

A eficácia das decisões judiciais proferidas nas ações coletivas para concretização de políticas públicas: análise da Ação Civil Pública 0150735-64-2008-8.26002

Livia Mayer Totola Britto¹

Lorena Rodrigues Lacerda²

Tatiana Mascarenhas Karninke³

Resumo: O presente trabalho teve por escopo analisar a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no bojo da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, como forma de concretização do direito social à educação de crianças com idade para frequentarem creches e pré-escolas no Município de São Paulo. Por meio da pesquisa, pretendeu-se analisar os caminhos judiciais e extrajudiciais percorridos pelos autores da ação desde os anos de 2008 até o acordo realizado em setembro de 2017, entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e as associações representativas, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Palavras-chave: Ação Civil Pública; Direito à educação; Intervenção judicial; Políticas públicas; Análise de caso.

Introdução: Dimensão histórica dos direitos sociais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ocorreu um significativo avanço na positivação dos direitos sociais como direitos fundamentais, tornando referidos direitos cada vez mais exigíveis.

Referido avanço originou-se da transição do Estado Liberal para o Estado Social, que promoveu significativas alterações do papel do Estado perante a sociedade impondo-lhe a incumbência de promover a efetivação dos Direitos Sociais ao atuar sobre a realidade social com o objetivo de modificá-la. Conforme salienta Ada Pellegrini Grinover:⁴ "Nesse quadro o direito existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos

¹ Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

² Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

³ Advogada, Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

⁴ GRINOVER, 2017, p. 425.

fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social.”

Nessa mesma época, demandas objetivando a implementação de direitos sociais aumentaram, acarretando a ampliação dos debates entre os Poderes Executivo e Judiciário, tendo em vista que este último poder se concretizou como protagonista na arena política, em razão da reformulação do texto constitucional.

Para Suzana H. da Costa,⁵ o Poder Judiciário: “Além de ter sua área de atuação ampliada pela presença de novos direitos individuais e coletivos teve suas portas abertas por garantias de gratuidade, inafastabilidade e devido processo legal.”

O Poder Judiciário passou, portanto, a desempenhar uma postura no sentido de entender as normas programáticas como sociais, proferindo decisões de significativos níveis de justiciabilidade, levando a um acentuado ativismo judicial, até então não exercido no Estado Liberal.

Direito Social à Educação e a ausência de vagas em creches e pré-escolas.

O Direito à educação consagrou-se, a partir da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental social positivado em seu art. 6º,⁶ cujo cumprimento e efetivação são de atendimentos prioritários, nos termos do art. 208, inciso IV⁷ e art. 227, da CF/88,⁸ haja vista ser garantidor de outro direito fundamental, o direito ao trabalho dos pais ou responsáveis pela criança, previsto no art. 7º, XXV, CF/88.⁹

À vista disso, como forma de regulamentação, foi editada, em 1996, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei nº 9.394/96), cujo objetivo era proporcionar a criação de planos nacionais estabelecendo metas a serem cumpridas pelo Poder Executivo e, por conseguinte, exigidas pelos cidadãos no caso de omissão.

Após a edição da aludida lei, foi criado, em 2001, o Plano Nacional de Educação - PNE (Lei nº 10.172/2001), estabelecendo metas de atendimento em creches e pré-escolas a serem alcançadas até o ano de 2011. O referido plano estipulou que, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da população na faixa etária de creches (0 a 4 anos incompletos) e 80% (oitenta

⁵ COSTA, 2017, p. 452.

⁶ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; [...]

⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

por cento) da população na faixa etária de pré-escola (4 anos completos a 6 anos) deveriam estar matriculadas até 2011.¹⁰

A fim de conferir maior efetividade à implementação desse direito, o Município de São Paulo editou, em 2006, a Lei nº 14.127/2006 que impôs a obrigação de a Municipalidade registrar as solicitações de vagas em todas as unidades de ensino, bem como divulgar informações sobre a demanda escolar, permitindo-se, assim, a verificação da demanda não atendida.

Em 2014, após o término da vigência do Plano Nacional de Educação editado em 2001, o Governo Federal, com o objetivo de adequar a implementação do direito social à educação às novas exigências compatíveis com a realidade social, editou novo Plano Nacional de Educação, com vigência entre 2014 a 2024, Lei n. 13.005/2014, estabelecendo como meta n. 1, o atendimento até 2016, de todas as crianças com idade entre 4 a 5 anos em pré-escola e de 50% (cinquenta por cento) das crianças de 0 a 3 anos em creches.

No Município de São Paulo os dados retirados dos Censos Demográficos revelam que o Município não atende aos planos de metas regulamentados pelo Governo Federal há muito tempo.

