

8º Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos (28 a 30 de abril de 2014, Faculdade de Direito, USP, São Paulo – SP)

**LITÍGIO ESTRATÉGICO PARA A MUDANÇA DO PADRÃO
DECISÓRIO EM DIREITOS SOCIAIS: AÇÕES COLETIVAS
SOBRE EDUCAÇÃO INFANTIL EM SÃO PAULO**

Grupo de Trabalho: Mobilização Jurídica e direitos humanos:
pode o direito ser emancipatório?

Autores: Ester Gammardella Rizzi e Salomão Barros Ximenes

Instituição: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação

São Paulo – SP

Abril de 2014

Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo

Ester Rizzi¹ e Salomão Ximenes²

Resumo: O artigo analisa o potencial da atuação do Judiciário na promoção de direitos sociais a partir de recente decisão do TJSP sobre educação, na qual é determinada a ampliação do número de vagas disponíveis de forma a atender parte significativa da demanda conforme plano apresentado pelo Executivo, com regime de monitoramento específico. Desde 2005, o Judiciário consolidou padrão decisório em que tende a reconhecer, em demandas individuais, o direito de crianças de 0 a 5 anos à matrícula em creche ou pré-escola. Ocorre que, em função da reiterada indisponibilidade de vagas, as decisões vêm tendo como consequência, na maior parte das vezes, a simples mudança na ordem da espera, tornando ineficaz o provimento judicial para efeito de modificação do quadro geral de violação a esse direito. Quanto a ações que tentam articular esse direito de uma perspectiva realmente coletiva, a resposta vem sendo majoritariamente negativa. Em 2007, organizações da sociedade civil iniciaram ações judiciais com o objetivo de alterar esse padrão decisório e, por meio do litígio estratégico, impulsionar tanto a atuação do sistema de justiça como as políticas públicas educacionais. Inicialmente, houve forte resistência judicial às demandas, situação que foi alterada em 2013 em razão de mudanças conjunturais que levaram à realização de inédita audiência pública no Tribunal de Justiça de São Paulo, nos moldes do STF. Nessa estratégia, tão importante quanto a decisão é a execução e o monitoramento, que exigirão flexibilidade do sistema judiciário às exigências do processo coletivo.

I. LITÍGIO JUDICIAL ESTRATÉGICO E PROMOÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Sobretudo a partir da Constituição de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, algumas organizações da sociedade civil têm adotado como linha de atuação permanente as estratégias de litigância em direitos fundamentais e a assessoria jurídica a movimentos sociais, ambas visando fortalecer as lutas por ampliação de direitos. Essas estratégias interagem com o que se vem convencendo chamar de judicialização das relações sociais, cujos reflexos nos diversos campos de atuação da sociedade civil (saúde,

¹ Advogada, Mestre e doutoranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP). É assessora da ONG Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação.

² Advogado, Mestre em Educação Brasileira (UFC) e doutorando em Direito do Estado (USP). É coordenador do Programa Ação na Justiça, da ONG Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação.

educação, moradia, meio ambiente, terra, sistema penitenciário, etc) são bastante perceptíveis.

Mesmo reconhecendo o considerável grau de incerteza em torno deste conceito, entende-se que a judicialização significa a ampliação da esfera de influência do Poder Judiciário nas relações sociais e políticas. Mais que um simples indicador objetivo do crescente número de demandas judiciais, o que se chama judicialização da política – e das políticas públicas, especificamente - significa a utilização de procedimentos judiciais para dirimir conflitos de origem política, incluídos aí os conflitos distributivos.

Vanessa Oliveira (2005) elabora uma síntese sobre o assunto:

Por *judicialização da política* entendo a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política, tais como controvérsias a respeito de normas, resoluções e políticas públicas em geral, adotadas/implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, utilizando o conceito de Tate e Vallinder (1995:13), trato por judicialização o “processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais”. Simplificadamente, chamei de judicialização a capacidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, interferindo ou alterando, em alguns casos, o *status quo* vigente. Todavia, para poder intervir, o Judiciário deve antes ser acionado. Este processo, independentemente do ator que o promove – se partido político, organizações da sociedade civil, pessoas físicas etc. –, será chamado de *política da justiça*, quando se referir ao acionamento desse Poder de modo a interferir em um processo político, nos termos acima descritos.

Tratarei a judicialização como um processo de três fases, que implica: primeiramente no acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos – ou *política da justiça*; em segundo lugar, no julgamento do pedido de liminar (quando houver); e, por fim, no julgamento do mérito da ação, que enseja a *judicialização da política* propriamente dita. Este é o que chamarei aqui de *ciclo da judicialização*.” (Oliveira, 2005: 559 a 560; grifos nossos).

As causas da crescente importância do Poder Judiciário no tratamento das questões relativas às políticas públicas poderiam ser atribuídas aos inúmeros direitos positivados na Constituição de 1988, ao aumento das competências constitucionais relacionadas ao sistema de justiça como um todo (notadamente ao Ministério Público e Defensoria Pública), à Lei de Ação Civil Pública e aos já mencionados ECA e CDC, assim como à fragilidade dos mecanismos de controle social e de participação no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo. Seja quais forem as causas – necessariamente múltiplas e complexas –, o fato relevante para os propósitos do presente trabalho é que a crescente participação do sistema de justiça em decisões que antes eram da esfera dos demais Poderes exige destes e da sociedade civil uma revisão de suas posturas, como forma de ajustar os processos políticos à entrada desse novo ator no campo do diálogo e das disputas político-distributivas.

Antes encarado pelas organizações populares e movimentos sociais como um poder exclusivamente repressor, com o avanço das instituições democráticas o Judiciário passa a ser também demandado como um espaço de afirmação de direitos. É inegável, por exemplo, que cada vez mais o Judiciário decide casos relacionados aos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente acesso gratuito a medicamentos e acesso à escola. Também é inegável que a própria sociedade civil, ao eleger o Judiciário como um campo legítimo para as disputas, legitimou esse poder e sua intervenção. A grande questão que permeia essa atuação é saber se por meio de sua ação o Judiciário efetivamente contribui para a ampliação da garantia de direitos fundamentais na sociedade, pensados em seu conjunto enquanto bens ou direitos coletivos, ou se simplesmente reiteram e reproduzem esquemas seletivos e excludentes. O objetivo deste texto é indicar, a partir da reflexão sobre um caso concreto ainda em andamento, elementos para aprofundar essa análise.

Nesse debate, há aqueles que dizem que o Judiciário não deveria interferir em políticas públicas. Argumentam que, além de ser o único poder que não é eleito – o que diminuiria sua legitimidade democrática –, suas decisões, majoritariamente individuais, acabam atrapalhando e desorganizando os poderes que formulam ações tendo como horizonte a promoção coletiva de direitos. Frequentemente o Judiciário é acusado de reproduzir em suas decisões uma visão liberal-individualista, própria do paradigma comutativo de decisão judicial – talvez não sem razão. O rigor dedicado às normas processuais, o respeito absoluto pela forma, a presunção de igualdade entre as partes, a maneira excessivamente individualista de enxergar problemas que muitas vezes são coletivos parecem dificultar a apreciação judicial de direitos sociais³.

