse sentido, uma decisão condenatória em uma ação de direito social pode implicar verdadeiros privilégios a alguns cidadãos ao não se dimensionar as possibilidades de universalização do pedido (TERRAZAS, 2008). Da mesma forma, a criação de redefinições orçamentárias por alguém que não foi eleito pela população, reordenando as prioridades de investimento, sem avaliar a totalidade da política pública em questão é outro efeito do julgamento fragmentado de direitos sociais.

E, como coloca Lopes (2003), quem é que vai demandar mais em uma sociedade desigual? Os grupos mais poderosos, evidentemente. Os estudos de Terrazas (2008) e Oliveira et al., (2004) confirmam essa hipótese nos casos dos pedidos de medicamentos feitos ao Judiciário. Como bem coloca Lopes (2006, p. 254):

(...) se pensarmos que a decisão deve ser baseada em uma regra e que a regra que permitiu a decisão deve ser aplicada a todos os casos, o que se pode antecipar é justamente a corrida sobre o fundo público e, se não houver regras de prioridade, mas a concessão for feita a quem chegar primeiro, então os últimos – que costumam ser justamente os mais necessitados – não terão com o que satisfazer-se.

Não por outros motivos, uma das conclusões de Oliveira et al. (2004, p. 42) é que a tutela individual do direito à saúde não é a mais adequada, pois a natureza plurilateral do conflito não é considerada.

Também Salles (em fase de elaboração, p. 634) chega a conclusões que apontam disfuncionalidades na exigibilidade de direitos sociais como se fossem direitos individuais.

Além de constatar que o processo coletivo é muito pouco utilizado para a solicitação de direitos sociais, sendo estes preferencialmente exigidos como direitos individuais, Salles (em fase de elaboração) apontou que a exigência individual de direitos sociais causa efeitos disfuncionais em três aspectos: (i) conduzem a uma apreciação incompleta pelo Judiciário, sem relacionar os fatores distributivos inerentes à natureza desses direitos; (ii) produz assimetrias em situações idênticas; (iii) desorganiza políticas públicas, introduzindo critérios distintos daqueles que foram previstos pelo gestor público.

Na esteira dos argumentos de Rosenberg (1993), Lopes (2006) sustenta outros fatores problemáticos da justiciabilidade, como a falta de disponibilidade ideológica dos julgadores que, de maneira geral, correspondem de modo significativo ao senso comum da sociedade, reproduzindo a visão majoritária. Além disso, por ser um Poder inerte, o Judiciário não consegue estabelecer uma agenda ou uma política de reformas, dado que suas demandas são colocadas pelos litigantes. No entanto, um planejamento é essencial para realização de objetivos coletivos, no intuito de administrar a efetivação de direitos com critérios ainda não definidos. A falta do estabelecimento de um projeto ou um planejamento é uma importante limitação institucional das cortes.

A tradição e a cultura jurídica brasileira também são claros obstáculos à justiciabilidade. O conceito de direito subjetivo individual ainda está fortemente arraigado na cultura brasileira, o que dificulta a efetivação de uma concepção democrática que prima pela universalidade e isonomia. Assim, não é difícil encontrarmos desvios na idéia de proteção constitucional democrática, convertida na concessão de privilégios (Lopes, 2006, p. 256). Como afirma Lopes (2008, p. 192), “se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido”.

Tendo em vista que o Estado é obrigado a tratar a todos de igual maneira, só pode conceder a um o que pode distribuir a todos. E, de outro modo, não pode conceder a nenhum o que não pode dar a todos, por escassez de recursos. Essas problemáticas não podem (ou ao menos não deveriam) ser ignoradas pelos tribunais durante um julgamento.

E nesse ponto, explicita-se a questão da legitimidade da justiciabilidade frente à discricionariedade do Poder Legislativo, que é a instituição autorizadamente intitulada em nosso sistema para balancear valores e interesses políticos incomensuráveis.

No entanto, em que pese todos os problemas institucionais elencados, Lopes (2008, p. 187-190) reconhece que o problema político e constitucional que se coloca em relação aos direitos sociais é a possibilidade de que o processo distributivo só se realize segundo o

“ritmo imposto por uma só das partes”, em situações em que o sistema político não garante ao Executivo e ao Legislativo “suficiente iniciativa ou isolamento de certos grupos de interesse”. Nessas condições, é compreensível que se busque tal iniciativa no Judiciário e essa problemática não deve ser descartada.

Como se percebe, o grande desafio mencionado por Lopes (2006) é pensar a justiciabilidade de forma coletiva, sem ignorar a natureza distributiva dos direitos sociais.

No próximo capítulo iremos trazer os dados empíricos coletados na Procuradoria de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente. Testaremos a hipótese eleita para esse trabalho: a pertinência das críticas apontadas pela capacidade institucional.

Especificamente iremos observar se:

- i) A natureza plurilateral dos direitos sociais é desconsiderada nas decisões judiciais e as decisões são tomadas como em um conflito bipolar;
- ii) O Judiciário não está preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros;
- iii) A falta de disponibilidade ideológica dos julgadores que, de maneira geral, correspondem de modo significativo ao senso comum da sociedade, reproduzindo a visão majoritária;
- iv) A satisfação de direitos sociais demanda remédios que o Judiciário não pode conceder, seja pela falta de instrumentos que lhe permitam fazer agenda e planejamento das decisões ou mesmo pela não possibilidade de o juiz negociar a decisão com as partes;
- v) A falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras para lidar com conflitos distributivos faz com que seus funcionários públicos decidam na base do “tudo ou nada”;
- vi) O julgamento do litígio de forma fragmentada e individual não leva em conta impactos extrajudiciais, como as questões econômicas e a universalização das decisões judiciais.

Passemos, então, à análise das decisões judiciais.

CAPÍTULO 3 – AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme mencionado, foram analisadas decisões de primeira e segunda instâncias de 75 ações que questionaram a efetividade do direito à educação.

Tendo em vista que essa análise empírica buscará averiguar a capacidade institucional de o Judiciário atuar com ações distributivas, percorremos o seguinte caminho: perfil geral das ações e resultados gráficos.

3.1. Perfil geral das ações

Para analisar o perfil das ações, optamos por em dividi-las em dois grandes blocos: acesso e qualidade de ensino.

As questões que tratam do acesso ao ensino, em geral, estão previstas de forma mais objetiva na norma, o que torna um pouco mais fácil constatar a violação do direito e solicitar uma proteção jurisdicional.

Assim, o artigo 208 da Constituição Federal expressamente prevê o dever do Estado para com o ensino básico:

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

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade⁵⁴;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.” (Constituição Federal, 1988).

⁵⁴ Essa redação foi alterada pela Emenda Constitucional (EC) 53, de 2006, decorrente da ampliação do ensino fundamental para nove anos. A redação atual é: “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. Como as ações estudadas basearam-se no preceito normativo antigo, julgamos mais importante colocar no corpo do texto a norma antes da alteração da EC 53/06.

Ainda que os meios ou as formas de acesso nem sempre estejam bem delimitados, demandando uma política pública que os defina, fato é que a regra é clara em relação ao que é o dever do Estado: no nível infantil, o Estado tem o dever de propiciar a vaga para os as crianças cujos pais queiram matriculá-la. No nível fundamental o Estado tem o dever de fornecer a vaga para todas as crianças, pois ele é obrigatório inclusive para aqueles que não o desejam. O ensino médio é progressivamente universalizável, o que significa que o Estado não estava, na época da promulgação da Constituição, imediatamente obrigado a fornecer todas as vagas, mas a ampliação do ensino médio e sua conseqüente universalização estão previstas na norma.

No entanto, essa interpretação dos deveres do Estado para com os diferentes níveis e modalidades de ensino ainda não é algo pacífico na Administração Pública ou mesmo no próprio Judiciário. Há aqueles que entendem que apenas o ensino fundamental é obrigatório, sendo os demais níveis implementados de acordo com a discricionariedade do Executivo, como se observará nas decisões judiciais.

Por conta disso, havia (e ainda há) uma elevada demanda reprimida nos distintos níveis e modalidades de ensino⁵⁵, o que levou Ministério Público a mover inúmeras ações solicitando acesso ao ensino básico (74,66% das ações civis públicas movidas pela Promotoria de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e Juventude).

Já em relação à qualidade do ensino, o mesmo não ocorre. Em que pese ser prevista no artigo 206, inciso VII da Constituição Federal como um princípio a ser observado pelos sistemas de ensino, a definição do que é e o que garante a qualidade do ensino ainda é muito genérica e nem sempre está regulamentada por normas infraconstitucionais. Desse modo, torna-se mais difícil a comprovação de sua violação e a intervenção do Judiciário.

⁵⁵ Cf. Silva et al. (2004) aponta uma demanda de 423 mil vagas no ensino infantil em São Paulo no ano de 2001/2002. O acesso ao ensino fundamental aos que não o tiveram em idade própria também possui uma elevada demanda em São Paulo. Com o Decreto nº 47.155, de 31/03/2006, a Prefeitura passou a publicar trimestralmente a demanda atual do ensino em São Paulo. Disponível em: <http://educacao.prefeitura.sp.gov.br/>. Para localizar a informação no site, clique em “Centro de Informática” e em seguida em “Demanda”.

O quadro abaixo traz um panorama geral dos pedidos feitos ao Judiciário:

AÇÕES ANALISADAS			
Tema	Pedido		Número de ações
1. Acesso	Ensino Infantil – Solicitação de vagas		36
	Ensino Fundamental	Solicitação de matrículas	6
		Não cancelamento de matrículas	2
		Reabertura de salas de aula	3
		Construção de escolas	1
		Censo Educacional	1
		Transporte público EJA	1
	Ensino Médio – Sorteio de vagas		1
	Ensino Supletivo	Gratuidade do ensino supletivo	3
		Solicitação de vagas	1
Subtotal			55
2. Qualidade	Organização do sistema público de ensino ⁵⁶		5
	Turno		5
	Reposição de aulas		4
	Número de alunos por sala de aula		2
	Aplicação das verbas educacionais		4
	Subtotal		
Total			75 ações

3.2. As ações de acesso:

As demandas por acesso englobam tanto as ações que solicitaram vagas no ensino, como aquelas que solicitam meios para que esse fim (o acesso ao ensino) seja obtido de forma apropriada. O relato das ações nem sempre é abordado de forma completa, mas aqui privilegiamos o recorte que nos interessa: a análise dada sobre o direito social questionado pelo Judiciário. Em todos os pedidos formulados pelo MP havia a solicitação de multa e, eventualmente, havia um pedido alternativo ou algum pedido complementar. Esses serão mencionados quando se mostrarem relevante para eventual consideração.

⁵⁶ Abrange decisões que apreciaram a Reorganização ou fechamento de escolas e fechamento de delegacias de ensino.

3.2.1. Ensino Infantil

A tabela abaixo retrata as 36 ações que questionaram o acesso ao ensino infantil, solicitando vagas em creches para crianças de 0 a 3 anos ou em pré-escola, para crianças de 4 a 6 anos de idade.

Pedido	Quantidade de ações	Registro no MPE-SP*	Decisão		
			T.A.	1ª Inst.	2ª Inst.
Difuso	1	08/99 – Lapa	-	ESJM	-
Coletivo	14	669-4 – Penha da França	-	P	ESJM
		13/99 – Pinheiros	-	P	I
		576-5 – Santo Amaro	-	P	I
		122-99 – Central	-	ESJM	I
		9069-99 – Ipiranga	-	I	N
		09-99 – Jabaquara	-	ESJM	N
		010-0 – Jabaquara	-	ESJM	N
		017-99 – Santo Amaro	-	ESJM	N
		121/99 – Central	-	ESJM	P
		039-5 – Itaquera	-	I	N
		070 – Ipiranga	-	I	N
		356-8 – Tatuapé	-	I	N
		042-5- Itaquera	-	I	N
		007/99 – São Miguel Paulista	-	I	P
Individual homogêneo	21	429-5 – Jabaquara	N	ESJM	ESJM
		012-5- Ipiranga	SE	P	N
		22-1 – Itaquera	SE	P	I
		2169-5 – Santo Amaro	SE	ESJM	-
		245-1 (073/02) – S.M. Paulista	S	ESJM	-
		525-4 - Jabaquara	S	ESJM	-
		35-2 – 6 VFP	S	ESJM	-
		002.05.901.752-1 – C. Limpo	S	ESJM	-
		002.05.900.14-5 Santo Amaro	S	ESJM	-
		130-4 – Santo Amaro	S	P	I
		379-0– Itaquera	S	P	N
		73-6 – Itaquera	S	P	N
		962-2 – Itaquera	S	P	-
		00304900826- Jabaquara	S	P	-
		010.04.900.696-7 Ipiranga	S	P	-
		002.04.903.068-1– S. Amaro	S	P	-
		005.04.901.157– S. M.Paulista	S	P	-
		003.04.900.826-1 – Jabaquara	S	P	-
		002.04.903.045-2– S. Amaro	S	P	-
		002.02.903.429-5 Jabaquara	S	P	-
		002.03.902.302-0 Grajaú	S	P	-

LEGENDA: * Número de registro no Ministério Público Estadual de São Paulo.

ESJM	Extinta sem julgamento de mérito.
P	Procedente
I	Improcedente
N	Não foi aceito o recurso/ não foi aceita a tutela.
TA	Tutela antecipada
S	Sim
SE	Suspensão de efeito da tutela antecipada.

A fundamentação dos pedidos mencionou, invariavelmente, os princípios das Constituições Federal e Estadual de São Paulo (CESP), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Orgânica Municipal de São Paulo (LOM)⁵⁷. Note-se que em todas essas normas é previsto o dever do Estado de garantir vagas na educação infantil. Contudo, a redação dessas normas é genérica, não estabelece prazos, metas e nem detalhamento de como esse dever será prestado, o que possibilitou interpretações muito distintas sobre a exigibilidade desse direito quando o Município foi acionado no Judiciário.

A grande maioria das ações solicitando direito à educação infantil foi pleiteada individualmente, nas ações individuais homogêneas (cf. tabela acima). Apenas uma ação, a 08/99, abordou o acesso ao ensino infantil de forma global, como um direito coletivo difuso. No entanto, o Ministério Público desistiu dessa ação coletiva difusa, pois optou mover as ações regionalmente. Desse modo, a ação 08/99 foi extinta sem julgamento de mérito.

As ações coletivas regionalizadas foram todas propostas na mesma data (20/05/1999) para diferentes Varas Regionalizadas da Infância e Juventude. As iniciais eram idênticas nas 14 ações, variando apenas a faixa etária (creche ou pré-escola). O pedido foi redigido da seguinte forma:

condenação do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO a prestar o serviço público de educação infantil, em estabelecimento pré-escolar, para crianças a partir dos quatro anos de idade⁵⁸, em condições de igualdade, a todas as crianças cujos pais desejem matriculá-las, quer por meio de rede própria, conveniada ou indireta, respeitados os princípios de universalidade e gratuidade, até o ingresso no ensino fundamental, a partir do ano letivo de 2000. (...) Requer-se, supletivamente, caso não seja dado integral provimento à decisão judicial determinada nesta ação, no tempo e formas devidos, seja o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO condenado ao pagamento de mensalidades escolares em unidades particulares pelo prazo correspondente à omissão do estado em prestar pessoalmente a assistência devida à educação reclamada nesta ação civil pública.

Uma observação interessante a respeito do pedido é que ele foi proposto em maio de 1999 solicitando uma providência do Município para que a carência de vagas no ensino infantil não perdurasse no ano seguinte. É, pois, uma obrigação de fazer de trato sucessivo, voltada para o futuro. O pedido formulado pelo MP buscava prevenir uma situação que

⁵⁷ Conferir na CF: artigos 6º, 127, 205, 206, 208, 211 e 212 da CF; 233, 237, 238, 239, 240, 241, 247, 248, 255 da CESP; 200, 201, 202, 205, 206, 207, 208, 209, 210 e 211 da LOMP; 54, IV, 148, 208, III do ECA; e 5 e 89 da LDB. Esses artigos tratam do direito ao ensino infantil, sua organização e competência.

⁵⁸ O grifo em algumas ações é substituído pela seguinte expressão: “em creches para crianças de até 3 anos e 11 meses”.

vinha reiteradamente ocorrendo e citava o artigo 290 Código de Processo Civil (CPC⁵⁹), sobre obrigações de trato sucessivo, como fundamento.

No entanto, a interpretação do pedido foi muito variável entre os julgadores, pois muitos acataram a tese da Procuradoria e consideraram o pedido como impossível, pois se tratava de um fato futuro, que ainda não foi descumprido, tendo em vista que o pedido feito em 1999 referia-se a um possível descumprimento da lei no ano de 2000.

Outro problema apontado no pedido diz respeito ao seu caráter genérico e indeterminado. A Promotoria utilizou como prova uma matéria veiculada no jornal apontando a carência de vagas no ensino infantil em São Paulo e um levantamento realizado por técnicos da Universidade de São Paulo apontando que cerca de 200.000 crianças ficariam sem vagas na creche e pré-escola no ano de 2000. Os artigos 286 e 334 do CPC foram mencionados para respaldar a possibilidade de pedidos genéricos e a não necessidade de prova em casos notórios. Mas, também nesse caso, a falta de precisão em relação ao número de vagas solicitado em cada jurisdição colocou-se como um obstáculo para a justiciabilidade em algumas VIJ.

Como se deduz da tabela, as decisões das Varas Regionais da Infância e Juventude da cidade de São Paulo e do TJSP foram as mais diversas.

Das quatorze ações coletivas regionais, apenas três foram julgadas procedentes em primeira instância: a 669-4, da Vara da Infância e Juventude de Penha da França; a 13/99, da Vara da Infância e Juventude de Pinheiros; e a 576-5 da Vara da Infância e Juventude de Santo Amaro.

As preliminares de inépcia da inicial e pedido juridicamente impossível argüidas pela Procuradoria do Município foram afastadas, alegando-se que o pedido não era genérico e indeterminado. Tais juízes entenderam que o objeto das ações pleiteadas consistia em obrigar o Estado a cumprir o seu dever de oferecer ensino infantil, garantindo-o às crianças. Dessa forma, estando os objetos mediato e imediato das ações delimitados, o nº de vagas necessárias poderia ser definido durante a execução da sentença. Outro argumento utilizado foi a previsão normativa do art. 286 do CPC, que possibilita a formulação de pedido genérico nessa hipótese.

Em relação a ser o pedido juridicamente impossível por se tratar de obrigação futura, acolheram o argumento de que o dispositivo do art. 290 do CPC é aplicável ao caso, já que se trata de obrigação de trato sucessivo.

⁵⁹ Lei 5869 de 11-01-1973.

No mérito, reconheceram que a educação infantil é um direito público subjetivo exigível judicialmente, e não uma norma programática vazia de eficácia. Em relação à discricionariedade, afirmaram que não há discricionariedade do administrador público em relação à realização do direito à educação infantil. Ele é devido.

O argumento da reserva do possível foi assim superado:

a alegação sobre a realidade orçamentária que deve nortear a expansão da rede de ensino não é argumento acolhível diante dos sucessivos orçamentos com valores abaixo do previsto legalmente. A propósito, até existe discussão e medidas judiciais referentes ao investimento insuficiente em educação. (Registro nº. 669-4).

Assim, frente à extensa demanda de pessoas sem acesso ao ensino infantil, bem como diante da carência de vagas, condenaram a Prefeitura a prestar o serviço de educação infantil.

Essas três decisões procedentes em primeira instância, contudo, foram reformadas pelo TJSP e extintas sem julgamento de mérito. O entendimento do Tribunal foi de que o pedido era inepto, não atendo às condições do artigo 286 do Código de Processo Civil por ser feito de forma incerta e indeterminada. Outro argumento foi o de que havia carência de agir do MP, pois a ação inicial foi interposta em maio de 1999 e seu pedido normativo se voltava para o ano 2000 e seguintes. Um terceiro argumento que apareceu nos acórdãos foi que o pedido violava a tripartição dos Poderes e, portanto, não poderia ser concedido pelo Judiciário.

Na decisão 669-4 houve um voto divergente e minoritário que concordava com a sentença de primeira instância. No entanto, nas outras duas ações (13/99 e 576-5) a decisão do TJSP foi unânime.