Conforme ressalta Heloisa Couto dos Santos:¹¹

[...] de acordo com o Censo Demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, residiam no Município de São Paulo, 714.891 crianças com idade de matrícula em creche e 298.503 com idade de matrícula em pré-escola. No mesmo ano, de acordo com o censo escolar (MEC/INEP), existia no Município de São Paulo, somando-se as instituições públicas e privadas, 245.182 matrículas em creche e 252.206 matrículas em pré-escolas.

Em breve análise, se vê que as matrículas registradas em creche correspondem a apenas 34,3% das crianças na faixa etária. Os dados oficiais relatam que a demanda não atendida chegou, em junho de 2012, a 148.185 crianças com idade até 4 anos incompletos e 6.328 crianças com idade entre 4 e 6 anos incompletos, totalizando 154.513 crianças.

[...]

Os dados analisados em 2011 mostraram que 321.524 crianças, com idade de até 4 anos incompletos, não se encontravam, nem matriculadas, nem cadastradas. Em 2014 o Município ofereceu vagas para apenas 39% da população.

Dessa forma, a fim de solucionar a deficiência de atendimento da demanda escolar de crianças em idade de frequentarem creches e pré-escola, e, após diversas tentativas infrutíferas de diálogo entre o Movimento Creche e o Poder Público,¹² foi proposta em 2008, a Ação Civil Pública nº 0150735-64.2008-8.26002, pelas entidades representativas do aludido movimento.

O objetivo inicial da demanda consubstanciava-se nos seguintes pedidos:¹³ (i) obrigação de fazer consistente na construção de creches para atender 736 crianças adiante arroladas;

¹⁰ RIZZI, 2014, p. 8.

¹¹ SANTOS, 2017, p. 558.

¹² “Entre 2007 e 2008, assim, diversas tentativas de diálogo foram tentadas e os responsáveis pela expansão da rede de educação infantil não se mostraram dispostos nem a discutir suas ações nem a tornar públicos seus planejamentos”. RIZZI, 2014, p. 13.

¹³ *Ibid.*, p. 13-14.

(ii) obrigação de fazer consistente na apresentação em apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) no Município de São Paulo, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011, tudo conforme o melhor interesse das crianças; (iii) obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) no Município de São Paulo, nos termos do plano referido no pedido de mérito anterior, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011; (iv) imposição de multa diária não inferior a R\$ 10,000,00; (v) indenização às crianças cujo direito à educação vinha sendo violado, por danos morais e materiais difusos.

A ação foi extinta inicialmente sob o fundamento sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não poderia invadir a discricionariedade administrativa. Na fundamentação da sentença extintiva estava a justificativa de que:

Não cabe ao Poder Judiciário [...] obrigá-la [a administração pública] a apresentar plano para ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil. [...] O princípio da separação funcional dos poderes (Art. 2º, Constituição Federal) deve ser mantido.¹⁴

Em face dessa decisão¹⁵ foi interposta apelação, que foi julgada em maio de 2009 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo acórdão anulou a sentença de primeiro grau e determinou o retorno dos autos à primeira instância para instrução e novo julgamento.

Todavia, ao retornar à primeira instância, a Ação Civil Pública foi processada e, em 2012, foi proferida nova sentença que também extinguiu o feito sem resolução de mérito, com relação ao pedido de obtenção de vagas para 736 crianças, uma vez que os referidos menores já se encontravam matriculados em instituições de ensino, bem como determinou a improcedência dos demais pedidos de obrigação de fazer, pagamento de multa e indenizações às crianças.

Diante deste cenário, as entidades autoras da ação civil pública interpuseram novamente recurso de apelação reiterando o pedido principal contido na inicial, qual seja, criação de 150.000 vagas em creches e pré-escolas.

Ao apreciar o recurso de apelação, em abril de 2013, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela conversão do julgamento em diligência, remetendo-se os autos ao setor de conciliação.

Após tentativa de conciliação infrutífera, o Desembargador Relator Samuel Junior designou, em medida pioneira, audiência pública em que foram ouvidas as partes, especialistas em educação infantil e representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.

¹⁴ Ibid., p. 14.

¹⁵ Ibid., p. 14-15.

Segundo Ester Gamardella Rizzi e Salomão Barros Ximenes,¹⁶ na audiência pública foram demonstradas as dificuldades encontradas pela população para a obtenção de uma vaga em creche pública. A defensoria relatou a enormidade de ações que propunha diariamente para obtenção de vagas que não existiam. Todavia, na referida audiência não se chegou a um acordo, uma vez que a criação de 43 mil vagas que foi oferecida pela Municipalidade não era suficiente para atender a demanda escolar na faixa etária.