O exemplo clássico a que recorrem os críticos da “judicialização das políticas públicas” é o da promoção da saúde. Remédios caríssimos seriam conquistados individualmente pela via judicial; ato contínuo, o poder público teria à sua disposição menos dinheiro para promover ações de amplo alcance, como a estruturação da atenção básica e da prevenção. Na educação, a pulverização de ações individuais

³ O debate sobre o papel do Poder Judiciário frente aos outros poderes, bem como sobre o conceito de judicialização pode ser aprofundado por meio dos textos: TATE, C. N., VALLINDER T. *The global expansion of judicial power*. New York; London: New York University Press. xii, 556 p., 1995. WERNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. OLIVEIRA, Vanessa E. *Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?* Dados, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, pp. 559-587, 2005. CARVALHO, Ernani. *Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem*. Revista de Sociologia e Política, n. 23, p. 115-126, 2004. CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, pp. 147-156, 1997. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, pp. 113-133, 2002. NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *“Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas*. Novos estudos - CEBRAP no.91 São Paulo Nov. 2011.

levaria à superlotação das salas de aula e à desestruturação dos sistemas de matrícula.

Nos últimos anos, no entanto, apesar de persistirem tais críticas, houve uma mudança significativa na aceitação da chamada justiciabilidade dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Hoje a intervenção do Judiciário em políticas públicas, inclusive reconhecendo a omissão do Estado, é um fato reiterado nas demandas e na jurisprudência produzida nos Tribunais. O que está em disputa, portanto, não é mais a já reconhecida justiciabilidade em tese de determinados direitos (aqui entendida como a possibilidade de exigí-los no sistema de justiça), mas sim os limites e a eventual seletividade que caracterizam a intervenção judicial em relação a tais direitos.

Para os críticos da chamada judicialização, a conclusão a partir do diagnóstico das insuficiências institucionais deveria ser: o melhor a fazer para promover direitos coletivos é deixar o Judiciário fora do debate. Os interlocutores deveriam ser apenas o Poder Legislativo e o Poder Executivo, fortalecendo-se os canais de participação e controle sobre tais direitos. O que se ignora é que, muitas vezes, quando se recorre ao Poder Judiciário já foram feitas diversas tentativas de contato e pressão sobre os demais poderes. Há ainda situações em que a própria política pública carrega vícios e em que há bloqueios políticos ao reconhecimento de direitos de minorias ou à reforma institucional. Nesses cenários, pode ser estratégico fazer a defesa de direitos em âmbito judicial. A proposição de demandas judiciais estratégicas e/ou paradigmáticas pode, antes mesmo de se obter uma decisão judicial efetiva, servir para por em destaque determinada situação de violação, levando a que seja modificada pelo fortalecimento da pressão social.

II. JUDICIÁRIO E DIREITO À EDUCAÇÃO: NOTAS A PARTIR DA ATUAÇÃO DA AÇÃO EDUCATIVA

O processo de ampliação da atuação do Poder Judiciário também teve reflexos no campo educacional. O distanciamento entre os preceitos legais e as políticas públicas, parcialmente omissas ou estruturalmente inadequadas, resultou numa crescente intervenção do sistema de justiça, principalmente quando considerado o aspecto específico da demanda por vagas em unidades públicas de educação básica.

Não se pode perder de vista, no entanto, que nem sempre o Judiciário opera no sentido de promover a ampliação do reconhecimento dos direitos educacionais, sendo comum a resposta negativa às demandas que extrapolem o pedido de matrículas em unidades de ensino, ou ainda sua atuação como instância de veto a

avanços em políticas públicas conquistados na esfera política dos demais poderes do Estado.

Daí ser necessário aprofundar a compreensão e dar a devida dimensão ao fenômeno da judicialização. No caso específico dos direitos econômicos, sociais e culturais há inúmeros desafios a serem superados. Antes, uma observação: os direitos econômicos, sociais e culturais não devem ser entendidos como uma tipologia restrita de direitos, em oposição aos chamados direitos civis e políticos, no sentido de que só os primeiros exigiriam ações positivas do Estado, enquanto os outros bastariam em sua dimensão negativa. Os direitos econômicos, sociais e culturais expressam, na verdade, o caráter prestacional que predomina na dimensão principal do dever do Estado em relação à sua efetivação. São aquelas dimensões de direitos que requerem, para sua realização, a organização do Estado em ações, procedimentos e políticas públicas, necessárias tanto para a garantia de direitos tipicamente sociais, como a educação e a saúde, como para a garantia de liberdades e direitos políticos. Exemplos de deveres positivos com a garantia desses últimos são as políticas públicas de segurança e o sistema eleitoral. Muitas vezes o Judiciário se recusa a intervir mais amplamente nas políticas públicas, de forma a exigir sua modificação estrutural; por outro lado, passa a reconhecer crescentemente o direito individual de exigir o acesso a determinados bens e serviços.

O litígio estratégico em defesa do direito à educação, nesses casos, passa tanto por evitar retrocessos nas políticas conquistadas como por construir demandas capazes de influenciar a prestação jurisdicional. Ao realizar tais defesas, se reconhece explicitamente a legitimidade e competência do Poder Judiciário para influenciar as políticas públicas. Essa atuação junto ao Sistema de Justiça deve, por outro lado, produzir reflexão crítica sobre a exigibilidade judicial, o papel dos três poderes na realização dos direitos e o lugar da participação social.

Uma vez que o Judiciário unicamente responde às demandas que lhe são propostas, a democratização da Justiça passa necessariamente pela qualificação e pluralização dos atores que acessam o sistema. Numa aparente contradição com o crescente papel político atribuído ao Judiciário, hoje são poucas as organizações da sociedade civil do campo educacional que efetivamente incorporam estratégias de atuação junto a esse poder.

Com o objetivo de enfrentar tais questões e diante do fenômeno de crescente influência do sistema de justiça na definição do direito à educação e, conseqüentemente, na determinação das políticas educacionais, a Ação Educativa criou, em 2004, o programa Ação na Justiça, que tem como objetivo promover a exigibilidade jurídica do direito à educação desde a perspectiva dos direitos humanos,

fortalecendo a interação entre os campos educacional e jurídico. Além da atuação judicial propriamente dita, são objetivos do programa: o aprofundamento e difusão de tais conceitos nos campos jurídico e educacional, a participação no debate público, a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e de direitos educacionais.

Após um período inicial de implantação (2004 a 2006) do programa, no qual foram priorizadas iniciativas de pesquisa, voltadas ao conhecimento do posicionamento do Judiciário frente a demandas pelo direito à educação, de produção e difusão de informações públicas, por meio de boletim informativo específico e publicações especializadas e de formação de atores estratégicos, educadores, militantes sociais e estudantes de graduação em direito e pedagogia; a Ação Educativa vem se constituindo nos últimos anos como um agente na litigância estratégica do direito à educação, propondo demandas e prestando assessoria jurídica a movimentos e organizações sociais.