Em relação às outras onze ações coletivas que solicitaram acesso ao ensino infantil, sete foram extintas sem julgamento de mérito e quatro foram julgadas improcedentes.

As ações extintas sem julgamento de mérito (122-99, 9069-99, 017-99, 121/99, 356-8, 09/99 e 010/99) respaldaram-se nos seguintes argumentos:

(i) impossibilidade jurídica do pedido por ser genérico e indeterminado⁶⁰:

Impossível torna-se o pedido de condenação genérica sem que se tenha quantificado a obrigação quanto ao fornecimento de pré-escola de forma objetiva, ou seja, com apoio em estatística ou relação de interessados que não houvessem sido atendidos, se o caso, para que se fixasse o número de vagas a ser criado. (Registro nº. 122-99).

⁶⁰ Citado nos registros: 122-99 e 356-8.

(ii) impossibilidade jurídica do pedido por ser matéria da discricionariedade da Administração Pública⁶¹:

Não é competência do Poder Judiciário, nem do Ministério Público, interferir na execução do planejamento administrativo próprio dos demais Poderes. É cediço que vários outros problemas também existem a demanda atenção do Poder Público Municipal: falta de hospitais e pronto-socorros, de escolas, de transporte público, de habitação, de emprego etc. Todos eles são graves e urgentes. (...) Assim, em que pese a pertinência do objeto da lide, o pedido ora formulado não pode ser acolhido, como já mencionado, por ser ele juridicamente impossível. (Registro nº. 017-99).

(...) deve se levar em conta que para os ajustes dessas medidas legais de adequação e organização do ensino, demandam impactos financeiros, comprometedores do orçamento municipal. (Registro nº. 121-99).

(iii) impossibilidade jurídica do pedido por se tratar de pedido futuro⁶²:

(...) o pedido inicial vislumbra uma hipótese de não atendimento à legislação em vigor no ano 2000, o que se nota impossível, não cabendo ao Poder Judiciário abraçar causas abstratas, teóricas e futuras; sairia de sua atribuição típica que é de aplicar a lei ao caso concreto e não em fatos hipotéticos, não permitidos pela Lei. (Registro nº. 122-99).

(iv) inépcia da petição inicial por ser o pedido juridicamente impossível⁶³:

O pedido, como foi formulado, é juridicamente impossível, inclusive porque não guarda compatibilidade com os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade. Apesar de a competência das Varas da Infância e Juventude serem regionalizadas e, assim também, os estabelecimentos de ensino, o Município é um só, com um orçamento único e com deveres gerais dentro do seu território. Pretender, como pretende a inicial que a eventual condenação abranja apenas as crianças das escolas que se encontram na circunscrição desta Vara resulta em violar o princípio constitucional da igualdade e da impessoalidade, porque poderia ocorrer a negativa da pretensão em face de outros estabelecimentos quiza vizinhos. (Registro nº. 09/99).

(iv) falta de interesse de agir por não haver denúncia de ausência de vagas na região⁶⁴:

Ainda que se reconheça deficiência do sistema educacional e seja possível ao Judiciário, diante de ilegalidade, compelir o Município a atender às garantias constitucionais, sempre será necessário a comprovação da negligência ou do descaso na prestação do serviço público essencial. E isto não ocorreu nem de forma superficial, eis que não anexado qualquer documento à inicial nesse sentido e nem efetuada prova no curso feito. (Registro nº. 356-8).

Das sete ações extintas sem julgamento de mérito, o MP recorreu em cinco: 122-99, 9069-99, 017-99, 121/99 e 356-8. Apenas o recurso da ação 121/99 foi aceito, os demais tiveram o provimento negado.

⁶¹ Citado nos registros: 017-99 e 121/99.

⁶² Citado nos registros: 017-99 e 122/99.

⁶³ Citado nos registros: 09-99 e 010/99.

⁶⁴ Citado nos registros: 9069-99 e 356-8.

No TJSP foi dado provimento ao recurso da ação 121/99 para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o exame do mérito da causa. A sentença de primeiro grau foi reformada e julgada procedente.

Nas quatro ações que foram analisadas em seu mérito e julgadas improcedentes (070/99, 042-5, 039-5 e 007/99) os juízes superaram as preliminares acima alegadas pelo Município e reconheceram haver elevada demanda por vagas no ensino infantil. Contudo, entenderam que a qualidade de direito público subjetivo restringe-se apenas ao direito fundamental, sendo o ensino infantil facultativo e realizado de acordo com a discricionariedade do Poder Público, segundo a previsão orçamentária elaborada pelos representantes do povo.

No TJSP, apenas uma ação foi reformada (007/99), nas demais os recursos não foram providos. Na ação 039-5, em que pese o recurso não ter sido provido, houve voto divergente de um desembargador que dava provimento ao recurso do MP e julgava a ação procedente.

Na ação 007/99 o Tribunal reformou a decisão de primeira instância e julgou a ação procedente:

A Constituição da República, na norma extraída do artigo 208, cometeu à União, Estados e Municípios o dever de prover a educação, inclusive atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (inciso IV). Trata-se de norma de eficácia limitada, que veio a ser integrada pela norma do artigo 54, IV, do ECA. Além disso, cabe ao Município, de forma prioritária, o atendimento no ensino fundamental e na educação infantil, como se vê do enunciado do artigo 211, §2º, da Constituição Federal, que será integrado pelo artigo 11, inciso V, da Lei Federal nº9.394/9 de Diretrizes e Bases da Educação. Desta maneira, como o Município de São Paulo passou a ser obrigado a prover, em seu território, o atendimento em creche e pré-escola, não se há falar em discricionariedade da Administração, pois a conveniência e a oportunidade podem ser aferidas no campo do que é permitido à Administração pela lei, mas não no que lhe é imposto como obrigatório.

Nas ações em que o pedido foi elaborado na forma de interesses individuais homogêneos (21 ações), a antecipação de tutela foi solicitada em todas as ações, conforme se observa na tabela.

Em apenas um caso, a ação 429-5, do Jabaquara, a antecipação de tutela não foi concedida. No entanto, essa ação foi extinta por perda de objeto, pois foi celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério Público e o Município para regularizar a situação.

Nas outras vinte ações, o TJSP acatou o pedido liminar dos Agravos de Instrumento interpostos pela Municipalidade em três situações (2169-5; 22-1 e 012-5) e suspendeu os efeitos da antecipação da tutela:

A conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (obras e contratações, por exemplo), cabe, com exclusividade ao Poder Executivo, não sendo possível, ao Poder Judiciário, sob o argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar que tais atos sejam efetivados. (Registro nº. 12-5)

Nas sentenças finais dessas vinte ações, seis foram extintas sem julgamento de mérito e quatorze foram julgadas procedente.

As ações extintas sem julgamento de mérito ocorreram ou por desistência da ação (35-2; 525-4 e 2169-5) ou por falta de interesse de agir do autor (245-1 (073/02); 002.05.901.752-1 e 002.05.900.14-5), pois a municipalidade juntou nos autos documentos com a comprovação de matrícula das crianças.

Nas outras 14 ações procedentes em primeira instância, o TJSP reformou duas ações (22-1 e 130-4), entendendo que a forma de acesso ao ensino infantil era discricionária ao administrador público. Mas, em outras três decisões (12-5; 73-6 e 379-0) o Tribunal negou provimento aos recursos, confirmando a procedência da primeira instância. Nas outras nove ações, os recursos à segunda instância foram suspensos por um prazo de três anos, por conta da celebração de TAC⁶⁵ com a Prefeitura paulistana. Essas ações foram extintas sem julgamento de mérito por perda de objeto, pois a Prefeitura comprovou ter matriculado as crianças.

Nas ações individuais em que houve antecipação da tutela, todas as crianças que foram matriculadas garantiram seu acesso ao ensino, pois o ECA prevê expressamente que os recursos da VIJ serão recebidos somente no efeito devolutivo, e não em seu efeito suspensivo (198, VI). Assim, mesmo nas situações em que a liminar foi suspensa pelo TJSP a criança que se matriculou teve seu direito garantido, pois a “teoria do fato consumado” (adotada pelo TJSP) impediu que o ato jurídico perfeito fosse violado.

Em todas essas decisões de acesso ao ensino infantil, além da grande divergência existente entre os diversos julgadores de primeira instância, o que salta aos olhos é que mesmo no TJSP o tema não era pacífico à época dessas decisões, o que levou à aplicação da norma de forma não uniforme.

Um ponto interessante é que as Varas especializadas da infância e juventude têm competência absoluta para conhecer ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos das crianças e dos adolescentes, só ressalvadas as causas de competência da Justiça Federal e aquelas de competência originária dos Tribunais

⁶⁵ No TAC a Municipalidade se comprometeu a abrir 108.217 vagas para o segmento infantil no prazo de um ano, conforme consta do Inquérito Civil Público 718/05.

Superiores. Dessa forma, cada VIJ, dentro de sua jurisdição especializada, tinha competência absoluta para julgar a ação coletiva que lhe foi proposta pela Promotoria. A previsão de conexão ou continência (artigo 105 do CPC) entre as ações não se aplicou aos casos e a reflexão sobre um possível tratamento não isonômico entre as distintas VIJ na cidade de São Paulo só foi aventada nas ações que foram propostas na VIJ do Jabaquara (09-99 e 010/99), o que fez com que a juíza julgasse a petição inepta, extinguindo o caso.

A mudança de estratégia adota pelo MP (que antes entrava com ações coletivas e posteriormente passou a mover ações individuais homogêneas), demonstra o quanto a instituição Judiciária tem dificuldades em proteger direitos plurilaterais, de natureza distinta à dos direitos individuais. Ainda que o magistrado reconheça que a norma educacional foi violada, ele não tem instrumentos institucionais que lhe permitam atuar adequadamente, e, sem saída, trata o conflito de forma bilateral e pontual.

As decisões que extinguiram as ações sem o julgamento do mérito apontam para essa dificuldade institucional. Muitos juízes entenderam que o pedido era impossível, por demandar uma intervenção que o Judiciário não tem condições de fazer, pois lhe faltam meios para apreciar as necessidades sociais como um todo e intervir nas finanças do Poder Público (17/99 e 121/99).

Outros entenderam que o pedido era futuro e, portanto, não cabia esse tipo de intervenção (017-99 e 122/99). Essa resposta possibilita averiguar a falta de habilidade de o Judiciário lidar com os direitos sociais, que solicitam prestações voltadas para o um direito futuro. Tendo em vista que o Executivo Municipal vinha reiteradamente descumprindo sua obrigação em relação às creches e que as respostas do Judiciário são lentas (Graciano; Marinho; Oliveira (2006) apontam que uma decisão em primeira instância demora em média três meses⁶⁶), é compreensível que a ação tenha sido interposta com antecedência. O referido levantamento da USP mostrou que haveria carência de vagas no ano 2000 e alguns magistrados expressamente reconheceram tal fato. No entanto, alguns julgadores extinguiram o feito sustentando que se tratava de um fato futuro, que ainda não foi descumprido (tendo em vista que o pedido feito em 1999 referia-se a um

⁶⁶ Em pesquisa sobre as ações judiciais educacionais as autoras constataram que: “Entre aquelas que tramitaram apenas em primeira instância, o maior período foi de 17 meses – ação referente à reposição de aulas -, e o menor foi de 3 meses, referente à manutenção de turmas de 7ª e 8ª séries em escolas municipais; de maneira geral, o tempo médio para julgamento foi de 8 meses. Já entre aquelas cujo julgamento foi definido em segunda instância, o período variou de 64 a 12 meses, referentes à garantia de vagas na educação infantil; o tempo médio da tramitação neste grupo foi de 31 meses” (Graciano; Marinho; Oliveira, 2006:4).

possível descumprimento da lei no ano de 2000) e que, portanto, não era possível e cabível a intervenção judicial.

Houve ainda aqueles que extinguiram o processo por considerar o pedido genérico e indeterminado, sem a quantificação precisa de quantas vagas são devidas (122-99 e 356-8). A generalidade do pedido expôs a dificuldade de o Judiciário trabalhar com normas mais genéricas, com poucas determinações sobre a sua forma de implementação.

Essa questão expõe de forma clara como a interpretação de uma norma principiológica (como o direito à educação) pode variar, dependendo do julgador. Assim, os juízes que entenderam que o pedido era devido, reconheceram a educação infantil como um direito e superaram os argumentos da discricionariedade da Administração e da reserva do possível com fundamentos no sistema de freios e contrapesos e na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, os julgadores que entenderam que o pedido não era cabível por ser intervenção em matéria da Administração, basearam-se na afirmação de que a educação infantil é uma norma programática implementada de acordo com a discricionariedade da Administração e que a reserva do possível impedia a concessão do pedido.

Estas decisões de acesso ao ensino infantil também possibilitam afirmar que nas ações julgadas procedentes (tanto nos casos coletivos como nos individuais homogêneos) o conflito foi abordado sob o enfoque da tradicional solução de controvérsias. O direito à educação foi tratado sob o enfoque de interesses, como direitos públicos subjetivos exigíveis individualmente. Os efeitos plurilaterais foram desconsiderados nesses conflitos, não sendo dada a devida consideração às dificuldades estruturais inerentes à questão, como por exemplo, o impacto no orçamento público para imediatamente criar 200.000 novas vagas.

3.2.2. Ensino Fundamental

Pedido	Quantidade de ações	Registro no MPE-SP*	Decisão		
			T.A.	1ª Inst.	2ª Inst.
Solicitação de matrículas (pedido difuso)	6	033-96	SE	P	R
		9041/97	SE	P	R
		53/98	S	P	R
		03/98	SE	P	N
		39/98	N	P	R
		53/99	S	I	-
Não cancelamento de matrículas (pedido coletivo)	2	03/97	S	P	R
		07/98	S	P	N
Construção de escolas (pedido coletivo)	3	388/96	-	ESJM	N
		17/98	SE	ESJM	-
		36-7	SE	P	R*
Reabertura de salas de aula (pedido coletivo)	1	40-98	-	p	I
Censo Educacional (pedido difuso)	1	35-98	N	P	ESJM
Transporte público EJA (pedido difuso)	1	113/97	SE	P	N
LEGENDA: * Número de registro no Ministério Público Estadual de São Paulo.					
ESJM	Extinta sem julgamento de mérito.				
P	Procedente				
I	Improcedente				
N	Não foi aceito o recurso/ não foi aceita a tutela.				
TA	Tutela antecipada				
S	Sim				
SE	Suspensão de efeito da tutela antecipada.				
R	Sentença parcialmente reformada.				
R*	Sentença reformada que ainda não transitou em julgado.				

3.2.2.1. Solicitação de matrículas

Nas seis ações que solicitavam matrículas no ensino fundamental (033-96, 9041/97, 53/98, 03/9, 39/98 e 53/99) o MP buscou a declaração de inconstitucionalidade das Resoluções da Secretaria Estadual de Ensino (Res. SEE), que restringiam o acesso ao ensino fundamental por questões etárias, criando, assim, limitações não previstas nas Constituições Federal e Estadual.

O fundamento normativo das ações foram as normas da CF (arts. 6º, 205, 212); CE (arts. 233, 238, 239, 241, 249, §5º, 255, 257); e os artigos do ECA (4º, 16, 53, V, 54). Por meio desses artigos a promotoria sustentou a inconstitucionalidade das normas do Estado e

do Município que impediam o acesso ao nível seguinte do ensino com base na data de nascimento das crianças e dos adolescentes.

Em todas as ações houve pedido de tutela antecipada para que o Poder Público se abstivesse de impedir a matrícula das crianças e reabrisse o prazo de matrículas, para que estas fossem efetivadas. Com exceção da ação 39/98, a tutela antecipada foi concedida em todas as demais ações, mas o TJSP suspendeu os efeitos liminares nas ações 33/96, 9041/97 e 03/98⁶⁷.

Em quatro ações (033-96, 9041/97, 53/98 e 53/99) abordou-se a situação de crianças com seis anos de idade que completariam sete anos em data posterior à prevista pela Res. SEE e, portanto, foram impedidas de se matricular em no 1º ano do ensino fundamental⁶⁸. Em uma ação (03/98) o pedido foi feito para que a limitação de acesso não ocorresse nas séries seguintes, com as crianças que fariam oito, nove ou dez anos depois da data mencionada na Res. SEE e que estavam sendo impedidas de efetivar matrícula no 2º, 3º ou 4º ano do ensino fundamental.

A ação 39/98 requereu que a SEE fosse proibida de publicar resoluções no sentido de impedir matrículas das crianças no ano de 1999 e em anos posteriores.

Em todas as ações houve o reconhecimento de que a matéria questionada dizia respeito à legalidade e à constitucionalidade das normas da SEE e das Portarias Municipais face às normas constitucionais e às leis federais. Assim, não havia discricionariedade do administrador para restringir o ingresso no ensino fundamental na forma como foi feito, vez que essa atitude feria o princípio constitucional da isonomia.

Dessa forma, todas as ações foram julgadas procedentes em primeira instância, com exceção da ação 53/99, que previa expressamente a possibilidade de matrículas de crianças com menos de sete anos, caso houvesse vagas. O MP não recorreu desta decisão.

O Estado apelou das decisões e quatro sentenças foram reformadas pelo TJSP (033-96, 9041/97, 53/98 e 39/98), vinculando a obrigação de matrícula das crianças com menos de sete anos no fundamental à existência de vagas. Dessa forma, não havendo vagas, o

⁶⁷ O Ministério Público entrou com agravo de instrumento da decisão que suspendeu os efeitos da tutela antecipada e o TJSP reformulou parcialmente sua decisão para que as crianças já matriculadas fossem mantidas na escola.

⁶⁸ A ação 033-96 questionou a Res. SEE 169, que proibiu o recebimento de matrículas de crianças que completariam 7 anos após 28/02/97; a ação 9041/97 impugnou a Res. SEE 164 que trouxe a mesma proibição para a data de 29/02/1998; a ação 53/98 discutiu a Res. SEE 125, que colocou como data limite 31/03/1999; a ação 53/99 foi movida contra o Estado e o Município. Nesta ação, questionou-se a Res. SEE 154 e às Portarias Municipais 3758/99 e 4130/99, que estabeleceu como limite a data de 30/06/2000. As normas dessa última ação previram a possibilidade de matrícula às crianças que completassem sete anos depois dessa data, caso houvesse vagas no ensino fundamental.

Poder Público não estaria obrigado a criar novas vagas ou a pagar mensalidade em instituição particular para a criança com menos de sete anos no ensino fundamental. Em um caso o recurso do Estado não foi provido (a ação 03/98), pois o pleiteava a continuidade dos alunos nos demais níveis do ensino fundamental.

Nessas ações, tal como já foi apontado acima, nota-se a impropriedade do tratamento de direitos sociais ao se desconsiderar o fato de que esses direitos se voltam para o futuro e não para o passado. A ação 53/98, em que pese ter sido reformada pelo TJSP, não surtiu efeitos, o que foi reconhecido pelo próprio Tribunal:

(...) inevitável o reconhecimento de que, em face do tempo já exaurido, o fato decorrente da concessão da tutela antecipada pelo MM. Juiz “a quo”, tornou-se irreversível, pelo que o apelo perdeu significado, já que após quase dois anos não é mais possível reverter-se a situação de fato para obstar-se a continuidade do estudo dos menores beneficiados pela decisão judicial.

O mesmo pode ser afirmado em relação à ação 53/99. Mesmo tendo sido julgada improcedente, a situação antecipada tornou-se irreversível, pois as crianças com menos de sete anos no ensino fundamental não perderam suas matrículas (por força do fato consumado).

3.2.2.2. Não cancelamento de matrículas no Ensino Fundamental

Duas ações da PJDIDCIJ tratavam do não cancelamento de matrículas no ensino fundamental e médio: as ações 03/97 e 07/98.

A ação 03/97 foi posta em dependência à ação 33/96, acima mencionada, com o fim de evitar que as crianças que foram matriculadas por força da medida liminar (concedida na ação 33/96) fossem desvinculadas da escola quando a liminar que garantia as matrículas (crianças com menos de sete anos) foi suspensa pelo Tribunal de Justiça.