Assim, diante da impossibilidade de uma solução consensual do conflito a Apelação nº 0150735-64.2005-8.26002 foi julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 16 de dezembro de 2013, que decidiu por dar parcial provimento ao recurso, condenado o Município de São Paulo: (i) a criar 150.000 vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo, em 03 (três) anos, entre os anos de 2014 e 2016, para crianças de 0 a 5 anos de idade, disponibilizando-se 50% nos primeiros 18 meses, das quais 105 mil seriam em tempo integral em creches para crianças de 0 a 3 anos de idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantindo a qualidade da educação infantil; (ii) em obrigação de fazer consistente em incluir na proposta orçamentária a ampliação de rede de ensino atinente à educação infantil; (iii) a apresentar no prazo de 60 dias, de plano de ampliação de vagas e de construções de unidades de educação infantil para atendimento da obrigação de oferta de vagas determinadas; (iv) determinou, ainda, que a obrigatoriedade de o Município apresentar relatórios semestrais para informar o atendimento das medidas tomadas para cumprimento da decisão, bem como o acesso a esses relatórios pela Coordenadoria da Infância e Juventude, a quem caberia a tarefa de fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgão do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, a forma de acompanhamento da execução da decisão; (v) não foram determinadas metas ou penalidades no acórdão para o caso de descumprimento, mas restou alertada a possibilidade de fixação de multa pelo juízo condutor da execução provisória, caso necessário.¹⁷

Mudança do padrão decisório do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O contexto da decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0150735-64.2008-8.26002, naquele momento, acarretou sensível mudança de padrão decisório pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e, por conseguinte, intervenção judicial nas políticas públicas adotadas pelo Município acerca do direito à educação.

A ação coletiva possibilitou ao Poder Judiciário ter uma visão macro do sistema de educação infantil no Município de São Paulo. Na maioria das vezes as demandas individuais propostas, até então, apenas alteravam a ordem de espera e, assim, conseqüentemente, o Judiciário ficava incapaz de ampliar efetivamente a garantia do direito à educação para a população.

¹⁶ Ibid., p. 19-20.

¹⁷ A decisão pode ser encontrada em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>>.

No Município de São Paulo a busca pela efetivação do direito à educação vinha sendo perquirida tanto pela propositura de ações individuais, que visavam a obtenção de vagas nas creches e pré-escolas, os chamados “fura filas”, como pelo ajuizamento da Ação Civil Pública em referência.

Segundo Susana Henriques da Costa,¹⁸ de acordo com a perspectiva procedimental, o acesso individual à justiça das crianças (e genitores) que não tinham vagas em creches e pré-escolas fornecidas pelo Município era bastante restrito, pois a maior parte das crianças e genitores que se encontram dentro desta parte da litigância não conhecia os seus direitos, não conhecia os responsáveis por sua violação, as instituições hábeis a fazê-lo juridicamente, não chegando, por esses motivos, às vias judiciais.

Ademais, o tratamento individualizado projeta-se apenas no caso concreto, do direito social do autor. As ações propostas individualmente objetivam apenas conseguir vagas nas instituições de ensino ou entrar na lista de espera “furando” a fila, ou seja, não há uma solução efetiva do problema. Isto porque, na análise destes pedidos o judiciário concede aos autores o direito pleiteado, o que impede uma visão macro do problema, que só pode ser alcançado por meio das ações coletivas. Também há interferência no planejamento da política pública em curso, uma vez que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais.

Também de acordo com a citada autora Susana Henriques Costa,¹⁹ observa-se que a litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na demanda individual possibilitando reforma estrutural do conflito perante o Poder Judiciário. Traz contradições sociais para o seu equacionamento permitindo a análise de toda a política pública *sub judice*, suas limitações estruturais e orçamentárias. Permite uma decisão mais completa, adequada à realidade, e com maior legitimidade política.

Além disso, ao determinar a criação de 150.000 vagas para crianças em idades de creche e pré-escola, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo revela um exemplo clássico de que, na atualidade, o papel do Juiz não se resume mais ao de mera “boca da lei”, como era no liberalismo clássico.

Ao contrário, o papel hoje desempenhado pelo juiz e órgãos colegiados pode ser considerado de verdadeiro agente político, uma vez que suas decisões acabam por interferir diretamente nas políticas públicas adotadas pelos agentes políticos eleitos pelo povo, nos Municípios e Estados da Federação. E, exercendo este papel, as suas decisões acabam por modificar ou alterar a alocação de recursos financeiros.