Nesse sentido, além de permanente atuação na esfera administrativa, foram propostas ações jurídicas na defesa do direito à educação - ações civis públicas e mandados de segurança, em articulação com outras organizações, fóruns, e, sempre que possível, com o Ministério Público e a Defensoria Pública. Além disso, vem acompanhando o debate constitucional junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), com a participação direta como *Amicus Curiae* em processos de controle de constitucionalidade que tenham como objeto aspectos relevantes do direito humano à educação, como a questão do piso nacional salarial dos profissionais da educação básica pública e os limites ao ensino religioso nas escolas públicas. Na proposição e acompanhamento das ações são priorizadas as demandas de caráter coletivo ou paradigmático, em que, além dos interesses imediatos defendidos, estão em jogo teses jurídicas relacionadas à amplitude da exigibilidade do próprio direito à educação e à possibilidade de impulsionar políticas públicas redistributivas.

Como veremos adiante, a educação infantil em creches e pré-escolas, para crianças com idade entre 0 (zero) e 5 (cinco) anos, é um desses “temas de fronteira” do direito à educação e, numa perspectiva mais geral, dos direitos sociais. Prevista como direito na Constituição de 1988 e em seguidas normas legais, somente muito recentemente passou a ter seu status de exigibilidade reconhecido pelo Judiciário. Dadas as implicações políticas e econômicas de tal reconhecimento, uma vez que cerca de 77% das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos e 21% daquelas com idade entre 4 (quatro) e 5 (cinco) anos atualmente não encontram vagas em instituições

públicas de ensino dos Municípios - a quem compete a oferta direta, muito se tem discutido a respeito da efetividade das decisões judiciais e sobre a forma adequada de tutela desse direito.

Daí a Ação Educativa atuar nesse tema, em diversas frentes. Nacionalmente, atua na direção da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, rede de organizações da sociedade civil que vem impulsionando reformas positivas no conteúdo do direito à educação; localmente, compõe articulações como o Grupo de Trabalho sobre Educação da Rede Nossa São Paulo e o Movimento Creche para Todos. Esse último se constitui como uma articulação informal de entidades e militantes sociais que têm como objetivo lutar pela inclusão educacional de qualidade de todas as crianças em unidades de educação infantil. Nesse sentido, desde o final de 2007, o Movimento organiza mobilizações e iniciativas de incidência política com comunidades e organizações locais no município de São Paulo e na Região Metropolitana, buscando consolidar o reconhecimento deste direito e a articulação social para a sua garantia, fortalecendo sua exigibilidade.

O Movimento Creche para Todos tem ainda como objetivos fortalecer o controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil e promover sua justiciabilidade, tendo em vista: (i) a ampliação do número de vagas associada à priorização do atendimento nas áreas de maior vulnerabilidade social; (ii) a melhoria da qualidade do atendimento e (iii) o acesso às informações públicas e a garantia de um sistema de registro da demanda por esta etapa educacional.

Em articulação com as iniciativas de incidência política e mobilização social, as organizações do Movimento, assessoradas pelo Programa Ação na Justiça, vêm recorrendo à litigância judicial estratégica como forma de fortalecer o direito e de dar visibilidade à temática, com o que buscam também incidir sobre a configuração da jurisprudência e a posição dos órgãos oficiais do sistema de justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Justiça da Infância e da Juventude).

III. CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: O DÉFICIT DE VAGAS EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O Plano Nacional de Educação - PNE (Lei nº 10.172/2001) estabeleceu metas de atendimento em creches e pré-escolas a serem alcançadas até o ano de 2011. Estipulou que no mínimo 50% da população na faixa etária de creches (0 a 4 anos incompletos) e 80% da população na faixa etária de pré-escola (4 anos completos a 6 anos) deveriam estar matriculadas até aquele ano. Um novo Plano Nacional de Educação tramita desde 2010 no Congresso Nacional (PL n. 8.035/2010).

Enquanto novas metas não são estabelecidas em lei, são válidas e exigíveis – até porque ainda longe de serem cumpridas – as metas estipuladas do plano anterior.

Segundo a projeção populacional da Fundação SEADE⁴, residiam no Município de São Paulo, em 2012, 610.094 crianças entre 0 e 3 anos, com idade de matrícula em creche. Segundo a mesma projeção, eram 285.451 crianças com idade de 4 (quatro) e 5 (cinco) anos, faixa etária em que deve ser garantida a frequência à pré-escola.

Em 2012, segundo os microdados do Censo Escolar (MEC/INEP)⁵, havia no Município, somando instituições públicas e privadas, 164.975 crianças de 0 a 3 anos matriculadas em creches e 232.243 crianças de 4 e 5 anos matriculadas em pré-escolas. Verifica-se, portanto, que as matrículas registradas em creche correspondem a apenas 27% das crianças na faixa etária, considerada a organização do sistema de ensino paulistano⁶. A rede municipal de ensino atende, em janeiro de 2014, a 204.133 crianças em creches⁷, tanto na rede direta como na rede conveniada.

No caso da pré-escola, com a Emenda Constitucional n° 59, de 2009, que tornou a matrícula escolar obrigatória a partir dos 4 (quatro) anos de idade, a meta passou a ser necessariamente a universalização do acesso, com o atendimento de 100% da demanda. Em termos práticos, isso significa que faltam ao menos 53.208 vagas para crianças na faixa etária correspondente à pré-escola.

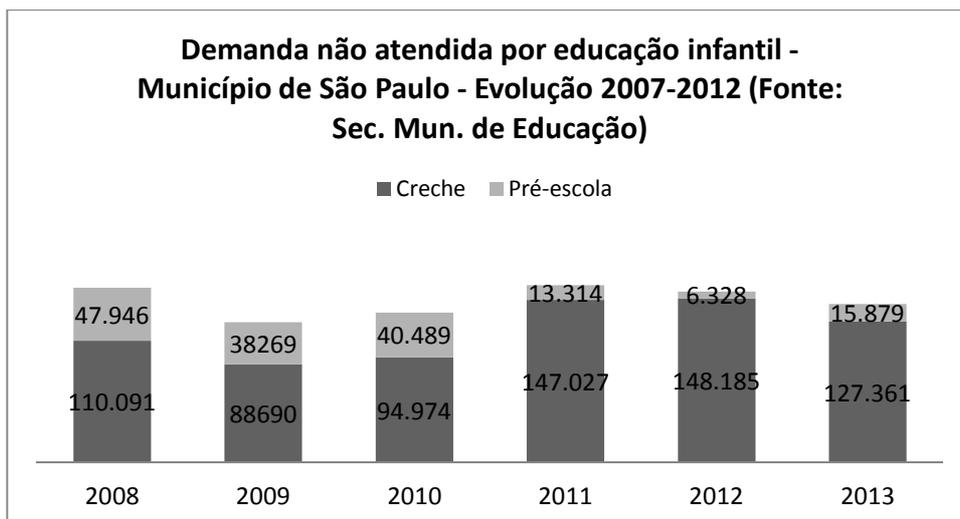
Oficialmente, a demanda não atendida chegou, em setembro de 2013, a 156.982 crianças com idade até 4 anos incompletos e 14.573 crianças com idade entre 4 anos completos e 6 anos incompletos, totalizando 171.555 crianças. Esses dados são fruto do sistema de registro de demanda instituído por força da Lei Municipal n° 14.127/2006, segundo a qual a municipalidade é obrigada a registrar solicitações de vagas em todas as unidades de ensino e a divulgar informações atualizadas sobre a demanda escolar, o que vem sendo feito desde 2007. A evolução da demanda oficial não atendida nos últimos 6 (anos), tomando como referência o mês de junho de cada ano, é a seguinte:

⁴ Fonte: <http://www.seade.gov.br/index.php>, consultada em 14/04/2014.

⁵ Fonte: <http://portal.inep.gov.br/basica-levantamentos-acessar>, consultada em 14/04/2014.

⁶ Não é possível dizer com exatidão, a partir dos dados aqui apresentados, qual é a taxa de atendimento em creche, no município de São Paulo, da população de 0 a 4 anos incompletos e de 4 e 5 anos, pois o censo populacional diz respeito unicamente à população residente no Município, enquanto o Censo Escolar (MEC/INEP) abrange todas as matrículas.

⁷ Fonte: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, consultada em 14/04/2014.



Como pode ser observado, a ampliação da demanda não-atendida ocorreu, fundamentalmente, no tocante às creches, alcançando o maior número justamente no ano de 2012. Tal dinâmica de expansão da demanda se deve, por um lado, à evidente insuficiência da oferta pública municipal. Por outro lado, expressa uma crescente conscientização da população sobre seus direitos, uma vez que os dados registrados pela Secretaria Municipal de Educação dependem do comparecimento de genitores ou responsáveis às unidades de ensino próximas às suas residências.

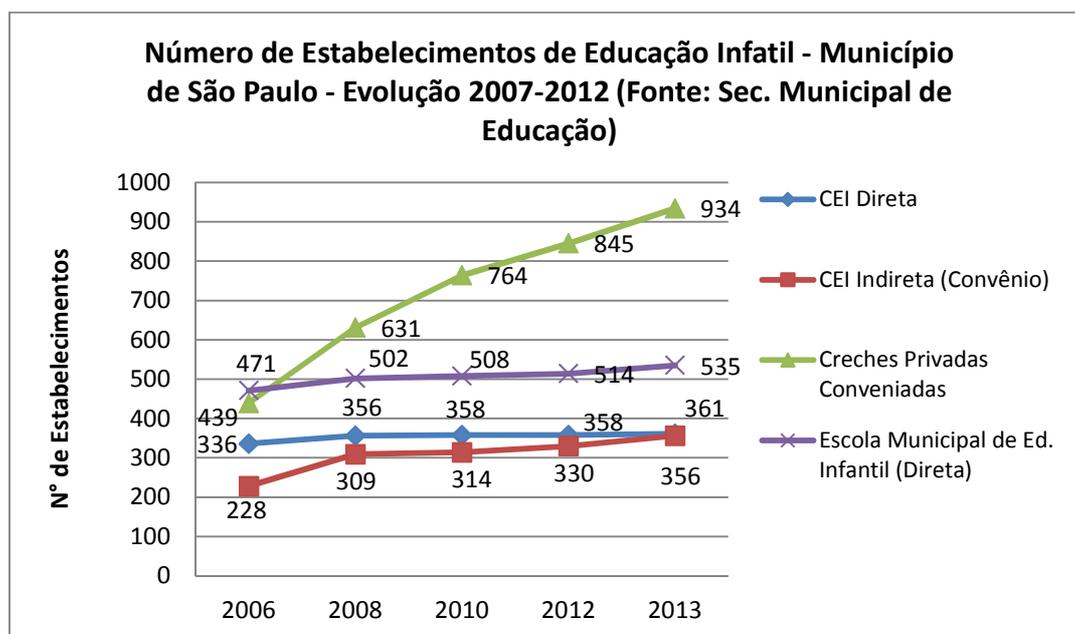
Cotejando-se os dados acima analisados – população na faixa etária, matrículas e demanda oficial não-atendida – é ainda possível perceber um amplo espaço para que a procura por vagas cresça ainda mais, uma vez que um grande contingente da população na faixa etária de creche – tomando-se os dados de matrícula de 2012, nada menos que 295.980 crianças com idade até 4 anos incompletos – não se encontram nem matriculadas nem cadastradas. Certamente, à medida que forem ampliadas as oportunidades educacionais, boa parte desta população também passará a exigir suas prerrogativas constitucionais de acesso à creche.

Em relação à pré-escola, por outro lado, verifica-se uma importante redução da demanda não atendida. Nesse caso, a incorporação de mais crianças ao sistema pré-escolar foi favorecida pela ampliação do ensino fundamental para parte da faixa etária de 6 (seis) anos. Há duas questões, no entanto, que precisam ser destacadas e que não se encontram evidenciadas nos dados sobre a demanda não atendida.

A primeira delas, já ventilada, é decorrente da obrigatoriedade da matrícula de todas as crianças a partir dos 4 (quatro) anos, nos termos da Emenda nº 59/2009. Com tal mudança no regime jurídico do direito à educação dessa população, o Município passa a ser obrigado a ofertar vagas para todas as crianças com mais de 4

(quatro) anos, independentemente de seu cadastramento prévio em lista de demanda. A segunda questão relevante é que enquanto nas creches praticamente toda a demanda é atendida em tempo integral, na pré-escola somente uma parcela inferior a 10% recebe tal atendimento. A necessidade de ampliação da oferta integral, portanto, demonstra que a redução da demanda aparente não esgota a agenda de ampliação das oportunidades educacionais para essa população.

Além de insuficiente, a expansão da oferta de educação infantil, sobretudo das creches, foi prejudicada pelas deficiências de planejamento e pela ausência de garantia de padrão mínimo de qualidade na maioria das instituições⁸. As novas vagas, ofertadas no período mais recente, são basicamente fruto do crescimento exponencial do número de convênios com a iniciativa privada filantrópica, comunitária ou confessional, tanto na modalidade Centro de Educação Infantil Indireto (prédio municipal e gestão conveniada) como na modalidade Creches Privadas Conveniadas:



A opção por expandir o atendimento quase exclusivamente via convênios vem sendo criticada por diversas organizações da sociedade civil, assim como por pesquisadores do campo educacional, principalmente porque há uma diferença significativa entre as condições qualitativas de funcionamento na rede conveniada e na rede própria. Além disso, a prioridade dos convênios, em detrimento de maiores investimentos diretos na rede, debilita a capacidade de planejamento da administração local quanto às regiões que devem ser priorizadas. Com isso, a exclusão é mais grave

⁸ Apesar de determinado no Plano Nacional de Educação (Lei n° 10.172/2001), até hoje o Município de São Paulo não desenvolveu seu Plano Municipal de Educação.

justamente nas áreas de maior vulnerabilidade social do Município, nas quais a taxa de atendimento em creches fica abaixo da média.