O pedido liminar foi acatado e a ação foi julgada procedente com fundamento na “teoria do fato consumado”. Ou seja, uma vez matriculadas, não se admite a retirada das crianças das salas de aula em respeito ao fato consumado, pois isso violaria o ato jurídico perfeito e “inspira[ria] desconfiança, insegurança e uma profunda e, talvez, indelével sensação de injustiça”. A Procuradoria do Estado recorreu e no TJSP o recurso foi parcialmente acolhido, determinando que fosse afastada a “imposição à Fazenda do Estado de matricular todas as crianças que completem sete anos de idade durante o ano letivo de 1997, mantendo, no mais, a decisão apelada”.

Já a ação 07/98 contestou o artigo 15 da Res. SEE 164/97. Esse artigo possibilitava que jovens fossem privados de cursar a escola caso não comparecessem, sem justificativa imediata, nos primeiros dez dias de aula. Com base no artigo 56, II do ECA⁶⁹ o MP requereu liminarmente que, ante a falta injustificada de criança e adolescente matriculados por dez dias consecutivos, o fato fosse comunicado ao Conselho Tutelar da circunscrição para as providências legais daquele órgão. A SEE modificou o artigo e o juiz julgou procedente o pedido tendo em vista que houve o reconhecimento jurídico deste pela autoridade administrativa responsável. A Procuradoria do Estado apelou da decisão, mas o recurso não foi acolhido.

A comparação entre esses dois casos nos permite observar como o Judiciário atua de modo mais satisfatório em conflitos que se voltam para uma situação pretérita e que estão precisamente determinados na regra jurídica. Na ação 07/98 podemos observar que não houve problema para que o Judiciário resguardasse o direito educacional violado, pois a regra do ECA estabelece precisamente o fato mencionado. É interessante observar que no caso em tela o bem já está individuado (os alunos já possuem a vaga) e a atuação do Judiciário não é futura, mas pretérita, voltada a proteger o *status quo* do aluno, impedindo que ele perdesse a vaga antes que o Conselho Tutelar tomasse as providências cabíveis.

3.2.2.3. Construção de escolas e reabertura de salas de aula

As ações 388/96, 17/98, 36-7 e 40-98 pediram a imediata abertura e/ou construção de escolas e salas de aula em diferentes níveis e modalidades do ensino para possibilitar acesso ao ensino às crianças e aos adolescentes que constavam nas listas que embasavam a ação, bem como outras que necessitassem de vaga.

A fundamentação legal nesses casos mencionava, além dos preceitos da CF, CE e do ECA⁷⁰ sobre o direito à educação, os incisos “c” e “d” do artigo 4º do ECA que asseguram prioridade à execução de políticas sociais e à destinação de recursos públicos para proteção da infância e juventude.

A ação 388/96 foi proposta na Lapa em 1996 e solicitou a condenação do Estado a:

construir, ainda no próximo ano letivo, ao menos uma escola em cada um dos seguintes bairros, com, no mínimo, o seguinte número de salas de aula, dividida

⁶⁹ Aborda a necessidade de os dirigentes de estabelecimento ensino comunicarem ao Conselho Tutelar casos de reiteradas faltas injustificadas e evasão escolar.

⁷⁰ CF (6º, 206, 208, 211, 212); CE (233, 237 a 243, 249 a 258); ECA (54 incs. I, II, III, IV, VI, VII, §2º); LDB (2º, 4º, I, 5º, 32, 58, § 3º, 87§§ 2º e 3º); e LOMSP (200 a 209).

entre todos os “níveis de ensino de 1º grau: Jaraguá (13 salas); Vila Brasilândia (12 salas); Jardim Augusto (20 salas); Jardim Iguatemi (16 salas); Vila Bela (20 salas); Jardim Rodolfo Pirane (12 salas); Jardim Centenário (16 salas); Santa Etelvina (16 salas); Limoeiro (12 salas); Escola Norte II (12 salas); Jardim Mabel (20 salas); Parque das Árvores (12 salas); Vila das Belizes (15 salas); São Bento II (15 salas).

Essa ação foi extinta sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sendo esse considerado uma ingerência indevida no Executivo. Segundo o julgador:

“Não compete ao Poder Judiciário, nem ao Ministério Público interferir na execução do planejamento administrativo próprio dos demais poderes da República. São corretos, portanto, os fundamentos da defesa reivindicando obras e verbas nos diversos setores de serviços essenciais: além de escolas, há falta de hospitais, de transportes de massa, de lazer, o policiamento é precário, as prisões estão superlotadas e os encarcerados ociosos (valendo observar que cada preso tem direito a no mínimo 6m², trabalho, escola etc, enquanto estiver na prisão). O consumidor tem seus direitos, também os idosos, a flora, a fauna. Habitação é outra carência. Planejamento urbano é prioritário, base de toda a ação governamental racional, mas não existe. Sanitarismo salva-vidas, também pode ser elevado à categoria de direito fundamental consoante o espírito do art. 5 da Carta de 1988. Problemas de igual importância, necessidade e urgência. Ora, simplesmente não haveria recursos, como não há, para atender toda essa gama de reivindicações por mais legítimas que sejam. Daí a discricionariedade conferida à administração para gerir o orçamento conforme suas metas prioritárias, presumivelmente consagradas nas urnas pela vontade do eleitor. (...) Por essa razão, descabe argumentar com o princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional. Tal controle não pode ser de molde a sujeitar as programações, planejamentos e atividades próprias dos outros poderes ao Poder Judiciário.”

Além disso, o magistrado citou diversos complicadores que a condenação traria, tais como: ruptura da lei orçamentária; balanço unilateral dos déficits; disposição da Secretaria de Educação no sentido de acolher a clientela desabrigada; e impossibilidade de executar, de plano, esta decisão. O MP recorreu da decisão, contudo foi negado provimento ao apelo no TJSP.

Já as ações 17/98 e 36-7 datam do ano de 1998 e foram propostas regionalmente contra o Estado e o Município, solicitando intervenções na Cidade Dutra e Capela do Socorro para compelir as rés a:

construir, implantar emergencialmente (seja por containers, seja por construções modulares ou de outra natureza) ou reabrir salas de aula e/ou escolas em número necessário para abrigar não mais de 35 (trinta e cinco) alunos por sala de aula (cf. Res 164/97-SE), procedendo-se de imediato a chamada pública de todas as crianças na região (...) para que sejam matriculadas nas respectivas séries de ensino.

O pedido de tutela liminar foi concedido em ambas as ações, mas as liminares foram suspensas no TJSP.

O processo 17/98 foi extinto sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, tendo em vista que o Município comprovou que grande parte dos menores nominados na relação que instruiu a inicial foi matriculado. No entanto, o magistrado deixou claro que, de qualquer modo, o processo seria extinto por impossibilidade jurídica do pedido, vez que se trata de matéria abrangida pela discricionariedade administrativa.

Na ação 36-7 a Prefeitura tomou providências para matricular as crianças listadas e solicitou extinção por perda de objeto. O magistrado entendeu que não houve perda do objeto da ação, pois o pedido era mais amplo que a solicitação matrícula das crianças. Assim, em relação ao pedido de construção de creches e salas de aula, bem como o pedido alternativo para que fossem incluídas essas obrigações nas respectivas leis orçamentárias desses entes federativos, julgou o MP carecedor da ação.

No entanto, como os réus reconheceram o pedido por via reflexa e matricularam algumas crianças da região, o juiz julgou que “as partes entenderam ter havido um acordo e este devidamente cumprido”. Dessa forma, julgou parcialmente procedente o pedido e declarou extinta a ação com base no art. 269, II do CPC.

O TJSP anulou a sentença de primeira instância e os autos voltaram para serem novamente julgados.

A nova sentença, proferida em 2007, considerou que o objeto litigioso não desapareceu, pois, ainda que as rés tenham comprovado ter ampliado a rede de ensino, não está provado que não há mais demanda. Ademais, julgou ser legítimo o controle jurisdicional que mede a execução orçamentária e julgou procedente o pedido, condenando as rés a inserir em suas propostas orçamentárias deste ano para o exercício de 2008 a ampliação da rede de ensino, observando o limite de 35 alunos por sala, nos moldes da Res. SEE 164/97. Condenou-as, também, a procederem a uma chamada pública de todas as crianças e adolescentes da região de Capela do Socorro para cadastro e levantamento estatístico. Fixou multa em caso de descumprimento da obrigação⁷¹.

A ação 40-98 foi interposta contra o Estado, questionando a extinção de 628.552 vagas no ensino fundamental estadual frente à constatação do Ministério da Educação e do Desporto de que 315.258 crianças e adolescentes entre 07 e 14 anos estavam fora das escolas. A ação solicitou que o Judiciário obrigasse o Estado de São Paulo a:

reabrir escolas e salas de aulas na Capital e no interior para atendimento de, no mínimo, a demanda apontada pelos dados do Ministério da Educação e do

⁷¹ Não consta recurso contra essa decisão nos autos do Proc. 36-7. Também não há a informação de que o processo transitou em julgado. Na dúvida, optamos em descrever esse julgado com essa observação, pois o julgamos relevante para a pesquisa.

Desporto existentes nesta ação, promovendo as medidas administrativas necessárias para o pleno e perfeito funcionamento dessas escolas e salas de aula já para o início do próximo ano letivo, garantindo em todo o Estado, além do número de crianças e adolescentes já matriculados no ano de 1998, pelo menos mais 315.258 vagas na rede estadual de ensino, devidamente distribuídas em séries e turnos para o total e cabal atendimento de crianças e adolescentes no ensino fundamental obrigatório.

A sentença julgou procedente a ação, sustentando que não se tratava de ato discricionário, pois no caso em tela se discutia a “legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos que levaram à redução da oferta do ensino”. Para o julgador, sendo fato incontroverso que no Estado de São Paulo há uma demanda de 315.258 vagas no ensino fundamental e sendo seu dever ofertar prioritariamente esse nível de ensino, é responsabilidade da ré

suprir todas as necessidades e prover vagas em número suficiente em todo o território paulista (art. 249, § 1º da CE). (...) A discricionariedade da Administração Pública pertine apenas à forma de como alocar seus recursos disponíveis para tal finalidade, a fim de atender a mandamentos constitucionais imposterigáveis, administrando seus recursos financeiros, econômicos e humanos da maneira melhor e mais eficiente para o cumprimento desta prioridade educacional que se constitui num dos direitos fundamentais da pessoa, sem o que desatendidos os princípios a que se refere o art. 1º da Constituição Federal.

O TJSP acolheu a apelação do Estado e reformou a sentença julgando improcedente o pedido do autor, vez que a matéria diz respeito à discricionariedade da Administração Pública.

A imposição de obrigação de fazer consistente na criação e manutenção de vagas constitui invasão de ato de gestão governamental, que toca exclusivamente à conveniência e oportunidade da Administração Pública. (...) Convenha-se, sanar eventual falta de vagas nas escolas públicas estaduais importa, quer se queira ou não, em dispêndio ao erário público, envolvendo questões afetas às diretrizes orçamentárias. Isso só seria possível se houvesse dotação orçamentária específica, aliada à omissão da administração no cumprimento de sua obrigação. Mesmo assim, inviável a restrição temporal para a restrição da obrigação de fazer, como posto na sentença (até o início do ano letivo de 1999), porquanto o administrador público só pode fazer o que a lei determina, tendo dinheiro suficiente para tanto e seguindo o iter legal. Na hipótese em exame, a matéria atinente ao orçamento estadual não foi sequer objeto da petição inicial. Havendo omissão na causa de pedir, defeso é o conhecimento da matéria relativa à existência de verba orçamentária não utilizada para os fins descritos na peça vestibular da ação civil pública, pois não é dado ao julgador apreciar fatos não descritos pela parte.

Dessa forma, improcede a demanda proposta, pois, embora tenha o legislador constitucional pretendido realmente trazer aprimoramento ao ensino fundamental no Brasil, o fez esquecendo-se da dotação orçamentária necessária, como se fosse possível desenhar, como por encanto, a realidade por força escrita.

Essas decisões confirmam o que já foi mencionado nas ações anteriores: não há unanimidade sobre a interpretação da norma e seus limites no caso dos direitos sociais.

A questão orçamentária torna mais evidente nas tutelas coletivas e se colocou como um obstáculo relevante nas decisões. Nesse item, como se viu, essa questão foi contornada, de certo modo, ao ser acolhido o pedido alternativo do MP para obrigar os Poderes Públicos a incluírem em seus orçamentos verbas para o cumprimento da sentença que condenou as Administrações (Estadual e Municipal) a fazerem um levantamento da demanda de vagas na região e, se necessário, construírem escolas para garantir o direito educacional. No entanto, como sustentou o juiz da ação 388/96, para além da questão orçamentária, restam ainda dificuldades em relação ao balanço unilateral dos déficits, à disposição da Secretaria de Educação no sentido de acolher a clientela desabrigada e à impossibilidade de executar, de plano, a decisão. Assim, o Judiciário sente-se mais confortável em julgar conflitos de interesse, para o qual seus funcionários foram preparados, a atuar em demandas que implicam reformas sociais na sociedade.

3.2.2.4. Censo Educacional

A ação 35-98 solicitou tutela antecipada para que o Poder Público Estadual fosse compelido a realizar e publicar o censo educacional até 31/12/1998, tomando as providências necessárias para tal. Como fundamentação legal, além dos já mencionados artigos da CF, CE e ECA⁷² que tratam do direito à educação, respaldou-se no artigo 50 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CE (“ADCT”)⁷³, que prevê a realização bienal de censos educacionais no ensino fundamental; e no artigo 70, IV da LDB⁷⁴, que dispõe que levantamentos estatísticos para aprimorar o ensino pode ser previstos na dotação educacional.

O pedido tutelar não foi antecipado. No entanto, ao final, a decisão julgou procedente o pedido, refutando o argumento da Procuradoria do Estado de que a “Portaria do 859/97 do MEC permite a utilização dos dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP)”. Segundo o magistrado, os dados fornecidos pelo INEP têm finalidade diversa da exigida pela norma constitucional. Ademais, não acatou a

⁷² Artigos: CF (6º, 206, 208, 211,212); CE (233, 237 a 243, 249 a 258); ECA (4º, parágrafo único, “c” e “d”; e 54, I, II, III, IV, VI, VII, §2º); e LOMSP (200 a 209).

⁷³ “Até o ano 2000, bienalmente, o Estado e os Municípios promoverão e publicarão censos que aferirão os índices de analfabetismo e sua relação com a universalização do ensino fundamental, de conformidade com o preceito estabelecido no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.”

⁷⁴ “Art. 70: Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a: IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino”.

alegação de que a SEE não está aparelhada para a realização de tarefa de tamanha complexidade, pois há órgãos públicos e particulares que poderão ser contratados. Passados dez anos sem que nenhum levantamento fosse feito, conforme prevê o art. 50 do ADCT, é urgente que se realize o primeiro censo. A ré foi condenada a promover e publicar os censos educacionais, para aferir os índices de analfabetismo e sua relação com a universalização do ensino fundamental até 31 de dezembro de 1999.

No entanto, em sede recursal, os argumentos da Fazenda foram acolhidos e a ação foi extinta sem julgamento do mérito. A argumentação baseou-se no fato de que a decisão “extravasou o pedido específico do Ministério Público, determinando que seus efeitos alcançassem data muito posterior à colocada como limite na inicial da ação civil pública”. Nos dizeres do julgador não há possibilidade de

se aferir os índices de analfabetismo em 31/12/99, por não haver como realizar pesquisa que pudesse apontar quantas crianças e adolescentes estavam nesta situação até aquela data. Isto leva ao completo esvaziamento do objeto do feito, com adendo de que a ação deveria ter sido proposta com pedido que pudesse ser complementado, o que não ocorre na espécie (...).

É interessante observar a resposta dada pelo TJSP na situação em tela. A princípio, o artigo 461 do CPC possibilita que nas obrigações de fazer, se procedente o pedido, o juiz possa determinar “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. No entanto, na interpretação do Tribunal os limites temporais do pedido vinculam a decisão ao ano de 1999, e dessa forma, já não mais seria possível àquela data (ano de 2002) aferir os índices de analfabetismo de crianças e adolescentes em 31 de dezembro de 1999.

Como se percebe, a lógica de que o processo deve ser tocado e controlado pelas partes ainda é muito arraigada em nosso sistema processual, o que impossibilita que o pedido seja reformulado pelo juiz, sob pena de anulação da sentença por ser *extra-petita* ou *ultra-petita*, concedendo à parte mais ou além do que foi solicitado.

3.2.2.5. Transporte Público EJA

A ação 113/97 requisitou tutela antecipada em agosto de 1997 para que a São Paulo Transportes S.A. (SPTrans) fosse condenada a aceitar os pedidos de carteira de passe escolar propostos por alunos do ensino profissional em todas as suas modalidades e fosse também compelida a parar de exigir o documento de identidade como obrigatório para cadastrar o aluno que desejasse obtê-la. Além disso, pediu ampla divulgação da nova modalidade de educação atingida pelo sistema do passe escolar, bem como supressão de

todos os folhetos que mencionam a necessidade da carteira de identidade para o cadastro no sistema.

A base normativa mencionada nas decisões são os seguintes artigos constitucionais e infralegais: 5º, II da CF, 39 a 42 da LDB, 98, 148, IV, 201, V, 209 do ECA, art. 4§, 1º do Decreto 1060/48, Decreto 1061/48, L. 7116/83, L. 7088/83, Decreto 89250/83, que tratam das modificação de nomenclatura dos níveis e modalidades de ensino nas normas pátrias e da gratuidade de transporte para a modalidade de ensino para jovens e adultos.

A tutela foi concedida, mas suspensa pelo TJSP no ano seguinte. Foi julgado extinto o processo sem julgamento de mérito por considerar que a Vara da Infância e Juventude não era competente para julgá-lo (267, IV, CPC). O MP recorreu da decisão e o seu recurso foi acolhido pelo TJSP, anulando a sentença de primeira instância e enviando os autos para a VIJ de origem, para ser novamente julgado.

A nova sentença julgou a ação procedente. Sua argumentação foi no sentido de que

A pretexto de se conservar um sistema de segurança, não se pode fazer ao cidadão exigências não derivadas de lei, para que ele possa fazer uso de um direito nela previsto; em outras palavras, não é a lei que deve ser interpretada de maneira a se adequar à conduta da ré, mas esta que deve respeitar o ordenamento jurídico em vigor.

Relativamente ao enquadramento da chamada educação profissional como sujeita ao regime do passe escolar, a demanda também foi acolhida. Na sistemática dos Decretos nº. 1060/48 e 1061/48, tanto os alunos dos cursos pré-primário, secundário (ginasial e colegial), pré-normal e normal, bem como os alunos dos cursos comercial básico, comerciais técnicos e técnicos tinham direito à aquisição do passe escolar. A Lei 9394/96 alterou a tipologia dos cursos anteriormente existentes⁷⁵, no entanto, “a mera alteração de nomenclatura não alterou a natureza jurídica destes diversos tipos de ensino, e, por via de consequência, a repercussão jurídica dos mesmos”.

No Tribunal, a sentença foi confirmada em novembro de 2003:

A apelante não pode estabelecer requisitos para a obtenção da carteira de passes, além daqueles constantes no Decreto Municipal, qual garante àquele que não possuir cédula de identidade emitida pela Secretaria de Segurança Pública, fazer uso de outro documento legal (...).

Sobre os alunos do ensino profissionalizante, afirmou que a Lei Municipal 10839/90 ao isentar do pagamento de passagem os estudantes de primeiro, segundo e

⁷⁵ A educação infantil substituiu o antigo curso pré-primário; o ensino fundamental englobou os antigos cursos primário e ginasial; o ensino médio entrou no lugar do colegial; e a educação profissional substituiu os antigos cursos técnicos e comerciais.

terceiro graus não excluiu de seu âmbito os cursos profissionalizantes, de forma que estes não podem ser afastados.

Nessa ação foi cominado à SPTrans obrigações de fazer e não fazer (aceitar os pedidos de passe escolar e não exigir documento de identidade) para possibilitar que o acesso ao ensino fosse garantido. Em que pese a prestação positiva implícita na obrigação de aceitar pedidos de passe para o ensino profissional gerar custos para empresa, privilegiou-se na apreciação do pedido a proteção ao *status quo* anterior, previsto para a modalidade de ensino profissionalizante: a garantia de transporte público. E, nas situações em que o pedido é voltado à proteção do *status quo*, de uma situação pretérita, o Judiciário não encontra problemas para proteger o direito.