Isto se deve ao fato de que nas ações coletivas que objetivam implementar políticas públicas trabalha-se com interesses públicos de ambos os lados da relação processual. De um lado, os litigantes coletivos que objetivam a concretização de um direito constitucionalmente

¹⁸ “Partindo do número oficial da Secretaria Municipal de educação, de que havia mais de 160 mil crianças na fila de espera para a vaga em creche em setembro de 2014, o montante de 140 mil determinações judiciais de inclusão recebidos pelo município representa cerca de ,73% dessa litigância”. COSTA, 2017, p. 462.

¹⁹ *Ibid.*, p. 464-465.

previsto e, de outro, o Poder Público que também invoca interesses e direitos sociais como defesa para se eximir do cumprimento da obrigação exigida.

Neste impasse, o juiz acaba interferindo em um destes interesses e, por conseguinte, beneficiando outro, o que acarreta, muitas vezes, um papel político do magistrado ao eleger um interesse mais relevante e que merecerá no caso a proteção. E desempenhando esta atividade o magistrado acaba não apenas aplicando um direito ao fato, pois dentre as suas escolhas e convicções concebe uma opção política, exercendo, portanto, um poder semelhante aos representantes da sociedade.

Todavia, tendo em vista que a proteção de um direito social, nestas ocasiões, acarretará uma violação a outro direito, que também é importante, as decisões judiciais devem obedecer a certos critérios como ao da proporcionalidade, da adequação, da exigibilidade e da busca pelo interesse público, a fim de que se tornem legitimadas a produzirem efeitos concretos na efetivação dos direitos constitucionais tutelados.

Conforme salienta Sérgio Cruz Arenhart:²⁰ "[...] toda esta consideração impõe a adequada interpretação do texto constitucional pelo magistrado. Esta interpretação não se assenta em critérios aleatórios do juiz, mas deve fixar-se em elementos sólidos hermenêuticos."

Diante disso, de acordo com a aplicação do princípio da proporcionalidade três aspectos, segundo o mencionado autor²¹, devem ser considerados: a proporcionalidade em sentido estrito (apresentar o resultado mais vantajoso, que obtenha o melhor resultado), adequação (sempre se deve optar pelo meio mais adequado para a solução do conflito) e a exigibilidade (menos sacrifício possível ao outro interesse), considerando-se a finalidade dos dispositivos legais em conflito.

Conforme ressalta Susana Henriques da Costa,²² a função judicial politizada deve ter uma postura: (i) Consequencialista: ponderação dos efeitos sobre os efeitos materiais da sua decisão à sociedade; (ii) Estratégico: postura adotada na execução de decisões envolvendo a implementação da política pública e; (iii) Mediador : quando decide pela reforma estrutural do Estado, por exemplo, reestruturação do sistema educacional, será o grande mediador desta transformação possibilitando uma necessária interlocução entre as instituições envolvidas para o cumprimento da decisão da melhor forma possível.

A nova forma de atuar exige do magistrado não mais uma atuação de mera aplicação da lei, mas sim que tenha consciência do seu papel enquanto autoridade incumbida de mudar a realidade. E para que tal papel não extrapole os limites de sua atuação deve o magistrado pautar-se no balanceamento dos direitos fundamentais em jogo, pois só assim a intervenção judicial em políticas públicas estará legítima e apta a surtir efeitos concretos na evolução do atendimento dos interesses sociais envolvidos.

Ademais, dentro desta nova perspectiva, observa-se que o modelo clássico de separação de poderes em que ao Poder Executivo cabe administrar, ao Legislativo, legislar,

²⁰ ARENHART, 2009, p. 05.

²¹ Ibid., p. 04.

²² COSTA, 2017, p. 403.

e ou Judiciário, aplicar a Lei ao caso concreto, não se mostra mais adequado à realidade social, pois sempre que ajuizadas demandas que envolvam a análise de políticas públicas caberá ao Poder Judiciário intervir na política e plataforma de governo adotada pelo Chefe do Poder executivo.

Assim, conforme salienta Sérgio Cruz Arenhart,²³ a adequada tutela coletiva impõe rever a noção clássica da tripartição dos poderes do Estado, bem como o de se impedir que o Judiciário possa agir como “legislador positivo”, a fim de suprir a omissão legislativa.

Enfatiza o mencionado autor que²⁴:

[...] o sistema adotado no Brasil não é o da “separação de poderes”, mas sim o do *balanceamento dos poderes*. Ou seja, o direito nacional não concebe a vedação e o Judiciário controlar atividades de outros “poderes” – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais.