A política de educação infantil vem sendo analisada em seguidos relatórios e auditorias específicas do Tribunal de Contas do Município (TCM). O relatório sobre as contas do governo de 2007 (TC n.º 72.002.112 815.08-56) já apontava que o Município de São Paulo vinha adotando política de expansão de vagas em creches pela priorização da contratação de creches particulares conveniadas, sem que tal opção viesse acompanhada da necessária supervisão técnico-pedagógica e de critérios qualitativos mínimos para a execução dos convênios. Essa constatação se manteve nos relatórios subsequentes do TCM, agravando-se à medida que se ampliava a rede privada conveniada (TC n.º 72.000.854-09-99, TC n.º 72.000.759.10-00 e 72.000.923/11-24).

Diferentemente da rede direta (CEI Direta e EMEI), grande parte dos profissionais da rede conveniada não possuem a formação mínima e a valorização exigidas pelas Leis n.º 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB) e Lei n.º 11.738/2008 (Lei do Piso do Magistério), o número de alunos por professor está acima do aceitável e, em muitos casos, não há espaço físico adequado para o desenvolvimento dos processos de ensino-aprendizagem⁹. É apontada ainda a ausência de chamamento público para escolha das entidades conveniadas e a inexistência de estudo sobre o custo da educação infantil, frente à evidente insuficiência do valor per capita repassado para tais instituições.

Tais fatores inviabilizam a promoção do *direito à educação*, razão pela qual seu enfrentamento é de grande importância na avaliação e no planejamento das *políticas futuras*, assim como na adequação das *tutelas judiciais*. A exigência de adequação ao padrão de qualidade definido no sistema de ensino e a garantia de igualdade de condições de acesso e permanência são agendas indissociáveis da mobilização por ampliação quantitativa do atendimento.

Vale ressaltar ainda, a título de contextualização, que parte da expansão de vagas em creches ocorrida após 2005 se deu com a assinatura de seguidos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Administração Pública municipal e o Ministério Público (MP). Em decorrência da forma como as vagas foram criadas e da negativa do Município em assumir critérios qualitativos para a política de ampliação, o TAC não foi assinado em 2009, ano a partir do qual o MP voltou a intensificar a promoção de ações civis e execuções judiciais.

⁹ Essa situação é objeto de Inquéritos Cíveis Públicos e Procedimentos promovidos pelo Grupo de Atuação Especial de do Ministério Público.

IV. ESTRATÉGIA DE LITÍGIO EM DEFESA DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Para enfrentar o grave e permanente contexto de violação do direito à educação infantil no Município, diversas atividades públicas foram promovidas por organizações de direitos humanos que, em sua maioria, têm sede na zona sul de São Paulo, e se autodenominavam então *Movimento Creche para Todos*¹⁰. Reuniões com os responsáveis pela Secretaria Municipal de Educação, petições administrativas encaminhadas a diversas instâncias, manifestações públicas nos arredores dos prédios da administração municipal, audiências e debates na Comissão de Educação, da Criança e do Adolescente e de Direitos Humanos da Câmara dos Vereadores de São Paulo foram realizadas.

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. As organizações que compõem o movimento decidiram então promover uma Ação Civil Pública (ACP) de caráter coletivo (Processo n° 0150735-64.2008.8.26.0002) em defesa da educação infantil, junto à Justiça Estadual de São Paulo, mais especificamente junto à Vara da Infância e Juventude do Fórum Regional de Santo Amaro.

O contexto que levou o *Movimento* a decidir pela via judicial era nada promissor quanto à perspectiva de ampliação da garantia do direito à educação infantil. Após inúmeras comunicações formais entre as partes, a sociedade civil paulistana continuava exatamente no mesmo lugar: tendo evidências concretas da enorme violação do direito à educação infantil (por meio dos responsáveis pelas crianças e também pelas filas de espera por creches e pré-escolas tornadas públicas), por um lado; por outro, sem qualquer informação sobre as ações – se é que existiam – do poder público para avançar na garantia do direito no Município em São Paulo.

Assim, a Ação Civil Pública foi proposta. Entres seus pedidos, estavam:

- 1 - Obrigação de fazer consistente em construir unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em número suficiente para atender, nas proximidades de suas residências, as 736 crianças adiantes arroladas, bem como mantê-las e conservá-las adequadamente, no prazo fixado por Vossa Excelência;
- 2 - Obrigação de fazer consistente 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

¹⁰ Como já dito acima, são membros do Movimento Creche para Todos e proponentes da Ação Civil Pública: Ação Educativa - Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); Casa dos Meninos; e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emílio Carlos e Irene; Associação Comunidade Ativa de Vila Clara.

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, no prazo fixado por Vossa Excelência;

3 - 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;

A Ação Civil Pública foi inicialmente extinta sem julgamento do mérito por uma suposta impossibilidade jurídica do pedido. Na fundamentação da sentença extintiva estava a justificativa: “*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.*”¹¹. Contra a decisão extintiva, foi apresentada a apelação. O direito de promover a ação judicial – reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo –, teve que ser defendido até o Supremo Tribunal Federal. Em 2010, a Ação Civil Pública voltou à primeira instância, foi processada e, em 2012, julgada improcedente, pelos mesmos argumentos que fundamentaram a decisão extintiva quatro anos antes.

Novamente as organizações autoras da Ação Civil Pública interpuseram apelação, na qual reiteraram o principal pedido da ACP: Que o Município de São Paulo fosse condenado a apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada.

Em 2010, outras duas ações civis públicas foram propostas, uma junto à mesma Vara da Infância e Juventude de Santo Amaro; outra, junto à Vara da Infância e Juventude do Fórum Regional do Jabaquara. Também essas ações eram fruto de mobilizações do Movimento Creche para Todos, ocorridas em 2009 e 2010; também elas propostas depois de inúmeras tentativas de interlocução entre o Movimento e a administração pública municipal. Tais ações são relevantes para o relato porque, em relação à ACP de 2008, formulavam pedidos coletivos diferentes.