3.2.3. Ensino Médio e Supletivo

Pedido	Quantidade de ações	Registro no MPE-SP*	Decisão		
			T.A.	1ª Inst.	2ª Inst.
Ensino médio sorteio de vagas (pedido difuso)	1	38-98	N	P	R
Acesso ao Ensino Supletivo (pedido difuso)	1	42-97	SE	P	R
Não cobrança de taxa no Ensino Supletivo (pedido difuso)	3	778/97	N	P	R
		595-98	N	P	R
		1228/98	S	P	R
LEGENDA:					
* Número de registro no Ministério Público Estadual de São Paulo.					
ESJM	Extinta sem julgamento de mérito.				
P	Procedente				
I	Improcedente				
N	Não foi aceito o recurso/ não foi aceita a tutela.				
TA	Tutela antecipada				
S	Sim				
SE	Suspensão de efeito da tutela antecipada.				
R	Sentença parcialmente reformada.				

3.2.3.1. Ensino Médio – Sorteio de vagas

A única ação que questionou diretamente o acesso a vagas no ensino médio é a ação 38-98, que solicitou tutela antecipada para que a SEE fixasse as matrículas dos adolescentes no ensino médio a partir do critério legal previsto no artigo 53, V do ECA⁷⁶: residência e/ou local de trabalho; e não se utilizasse mais do critério de sorteio, que vinha sendo adotado.

A tutela não foi antecipada, mas a ação foi julgada procedente, sendo considerado manifestamente ilegal o critério de sorteio de vagas. Ademais, o juiz reconheceu na sentença que os adolescentes têm o direito líquido e certo de obter matrícula para os períodos diurnos, só não podendo escolher entre os períodos matutino e vespertino. O pedido supletivo também foi acolhido, tendo sido o Estado obrigado a pagar mensalidades escolares em unidades particulares aos alunos, caso descumprisse a lei.

Em sede de apelação, o recurso do Estado foi parcialmente acolhido para cancelar a determinação de que a Fazenda Pública pague mensalidades escolares aos alunos, alegando que isto poderia gerar graves problemas em relação às redes privadas (que teriam de sujeitar-se ao pagamento de precatórios executados segundo o critério de ordem cronológica). Contudo, o argumento da reserva do possível foi rejeitado pelo TJSP com base na alegação de que houve tempo suficiente para o Estado se programar para cumprir devidamente o ECA:

(...) a norma violada com a resolução não é meramente programática, de sorte que existe um dever para o Estado, de criar todas as vagas necessárias em razão da proximidade das residências dos alunos, não podendo ser aceita a idéia de falta de verba orçamentária, até porque decorridos mais de dez anos da vigência do Estatuto, portanto com prazo suficiente para a satisfação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Novamente, essa ação evidenciou que em situações em que há norma mais específica regulamentando a questão, o Judiciário não tem dificuldades para julgar o conflito. Também nesta ação é possível confirmar o que em outras ações já foi mencionado: o conflito foi tratado como bilateral, sem considerar os impactos plurilaterais que essa decisão pode gerar para o Estado. Isso fez com que a racionalidade administrativa do Estado para a distribuição de vagas tenha sido substituída por uma decisão judicial que não levou em conta todo o gerenciamento próprio das redes de ensino no atendimento de

⁷⁶ E nos demais diplomas legais que tratam da educação, como nos artigos: 208, II da CF; 249, §4º da CE; 53, I do ECA; e 4º, VI da LDB.

sua demanda (suas redes físicas, a existência de docentes para lecionar em determinada região, os custos de garantir os diferentes turnos, entre outras questões).

3.2.3.2. Ensino Supletivo – Solicitação de vagas

A ação 42-97 requereu tutela antecipada para que o Estado fosse compelido a “continuar a prestação de educação de jovens por meio do ensino supletivo de primeiro grau, correspondendo ao Ciclo Básico da 4ª Série”, entre os limites de 15 e 18 anos de idade, conforme previsto nos artigos das CF e CE⁷⁷; LDB; e do ECA⁷⁸. Solicitava, também liminarmente, a reabertura do prazo de matrícula para a educação supletiva, precedida de anúncio público convocatório para as inscrições.

No caso, a argumentação do Estado foi no sentido de que a primeira etapa do ensino fundamental é de responsabilidade do Município, e que, portanto, fecharia as classes do Ciclo Básico I do Supletivo, que compreende o ensino da 1ª a 4ª série do ensino fundamental.

O pedido liminar foi concedido, mas suspensa no Tribunal a obrigatoriedade de veiculação nos meios de comunicação, dado que os gastos serão excessivos e, “caso a decisão seja reformada, inevitavelmente teremos a impossibilidade de reversão dos efeitos decorrentes da medida”.

A sentença foi julgada procedente, reconhecendo a manifesta ilegalidade da Res. SEE 164, de 25/11/1997 (que vedada a instalação de classes do Ciclo Básico à 4ª Série do ensino supletivo) e condenando a Fazenda Pública do Estado ao pagamento de perdas e danos aos prejudicados, bem como ao pagamento de mensalidades em unidades particulares de ensino, no caso de não cumprimento da decisão.

Em sede de apelação, a decisão foi parcialmente reformada no seguinte ponto:

a cominação pecuniária cabível em caso de desrespeito ao comando judicial deve ser revertida ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, não podendo ser dirigida aos eventuais prejudicados, sob a forma de indenização de eventuais perdas e danos.

Assim, o TJSP substituiu a condenação em perdas e danos por multa diária de R\$ 3.000,00 por adolescente desassistido por omissão do Estado.

⁷⁷ “Artigo 249, § 3º - O ensino fundamental público e gratuito será também garantido aos jovens e adultos que, na idade própria, a ele não tiveram acesso, e terá organização adequada às características dos alunos. (...) § 4º - Caberá ao Poder Público prover o ensino fundamental diurno e noturno, regular e supletivo, adequado às condições de vida do educando que já tenha ingressado no mercado de trabalho”.

⁷⁸ CF (208, I e § 1º) e CE (249, § 3º e 4º)78; LDB (37, § 1º; 38); e do ECA (208, I-VIII).

Também neste caso é possível notar que o Judiciário atuou resguardando uma situação passada, impedindo que a sistemática de divisão de competências no ensino público fosse efetivada. Conforme mencionado na introdução, o ensino fundamental oferecido àqueles que não o tiveram em idade própria é de competência mista entre Estado e Município. No entanto, o Ciclo Básico I da EJA é responsabilidade prioritária do Município, enquanto que o Ciclo Básico II desta modalidade de ensino é da responsabilidade do Estado. Nesta situação observamos o Judiciário atuou reorganizando a política previamente planejada pelos Poderes Públicos, impedindo que as classes de ensino supletivo do 1º Ciclo Básico fossem encerradas.

3.2.3.3. Não cobrança de taxa no Ensino Supletivo

As ações 778/97, 595-98⁷⁹ e 1228/98 foram movidas contra a Fazenda Pública do Estado para que este se abstinhasse da cobrança de taxa de inscrição do exame supletivo, tendo em vista a gratuidade do ensino fundamental garantida constitucionalmente, bem como os prejuízos causados a inúmeras pessoas que não possuem disponibilidade financeira de arcar com os custos dos exames. Liminarmente, o MP requereu a abstenção da cobrança de taxa e aviso público comunicando o recebimento de inscrições.

O MP fundamentou o pedido em artigos que tratam do princípio da igualdade e da gratuidade no ensino, tal como os artigos 206, I e VII e 208, I da CF, bem como os artigos da CE 249, § 3º e 37, § 1º e 38 da LDB.

O pedido liminar foi indeferido nas ações 778/97 e 595-98 pela impossibilidade de reversibilidade da medida.

Contudo, na ação 1228/98 a tutela antecipada foi concedida, vez que as decisões das ações anteriores já tinham definido a ilegalidade da cobrança da taxa. Nos dizeres da magistrada sentenciante:

Constata-se, no caso vertente, diante do afirmado anteriormente, que se concedida a tutela antecipada pleiteada, esta não terá caráter de irreversibilidade. Ao revés, evitaria eventuais prejuízos à coletividade, em face de eventual perda de sua eficácia pelo lapso temporal. E notório o entendimento da harmonização entre o caráter satisfativo da tutela e o efeito de reversibilidade da decisão, a fim de resguardar os direitos das partes. Nesse diapasão: "As medidas inerentes à

⁷⁹ Essa ação inicialmente foi proposta em Pinheiros, na VII, para que o Estado não cobrasse taxa de exame supletivo. No entanto, com a interposição da ação, o Estado, por meio de sua SEE, suspendeu a realização dos exames supletivos. A nova ação foi proposta perante a Vara da Fazenda Pública e solicitou não só a não cobrança de taxa para o exame, como também para que a SEE remarcasse em um prazo de dois meses uma nova data para os exames supletivos.

tutela antecipada têm o nítido caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as restrições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares. Nem por isso o exercício dos direitos antes de seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, par.2). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva" ("A Reforma do Código de Processo Civil", Cândido Rangel Dinamarco, Malheiros Editores, 1995, São Paulo, pág. 146). Destarte, observadas as peculiaridades do caso "sub judice", constata-se que efetivamente a concessão da tutela antecipada não causará efeitos irreversíveis, o que por si só autoriza o deferimento do pedido em questão. (Decisão de tutela antecipada, julgada no dia 14/08/1998, pela Juíza Maria de Fátima dos Santos Gomes, na 3ª Vara da Fazenda Pública).

Em todos os três casos as sentenças foram julgadas procedentes e a cobrança de taxa foi considerada ilegal por ferir o princípio da igualdade: como o exame é parte do ensino (conforme Deliberação do Conselho Estadual de Educação) e o ensino público é gratuito, seria uma contradição lógica querer cobrá-lo. Esse foi o entendimento dos magistrados.

No TJSP, as decisões foram reformadas para afastar a multa pecuniária imposta no caso de descumprimento da obrigação, tendo em vista o lapso temporal entre o período das inscrições (julho de 1998) e a data final do acórdão (junho de 2000).

Nessas situações, é possível constatar as dificuldades de proteção de um direito social que ainda não está consolidado ou cujo entendimento não está pacificado no Judiciário: sem o deferimento da liminar, os jovens e adultos titulares do direito educacional discutido tiveram seu direito de acesso gratuito ao ensino fundamental institucionalmente negado.

3.3. As ações sobre qualidade

Nesse tópico foram compiladas as ações que direta ou indiretamente influem na qualidade do ensino, seja por extinguir o caráter experimental de escolas consideradas de “excelência”, seja por questionar a forma como vêm sendo aplicados os investimentos na educação, conforme se verá.

Pedido	Quantidade de ações	Registro no MPE-SP*	Decisão		
			T.A.	1ª Inst.	2ª Inst.
Organização do sistema público de ensino (pedido coletivo)	5	2017/97	N	ESJM	-
		07/99	N	ESJM	-
		385-5	SE	ESJM	N
		64/99	N	ESJM	N
		491/99	N	I	-
Turno (pedido difuso)	5	085/99	S	ESJM	-
		058/98	S	ESJM	-
		35-99	N	ESJM	-
		01/99	N	ESJM	-
		35/99	N	I	-
Reposição de aulas (pedido coletivo)	3	11/97	SE	ESJM	-
	1	43/97	SE	ESJM	-
		593-6	N	ESJM	N
		9013/98	N	I	-
Número de alunos por sala de aula (pedido coletivo)	1	02/99	S	P	ESJM
		03/99	N	P*	N
Aplicação das verbas educacionais (pedido difuso)	4	105/96	N	ESJM	-
		36-98	N	ESJM	-
		638-97	N	ESJM	-
		502-5	N	P	ESJM

LEGENDA:

* Número de registro no Ministério Público Estadual de São Paulo.

ESJM	Extinta sem julgamento de mérito.
P	Procedente
P*	Parcialmente procedente.
I	Improcedente
N	Não foi aceito o recurso/ não foi aceita a tutela.
TA	Tutela antecipada
S	Sim
SE	Suspensão de efeito da tutela antecipada.
R	Sentença parcialmente reformada.

3.3.1. Organização do Sistema Público de Ensino

As ações desse tópico são decorrência de alterações na reorganização do sistema de ensino em São Paulo.

Em 1995 foi promulgado o Decreto 40.473, o qual instituiu o Programa de Reorganização das Escolas da Rede Pública Estadual. O MP moveu três ações questionando tanto os efeitos desse decreto, como os próprios critérios de competência e procedimentos utilizados em sua elaboração. Os fundamentos legais dessas decisões respaldam-se em artigos que tratam da gestão democrática do ensino, como previsto no art. 206, IV da CF e os artigos 4º e 53, V do ECA.

A ação 2017/97 foi proposta no dia 13/02/1996 na VIJ de Itaquera solicitando

tutela antecipada para que o réu suspenda a implantação imediata do Programa de Reorganização das Escolas da Rede Pública Estadual (Decreto 473/95), até que se decida o mérito da demanda, para que: a) a proposta seja submetida à discussão e deliberação da comunidade escolar, Conselhos de escola, Conselho Municipal de Educação, Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgãos representativos, autoridades municipais ligadas à educação, professores, funcionários, pais e alunos; b) definam-se claramente os mecanismos de articulação entre as escolas que sediarão do ciclo básico à 4ª série e as que sediarão das 5ª às 8ª séries, garantindo-se a escolaridade básica de oito anos para todos os alunos da rede estadual de ensino; c) seja garantido o direito de acesso da criança e do adolescente à escola pública e gratuita próxima de sua residência; d) seja garantida a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; e) sejam garantidos, na implantação do Programa, as especificidades locais a serem apuradas no processo de discussão e de deliberação junto à comunidade, escola e demais instâncias acima nomeadas.

O pedido liminar da ação foi indeferido. E, no julgamento, foi suscitado um conflito de competência entre o foro de Itaquera e a Vara da Fazenda Pública (VFP). O TJSP decidiu que a competência era da VIJ de Itaquera. Os autos retornaram à VIJ competente e em 02/06/1997 o MP solicitou formalmente a continuidade da ação. Contudo, em 26/02/1998, o MP requereu a extinção do processo sem julgamento de mérito, vez que a ação havia perdido o seu objeto, pois o Programa do Estado foi implantado e já estava vigorando. Dessa forma, seria mais danoso aos alunos e à política educacional do Estado reorganizar novamente o ensino, depois de decorridos 3 anos. Além disto, com a superveniência da LDB - Lei 9394/96 -, os Estados ganharam poderes para elaborar e executar políticas e planos educacionais, sanando um dos vícios alegados pelo MP.

O pedido da ação 07/99 foi elaborado da mesma forma que na ação 2017, no entanto, a área abrangida era distinta: região geográfica de São Miguel Paulista, Itaim Paulista e Ermelindo Matarazzo. A ação foi proposta no dia 02/03/1996, na VIJ de São Miguel Paulista. O pedido liminar foi indeferido.

Também na ação 07/99 o juiz da VIJ de São Miguel acolheu a argüição de incompetência e determinou a remessa dos autos para a VFP, conforme artigo 35 do

Código Judiciário do Estado de São Paulo c/c. artigo 17 da Lei 6166/88. O juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública julgou a ação improcedente no dia 11/11/1996, nos termos do artigo 269, I do CPC, vez que entendeu que não houve violação aos princípios constitucionais, tendo o autor se insurgido contra o próprio mérito da reforma, o que não pode ser objeto de correção pelo Poder Judiciário, pois concernente ao mérito administrativo:

Não cabe ao Judiciário perquirir ou decidir sobre a conveniência e oportunidade da reforma, nem verificar se o programa de reorganização das escolas de Rede Pública de Ensino Estadual será melhor ou pior do que se apresenta o atual quadro educacional (...). (...) “Ainda que controversa a implantação da reforma educacional, trata-se de projeto decorrente de profundo planejamento e estudo pedagógico, divulgados e discutidos de forma ampla e democrática por todos os seguimentos sociais interessados, como expresso na contestação, razão pela qual, ausente qualquer ilegalidade ou violação aos princípios constitucionais ou legais, improcede a presente ação.

Contudo, o agravo de instrumento interposto pelo MP contra a decisão de incompetência da VIJ foi acolhido. Dessa forma, a decisão da Vara da Fazenda Pública foi anulada pelo TJSP, em 22/06/1999.

Tal como na ação 2017/97, o MP solicitou a extinção do processo por perda de objeto, visto que já haviam passado quase 4 anos do Decreto 40.473/95, tornando efetiva a implantação do referido programa de reorganização escolar, de modo a inviabilizar que se busque a reversão do quadro atual. Acolhendo o pedido do Ministério Público, o processo foi extinto sem julgamento de mérito na primeira instância no dia 17/02/2000, nos termos do art. 267, VIII do CPC.

Já a ação 385-5 (de 25/11/1996) da VIJ da Lapa solicitou liminarmente que o Estado fosse proibido de fechar a "Pré-Escola Experimental da Lapa". Esta ação decorreu do Programa de Reorganização do Ensino (Decretos 40.473/95 e 40.510/95), das Resoluções SEE 267/95 e 169/96 e também por razões econômicas.

O pedido de antecipação de tutela foi concedido, reconhecendo que as medidas adotadas pelo Programa de reorganização

todas com nítido tempero autoritário têm acentuado a carência de vagas escolares nessa região e, segundo comentários de profissionais graduados que temem identificar-se, comprometido a qualidade (ou o que sobrou de qualidade) na rede pública (...).

A liminar foi cassada pelo TJSP. Na decisão da ação, o juiz da Lapa acatou o argumento de poder discricionário da Administração Pública, atribuído pela Constituição pela tripartição dos Poderes. E, dessa forma, extinguiu a ação sem julgamento de mérito, com base no 267, VI do CPC, por impossibilidade jurídica do pedido. O MP apelou da decisão, mas o recurso não foi provido.

A ação 64/99 foi colocada contra a norma administrativa que retirava o caráter experimental de outra escola da Lapa, EEPG Dr. Edmundo de Carvalho (Deliberação n. 23/97, do Conselho Estadual da Educação). O MP requereu a liminarmente a suspensão da Deliberação e, ao final, pediu a declaração de sua ilegalidade, pois esta rompeu o princípio da hierarquia das leis, afrontando o Decreto Estadual n. 52.488/70 e o art. 12 da LDB.

A liminar não foi concedida e a decisão final, em que pese ter reconhecido a relevância histórica da escola, afirmou que

ao juiz não é dado apegar-se a este aspecto de mérito. Impõe-se antes a análise da legalidade da Deliberação n. 23/97, do Conselho Estadual de Ensino. (...) Por determinação constitucional inscrita no art. 242 da carta paulista, o Conselho Estadual de Educação é órgão normativo, consultivo e deliberativo do sistema de ensino nesta unidade federativa. Suas atribuições eram regulamentadas pela Lei Est. 10.403/71, agora, parcialmente recepcionada pela nova lei Fed. 9394/96.

O magistrado entendeu que a Constituição Estadual outorgou ao Conselho discricionariedade para deliberar sobre a matéria regulamentada por meio de Decreto e o mesmo agiu rigorosamente nos limites de sua atribuição constitucional, não ocorrendo quebra do princípio da hierarquia administrativa ou legal. A apelação não foi acolhida.

A ação 491/99 foi proposta tendo em vista a extinção da delegacia de ensino em diversos Municípios (Dracena, Santa Fé do Sul, São João da Boa Vista etc), gerando dificuldades de atendimento pedagógico-administrativo às escolas, seus profissionais e pais de alunos. Nessa ação, o MP requereu abstenção da Fazenda Estadual em promover o fechamento ou desativação das delegacias de ensino anteriormente existentes ao Decreto 43.948/99, ou a redistribuição das competências entre as delegacias de ensino, dado o impedimento à execução da política educacional e do acompanhamento do desenvolvimento de ensino gerado com o Decreto.

Houve pedido de tutela antecipada, mas não foi deferido. Na sentença, a ação foi julgada improcedente, nos termos do art. 269, I do CPC. Aqui, novamente, o fundamento é a discricionariedade da Administração Pública:

Na organização do serviço público pode a administração criar cargos e funções, instituir classes e carreiras e fazer provimentos, remoções e lotações. (...) É matéria da discricionariedade do Poder Público a racionalização das despesas. (...) A manutenção de um grande número de delegacias de ensino acarreta enormes despesas e retira os recursos para a prática pedagógica das unidades escolares.