Ou seja, sob esta atual perspectiva, a atuação dos magistrados não pode ser a de simples substituição ou alteração de política pública com base em seus critérios pessoais de convicção. Pelo contrário, suas decisões devem ser pautadas em critérios constitucionais e legais, havendo, inclusive, para o alcance deste desiderato, a necessidade de conscientização dos mesmos acerca do papel político que desempenham, revisando os pressupostos e dogmas em que opera o Judiciário Nacional.

Também não se demonstra mais adequada a premissa de que ao Poder Judiciário é vedado adentrar na análise do mérito administrativo a fim de promover um controle de discricionariedade dos atos administrativos emanados pelo Poder Executivo.

Isto porque, conforme leciona o mencionado autor Sérgio Cruz Arenhart²⁵ que:

De fato, a discricionariedade dada pela lei ao administrador apenas pode ser vista como espaço para, diante do caso concreto, eleger ele a solução mais adequada. Se a discricionariedade tem o papel de amoldar a exigência da lei à realidade do caso concreto é evidente que sua existência somente se justifica na medida em que o administrador possa, diante das circunstâncias concretas, a adotar a solução mais perfeita e correta para realização da intenção da lei.

Dessa forma, fica evidente que se adotada uma opção ruim pelo administrador por não ter observado as melhores soluções possíveis que a situação recomendaria, poderá o Poder Judiciário intervir para o controle judicial da medida.

Por outro lado, observa-se que quando o judiciário intervém na discricionariedade administrativa, principalmente em casos de omissão em que se determina a concretização de um direito social constitucionalmente previsto, há correspondente dispêndio de verba

²³ Ibid., p. 08.

²⁴ Ibid., p. 09-10.

²⁵ ARENHART, 2009, p. 13-14.

pública. Em alguns casos esta verba estará indisponível e inexistirá o que se costuma chamar de reserva do possível, limitador da atuação Estatal.

Todavia, a alegação da reserva do possível possui uma limitação, eis que não pode ser oposta ao que se convencionou chamar de mínimo existencial, que é o conteúdo mínimo dos direitos constitucionalmente garantidos, que permite e determina a justiciabilidade e o seu cumprimento imediato.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues:²⁶

É claro que na análise da reserva do possível e o mínimo existencial será necessário ter muito clara a situação em concreto levada ao Poder Judiciário para perquirir e fazer com razoabilidade e proporcionalidade se a situação narrada na demanda judicial envolve a necessidade de proteção de um direito fundamental relacionado intimamente à existência, à dignidade da pessoa, àquilo que não se admite de forma alguma possa ser negado a um cidadão, e, por outro lado, se existe cabal demonstração de uma limitação financeira do Estado que é impeditiva da concretização da política pública controlada judicialmente, ou seja, a reserva do financeiramente possível.

Ou seja, a decisão jurisdicional para resolução dos conflitos envolvendo direitos difusos precisa estabelecer um patamar mínimo, um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois somente este mínimo é que pode ser exigido do Estado.

É certo que a reserva do possível, constitui limite à atuação do Poder Judiciário, pois na análise das ações que objetivam programar políticas públicas referido Poder sempre terá que levar em consideração a viabilidade de concretização de outros direitos também resguardados pelo Texto Constitucional.

Mas o limite imposto pela cláusula da reserva do possível não é absoluto, pois embora o Poder Judiciário não possa exigir a concretização de determinados direitos quando o Estado não disponha de recursos financeiros para tal desiderato, este último não pode se eximir de sua responsabilidade alegando ausência de disponibilidade financeira, uma vez que a implementação de políticas públicas pode ser realizada de forma gradativa.²⁷

Isto porque, segundo Sérgio Cruz Arenhart:²⁸ “[...] mesmo diante da “reserva do possível”, jamais será admissível que o Estado abandone simplesmente um interesse fundamental.”

O magistrado sempre terá, portanto, que verificar se a decisão a ser proferida, embora tenha por objetivo resguardar os direitos constitucionais exigidos judicialmente, não inviabilizará a concretização de outros direitos também tão importantes e do mesmo

²⁶ RODRIGUES, 2017, p. 104-105.

²⁷ Conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet: A habitual ponderação relativa à ausência de recursos (limite da reserva do possível), assim como a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre a destinação de recursos públicos, aqui se revelam de mais difícil aceitação. Note-se que, de acordo com o art. 212 da Constituição, a União não poderá aplicar menos do que 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] Tudo isso demonstra que as competências na esfera do ensino, já estão definidas em nível constitucional, de tal sorte que tais aspectos não podem ser invocados como objeções ao reconhecimento de um direito subjetivo à educação fundamental. SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p 651.