As ações propostas em 2010 requeriam o atendimento em unidades de educação infantil para “*todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil*”, incluídas as demandantes atuais e as futuras, quer tais crianças consigam se castrar nas listas oficiais ou não. A

¹¹ A sentença que extinguiu a Ação Civil Pública sem julgamento do mérito pode ser consultada aqui: <http://www.acaoeducativa.org.br/portal/images/stories/pdfs/sentencaacp1.pdf>

abrangência das crianças a serem contempladas por uma decisão positiva, de início, já era maior do que a formulação do pedido anterior. Além disso, requeria-se:

3 – Obrigação de fazer consistente em incluir em sua Proposta de Lei Orçamentária Anual e em seu Plano Plurianual para os exercícios subsequentes ao julgamento da presente ação, rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar, com garantia de qualidade, nos termos da Resolução CNE/CEB nº 05/2009 e do Parecer CNE/CEB nº 20/2009, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes à jurisdição deste Fórum Regional de Jabaquara, com a criação das vagas necessárias para o atendimento permanente dessa demanda;

4 - Obrigação de fazer consistente em apresentar, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, ou em outro prazo estabelecido por Vossa Excelência, plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade nos bairros sob a jurisdição deste Fórum Regional de Jabaquara (Distritos de Jabaquara e Saúde), e no Município de São Paulo, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos de oferta estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001);

5 – Uma vez apresentado o plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, nos termos do pedido anterior, seja o Município de São Paulo condenado em obrigação de fazer consistente em executar o referido plano, cumprindo-se os prazos finais e intermediários elaborados pela própria municipalidade, sob pena de multa e demais medidas executórias;

Muito embora a abrangência territorial das ações civis públicas propostas em 2010 se limitasse aos bairros sob jurisdição dos fóruns regionais em que as ações foram propostas – diferentemente da ACP de 2008, em que os pedidos diziam respeito a todo o Município –, seus pedidos avançavam em questões importantes para a garantia do direito à educação infantil. Além do plano de expansão, se requisitava o monitoramento pelo Poder Judiciário do cumprimento do plano de expansão a ser apresentado pela administração pública; o cumprimento de parâmetros de qualidade e a inclusão de rubrica específica na Proposta de Lei Orçamentária Anual e em Plano Plurianual para os exercícios subsequentes ao julgamento da ação, com valores suficientes para assegurar a realização do plano.

Passados seis anos da propositura da primeira ação, infelizmente o direito à educação infantil no Município de São Paulo continua sendo maciçamente violado. Direito de dupla titularidade – além das crianças (art.208, IV CF), é também direito dos pais ter acesso a vagas em unidades de educação infantil (art.7º, XXV) –, a violação afeta e prejudica diariamente a vida de inúmeras crianças e famílias.

V. INÍCIO DE MUDANÇA DO PADRÃO DECISÓRIO EM CASOS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO

Desde 2005, o Judiciário paulista consolidou um padrão decisório para causas de educação infantil – estimulado por uma mudança jurisprudencial no STF. O Tribunal reconhece desde então o direito subjetivo público de crianças de 0 a 5 anos a frequentar uma creche ou pré-escola. Decisões em ações individuais ou individuais homogêneas determinavam a matrícula de crianças identificadas. Com a organização da demanda não atendida pelo direito em uma fila, as decisões tinham por consequência, na maior parte das vezes, a simples mudança na ordem da espera. O Judiciário passou a não ser capaz de, efetivamente, ampliar a garantia do direito para a população. No máximo, oferecia a antecipação do atendimento para aqueles que o procuravam. Quanto a ações que articulavam o direito à educação infantil de uma perspectiva coletiva ou difusa, a resposta era majoritariamente negativa.

As ações coletivas promovidas por organizações da sociedade civil em 2008 e 2010 tinham por objetivo exatamente alterar esse padrão decisório. Após o longo caminho percorrido pela primeira ACP (Proc. n° 0150735-64.2008.8.26.0002) até o julgamento de improcedência em primeira instância, o mérito finalmente chegou à apreciação do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mais especificamente, foi apreciada por sua Câmara Especial, órgão responsável por julgar causas ligadas aos direitos da infância e juventude. Coincidentemente, outra Ação Civil Pública promovida pelas mesmas organizações – proposta em 2010, no Fórum Jabaquara (Proc. n° 0018645-21.2010.8.26.0003) – foi a julgamento na Câmara Especial em uma mesma seção, em 29 de abril de 2013. Nessa seção, o julgamento foi suspenso e foi determinada a realização de uma audiência de conciliação com o réu Município de São Paulo, em que os pedidos das duas ações civis públicas seriam discutidos. A determinação da realização desta audiência já apontava para uma possível mudança no padrão decisório do TJSP.

Os quase seis anos que separam a propositura da Ação e o julgamento no TJSP trouxeram algumas modificações no contexto judicial do direito à educação infantil. Criada em 2006, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo oferece assessoria jurídica para famílias com até três salários mínimos *per capita*. Desde sua criação até hoje, a Defensoria passou a atender famílias que querem pleitear judicialmente o direito à educação infantil. Estimativas da própria Defensoria no início de 2014 indicam que, todos os dias, cerca de 120 famílias procuram-na com esse objetivo.

Entre 2005 e 2008, foram assinados seguidos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) entre a administração municipal e o Ministério Público (MP), que

deixava de promover novas ações judiciais ou de executar as sentenças já obtidas, desde que fossem criadas cerca de 15 mil novas vagas por ano. Em 2009, no entanto, devido à forma como as vagas foram criadas – sem garantia de qualidade – e à negativa do Município em assumir compromissos relacionados a critérios qualitativos de atendimento da demanda, o TAC não foi assinado e o MP voltou a propor ações judiciais.

Também em 2008 não havia uma fila por vagas em educação infantil pública e organizada, em que os demandantes pudessem consultar sua posição. Nem mesmo a Lei Municipal nº 14.217/06, que determina a publicação trimestral do número total de demanda em creches e pré-escolas, era cumprida. A disponibilização periódica dos dados só foi obtida por meio de uma estratégia judicial promovida pelas mesmas organizações que propuseram as ACPs ora em debate, que chegaram a propor seguidos mandados de segurança contra o secretário municipal de educação¹².

Outra modificação conjuntural relevante, em 2012 foi iniciada uma articulação com objetivo específico de discutir saídas judiciais para o impasse a que se havia chegado em relação à educação infantil em São Paulo. Formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, autora das ACPs; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo; por Rubens Naves Santos Jr Advogados; por Hesketh Advogados e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo, criou-se o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI).

O objetivo do grupo, composto por instituições que atuavam judicialmente em defesa da educação infantil, inclusive os principais litigantes em relação a esse direito, era discutir e propor soluções para os entraves à sua efetivação do direito, tendo em vista a atuação judicial. Também os unia a preocupação com a qualidade da educação infantil oferecida; o descontentamento com a ausência de planejamento público e de informações que possibilitassem o controle social das ações voltadas à ampliação do direito no Município de São Paulo. Por fim, como elemento contextual relevante, houve a mudança na administração municipal, com a eleição de Fernando Haddad (PT), ex-ministro da educação e que incluiu em seu plano de metas para 2016 a criação de 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em educação infantil, meta que foi reafirmada no PPA 2014 – 2017.