E complementa:

Considerando-se que não haverá redução dos recursos humanos (professores e demais especialistas do ensino), inviável a alegação de ofensa ao artigo 238 da Constituição Estadual porque não ocorrerá extinção do serviço, mas apenas enxugamento da máquina e eliminação de duplicidade de funções.

(...) Diferentemente do que sustenta o Ministério Público, as representações formuladas pelos funcionários de algumas delegacias de ensino de cidades do interior pretendem garantir direito próprio e, em razão disso, inaceitável a alegação de que o desaparecimento das cinquenta e quatro delegacias de ensino implica rompimento unilateral com o programa de cooperação determinado pelas leis federais 9394/96 e 9424/96 e pela EC 14/96.

Uma questão instigante nas ações desse item é utilização do argumento da discricionariedade da Administração. Estas decisões evidenciam como ainda é caro aos juristas brasileiros do século XXI lidar com problemas distributivos, de reforma estrutural, no âmbito do Judiciário.

Ainda que possamos concordar que a organização do sistema de ensino é uma típica função da Administração do Estado, as normas atuais no âmbito da educação orientam para uma gestão democrática do ensino e uma participação popular que impõem aos Poderes Públicos novos parâmetros a serem levados em conta além de sua “conveniência e oportunidade”.

Assim, é possível encontrar em normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como em documentos internacionais⁸⁰ diversos preceitos nesse sentido:

“CF: Art. 206: O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;”

“ECA: Art. 53, Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.”

“LDB: Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: (...) VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola; VII - informar os pais e responsáveis sobre a freqüência e o rendimento dos alunos, bem como sobre a execução de sua proposta pedagógica.

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios: I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola; II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.”

Contudo, estruturalmente o Judiciário não está aparelhado para intervir nessas situações: não pode negociar com as partes, não tem meios de levantar informações mais precisas do que as que lhe foram trazidas pelos litigantes e, principalmente, não tem como substituir a escolha do Poder Público por uma decisão mais democrática. Também sua sentença, por mais que busque uma justa resposta para o conflito, será fruto de uma decisão individual feita na base do tudo ou nada, sem poder flexibilizar e acomodar os divergentes interesses das partes.

⁸⁰ Há diversas Declarações internacionais que tratam da gestão democrática: Declaração de Dakar (art. 8º, “d”); Declaração de Jomtien (art. 7º); Declaração de Nova Delhi (item 2.8); Declaração de Salamanca (art. 3º, “d” e “e”; art. 33-35, entre outros); de Cochabamba (itens 6 e 7) etc.

Outras dificuldades aqui constatadas dizem respeito à questão temporal. Nas duas primeiras ações, o conflito de competências entre a VIJ e a VFP praticamente inviabilizou que de fato se pensasse no conflito jurídico colocado pelo MP, pois até se decidir quem era competente para julgar o feito, a situação combatida já havia se concretizado.

3.3.2. Turno

Este bloco é composto por cinco ações que abordam a supressão de turnos diurnos em escolas municipais. As ações foram propostas em VIJ regionais. A ação 085/99 é da VIJ Central; a ação 058/98 é da VIJ de Pinheiros; a 35-99 da VIJ da Lapa; a 01/99 da VIJ de Santo Amaro e a ação 35/99 também são da VIJ Central.

Nessas ações o MP sustentou que a Secretaria Municipal de Ensino (SME) estava atuando de forma negligente na prestação do ensino regular de primeiro grau no horário diurno para os adolescentes. Segundo denúncias do MP, a SME encurtou o número de turnos fornecidos aos adolescentes e abriu turmas nos níveis iniciais do ensino fundamental. O MP requereu tutela antecipada para que o Município, por meio de sua SME, abstinhasse-se de tomar medidas tendentes a suprimir classes de 7ª e 8ª série do período diurno. Pediu, também, que houvesse um aviso público esclarecendo esta situação.

Apenas nas ações 085/99 e 058/98 o pedido de tutela antecipada foi acatado, pois o MP comprovou que houve a supressão de classes de 8ª série no período diurno. Assim, foi concedida liminar para que o Município se abstinhasse desta atitude e promovesse o aviso público.

Das cinco ações interpostas contra a municipalidade, quatro foram extintas sem julgamento de mérito. O processo 85/99 foi julgado extinto por ter continência com o processo 35-99, que, além de ser anterior, seu objeto é mais amplo, abrangendo todas as escolas municipais (fls. 65/61).

Já na ação 58-99, após a concessão da liminar o Município tomou providências e pediu extinção sem julgamento de mérito, por perda de objeto. O MP concordou e o juiz homologou o pedido de desistência de ambas as partes. O mesmo ocorreu com os processos 01-99 e 35-99 da VIJ Central.

O processo 35-99 da Lapa foi julgado improcedente, pois o juiz constatou que foi assegurado ensino vespertino e intermediário nas demais escolas da região, abrindo

possibilidade de re-matrícula em escola vizinha. E mais, não constatou que algum aluno tenha remanescido sem vaga nas 7ª a 8ª séries da Vila Brasilândia.

Nessas ações sobre turno quase todas conseguiram obter o que foi solicitado por meio da atuação da prefeitura quando interpelada pelo Poder Judiciário. O efeito político da medida judicial em alguns casos bastou para que a Prefeitura tomasse alguma atitude e resolvesse o problema. E, como o objeto da demanda é futuro, a ação se resolveu antes de forma política que jurídica.

3.3.3. Reposição de aulas

Quatro ações movidas pelo MP solicitavam reposição de aulas ao Estado. A fundamentação legal eram os artigos da CF, CE, ECA e LDB⁸¹.

A ação 11/97 é um desdobramento da ACP 33/96. O pedido foi feito no dia 19/05/1997, tendo em vista que inúmeras crianças foram matriculadas na escola só em abril, o MP requereu tutela antecipada para que o Poder Público fosse compelido a oferecer durante as férias letivas

complementação de aprendizado mediante reforço do conteúdo programático desenvolvido na fase inicial do aprendizado por reposição de aulas e acompanhamento pedagógico permanente de todas as crianças que sofreram atraso ou que tem revelado dificuldades no aprendizado, por força de terem sido vítimas de enganos administrativos ou de qualquer percalço verificado nas escolas públicas estaduais de todo o Estado de São Paulo, no cumprimento das decisões judiciais que determinaram tanto a matrícula inicial, quanto as que reconheceram a situação consolidada.

A tutela foi antecipada, no entanto, a liminar foi cassada no TJSP. Ao final, a sentença foi extinta sem julgamento de mérito. Em que pese o juiz ter reconhecido que o autor ainda tinha interesse de agir no início da ação, extinguiu o feito com a seguinte fundamentação:

Entretanto, já não é mais possível a esta altura, prosseguir-se no processo ante a superveniente falta de interesse de agir do autor pelo decurso do mês de julho de 1997, pois já estamos em outubro, época em que não é mais possível o cumprimento, ou execução, de eventual sentença de procedência da ação. Não é dado ao autor exigir julgamento de mérito de seu pedido apenas por interesse acadêmico, ou outro, quando manifesta a inviabilidade de execução, por absoluta impropriedade temporal, do provimento judicial demandado. O feito foi extinto sem julgamento de mérito (art. 267, inc. VI do CPC).

⁸¹ CF: 6º, 208, VII; ECA: arts. 54, VII e 208 V; LDB: 24, IV, V, “e”; 26. Na ação 9013/98, a fundamentação legal mencionou também: ECA: 4º, 54, 145, 146, 147, 148, (inc. IV), 208, 209, 210; Res. SE-4, de 15/01/98: arts. 2º, 3º, inc. I, II, III; Res. SE 178, 26/12/97.

O MP não recorreu da decisão.

Na ação 43/97 o MP requereu tutela antecipada para que o Poder Público fosse compelido a oferecer reposição de aulas divididas por séries e requereu que o Estado se abstivesse de instalar

turmas de estudos com alunos de séries distintas nos estudos de recuperação e avaliação nas férias escolares, suspendendo-se a vigência do art. 2º, III, “d” e seu §1º, da Res. 165/97. Alegou que estas disposições cerceiam os direitos da criança e do adolescente ao regular o ensino fundamental obrigatório, favorecendo a confusão entre alunos de séries distintas no mesmo espaço físico, em confronto com os dispositivos da LDB.

A tutela antecipada foi concedida no dia 30/12/97, mas cassada pelo TJ SP no dia 15/01/98. A reposição pleiteada na ação referia-se à reposição de aulas que ocorreriam em janeiro de 1998. No entanto, a decisão de primeira instância data de 07 de maio de 1999, época em que a resolução tida como ilegal já havia perdido sua eficácia.

Dessa forma, a ação foi extinta sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC. Segundo o magistrado, o exame de mérito da ação

está prejudicado, pois não há como retroagir os efeitos de uma eventual decisão de procedência da ação para alcançar as medidas, já exauridas, previstas na combatida Resolução SE 165/97, que tratou exclusivamente das classes de recuperação de alunos no mês de janeiro de 1998 (cf. fls. 20). Concedida liminarmente a medida impetrada pelo Ministério Público, em 30/12/97 (fl. 22/23), no dia 15 de janeiro seguinte teve a execução suspensa por determinação do Exmo. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça (49/52). Quando os autos vieram à conclusão, em 13/08/98, as regras tidas como ilegais já tinham perdido sua eficácia, porque destinadas apenas a disciplinas ao curso de recuperação de janeiro de 1998. Diante do fato superveniente, falta ao autor interesse de agir para ver a demanda julgado pelo mérito.

Nessa ação, também, não houve recurso.

Na ação 593-6 o MP solicitou reposição de aula para que jovens e adolescentes não fossem prejudicados com a paralisação, em virtude de greve, de professores e funcionários. Sustentou que a oferta não foi suprida pelo Estado e que a irregularidade na oferta do ensino equivale à negativa de sua oferta. Assim, requereu tutela antecipada para que a ré fosse condenada a adotar providências necessárias para a reposição das aulas que deixaram de ser ministradas. Pediu, também, que os alunos e seus respectivos representantes legais fossem indenizados, por todos os danos morais e patrimoniais decorrentes das espúrias condutas da ré, nos termos do art. 95 do CPC, aplicável à espécie por força do art. 224 do ECA e do art. 21 da LF 7347/85.

Nessa ação houve antecipação de tutela e o Estado acolheu o pedido do MP implementando-o na Res. SEE 61, de 16/06/2000. Desse modo, a ação foi extinta sem julgamento de mérito, dada a carência superveniente do autor por falta de interesse de agir.

Em relação ao pedido de indenização feito pelo MP, o magistrado acolheu o argumento de que o MP não tem legitimidade para demandar em juízo a defesa de direito e interesses individuais pleiteando indenizações nos termos do art. 95 do CDC, pois o dano moral seria direito individual personalíssimo.

O MP recorreu da decisão, contudo o recurso não foi provido, pois, apesar de o TJSP reconhecer a legitimidade de o MP pleitear danos morais e materiais por força dos arts. 95 do CDC, 21 da L. 7374/85 e 224 do ECA, “a inicial deve descrever os danos, abrindo-se a possibilidade para a ampla defesa. Neste ponto é manifesta a inépcia da inicial, pois não especifica a reparação de danos almejada”, conforme entendimento do TJSP.

Já a ação 9013/98 questionou os efeitos da Resolução SE-4, de 15/01/98, que diminuiu a carga horária no ensino médio e fundamental, na qualidade do ensino. Dessa forma, solicitou que o Estado fosse condenado a repor as aulas subtraídas e a reiniciar imediatamente a jornada com 6 horas-aula para os alunos do período diurno e de pelo menos 5 horas-aula para o ensino noturno, como praticado nos anos anteriores.

Nessa ação 9013/98 a antecipação de tutela não foi concedida e a ação foi julgada improcedente, com o argumento de que:

Para a finalidade de comprovar a eventual perda da qualidade de ensino estadual ofertado no ano de 1998 em relação a 1997, imprestável a prova oral mencionada, por força do disposto no art. 400,II, do Código de Processo Civil, uma vez que a opinião isolada de uma pessoa, por mais conhecimentos técnicos que tenha, não substitui a perícia realizada na forma da lei, necessária para a verificação de dados estatísticos, de conteúdo programático, de toda a complexidade técnica que necessita ser demonstrada para uma conclusão acertada. Assim, não se pode dizer que houve melhora ou piora na qualidade de ensino em 1998, por força das modificações curriculares introduzidas pela Resolução SE-4, a que alude a inicial, tão somente porque houve alteração na carga horária das matérias e supressão de algumas, com inclusão de outras, conforme a série. Demais disso, impossível tal verificação à época da audiência instrução e julgamento (21/10/98), quando ainda não terminado o ano letivo de 1998 e, portanto, não concluída a formação dos alunos para ser feita a comparação do nível de instrução em relação aos anteriores. (...) Não houve ferimento à lei ou à Constituição. Foi observado o limite mínimo a que alude o inciso I, do artigo 24 da LDB (L. 9394/96).

Nessas ações sobre reposição de aulas é possível constatar as dificuldades de se utilizar de uma estrutura tradicional para julgar direitos de natureza distinta. Os prazos podem ser demasiadamente extensos (como na ação 43/97), ou curtos, de forma a não permitir uma correta avaliação do problema (como ocorreu na ação 9013/98).

Também nessas ações é possível constatar a dificuldade de o próprio Judiciário em avaliar o quanto é devido em cada direito, mostrando a necessidade de uma maior interação e diálogo com outros setores para saber a pertinência, ou não, do pedido.

3.3.4. Número de alunos por sala de aula

Em duas ações o MP questionou o número de alunos presentes em sala de aula, alegando que as salas estavam superlotadas e que isso prejudicava a qualidade do ensino, além de tornar o local insalubre.

O fundamento legal dessas ações foi: CF, CE, LDB⁸², Código Sanitário de SP (Decreto 12.342/78) art. 102; e Res. SE-125, 23/11/98 da SEE art. 10, que mencionam não só a quantidade específica de alunos que deve ter em salas de aula por nível de ensino, bem como o Código Sanitário traz expressamente uma definição de salubridade em sala de aula, estabelecendo qual o limite de pessoas por m² admitido.

Na ação 02/99, o MP pediu antecipação de tutela para que o Estado se abstivesse de matricular mais de 35 alunos por sala de aula em uma escola específica de ensino fundamental em Penha da França, procedendo à realocação das crianças matriculadas nas classes discriminadas.

Foi demonstrado que havia classes com 47, 42 e 46 alunos e que o colégio estadual em questão possuía 9 salas de aula desativadas e em condições de serem usadas. Dessa forma, havendo verossimilhança e prova inequívoca do objetivado, a tutela foi antecipada no dia 11/03/1999 para adequar o número de alunos por sala de aula para 35 alunos por classe.

O Estado adotou medidas para regularizar a situação e solicitou ao juiz a extinção do feito sem julgamento de mérito por suposta perda do objeto. No entanto, o MP manifestou-se contra a extinção, para que a decisão fizesse coisa julgada e impedisse que a requerida atuasse dessa forma no futuro. O juiz julgou procedente o pedido do MP, sustentando que não houve perda de objeto, pois a adequação foi posterior ao ingresso. Além disso, o pedido da petição inicial não se restringiu ao ano de 1999, não havendo que se falar em decisão “extra-petita”. No que tange à discricionariedade da Administração, o juiz reconheceu não haver margem à escolha do administrador no caso concreto, mas obrigação de tutela do direito à educação. Argumentou o juiz que:

⁸² CF, art. 205, CE, art. 239 e 249, LDB, art. 4º, IX.

no caso em exame o Executivo, diante do que dispõe o artigo 205 da Magna Carta, que estabelece o direito à educação e esta garantia condicional é corroborada na CE e também pela LF 9394/96, indubitavelmente, não há de se falar em escolha e sim em obrigatoriedade no cumprimento do cânone constitucional. (...) O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato, mas por legalidade ou legitimidade entende-se não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.

No entanto, em sede de apelação, o recurso da Fazenda do Estado foi acolhido e a sentença reformada. A ação foi extinta sem julgamento de mérito por carência de ação superveniente.

Segundo consta na apelação:

No dia 23/02/1999 o Estado foi citado e, no mesmo dia, supervisores de ensino da SEE foram enviados ao colégio, recomendando remanejamento de alunos, o que importou na perda de objeto da antecipação de tutela e da própria ação. Contudo dia 11/03/1999, em detrimento das Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça, a tutela antecipada foi concedida. A carência superveniente encontra-se retratada em vivas cores. (...) No caso em testilha, sobressai patente a ausência de interesse processual, o qual deve existir não apenas para impulsionar a demanda, mas, também, em todo o seu curso, porquanto toda ação ostenta uma utilidade, razão pela qual desaparecendo o interesse decai a utilidade, de nada valendo a prestação jurisdicional, caso o ‘facere’ ou o ‘non facere’ já tenha sido verificado num mundo fenomênico, o que ora se certifica. Nesse diapasão de rigor o decreto da carência. (...) o pedido deve ser claro e específico, se sujeitando apenas a interpretação literal, isto é, o pedido é aquilo que escrito foi, nem mais, nem menos. (...) Com inteira razão o nobre Procurador de Justiça, pois o pleito principal, o qual se identifica com antecipação de tutela, pois esta é integral, não foi delimitado, mas igualmente, nada se pediu avante, de maneira que tendo sido o requerimento formulado antes do início do ano letivo de 1999 encontra-se ele delimitado no próprio ano, pois o reflexo nos anos seguintes deveria ter sido pedido expressamente, sendo defeso ao julgador ir além do pedido. (...) Diante de tal quadro, conclui-se que ao pedido original não há interesse processual e, no mais, o “decisum” é “ultra-petita” e, neste prisma, nulo”. Decretou carência de ação superveniente.

O pedido da ação 03/99 é um pouco mais amplo, além de o número de alunos ser inadequado, o MP questionou a utilização de containeres metálicos como salas de aula improvisadas, afirmando que essa é uma medida inadequada e causa prejuízo para a saúde do aluno, além de prejudicar a qualidade do ensino. Dessa forma, requereu tutela antecipada para que o Estado

abstenha-se de matricular mais de 35 alunos, por turno nas salas de aula metálicas com área de 42 metros quadrados, bem assim mais de 38 alunos naquelas com área de 46 metros quadrados de que se utiliza nas escolas sob sua administração, situadas na Capital do Estado, assim como proceda na imediata realocação das crianças matriculadas nas mencionadas classes – caso extrapolem os limites acima mencionados.

Requereu, ainda liminarmente, que se impusesse à requerida o

dever de substituir, no prazo de um ano, os containeres que vêm sendo utilizados como salas de aula desde período anterior a 1988 (v. a relação das unidades

escolares a fls. 77), posto que à evidência, sua manutenção por tão largo espaço de tempo impõe solução definitiva do problema, com a implementação de salas com o uso de outros materiais.

Pediu, também liminarmente, que a Fazenda Pública do Estado se abstinhasse de manter por período de tempo superior a 2 anos salas de aula metálicas em uma mesma unidade educacional, visando a ressaltar o emergencialidade do uso de mencionado material.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido, mas a sentença foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo que a situação estava irregular nas salas de aula. Sobre a discricionariedade do administrador comentou que não se questionavam os critérios administrativos na ação, mas a legalidade do ato omissivo. Assim, em relação ao número de alunos por sala de aula julgou a ação procedente, pois estava devidamente comprovado na ação que a quantidade de alunos era superior ao legalmente permitido, em afronta à regra ao Código Sanitário.

Em relação às salas de aula de containeres, a ação foi julgada improcedente, pois o magistrado afirmou que não foi devidamente demonstrado em juízo através de laudo pericial adequado que os containeres são desconfortáveis e insalubres:

Não trouxeram dados como temperatura ambiente em dias de condições climáticas variadas, de níveis de ruído e de reverberação durante as aulas e outros de interesse à aferição de ambiente insalubre. Apenas com base na quantidade de pessoas que ocupam tais salas de aula diariamente trouxeram conclusões sobre a inadequação do uso para o qual foram destinados os containeres examinados.