²⁸ ARENHART, 2009, p. 17.

patamar. Mas, em contrapartida, não pode o Poder Público eximir-se da implantação de políticas públicas determinadas judicialmente que assegurem a efetivação de direitos que compõem o mínimo existencial, alegando a reserva do possível.

Eficácia da decisão proferida nos autos da ação civil pública

Por fim, cumpre analisar a efetividade destas decisões judiciais na mudança da realidade social e concretização dos direitos sociais fundamentais, seja por meio da adoção do método dialogal, de técnicas processuais que se adequam a esta nova possibilidade de atuação judicial, ou pelas alterações ocorridas sociais durante a tramitação e execução das decisões envolvendo as macro lides.

No que se refere ao método dialogal, observa-se que desde os litígios desenvolvidos na década de 50 do século passado, foi-se afirmado, no direito norte-americano, o reconhecimento da existência de uma importante categoria de litígios de direito público.

Segundo enfatiza Ada Pellegrini Grinover:²⁹

[...] foi se afirmando o reconhecimento de existência de uma importante categoria de litígios de direito público, que deve ser diferenciado não só da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da maioria da tutela coletiva, pois agora o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional envolvendo outros 'poderes' estatais. A decisão não mais versa sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas projeta-se para o futuro, numa dimensão prospectiva. A ordem do juiz não deve ser mais pague ou faça, mas uma mera indicação dos fatos a serem empreendidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença.

De acordo com esta nova postura, o diálogo entre as partes tornou-se essencial para a construção da sentença, ampliando-se o contraditório com audiências públicas e também com a intervenção de terceiros como *amicus curiae*. O juiz também deve ser auxiliado por assessoria especializada que busque informações junto ao Poder executivo, a fim de que o provimento jurisdicional, no caso de ausência de acordo entre os litigantes, torne-se possível e que a decisão a ser cumprida seja justa, equilibrada, e exigível.

Faz-se necessária, inclusive, a adequação da decisão proferida à nova realizada, com a possibilidade de sua flexibilização, bem como a participação da administração mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que deve acompanhar a execução diretamente ou mediante terceiros devidamente habilitados.

No entanto, no Brasil os Tribunais em geral não têm observado esta questão. Na maioria das vezes o cumprimento da sentença condenatória, tem sido difícil e frequentemente inexecutável.

Por estes motivos, observa-se que, no caso em análise, apesar de a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002 ter

²⁹ GRINOVER, 2017, p. 445.

estabelecido metas a serem cumpridas pelo Poder Executivo, ao invés de determinar a forma de execução da decisão, não pode ser considerada de grande efetividade em razão dos seguintes motivos: (i) falta de verba no orçamento; (ii) ausência de apresentação do plano efetivo de ampliação de vagas e de unidades de educação infantil, cujo prazo era de 60 dias após a publicação da decisão; (iii) necessidade de realizar desapropriação para obtenção de espaço para a construção de novas creches.

De acordo com Susana Henriques da Costa:³⁰

Em processo visando a implementação de políticas públicas, em especial os processos coletivos, a rigidez do sistema processual é apontada como prejudicial à tutela jurisdicional. É que demandas coletivas voltadas à criação ou redefinição de políticas públicas, em regra, consubstanciam direitos difusos, dada sua natureza indivisível (universalidade) e a indeterminabilidade de seus titulares. Uma característica dos interesses difusos é sua contingencialidade. São interesses essencialmente mutáveis e dinâmicos e, por conta disso, a tutela jurisdicional que inicialmente se revelaria apta a protegê-lo não raro se mostra ineficaz com o passar do tempo.

Segundo a mencionada autora,³¹ as regras não flexíveis a respeito da estabilização objetiva do processo costumam não ser insuficientes para lidar com a mutabilidade inerente dos direitos difusos, uma vez que o pedido originariamente realizado pode, com o passar do tempo, não mais ser apto a resolver a crise de direito material trazida para a apreciação jurisdicional, eis que esta crise pode passar a demandar outro tipo de prestação protetiva, em função da alteração da causa de pedir. Nessa mesma ótica, a coisa julgada, considerada como a preclusão máxima do processo, caracteriza-se pela imutabilidade dos efeitos da decisão prolatada (material) e não mais sujeita a recursos (formal). Essa decisão, cujos efeitos são imutáveis, diante da enorme contingência de processos que envolvem políticas públicas, pode se mostrar ineficiente por conter comandos não mais necessários em razão da alteração da realidade fática.