Todas essas mudanças de contexto certamente sensibilizaram os membros da Câmara Especial para o crescentemente problema da educação infantil e,

¹² Parte do histórico da estratégia de litigância das organizações do Movimento Creche para Todos, inclusive a defesa do direito à informação sobre a demanda, aqui: <http://www.acaoeducativa.org/images/stories/pdfs/artigoaj.pdf>

sobretudo, para a insuficiência das respostas judiciais até então produzidas. Informações extraoficiais apontam que uma parte significativa das ações processadas nas varas da infância – e, portanto, também na Câmara Especial – tinham por objeto a reivindicação individualizada desse direito.

As ações civis públicas propostas pelas organizações do Movimento Creche para Todos ofereciam a possibilidade de o Judiciário Paulista responder de forma coletiva e abrangente ao problema que permanentemente assolava o Tribunal de maneira individualizada. Propor o diálogo com o Poder Executivo – solicitar a apresentação de um plano detalhado de expansão para o número de vagas em educação infantil, cujo cumprimento seria monitorado pelo Judiciário ao longo do tempo – era decisão com maior potencial de efetivamente ampliar a garantia do direito.

No dia 29 de abril de 2013, ao apreciar apelação e agravo regimental nas ações civis públicas registradas sob os números 0150735-64.2008.8.26.0002 e 0018645-21.2010.8.26.0003, a Câmara Especial suspendeu seu julgamento e convocou uma audiência de conciliação entre autores e réus para tratar do problema. Diante da possibilidade de um momento de interlocução entre as partes em âmbito judicial, os autores das ACPs e o GTIEI solicitaram que a Câmara Especial convocasse, além de audiência de conciliação, uma *audiência pública*. O objetivo da audiência pública seria estabelecer um primeiro contato dialógico com o Município de São Paulo, réu das ações, mas, principalmente, para que fossem ouvidas diversas vozes, especialistas e atores institucionais interessados e envolvidos no problema da garantia do direito à educação infantil no Município. Defendiam os autores que o problema enfrentado é de grandes proporções e coletivo, extrapolando, assim, o interesse das partes diretamente envolvidas. Nesse contexto, justificava-se a convocação de uma audiência pública para ouvir diferentes partes e perspectivas. Tal pedido foi deferido.

Tomando como referência as audiências já realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para discutir casos de grande interesse e repercussão social – como, por exemplo, a constitucionalidade das políticas de cotas raciais –, além dos autores da ACP, do GTIEI e de especialistas convidados, foi aberto prazo para que organizações e indivíduos solicitassem o espaço para apresentar suas avaliações e propostas na audiência, que contaria também com o recebimento de sugestões por escrito.

Realizada nos dias 29 e 30 de agosto de 2013, a audiência pública contou com a participação de mais de 40 organizações e especialistas envolvidos com o direito à educação e forneceu subsídios tanto para a tentativa de conciliação como

para o acórdão¹³, que decidiu no âmbito da Câmara Especial. O GTIEI organizou sua posição pública em um documento denominado “10 pontos para um Plano de Expansão da Educação Infantil de Qualidade em São Paulo.”¹⁴ Foi a primeira Audiência Pública nesses moldes convocada no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Finda a audiência pública, foi designada uma audiência de conciliação. Como pano de fundo dos debates estava a meta de ampliação do número de vagas assumida pelo próprio Prefeito no período de campanha eleitoral e reiterada no Plano de Metas¹⁵ apresentado no final de março de 2013. Nesses documentos, o governo municipal se comprometeu a criar 150 mil novas vagas na educação infantil, sendo 105 mil em creches, até 2016. O Plano de Metas foi elaborado a partir da determinação do art.69-A da Lei Orgânica do Município, que estipula que o Prefeito eleito ou reeleito deve apresentar publicamente, 90 dias após a posse, seu programa de metas para as ações a serem realizadas em sua gestão. Seu objetivo é dar transparência e exequibilidade às propostas do governo municipal.

O objetivo de ampliação em 150 mil vagas, porém, não foi assumido pelo Município perante o Judiciário. Segundo o Secretário Municipal de Educação, o Município estaria disposto a assumir o compromisso judicial de criar cerca de 43 mil novas vagas em creches, diferenciando assim o compromisso político-eleitoral daquele que estaria disposto a assumir em âmbito de uma conciliação judicial. Segundo o cálculo por ele apresentado, que foi contestado pelos autores da Ação, somando-se este número ao atendimento já existente o Município alcançaria a taxa de frequência em creches de 50% (cinquenta por cento) da população de 0 a 3 anos. Os autores, juntamente com o GTIEI, por sua vez, apontaram um equívoco elementar nas projeções realizadas pela Secretaria, já que esta incluía matrículas de crianças com idade superior a três anos no cálculo da taxa de frequência da população de zero a 3 (três) anos. Com base nos projeções corretas, seriam necessárias cerca de 165 mil novas vagas em creches para se alcançar uma taxa de frequência de 50% nessa faixa etária.

Na audiência de conciliação também foi objeto de debate a adoção de parâmetros de qualidade em um eventual acordo. A Municipalidade se comprometeu a estabelecer novos padrões a serem observados nos centros de educação infantil até

¹³ Acórdão completo disponível em: http://www.acaoeducativa.org.br/images/stories/pdfs/decisao_tjsp_educacao_infantil.pdf, consultado em 14/04/2014.

¹⁴ Documento disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2393818.PDF, consultado em 14/04/2014.

¹⁵ Documento elaborado pelo Prefeito Fernando Haddad em março de 2014. Disponível em http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/videos/AF_FolhetoProgramaMetas.pdf, consultado em 15/04/2014.

meados de 2014, quando novas unidades começariam a ser inauguradas. Já os autores, mesmo reconhecendo a importância de se abrir tal discussão sobre qualidade na cidade, entendem que deveriam ser obedecidos os parâmetros já estabelecidos pelos Conselhos Nacional e Municipal de Educação (CNE e CME), ao menos enquanto os novos e participativos parâmetros não forem aprovados. Principalmente em função dessas divergências não houve acordo.

No dia 16 de dezembro de 2013, por fim, a Câmara Especial julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública proposta em 2008 e obrigou o Município de São Paulo a criar, até 2016, 150 mil novas vagas em educação infantil, sendo 105 mil delas em creches¹⁶. Determinou também que todas as vagas a serem criadas devem respeitar os padrões de qualidade já estipulados nos documentos normativos do CNE e CME. Ao assim decidir, tomou como referência o número do Plano de Metas e do PPA, apresentados pela própria administração municipal no início de seu mandato. Determinou ainda que o Município apresentasse em juízo, no prazo de 60 dias, um plano de ampliação de vagas e construção de unidades de forma a cumprir a ampliação da garantia do direito à educação infantil no Município. Para completar a presença de pressupostos que viabilizassem a ampliação determinada, o acórdão obriga o Município a incluir em sua proposta orçamentária a valores e rubricas suficientes para garantir o cumprimento dos termos do acórdão. Por fim, para fins de monitoramento da decisão, determinou a apresentação de relatórios semestrais sobre o estágio de implementação do plano e indicou a Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP a instância responsável por acompanhar a execução, articular a interlocução com a sociedade civil e o poder público e fornecer informações ao juízo da execução sobre as etapas do cumprimento da decisão judicial.