O MP e a Fazenda Pública do Estado apelaram da decisão, mas os recursos não foram providos.

Um comentário importante a ser destacado no exame dos recursos diz respeito à consideração do TJSP sobre a possibilidade de condenar a FPE a obrigação de não fazer:

Enfim, a condenação à obrigação de não fazer é juridicamente possível, pois não ocorre qualquer usurpação de poderes, uma vez que consiste ela em observância de regulamento do próprio Poder Executivo, sendo possíveis diversas atitudes visando esse atendimento, dentre as quais o remanejamento de alunos ou de salas de aula, e até mesmo a modificação dos padrões de ocupação, caso estabelecidas a possibilidade física e a conveniência educacional da medida.

Essas ações também demonstram diversos problemas que são apontados pela crítica institucional. Primeiramente, a questão da utilidade da tutela jurisdicional em situações em que o objeto se esgota com o atendimento da tutela antecipada. O próprio desembargador em sede de apelação chama a atenção para esse fato ao alegar que:

desaparecendo o interesse decai a utilidade, de nada valendo a prestação jurisdicional, caso o '*facere*' ou o '*non facere*' já tenha sido verificado num

mundo fenomênico, o que ora se certifica. Ora, se assim for, é urgente que o Judiciário reveja as normas processuais que cuidam de direitos sociais, para evitar gastos institucionais que, por vezes, mostram-se desnecessário.

Ainda nesse sentido, pode ser apontada a afirmação feita pelo magistrado de que o pleito principal, que se identifica com antecipação de tutela,

não foi delimitado, mas igualmente, nada se pediu avante, de maneira que tendo sido o requerimento formulado antes do início do ano letivo de 1999 encontra-se ele delimitado no próprio ano, pois o reflexo nos anos seguintes deveria ter sido pedido expressamente, sendo defeso ao julgador ir além do pedido.

Aqui reaparecem críticas da capacidade institucional já comentadas: a formalidade do processo de adjudicação, a falta de flexibilidade para com o pedido futuro e a carência de mecanismos adequados ao juiz atuar no conflito.

No caso da falta de provas de que as salas de containeres são inadequadas poderia muito bem o juiz utilizar-se de mecanismos mais ativos para comprovar tais informações. Contudo, os princípios gerais que orientam nosso processo ainda são voltados à tutela individual e ao modelo tradicional de adjudicação, de forma que não tendo a parte produzido prova satisfatória, não há procedimentos mais eficazes para que o Juiz verifique os fatos de forma mais precisa.

3.3.5. Verbas

Das quatro ações existentes sobre aplicação das verbas na educação, duas solicitavam a publicação das informações completas sobre as receitas arrecadadas, transferências e recursos recebidos e destinados à educação a cada trimestre, bem como a prestação de contas das verbas utilizadas. As outras duas requereram que o Judiciário condenasse o Poder Público competente em obrigação de fazer para que fosse aplicada 30% de suas receitas de impostos e transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A ação 105/96, movida contra o Município, e a ação 36-98, contra o Estado, requereram liminarmente que o Poder Público responsável fosse obrigado a publicar “informações completas sobre as receitas arrecadadas, transferências e recursos recebidos e destinados à educação” (...), bem como a prestação de contas das verbas utilizadas discriminadas.

O fundamento jurídico do pedido foram os artigos 208 e 209 da LOM, no caso da ação contra o Município, e o artigo 256 da CE, no caso da ação contra o Estado.

Em ambos os casos a tutela não foi antecipada, mas os Poderes Públicos publicaram as informações solicitadas pelo MP. Dessa forma, o próprio MP solicitou a extinção da demanda por perda de objeto em ambas as ações. Os Juízes da VII Central e de Pinheiros extinguíram o processo contra Prefeitura e Estado, respectivamente, sem julgamento do mérito.

A ação 638-97, contra o Município, e a ação 502-5, contra o Estado, foram propostas em Varas da Fazenda Pública.

Na ação 638-97 o MP alegou que o Município deixou de aplicar R\$ 176.371.211,00 na educação em 1995; e, em 1996, deixou de gastar R\$ 150.729.940,00 na manutenção e desenvolvimento do ensino, importando numa sonegação de R\$ 280.729.940,00. Sustentou o MP que a Lei 12.340 permitiu o parcelamento da dívida confessada em prestações mensais iguais e consecutivas até dezembro de 2000, violando os dispositivos legais e constitucionais. Dessa forma, pleiteou tutela antecipada para a

declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal 12.340/97, com remanejamento de recursos entre as Secretarias Municipais sobre as quais incida óbice legal à transferência de recursos, disponibilizando-os imediatamente e informando como pretende fazer para destinar à Secretaria Municipal de Educação a importância de R\$ 280.000.000,00. Supletivamente, requer que o prefeito seja compelido a incluir na proposta de Lei Orçamentária do orçamento do exercício de 1998 as importâncias que deixaram de ser aplicadas neste exercício orçamentário.

Na ação 502-5, o MP requereu tutela antecipada para que a Fazenda Pública do Estado fizesse:

a) inserir na base de cálculo sobre a qual incide o percentual destinado à educação por força dos mandamentos constitucionais e legais citados os montantes recebidos a título de compensação financeira em decorrência da L.C. Federal 87/96, seja na prestação de contas, seja nas diretrizes orçamentárias; b) aplicar na manutenção e no desenvolvimento do ensino, em caráter complementar e a título de compensação pelas espúrias condutas que adotou no exercício financeiro de 1998 e de 1999, o montante de R\$ 4.129.265.941,37, inserindo-o na proposta orçamentária e na respectiva lei de diretrizes referentes aos dois exercícios financeiros seguintes ao trânsito em julgado da r. decisão, o qual deverá ser devidamente corrigido até o efetivo desembolso; e c) inserir, na proposta orçamentária e na respectiva lei de diretrizes, os valores referentes ao salário – educação, a convênios na área de educação, ao FUNDEF, assim como as receitas próprias da SE e os ganhos financeiros decorrentes da aplicação dos recursos do FUNDESP, como inteiramente afetos à manutenção e ao desenvolvimento do ensino – e não na base de cálculo sobre a qual incidem os 30% previstos no art. 255 da CE; d) se abster de utilizar as verbas do salário-educação para o pagamento de despesas afetas ao tesouro do Estado; e e) abster-se de inserir, no percentual destinado à educação, valores que não guardem relação direta com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, incluídos na vedação o pagamento de benefícios previdenciários, o custeio entidades ou atividades culturais e a aquisição de merendas.

O pedido de tutela antecipada não foi acatado em nenhuma das duas ações.

A ação 638-97 foi extinta por perda de objeto, vez que a Lei 12340/97 foi revogada, acarretando falta de interesse de agir superveniente e o próprio MP solicitou a extinção da demanda, de forma que não houve recurso.

Já a ação 502-5 foi julgada procedente, tendo o juiz acatado todos os pedidos feitos pelo MP. Em sua argumentação, o juiz afirmou que no caso em tela, não havia discricionariedade, mas vinculação a preceitos legais (houve um inquérito civil prévio, nesse sentido):

Fora de dúvida, que a inconstitucionalidade apontada, está a repetir-se na votação da proposta orçamentária para o exercício de 2002. (...) E a inconstitucionalidade apontada, reside justamente no descumprimento de normas auto-aplicáveis, além das exigências do que se deva considerar como de manutenção e desenvolvimento do ensino, nos artigos 70 e 71 da Lei n. 9394/96. Trata-se de votações e execuções orçamentárias em desacordo com exigências patenteadas nas Constituições Federal, Estadual e na Lei de diretrizes e Bases da Educação. (...) O Estado federado é uma entidade única, somente estando tripartido seus Poderes, por escolha constitucional soberana, de ordem a preservar o sistema dos "checks and balances". (...) Veja-se de início, nos exercícios de 1997 a 2000, embora em vigor a Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996 desde de 1 de novembro daquele ano, as Leis de Diretrizes Orçamentárias, que vinculam a elaboração do orçamento a cada ano, deixou de incluir no percentual destinado à educação, os valores decorrentes de compensação financeira daquela lei não obstante tenha havido transferência de recursos da União para os Estados e Municípios na forma de compensação financeira do ICMS nas operações de exportação de produtos primários e semi-elaborados. Obrigatoriamente, haverá que inserir tais repasses na votação do futuro orçamento de 2002, portanto.

Examinou, em seguida, a inserção de pagamentos de inativos nas verbas destinadas ao FUNDEF:

Sem dúvida, que tais despesas devem ser excluídas das verbas mencionadas nos artigos 212 da Constituição Federal e 225 da Estadual, ainda que o artigo 70 da lei de diretrizes e Bases da Educação não as mencione expressamente. (...) "Existe discricionariedade, sem dúvida, no exercício de políticas e escolhas por parte do Executivo, mas não é possível ela vá além e desborde dos limites da lei, aliás, de Constituições, sendo que a deste Estado prevê que NO MÍNIMO TRINTA POR CENTO DA RECEITA DE IMPOSTOS E TRANSFERÊNCIAS FIQUE VINCULADA À EDUCAÇÃO.

O Estado apelou da sentença e o TJSP acolheu seus argumentos, reformando a sentença de primeira instância e julgando a ação improcedente por ser matéria pertinente à discricionariedade administrativa.

Nos dizeres do relator:

Não obstante a grandeza da intenção demonstrada pelo autor, certos atos da vida pública só podem ser prestados por quem detém competência constitucional para tanto, e, no caso, tratando-se de atos administrativos que importam em previsão orçamentária e gastos públicos, esses atos estão afetos à competência exclusiva do poder Executivo, não sendo cabível, de outra parte, que eles sofram interferência do Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio estabelecido no art. 2 da Constituição Federal, o que é indesejável. (...) Ainda não se pode, a pretexto de salvaguardar direitos, ferir normas válidas e eficazes do universo

jurídico vigente, o que obriga o intérprete, em árdua tarefa, adequar a aplicação do Estatuto à realidade jurídica e todas as normas programáticas insertas na Sexta carta Republicana.

O terceiro desembargador, seguindo o voto do relator, afirmou em seu voto que

(...) na forma pleiteada na petição inicial, não há análise de legalidade do ato administrativo praticado pelo Poder Executivo Estadual, mas análise do próprio mérito do ato, com interferência na CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

O relator revisor, também julgou a ação improcedente, no entanto utilizou uma fundamentação distinta. Primeiramente, não considerou invasão de competência na discricionariedade da Administração, pois as regras são expressas e o controle de legalidade é uma previsão constitucional. Contudo, entendeu que “não podem ser considerados como receita de imposto o valor objeto da compensação de dívida, prevista no art. 31, par. 3, da LCF 87/96, mas somente os recursos repassados ‘em’ moeda, pela União”.

Sobre a inclusão dos inativos na conta de educação, afirmou que sua inclusão nas receitas de manutenção e desenvolvimento do ensino não padece de ilegalidade. Quanto às verbas da FUNDEF, sustentou que o próprio autor reconheceu que a indevida inserção nas leis de diretrizes orçamentárias foi remediada pela Secretaria Estadual da Fazenda, quando da prestação de contas. Em relação à indevida inclusão dos gastos com a Fundação Pe. Anchieta, o Memorial América Latina e a Fundação Zoológico argumentou que

tais gastos não autorizam o julgamento de procedência da ação, pois que mesmo que desconsideradas os valores investidos nesses órgãos, a porcentagem investida em educação ainda é maior, conforme informações da coordenadoria da administração financeira.

Nessas ações sobre a aplicação indevida de verbas no ensino há grande divergência em relação aos limites da atuação do Judiciário quanto à discricionariedade administrativa, bem como sobre o que é ou não é verba e gasto do ensino, que podem e devem ser computados nos 30% a serem investidos na manutenção e no desenvolvimento do ensino. Aqui, novamente, também é confirmado o que já foi constatado em outros casos: a falta de flexibilidade dos julgadores para buscar as informações necessárias e apurar devidamente os fatos, bem como as dificuldades técnicas e jurídicas inerentes à matéria discutida, tornam obscuras as informações e colocam-se como fortes entraves para a afirmação dos direitos sociais no Judiciário.

3.4. Resultados gráficos das ações

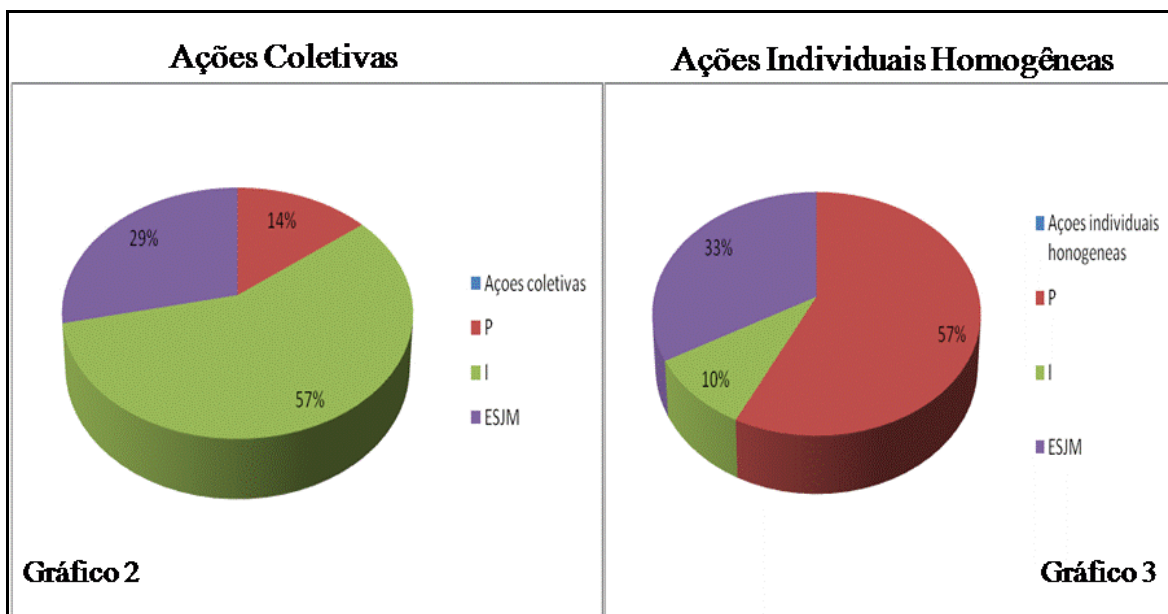
No gráfico 01, apresentamos os resultados gerais de todas as decisões, classificando-os como Procedente, Improcedente ou Extinta sem julgamento de mérito. Aqui foram considerados os resultados finais das 75 ações examinadas. Assim, por exemplo, se na primeira instância a ação foi julgada procedente, mas no TJSP a ação foi julgada extinta sem julgamento de mérito, consideramos apenas essa última decisão no cômputo geral⁸³.



3.4.1. Exigibilidade coletiva x exigibilidade individual

Nos gráficos 2 e 3 comparamos os resultados das ações coletivas e individuais homogêneas que solicitaram vagas no ensino infantil. O gráfico 2 expõe o resultado das ações coletivas e o gráfico 3 das ações individuais homogêneas. Vale lembrar que as ações extintas sem julgamento de mérito tiveram efeitos completamente distintos em um e outro caso. Nas ações coletivas a extinção sem julgamento de mérito se deu porque as ações não preencheram as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido ou interesse processual) por ser o pedido considerado genérico e futuro. Já nas ações individuais homogêneas a extinção se deu porque o Poder Público matriculou as crianças (perda de objeto).

⁸³ Em algumas ações, os recursos foram parcialmente procedentes para remover obrigações acessórias ou complementares ao pedido (multa, vaga em instituição particular, por exemplo). Essas alterações não foram computadas, pois não modificaram o resultado final do pedido principal.



Esses gráficos demonstram que o conflito é individual (questionado na forma de interesses violados) encontra no Judiciário uma proteção muito maior do que o pleito coletivo. Isso porque quando o conflito é colocado sob a forma de interesses jurídicos que foram violados o julgador consegue emitir uma resposta dentro da racionalidade para o qual foi preparado: garantir o *status quo* da parte. No caso da vaga concedida individualmente, a fiscalização do cumprimento da decisão é obtida por meio de ofício em que a Prefeitura envia o nome das crianças que obtiveram a vaga.

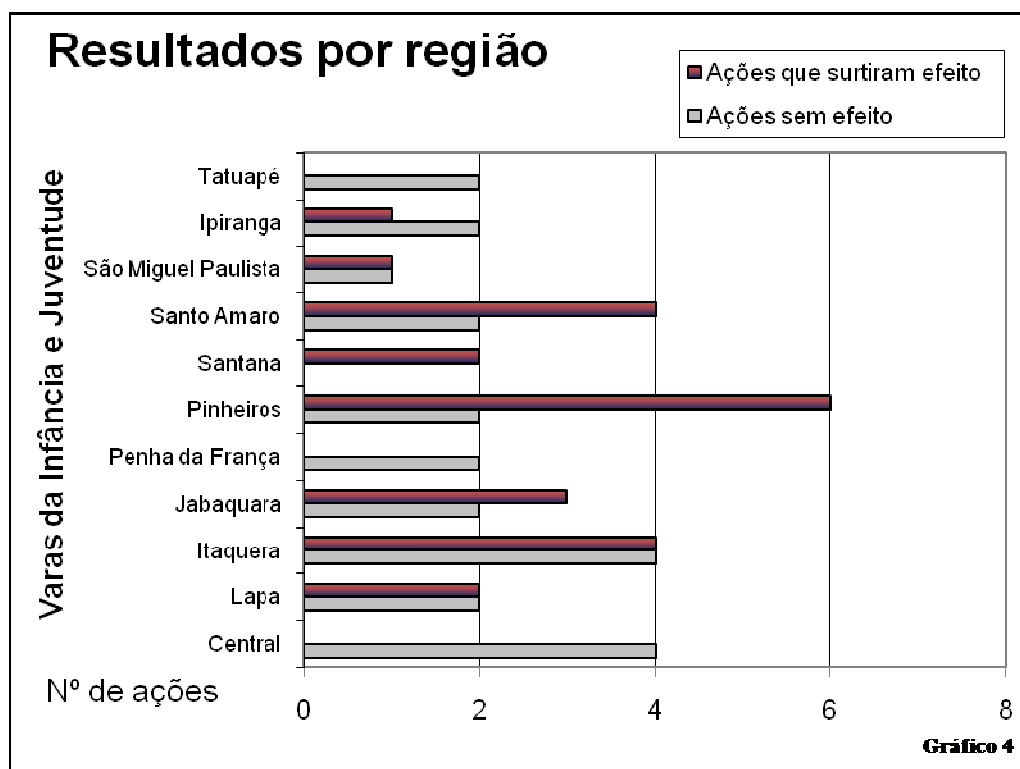
Em relação aos pedidos coletivos, ao menos em tese, a situação deveria ser muito diferente. O magistrado ainda não sabe quem e quantas são as crianças que serão beneficiadas, o que demanda um procedimento mais amplo na execução da sentença: levantamento de quantas são as vagas necessárias; análise da infra-estrutura do Município na rede infantil, para saber se há vagas ou se escolas devem ser construídas; se educadores precisarão ser contratados etc. Em suma, a execução da sentença não é imediata e sua fiscalização é mais custosa, pois para que essa intervenção obtenha sucesso não basta a fiscalização final de quantas crianças estão matriculadas, mas a avaliação procedimental de como isto está sendo feito é muito importante, para saber se o levantamento feito pelo Poder Público está adequado; se os prazos para a implementação são razoáveis e estão sendo observados etc. Ou seja, para garantir por meio de uma sentença um direito coletivo é necessário ao Judiciário o acompanhamento de um longo processo, que não se exaure em um só ato.

Além disso, outra constatação que aqui está evidenciada é que, ainda que o pedido seja prestacional e implique realocação de verbas em ambos os casos, o Judiciário parece ter mais facilidade para superar o argumento da reserva do possível nos casos individuais, não levando em consideração os efeitos plurilaterais que tal decisão acarreta.