O processo civil brasileiro precisa, portanto, reestruturar-se tecnicamente a fim de garantir a tutela adequada aos litígios coletivos envolvendo políticas públicas, sem deixar de observar, evidentemente, os valores resguardados pelos modelos vigentes referentes à segurança jurídica e à celeridade.

Nesse sentido já se observa, no Anteprojeto de Controle Judicial de Políticas Públicas a possibilidade de adaptação da decisão transitada em julgado às peculiaridades do caso concreto pelo juiz da execução,³² cuja redação, ainda que seja um pouco genérica, "identifica

³⁰ COSTA, 2017, p. 414.

³¹ *Ibid.*, p. 414-415.

³² Art. 20 [...] Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente. *Ibid.*, p. 417.

a insuficiência do modelo atual rígido para o tratamento de políticas públicas, bem como propõe a flexibilização das regras interpretativas da coisa julgada”.³³

No caso em análise, apesar de passados aproximadamente dez anos da propositura da Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, observa-se que a concretização do direito social à educação no Município de São Paulo, para atendimento de crianças na faixa etária de frequentarem creches e pré-escolas, ainda está longe de suprir a crescente demanda de atendimento.

Neste período, o cumprimento da decisão passou pelos governos de Gilberto Kassab (2005 a 2012), Fernando Haddad (2013-2016) e, atualmente, está sob o comando de atuação do Prefeito João Doria (2017-2020). Estas mudanças de administração e seus respectivos planos e programas de campanha entregues à Justiça Eleitoral, por ocasião dos registros de candidaturas, devem ser consideradas como fatores importantes para o descumprimento da decisão, haja vista que cada um dos três agentes políticos formularam programas distintos e que não abrangiam o cumprimento integral do direito resguardado na ação.

Ademais, não se pode deixar de considerar que durante uma década de tramitação ocorreram diversas mudanças na realidade social e na necessidade de atendimento do direito à educação no Município, fazendo-se necessária a adaptação do caso à nova demanda social.

Hoje, a Ação Civil Pública em referência encontra-se no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça para apreciação, respectivamente, de recursos Extraordinário e Especial, tramitando em segredo de justiça.

De acordo com notícias postadas nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Ministério Público da mesma Municipalidade,³⁴ verifica-se que foi celebrado em audiência pública, um acordo entre as entidades autores e o Município de São Paulo, para cumprimento da decisão em questão.

Dentre as cláusulas do acordo celebrado,³⁵ encontra-se na de número 1 a seguinte obrigação:

CLÁUSULA 1 – O Município de São Paulo garantirá, no período compreendido entre 31 de Dezembro de 2016 e 31 de Dezembro de 2020, no mínimo 85.5000 novas matrículas em creches para a população de 0 a 3 anos de idade.

§ Na ampliação de matrículas serão priorizadas as Diretorias Regionais de Ensino em que se registraram, em 31 de Dezembro, os maiores números de demandantes não atendidos.

§ 2º - Para efeitos de cumprimento da presente Cláusula, considera-se a população de 0 a 3 (três) anos como aquela que possui até 4 (quatro) anos incompletos de idade, no dia 31 de março do ano corrente.

³³ Ibid., p. 417

³⁴ A notícia pode ser visualizada em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/justica/menu/index.php?p=236366>>.

³⁵ Pode ser consultado em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/noticias_2017/2017_setembro/MPSP%20participou%20de%20assinatura%20de%20acordo%20sobre%20o%20tema>.

O acordo prevê, ainda, progressivos avanços na qualidade e na redução de crianças por educador, na observância do espaço externo das unidades escolares, bem como a limitação de agrupamento por ambientes. Todavia, verifica-se que o mesmo ainda está longe de atender a demanda necessária para a concretização do direito social à educação no município, que se encontra em demanda crescente na realidade social do município.

Conclusão

Como visto, percebe-se ser perfeitamente possível a intervenção judicial em políticas públicas para suprir omissão do Poder Executivo quanto à concretização de direitos fundamentais constitucionalmente previstos que não podem ser descumpridos pelo Poder Público sob a simples alegação da reserva do possível, haja vista serem os referidos direitos componentes do mínimo existencial, cuja prestação deve ser estritamente observada pela administração.

As ações coletivas são vistas, em princípio, como a medida mais adequada para tutelar estes direitos, uma vez que possibilitam uma análise 'macro' do conflito pelo Poder Judiciário, o qual não é possível de ser feito quando da apreciação das demandas individuais propostas para a concretização destes mesmos direitos.

O ajuizamento de inúmeras demandas individuais, além de contingenciar o Poder Judiciário, acaba por produzir decisões judiciais que muitas vezes não se coadunam com os programas e metas de governo, bem como inviabiliza a concretização de outros direitos também tão importantes quando os demandados individualmente.

É certo que sob o ponto de vista do direito perquirido pelo autor a demanda individual pode lhe trazer, em princípio, uma satisfação mais rápida, mas não se pode deixar de levar em consideração que inúmeras decisões proferidas em ação individuais sobre a mesma questão, tal como no caso das creches de São Paulo, acabam também por inviabilizar a efetividade destas decisões.

No caso em análise, observa-se que Ação Civil Pública nº 0150735-64-2008-8.26002, embora tenha alterado o padrão decisório do Município de São Paulo não conseguiu concretizar, de acordo com a necessidade da demanda, o direito à educação no referida municipalidade. Pelo contrário, observa-se, por meio do acordo firmado no ano de 2017, que ainda serão criadas 85.500 (oitenta e cinco mil e quinhentas) vagas até o ano de 2020 para atendimento da demanda escolar, o que também não será suficiente para suprir a necessidade de atendimento.

Além disso, embora a decisão tenha disciplinado o acompanhamento do seu cumprimento provisório pelo juiz competente, seja diretamente ou por meio de assistentes, bem como não tenha estabelecido a forma de execução, possibilitando, assim, certa flexibilidade da coisa julgada, está longe de ser uma decisão proferida em um processo dialógico e estrutural.

Isto porque, a decisão da Corte Paulista de 2013 não foi construída a partir do diálogo entre as partes, mas sim pela lógica da adjudicação, substituindo-se a atuação do administrador público pelo juiz, o que acarretou a prolação de provimento jurisdicional simbolicamente importante, porém com pouco potencial de alteração da realidade social.

Para surtirem efeitos concretos, decisões desta natureza, que envolvam políticas públicas, precisam ser razoáveis, equilibradas, abertas e construídas de comum acordo com a Administração. A condenação, nestes casos, deve configurar, em última análise, como a substituição da atividade do administrador pela atividade do Juiz. O magistrado deve estar consciente do seu papel para alteração da realidade social, percebendo a sua função de agente social.

Observou-se, por meio do presente trabalho que o Poder Judiciário ao intervir no direcionamento ou redirecionamento de políticas públicas a serem implementadas pelo Poder Executivo para a concretização de direitos difusos constitucionalmente previstos deve buscar, sempre que possível, uma solução consensual do conflito, pois na maioria das vezes a sentença que aponta um vencedor e um vencido não traz efetividade significativa na busca dos anseios sociais.

Assim, no presente caso, diante das inúmeras demandas individuais propostas no Município de São Paulo que geraram decisões “fura fila” e da ausência de diálogo na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da ação coletiva, observa-se que o direito à educação está longe de ser concretizado efetivamente no Município.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. Revista do Ministério Público Federal, ANO I, Número 1, 2009, p. 05. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf> Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. STJ. Ação de Descumprimento de Prefeito Fundamental nº 45-90. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. TJSP. Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>> Acesso em: 09 jul. 2018

_____. Presidência da Republica. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jul. 2018.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador: Juspodivm, 2017.

- _____. A imediata Judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador, Juspodivm, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Dimensões da constitucionalização das políticas públicas. Rio de Janeiro, set./dez. 2016, RDA – Revista de Direito Administrativo, p. 255. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66662>>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O processo para solução de conflitos de interesse público. Salvador, Juspodivm, 2017.
- RIZZI, Ester Gamardella; Ximenes, Salomão Barros. Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre a educação infantil em São Paulo. São Paulo, 2014, p. 13. Disponível em: <<http://acaoeducativa.org.br/en/publications/litigio-estrategico-para-a-mudanca-do-padrao-decisorio-em-direitos-sociais-acoes-coletivas-sobre-educacao-infantil-em-sao-paulo-strategic-litigation-for-changing-the-decision-making-pattern-in-socia/>>. Acesso em: 09 jul. 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da tutela coletiva. Brasília/DF, Gazeta Jurídica, 2017.
- SANTOS, Heloísa Couto dos. Educação infantil – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - apelação nº 0150735-64-2008-8.26002 (caso creches) – julgamento em 16 de dezembro de 2013. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Org). O processo para solução de conflitos de interesse público, Salvador, Juspodivm, 2017.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.
- UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. Guia para normalização de referências bibliográficas: NBR 6023: 2002. 3 ed. Vitória: A Biblioteca, 2005.
- _____. Biblioteca Central. Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos: guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES. 7. ed. Vitória: A Biblioteca, 2005.