3.4.2. A interpretação pulverizada do direito à educação e o princípio da isonomia

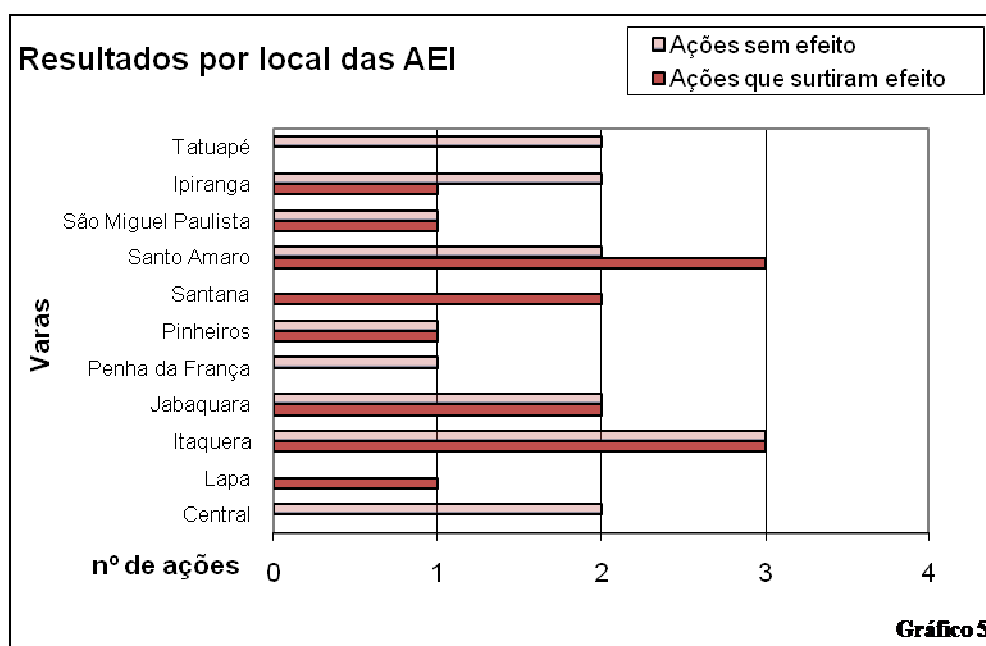
Nesse item trouxemos um panorama geral de todas as ações coletivas e individuais que foram movidas regionalmente, nas diferentes Varas da Infância e Juventude. Aqui é possível visualizar com certa clareza a divergência existente entre os julgadores sobre a compreensão e o alcance das normas de direitos sociais, bem como o impacto que isto gera em termos isonômicos.

Elaboramos esse gráfico com base no “efeito” que a ação judicial surtiu. Isto quer dizer que, mesmo nas sentenças finais que foram improcedentes, se a tutela antecipada foi concedida e a criança obteve a vaga, nós a computamos como uma ação “com efeito”. Por outro lado, nas situações em que o pedido foi julgado procedente, mas o lapso temporal inviabilizou o efeito pretendido⁸⁴, a ação foi considerada “sem efeito”.



⁸⁴ Cf., por exemplo, as ações de cobrança indevida de taxa no ensino supletivo.

Trouxemos um gráfico específico sobre o acesso à educação infantil por ser esse nível de ensino que apresentou as maiores demandas e também por haver grande divergência entre os julgadores sobre esse direito. Em que pese esse gráfico ser uma realidade ultrapassada, visto que hoje é praticamente pacífico no Judiciário o entendimento de que o ensino infantil é um direito, essa situação pode ser pensada para diversos outros direitos sociais que ainda não tenham um entendimento pacificado nessa instituição.



Conforme afirmado, por mais que esses direitos estejam positivados em cartas constitucionais, a concretização dos mesmos se dá com a implementação de uma política pública. Contudo, frente à omissão do Poder Público em implementar a política, o Judiciário, provocado pelo MP, começou a atuar no intuito de garantir esses direitos.

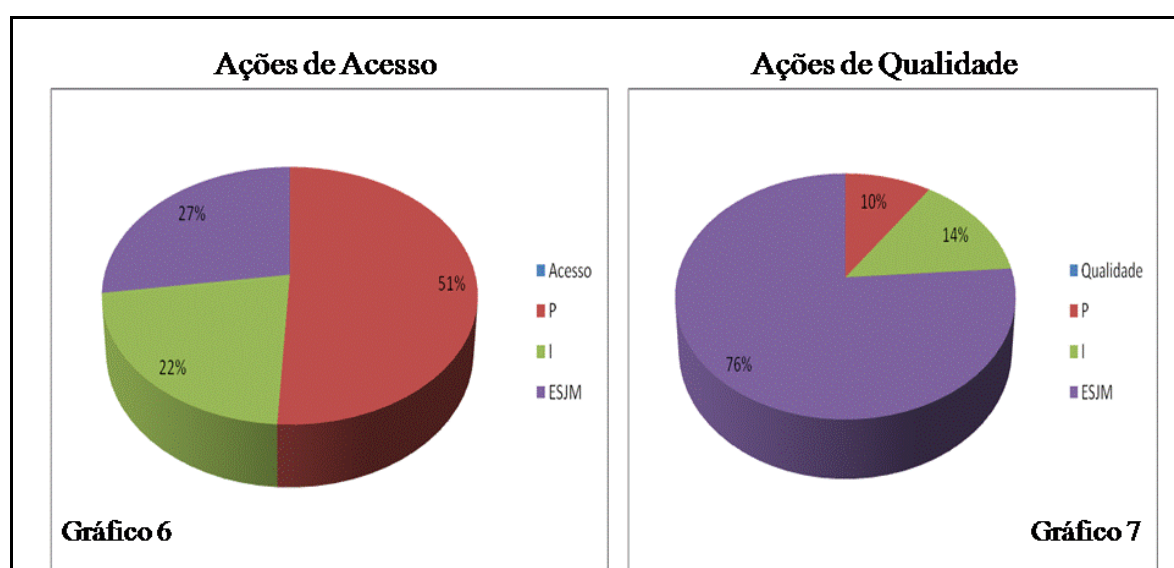
Em nossa opinião, o problema não está exigibilidade ou na eventual garantia desses direitos pelo Judiciário. A questão que pretendemos demonstrar é a capacidade de o Judiciário julgar aplicando a regra de forma universal, sem criar desigualdades em sua própria esfera decisória.

Nesses casos, tornou-se evidente que a ponderação entre os diferentes princípios constitucionais e a falta de uma hierarquia a ser seguida possibilitou que cada juiz fundamentasse sua respectiva decisão a partir do princípio que julgou mais relevante frente ao caso concreto. Em outras palavras, a ideologia e as crenças pessoais dos julgadores influenciaram de modo forte o destino de um direito social.

Para além das questões ideológicas e dos problemas interpretativos, a questão que particularmente nos preocupa é o tratamento não isonômico que se desponha nesse tipo de situação.

3.4.3. Acesso x qualidade: a eficácia da tutela jurisdicional

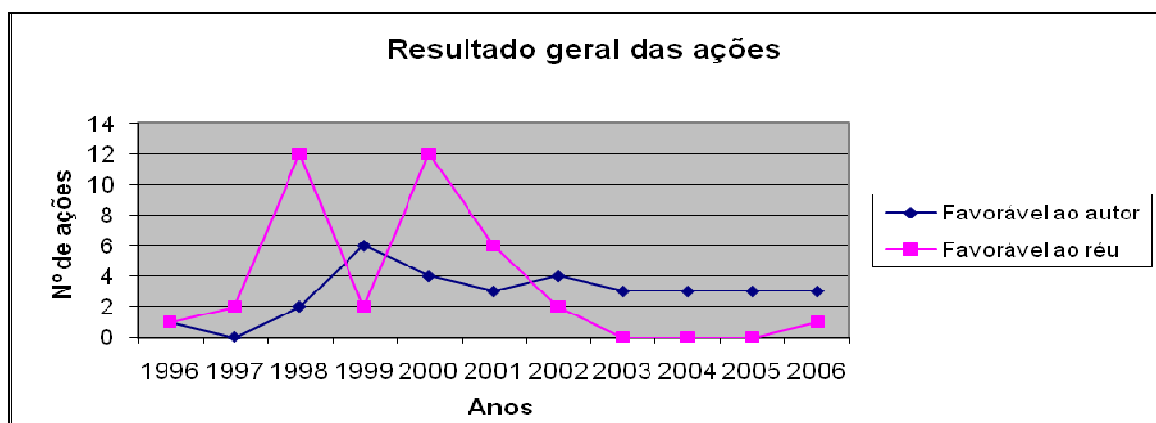
O objetivo destes gráficos é comparar a interpretação judicial do direito à educação nos casos de acesso e qualidade do ensino.



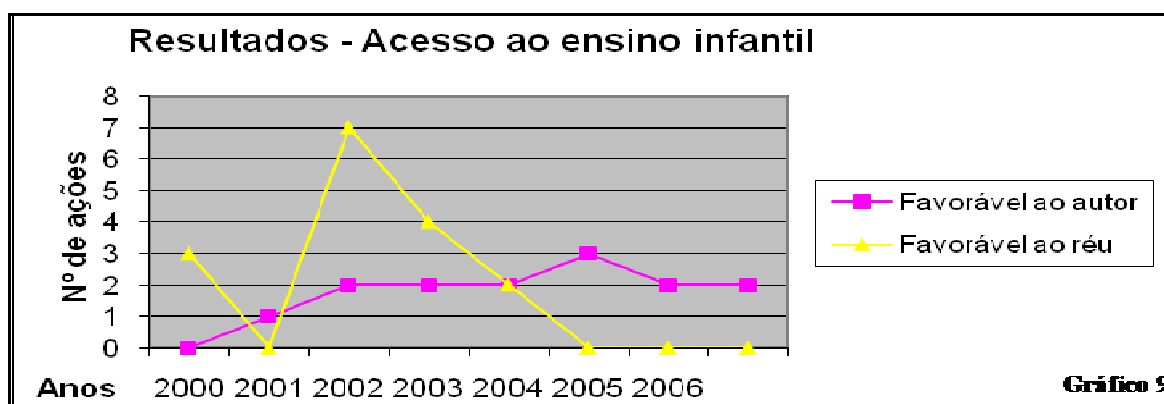
Os resultados não deixam dúvidas que a justiciabilidade da qualidade do ensino encontra barreiras muito mais dificultosas do que as questões de acesso. A elevada porcentagem de ações extintas sem o julgamento de mérito traz duas importantes constatações: (i) nos casos de qualidade de ensino as intervenções solicitadas estavam protegidas de forma menos objetiva (por princípios mais genéricos) no nosso ordenamento jurídico; (ii) as ações solicitavam procedimentos estruturais que o Judiciário não se viu em condições de operar, por não ter as ferramentas (amplo acesso às informações de forma global, conhecimento técnico e disponibilidade para negociar e implementar o pedido solicitado) necessárias para que sua resposta fosse justa e eficaz. Assim, citem-se as ações de reorganização do ensino e na aplicação de verbas educacionais.

3.4.4. Data e procedência: a interpretação do direito social ao longo do tempo

Por fim, esses últimos gráficos nos revelam como ao longo dos 10 anos a concepção do Judiciário sobre os direitos sociais e sua justiciabilidade foi se alterando. Esses gráficos foram construídos com base na procedência (“favorável ao autor”) ou improcedência (“favorável ao réu”) das ações. Nos julgados extintos sem julgamento de mérito, levamos em conta se o pedido do autor foi ou não atendido.



Aqui também elaboramos um gráfico específico das ações de ensino infantil, por serem as ações em maior número e por apresentarem uma mudança significativa em sua interpretação. Se antes havia muita dúvida a respeito da exigibilidade judicial de vaga na educação infantil, atualmente o Judiciário paulista é praticamente pacífico no entendimento de que o acesso ao ensino infantil é um direito fundamental cuja implementação não é discricionária ao Poder Público⁸⁵. É um dever e, portanto, tem que ser efetivado.



⁸⁵ Informação obtida em entrevista com Dr. Motaui Ciocchetti de Souza, Promotor de Justiça responsável (até agosto de 2008) pela Promotoria de Defesa de Direitos Difusos e Coletivos da Infância e Juventude, no dia 26 de outubro de 2008.

CAPÍTULO 4 – CONCLUSÕES

4.1. Conclusões parciais

De forma geral, pudemos constatar que nas situações em que o MP conseguiu apresentar o conflito de direito social na forma de interesses juridicamente protegidos, o Judiciário mostrou-se mais favorável a garantir o direito pleiteado. Assim, nas ações de acesso ao ensino infantil (pedidos como direitos individuais); de solicitação de não extinção de classes no Ciclo Básico I de EJA; de número de alunos em salas de aula; de não cancelamento de matrículas; de não cobrança de taxa no ensino supletivo; vagas no ensino médio e transporte público, o MP trouxe normas que apontaram a violação das regras de forma precisa. Nesses casos, os conflitos foram tratados como bilaterais e, em que pese a natureza plurilateral dos direitos sociais, o Judiciário atuou como se estivesse resguardando situações “pretéritas”, que estavam sendo violadas e deveriam ser restauradas ao seu *status quo* anterior. Assim, por exemplo, na ação que solicitou a não extinção de classes do Ciclo Básico I de EJA, a sentença judicial atuou impedindo que a sistemática de divisão de competências entre Estado e Município no ensino fosse efetivada.

No entanto, nas situações em que os interesses protegidos estavam mais dispersos, abordados como efetivos interesses coletivos, o Judiciário teve mais dificuldades para atuar no conflito, pois estes solicitavam reformas estruturais mais complexas que exigiam não só informação técnica e especializada, mas também um conhecimento mais amplo, da política educacional como um todo, e não apenas do conflito fragmentado que foi apresentado ao Judiciário. Assim, nas ações de construção de escolas, realização de censo educacional, organização do ensino público, reposição de aulas, turno e aplicação das verbas educacionais.

Nessas ações o argumento chave utilizado pelo Poder Judiciário foi o argumento da discricionariedade da Administração, evidenciando como ainda é caro aos juristas brasileiros do século XXI lidar com problemas distributivos, de reforma estrutural, no âmbito do Judiciário.

Como salienta Terrazas (2008), faltam estruturas técnicas e jurídicas que permitam que estas questões sejam, de fato, exploradas e enfrentadas por nosso Judiciário: “[o] que é devido em termos de saúde, moradia e alimentação, considerando-se a escassez de recursos e a necessidade de conciliar a realização de vários direitos?” (2008, p.17). Como a autora

bem coloca, há uma grande dificuldade técnica de os juízes diante das informações relevantes, serem capazes de interpretá-las e definir o que é ou não exigível em cada direito, pois lhes falta a percepção global da política questionada.

Nesse ponto, também cabível a observação de Lopes (2006) de que falta ao Judiciário a capacidade de organizar as demandas de forma planejada (capacidade de agenda), pois este é um Poder inerte e aprecia o conflito na forma como as partes lhe colocam. Ele não tem como prever os pedidos que lhe serão feitos e as ações são colocadas de forma fragmentada, fazendo com que o julgador a se inteire do problema de forma parcial. Essas características impedem que ele formule uma agenda de atendimento dos pedidos de forma racional e planejada, tal como é feito no âmbito administrativo. Dessa forma, a questão da legitimidade desponta como relevante: como decidir quais são as necessidades prioritárias e fazer a realocação de recursos, se o conflito não é examinado conflito como um todo, mas apenas no enfoque em que a parte lhe coloca?

Ao contrário dos juízes norte-americanos que contam com *special master* para obter informações mais precisas sobre o litígio, o juiz brasileiro não conta com esse recurso. A questão orçamentária, as dificuldades de analisar a estrutura educacional como um todo (seus recursos, carências e as possibilidades de intervir de forma eficiente garantindo o mesmo tratamento para todos que o solicitam no Judiciário) e a não possibilidade de negociar com as partes a decisão são obstáculos consideráveis à justiciabilidade. O juiz brasileiro não tem ferramentas e nem flexibilidade para emitir uma decisão nos moldes das *injunctions*, que possibilitam aos juízes americanos negociarem com as partes como será implementada a decisão. Dessa forma, ainda que o magistrado reconheça que o direito está sendo violado, ele não consegue operar de forma adequada nesses pedidos e acaba decidindo o conflito na base do “tudo ou nada”.

Por mais que o processo decisório seja racional e os juízes se esforcem para atuar de forma imparcial (para além de suas preferências) e por meio de bons motivos (fundamentados em normas), como descreve Fiss (2004), a estrutura aberta das normas conduz a decisão, inevitavelmente, à ideologia do julgador, possibilitando que bons motivos sejam construídos para dar procedência ou improcedência da ação, como mencionado nas ações que solicitam vagas no ensino infantil.

Nas situações em que o Judiciário intervém para assegurar um direito social ele atua de forma fragmentada, tratando o conflito de forma bipolar. E o problema nessas situações é que a medida judicial altera a regulamentação da política pública delineada

pelo Executivo sem ter conhecimento de sua totalidade, o que pode levar a tratamentos não isonômicos, como, por exemplo, em uma hipotética situação em que uma criança de seis anos é matriculada no fundamental e outra que já tem sete anos completos fica sem a vaga.

Nos moldes em que hoje se encontra, o Judiciário brasileiro não tem ferramentas institucionais para lidar adequadamente com o conflito plurilateral: não pode fazer intervenções para negociar com as partes uma proposta de solução do problema, que leve em consideração as questões de ambas as partes e lhe permita chegar um acordo que seja adequado e satisfatório para os litigantes. Ele é obrigado a decidir na forma do tudo ou nada: ou concede o pedido e intervém na política do Estado; ou afasta-o sustentando que não cabem intervenções na discricionariedade dos Poderes Públicos.

As ações de acesso ao ensino fundamental e EJA também estamparam a dificuldade institucional de o Judiciário lidar com direitos que se voltam para o futuro e não para uma situação pretérita. A medida judicial prevista em nosso sistema processual (a tutela antecipada) para assegurar o efeito do pedido mostrou-se como uma resposta institucionalmente insatisfatória aos conflitos suscitados por dois motivos: (i) os efeitos jurídicos do pedido exauriram-se com a própria decisão de antecipação da tutela, de forma que o julgamento final, ainda que de improcedência, não surtiu efeitos; (ii) nos processos em que a tutela antecipada não foi concedida o Judiciário não apreciou o conflito em tempo hábil para assegurar que o pedido pudesse surtir efeitos, o que fez com que diversos pedidos se frustrassem no decorrer do tempo. Tal foi o caso das ações de não cobrança de taxa no ensino supletivo, em que a antecipação de tutela não foi concedida em duas ações que, ao final, foram julgadas procedentes. Nessas ações, o lapso temporal foi tamanho⁸⁶ que a procedência da ação não teve eficácia na garantia do direito à educação, pois aqueles jovens e adultos que não puderam pagar a taxa do exame ficaram sem fazê-lo. Os casos de organização do sistema público de ensino e de reposição de aula também apresentaram esse problema, sendo os conflitos extintos sem julgamento de mérito porque o objeto da ação se perdeu com o passar do tempo, de forma que não foi mais possível exigi-lo. Esses casos evidenciam que a natureza dos direitos sociais é distinta dos direitos individuais e o nosso sistema processual ainda não possui respostas institucionais adequadas que permitam ao Judiciário operar devidamente no caso de direitos de eficácia futura e não pretéritos.

A concessão de liminares evidenciou, também, a carência de critérios para decidir se ela é ou não devida. Assim, nas ações do ensino supletivo a reversibilidade da sentença

⁸⁶ Na Ação 778/97: 14-07-1997 a 25-08-1999; e na Ação 595-98: 20-04-1998 a 23-08-2001.

foi exigida e a tutela não foi deferida para que a cobrança de taxa fosse suspensa (778/97 e 595-98). Contudo, como já se observou, a reversibilidade não foi tomada como um critério nos pedidos de vaga no ensino fundamental ou nas ações individuais homogêneas do ensino infantil. Aparentemente, há uma maior sensibilidade dos julgadores nos pedidos de acesso ao ensino para crianças do que no caso dos pedidos para resguardar o direito educacional dos adolescentes e adultos. Essa constatação, de certo modo, confirma que o argumento sobre a disponibilidade ideológica do julgador (abordado pela crítica da capacidade institucional) leva a tratamentos diferenciados.

A questão orçamentária também é um obstáculo relevante para a justiciabilidade. Nos pedidos coletivos, a “reserva do possível” e a discricionariedade da administração levaram à extinção do feito, como nos casos de construção de escolas (388/96 e 17-98) e da aplicação das verbas educacionais. O interessante é que a comparação dessas ações com os casos de acesso ao ensino infantil por meio de tutela individual demonstraram que quando o conflito é colocado sob a forma de interesses para o julgador ele não se intimida com a possibilidade de fazer realocações de recursos da política pública do Estado. Quando atua dentro da racionalidade em que foi preparado, qual seja, a de garantir o *status quo* da parte, ainda que o pedido seja prestacional, o julgador não pondera sobre os efeitos plurilaterais que tal decisão acarreta.

A ação 36-7 que solicitou ao magistrado obrigar os Poderes Públicos a incluírem em seus orçamentos verbas para o cumprimento da sentença que condenou as Administrações (Estadual e Municipal) a fazerem um levantamento da demanda de vagas na região e, se necessário, construírem escolas para garantir o direito educacional, obteve sucesso e conseguiu superar o argumento da reserva do possível. No entanto, como sustentou o juiz da ação 388/96, para além da questão orçamentária, restam ainda dificuldades em relação ao balanço unilateral dos déficits, à disposição da Secretaria de Educação no sentido de acolher a clientela desabrigada e à impossibilidade de executar, de plano, a decisão.

Por todo o exposto, as decisões judiciais analisadas nos permitem afirmar que:

(i) A natureza plurilateral dos direitos sociais foi desconsiderada na maior parte das decisões judiciais (conforme pode ser averiguado nos registros: 669-4; 13/99; 576-5; 033-96; 9041/97; 53/98; 03/98; 39/98; 40-98; 113/97; 38-98; 42-97; 085/99; 058/98; 35-99; 01/99; 35/99; 11/97; 43/97; 9013/98; 02/99; 105/96; 36-98; 502-5; e nos gráficos 2 e 3). Raras exceções são as ações 09-99 e 010/99.

(ii) Na maior parte das decisões de procedência da ação o julgamento do litígio de forma fragmentada (sem levar em conta a política pública educacional como um todo) não levou em conta o impacto econômico da decisão judicial. Essa questão tornou-se particularmente evidente nas ações pleiteadas como direitos individuais homogêneos, (conforme pode ser visto nos registros 669-4; 13/99; 576-5; 22-1 e 130-4; 12-5; 73-6; 379-0; 38-98; 42-97; 9013/98; 105/96). Houve situações em que o Judiciário claramente ponderou sobre os impactos econômicos da decisão, mas essa ponderação, em geral, apareceu nas ações que foram pleiteadas de forma difusa ou coletiva, com o intuito de negar a procedência do pedido (conferir nos registros 388/96, 17/98, 778/97, 595-98).

(iii) Os julgados 017-99; 122/99; 070/99; 042-5; 039-5; 007/99; 033-96; 9041/97; 53/98; 03/98; 39/98; 53/99; 03/97; 113/97; 778/97; 595-98; 1228/98; 11/97; 43/97; 9013/98; 502-5; e os gráficos 2 e 3 demonstraram que o Judiciário tem muita dificuldade para lidar com direitos presentes ou futuros, não encontrando boas respostas em seus procedimentos institucionais para tratar de forma adequada o conflito plurilateral. Por outro lado, em todas as ações educacionais que a tutela jurídica foi solicitada para proteger o *status quo*, ou seja, em casos de não ação do Estado para resguardar uma situação já especificada ou já inserida no patrimônio individual, o Judiciário não demonstrou dificuldades ou divergências em suas respostas, julgando-as procedentes, conforme se verifica em 42-97; 07/98; 113/97; 38-98; e 02/99.

(iv) As ações 669-4; 13/99; 576-5; 122-99; 356-8; 017-99; 121/99; 033-96; 9041/97; 53/98; 03/98; 39/98; 53/99; 03/97; 388/96; 17/98; 36-7; 40-98; 35-98; 42-97; 778/97; 595-98; 1228/98; 2017/97; 07/99; 385-5; 64/99; 491/99; 11/97; 43/97; 03/99; e 502-5 evidenciaram a falta de hábito e aparelhamento das cortes brasileiras para lidar com conflitos distributivos, fazendo com que seus funcionários públicos decidissem na base do “tudo ou nada”. Tal fato também pode ser constatado nos gráficos 6 e 7.

(v) De forma geral, os resultados das ações deram indícios de que as disponibilidades ideológicas dos julgadores correspondem ao senso comum da sociedade, reproduzindo a visão majoritária desta (conferir nos registros 122-99; 356-8; 070/99; 042-5; 039-5; 007/99; 35-98; 778/97; 595-98; 1228/98; 2017/97; 07/99; 385-5; 64/99; 491/99; 11/97; 43/97; 593-6; 593-6; 03/99; 502-5). Os gráficos 8 e 9 demonstraram a evolução da afirmação do direito à educação frente ao sistema judicial, assim como a modificação da compreensão deste bem como um direito, e não como norma programática. Essas decisões parecem refletir o impacto que as discussões sobre os direitos fundamentais vêm ganhando

em nossa sociedade e também nas faculdades de direito⁸⁷, em que pese não podermos afirmar que essa relação coloque-se de forma direta.

Desse modo, as constatações obtidas na análise empírica das decisões judiciais confirmam as hipóteses do trabalho, apresentadas na introdução:

- (i) A natureza plurilateral dos direitos sociais foi desconsiderada nas decisões judiciais e isso gerou problemas em relação ao princípio da igualdade formal;
- (ii) O Judiciário parece estar mais preparado para lidar com direitos adquiridos, voltados para o passado, e não se mostrou preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros;
- (iii) A satisfação de direitos sociais demanda remédios que o Judiciário não pode ou tem dificuldade de conceder.

4.2. Conclusões finais

De todo o exposto, o que podemos concluir sobre a justiciabilidade e a crítica da capacidade institucional? No que este estudo nos ajuda?

O tratamento de forma individualizada e bilateral de um problema que é coletivo demonstra a forte influência das molduras jurídicas modernas na forma de pensar o direito contemporâneo (LOPES, 2004) tornando, por vezes, complicada a proteção jurídica coletiva, nos moldes em que hoje a concebemos. As ações coletivas evidenciaram que o problema é mais amplo que uma disputa de interesses privados, expondo a necessidade de uma intervenção mais ampla ou uma reforma social.

As decisões judiciais confirmaram que o tratamento fragmentado dos conflitos plurilaterais traz muita dificuldade na interpretação da regra jurídica. Para além das questões ideológicas e dos problemas interpretativos, a questão que particularmente nos preocupa é o tratamento não isonômico que se desponta nesse tipo de situação: gera a sensação de que se está diante de uma loteria e não de um sistema de justiça, com regras vinculantes e universais. Quando a interpretação da lei não é uniforme, alguns se tornam

⁸⁷ Para se ter uma idéia, até 2003 não havia uma disciplina específica sobre direitos humanos na graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, uma das faculdades de direito mais tradicionais do Brasil. Atualmente há não só disciplinas na graduação como também uma área de concentração na pós-graduação, com a possibilidade de se cursar mestrado e doutorado em direitos humanos nesta faculdade.

com “mais direitos” do que outros perante a Justiça, o que não pode ser admitido (Lopes, 2008).

Conflitos de direitos sociais demandam planejamento e previsão orçamentária para a sua adequada concretização. No entanto, a falta de disponibilidade de agenda do Judiciário despontou-se como um importante limite institucional: sendo um Poder inerte, o Judiciário não tem como escolher prioridades entre as ações que lhe são colocadas (seja porque estas são colocadas de forma pontual, abordando o conflito desejado; ou mesmo porque não há como tornar previsíveis todas as demandas que serão interpostas pela sociedade). E, nesse ponto, extrai-se o grande problema apontado pela crítica da capacidade institucional: atuando de forma fragmentada o Judiciário corre o risco de criar distorções nas políticas públicas, dando privilégios para alguns cidadãos ao conceder bens que, de antemão, já se sabe que não são universalizáveis (dada a escassez de recursos). E, desta forma, estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade perante a lei, não garantindo tratamento isonômico a todos os cidadãos (LOPES, 2008).

Estudos feitos na área da saúde (TERRAZAS, 2008; OLIVEIRA ET. AL., 2004) demonstraram que de fato isto ocorre e, não raro, o Judiciário desloca recursos da política pública de saúde para conceder tratamentos não previstos nesta política, beneficiando alguns poucos cidadãos com tratamento privilegiado, vez que tais decisões podem não ser universalizáveis.

Entretanto, as decisões educacionais aqui estudadas demonstram que os pedidos solicitados estão previstos na política pública delineada pelo Estado e pelo Município, tratando-se, portanto, não de privilégios, mas de garantir que o acesso ao ensino torne-se, de fato, universalizado e que tal direito seja assegurado com aceitáveis padrões de qualidade. Clara está a dificuldade aqui inerente de se definir o quanto de acesso (garantia de vaga, de transporte, de merenda escolar, língua estrangeira etc) e de qualidade (nas instalações físicas, na contratação de bons professores, na utilização do material didático etc) o Estado pode dar a cada um.

Contudo, sendo a política pública pensada de forma universal, os Poderes Públicos não podem optar em deixar alguns cidadãos fora dos benefícios que já concede aos demais e, ao menos nesse sentido, deve incluir na política aqueles cidadãos que dela não conseguem desfrutar. Então, neste ponto, talvez estejamos diante da situação em que Lopes (2008, p. 87) faz analogia com a cláusula potestativa, prevista no artigo 122 do Código Civil:

O direito reconhece que um negócio não pode ter sua execução e suas consequências totalmente dependente de uma das partes. Por isso, a judicialização de tais questões, ainda que problemática, não deve ser descartada

Ou seja, quando a falta de ação do Estado⁸⁸ deixa os cidadãos sujeitos à discricionariedade do próprio Estado para a realização das políticas que garantem os direitos sociais, o Judiciário mostra-se como um meio adequado para tirar os demais Poderes da inércia na efetivação de políticas sociais.

Chayes (1976) e Fiss (1994) também colocam bons argumentos para a justiciabilidade, mostrando que as cortes podem atuar em políticas específicas em que o Legislativo ou o Executivo não tenham interesses (por estarem livres de pressões eleitorais), colocando sob sua proteção grupos minoritários que não tem acesso a outras formas de poder.

O anteprojeto de reforma da lei de Ação Civil Pública prevê entre suas normas algumas ferramentas para aprimorar o sistema judicial e corrigir diversas fragilidades que aqui são apontadas, como por exemplo, a tentativa de organizar de forma racional demandas com o mesmo objeto, movidas de forma individual e coletiva⁸⁹; maior flexibilidade ao Juiz, para que seus atos se ajustem às necessidades do processo coletivo; e a possibilidade da alteração do pedido ou da causa de pedir.

Acreditamos que a justiciabilidade é um movimento cada vez mais presente em nossa sociedade e que, culturalmente, parece já estar dando novos contornos para o direito pátrio e à nossa compreensão de suas novas formas e funções, conforme se verifica nos gráficos 8 e 9.

Tal como expõe Veríssimo (2006, p. 227), o potencial da justiciabilidade

consiste, portanto, em lançar ao debate público interesses que de outra forma não atingiriam os processo formais de barganha política, além de chacoalhar o governo, colocando-o em ação. Seu objetivo não é o de resolver o conflito político mas o de rearranjar as forças políticas de modo a permitir uma solução externa em bases mais democráticas e equitativas.

Assim, apesar de tantas deficiências institucionais, talvez as cortes de justiça assumam um importante papel na amplificação de “mecanismos de equalização das condições de participação política na sociedade” (VERÍSSIMO, 2006, p.236).

A teoria de Lopes (2004) exposta no capítulo 1 do trabalho permite-nos afirmar que o conceito de direito está em constante modificação, assumindo contornos novos de

⁸⁸ Que deveria garantir a realização de direitos sociais por meio de leis e planejamentos do Legislativo e do Executivo, por exemplo.

⁸⁹ Como, por exemplo, a possibilidade de que as ações individuais que cuidam do mesmo objeto da demanda coletiva sejam suspensas até o julgamento dessa demanda em primeiro grau de jurisdição.

acordo com as alterações culturais de dada sociedade. Nesse contexto, a crítica da capacidade institucional nos auxilia a refletir sobre o aprimoramento da justiciabilidade que, acreditamos, é um movimento que vem se afirmando cada vez mais no direito pátrio.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4 ed.. São Paulo: Renovar, 2000.
- . *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5 ed.. São Paulo: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*. Tese de doutoramento apresentada no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CHAYES, Abram. The Role Of The Judge In Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Volume 89, n.7, p. 1281-1316, 1976.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DUARTE, Clarice Seixas. *O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Junho de 2003, (mimeo).
- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. et al. *O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Brasília: Prêmio IPEA - 40 anos: monografias premiadas, p. 387-431, 2005.
- FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. trad. coord. Carlos Alberto de Salles, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A Ação Civil Pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In MILARÉ, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1998, (mimeo).
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

- FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, Volume 92, p. 353-409, 1978.
- GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 309-374, 2005.
- GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; OLIVEIRA, Fernanda. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. *A Educação entre os Direitos Humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006.
- HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en Los Estados Unidos*. trad. Fernando G. Inchausti, Navarra: Aranzadi, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. port. de João Baptista Machado. 5ª ed.. Coimbra: Armando Armênio, 1979.
- KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da judicialização da política. In *Lua Nova*, São Paulo, v. 57, p. 113-134, 2002.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. Social rights and the courts. In WILHELMSSON, Thomas; HURRI, Samuli (org). *From Dissonance to Sense: welfare state expectations, privatisation and private law*. 1ª ed.. Aldershot, v. 1, 1999.
- _____. Da efetividade dos direitos econômicos, Sociais e Culturais. In *Direitos Humanos, visões contemporâneas*. Associação Juízes para a Democracia, São Paulo, 2001.
- _____. A definição do interesse público. In SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2004.
- _____. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. Em torno da reserva do possível. In SARLET, Ingo W; TIMM, Luciano B. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7ªed. Madrid: Tecnos, 1998.
- MARQUES, Floriano Azevedo. 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: Revista dos Tribunais, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12ª ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*, 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, acessado em: 02 de dezembro de 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. 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: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed.. 4 reimp. São Paulo: Atlas, 2007.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* (1991), Chicago: The University of Chicago, 1993.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Duas faces de proteção judicial dos direitos sociais no Brasil* (em fase de elaboração).
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; ALBUQUERQUE, Maria Do Carmo; PONTUAL, Pedro (Orgs.). *Orçamento participativo: Democratização da gestão pública e controle social: as experiências de participação popular na aplicação do dinheiro público municipal*. Rio de Janeiro: FASE, 2004.
- TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário Como Voz Institucional Dos Pobres: O Caso Das Demandas Judiciais Por Medicamentos*. Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 (mimeo)
- WERNECK, Luiz Vianna (org.). *A Democracia e os três poderes no Brasil*. 1ª Reimp. Ed. UFMG: BH, ED. IUPERJ/FAPERJ: RJ, 2003.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, (mimeo).

_____. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.). *Poder Normativo das Agências de Regulação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 377-417, 2006a.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. O reconhecimento de direitos coletivos na esfera internacional, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros Ed., nº 23, 1998.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (org). *Direito e justiça – a função social do Judiciário*, São Paulo: Ática, 1989.

FISS, Owen M. Two Models of Adjudication. In GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, Willian, A. *How does the Constitution secure rights?* Washington and London: American Enterprise Institute for Public Policy Research, p. 36-49, 1985.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas - a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABBAY, Daniela M.. *Processo Coletivo e elementos objetivos da demanda*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, (mimeo).

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2ª Ed.. São Paulo: Saraiva, 1992.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. trad. port. de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. trad. port. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, S; SUNSTEIN, Cass R. *The Coast of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: Norton, 1999.

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

KRELL, Andréas. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In SARLET, Ingo. W. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do Poder Judiciário. In FARIA, José Eduardo (org). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

- _____. Direitos Sociais e Justiça. Prática Institucional Comparada (Brasil-EUA). *Justiça e democracia: revista de informação e debates*, São Paulo, n. 3, 2001a.
- _____. Os juízes e a realização dos direitos humanos: alguns problemas teórico-jurídicos e políticos-sociológicos em países de economia periférica. *Justiça e democracia: revista de informação e debate*. São Paulo, n. 4, 2001b.
- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. trad. port. Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. A proteção judicial de interesses difusos e coletivos: funções e significados. In SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDES, Conrado H., *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NOHARA, Irene P. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*. São Paulo: Altas, 2006.
- ROSENBERG, Gerald N., The Implementation of Constitutional Rights: Insights from Law and Economics. *University of Chicago Law Review*, 64, 1215, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *A Judicialização da Política*, *Jornal Público*, Portugal, 2003. Disponível em: <<http://www.ces.pt>>, acessado no dia 10/05/2007.
- TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: abusiva utilização pelo Ministério Público e distorção pelo Poder Judiciário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 802, ano 91, 2002.

RESUMO

O presente estudo propõe uma reflexão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais com o intuito de averiguar como o Poder Judiciário lida e delinea seu campo de atuação frente a esses direitos.

Esse não é um tema novo. Muito já se discutiu sobre a questão da juridicidade e exigibilidade dos direitos sociais, bem como sobre a legitimidade do juiz tomar decisões políticas, realocando recursos públicos e elegendo prioridades de investimento. Recentemente, a abordagem sobre a capacidade institucional da revisão judicial de atos ou omissões do Poder Executivo é um tema que vem amadurecendo na academia jurídica brasileira. Essa crítica aponta para as dificuldades institucionais do Poder Judiciário lidar com os conflitos chamados distributivos e centraliza-se no argumento de que o Judiciário não tem as ferramentas necessárias para atuar nesse tipo de conflito, vez que foi estruturado para julgar conflitos individuais, voltados para o passado.

Em síntese, a teoria da capacidade institucional sustenta que os tribunais desconsideram a natureza plurilateral dos direitos sociais em suas decisões e julga os conflitos coletivos como se fossem direitos individuais, ferindo o princípio da igualdade. Nesse trabalho pretendemos testar a pertinência da teoria da capacidade institucional por meio da análise de decisões judiciais coletivas (interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos) sobre o direito à educação.

Para que a pesquisa sobre justiciabilidade e a capacidade institucional seja viabilizada, percorreremos o seguinte caminho: no primeiro capítulo abordaremos alguns pressupostos sobre a compreensão do direito que será adotada nesse trabalho. Em seguida, faremos um panorama geral dos principais argumentos que debatem a exigibilidade dos direitos sociais, com enfoque na crítica da capacidade institucional. No terceiro capítulo analisaremos as decisões do Poder Judiciário e, por fim, encerraremos o trabalho com algumas conclusões sobre a pertinência da teoria da capacidade institucional.

ABSTRACT

This essay proposes a discussion on the judicial review and enforcement of social rights, arguing how Brazilian courts understand and establish their boundaries for action on this regard.

It is not a new subject of analysis. The enforcement of social rights has been extensively discussed in previous works, along with the legitimate power of courts to take political decisions, reallocating public resources and determining priorities for public expenditures. Such approach - the institutional capacity for judicial review of acts and omissions of the Executive - has been recently maturing in the Brazilian legal academy. In general, it argues that there are institutional constraints for courts to deal with distributive conflicts, and therefore they are not prepared to handle such cases.

We intend herein to test this institutional capacity argument by analyzing judicial decisions. Such argument is usually based on the fact that the courts disregard the polycentric nature of social rights (Fuller, 1976), and treats the lawsuit as a bipolar controversy. The dilemma is that the impact of this judgment is not confined to the parties and its consequences may affect thirds, disrespecting the equality principle. We investigate how Brazilian Courts decide on collective conflicts arising from social rights, and how satisfactory such decisions may be considered, in terms of their institutional and juridical coherence.

In order to carry out such task, this essay has the following structure: (i) in the first chapter we describe the assumptions on the concept of Law adopted herein; (ii) thereafter, we sketch an overview of the main arguments regarding the enforcement of social rights, emphasizing the institutional capacity argument; (iii) in the third chapter we analyze the decisions of Brazilian Courts; and, finally, (iv) we conclude the essay by testing (whether confirming or not) the arguments of the institutional capacity argument.