Confrontado com os limites de sua perspectiva comutativa por uma articulação de instituições que se dedicam à defesa judicial de direitos educacionais, o Judiciário paulista reviu seu reiterado padrão decisório. Inovou, assim, tanto ao realizar uma inédita audiência pública no Órgão como ao estabelecer bases para uma nova fase na proteção jurídica do direito à educação e dos direitos sociais. O sucesso dessa aposta depende, em grande medida, das etapas que se seguirão.

VI. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi registrar as recentes mudanças no padrão decisório sobre educação infantil em São Paulo. Tais mudanças têm potencial de

¹⁶ Acórdão completo disponível em:

http://www.acaoeducativa.org.br/images/stories/pdfs/decisao_tjsp_educacao_infantil.pdf, consultado em 14/04/2014.

provocar largo impacto sobre a apreciação judicial de direitos fundamentais coletivos no Brasil. Instrumentos como audiências públicas, planos negociados com o poder público, mecanismos de monitoramento externo ao juízo tradicional da execução que contem com a participação de outros atores sociais e a produção de análises técnicas sobre o orçamento público, a pedido do Judiciário, são medidas que, apesar de absolutamente incipientes no País, estão na base desse potencial de alteração quanto aos paradigmas do controle judicial de políticas públicas.

Ao obrigar o Poder Executivo municipal a elaborar um plano para a garantia de um direito social cuja violação é ampla e estrutural e cuja solução é complexa – demandando uma série de ações do poder público, como desapropriação, construção, concurso público, licitações etc. – o Poder Judiciário estabelece, necessariamente, um diálogo com outro poder. A condenação jurisdicional deixa de ser um ato unilateral e passa a ter um caráter dialógico. A execução satisfatória da decisão demandará necessariamente empenho e ação comprometida do Executivo, que decidirá as estratégias a adotar para a implementação do direito¹⁷.

A decisão de dezembro de 2013 do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim, tem potencial transformador: modifica os lugares em que os poderes instituídos estão habituados a estar. Para que a decisão seja cumprida, é necessário estabelecer um momento de negociação entre as partes e para além das partes, assumindo o Poder Judiciário principalmente um papel de mediador. Faz parte da democracia, afirmam Nobre e Rodriguez em artigo sobre o tema¹⁸, poder colocar a própria dinâmica institucional em debate, propondo alterações em seu funcionamento.

A visão tradicional que o próprio Poder Judiciário veicula sobre a separação de poderes é colocada em xeque por meio do acórdão, bem como outros argumentos reiteradamente usados para indeferir pedidos que visam promover direitos difusos: a impossibilidade de intervenção judicial no âmbito da discricionariedade administrativa; impedimentos de remanejamentos orçamentários para o cumprimento de decisões e, de forma correlata, a reserva do possível; a legitimidade democrática dos poderes eleitos para decidir sobre suas prioridades; a suposta insuficiência técnica do Poder Judiciário para lidar com questões relacionadas a políticas públicas. Tais argumentos foram afastados no caso concreto. Oferecer uma resposta social satisfatória para a mácula violação de um direito constitucional ao qual é conferida a prioridade absoluta

¹⁷ Para uma realização mais democrática, tal plano deveria ser elaborado também em diálogo com a parte contrária e com a sociedade de forma mais ampla, sua beneficiária. Discute-se nesse campo se haveria o direito ao planejamento público participativo.

¹⁸ Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez. “Judicialização da política”: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estud. - CEBRAP* no.91 São Paulo Nov. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001

– o direito das crianças à educação infantil – parece ter sido o objetivo do Poder Judiciário ao mudar seu entendimento sobre o tema.

Para a efetiva ampliação da garantia do direito à educação infantil, no entanto, o acórdão judicial é apenas um passo. A animosidade que um processo judicial pode gerar entre as partes deve ser superada, em benefício de uma postura de cooperação. Acredita-se que todos concordem com a importância e a prioridade constitucional do direito à educação infantil e que estejam dispostos a empreender todos os esforços possíveis para garanti-lo ao maior número de crianças. Nesse contexto, não faz sentido encarar autores e réus de um processo de interesse público como partes contrapostas ou com objetivos conflitantes. Tal cooperação é importante porque sem a participação do Poder Executivo Municipal pouco avanço pode ser obtido. Em caso de descumprimento, por exemplo, a determinação será revertida em multa, que pouco contribui para o avanço na garantia do direito. Mais efetivas, nessa hipótese, seriam iniciativas de debate público no âmbito da execução e, em caso de descumprimento injustificado, responsabilização política dos administradores.

O Poder Judiciário e os litigantes, por sua vez, têm pouca experiência na execução e monitoramento desse tipo de decisão, dado seu ineditismo. A questão sobre quais os instrumentos jurídicos – para além da multa – podem ser usados para compelir o Poder Executivo a efetivamente apresentar um plano e implementá-lo ainda está em aberto. Soma-se a essa questão outros aspectos institucionais relevantes, como a necessidade de atualizar os espaços de acompanhamento no Âmbito do Judiciário, ainda que mudem os desembargadores que proferiram o Acórdão.

Como toda novidade, ainda em processo, há inúmeros desafios a serem vencidos após a decisão do TJSP. Sua execução não é das mais fáceis e demanda diálogo e mediação com o Poder Executivo. Destaca-se, neste momento, a urgência em superar os entraves institucionais e políticos, sobretudo mobilizar recursos para atender a esse direito. Seja como for, mais uma perspectiva para a reivindicação de direitos fundamentais foi aberta.

Bibliografia de referência

CARVALHO, Ernani. *Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem*. Revista de Sociologia e Política, n. 23, p. 115-126, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, n. 34, pp. 147-156, 1997.

DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Direito à Educação e o Ministério Público*. In: AÇÃO EDUCATIVA. Boletim OPA – Informação pelo Direito à Educação, Ano III, n. 32, janeiro de 2007.

GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; FERNANDES, Fernanda. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados, 2006.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, pp. 113-133, 2002.

MARINHO, Carolina M. *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2009, pp. 59-67.

MARTINES JUNIOR, Eduardo. *Educação, Cidadania e Ministério Público: o art. 205 da Constituição e sua abrangência*. 446 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: PUC/SP, 2006.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *"Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas*. Novos estudos - CEBRAP no.91 São Paulo Nov. 2011.

OLIVEIRA, Vanessa E. *Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política? Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, pp. 559-587, 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. *O direito à educação na Constituição Federal e seu restabelecimento pelo sistema de justiça*. Revista Brasileira de Educação, n. 11, p. 61-74, maio/ago., 1999.

SILVEIRA, Adriana Dragone. *A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento*. Rev. Brasileira de Política e Avaliação da Educação, v.24, n.3, p. 537-555, set./dez., 2008.

TATE, C. N., VALLINDER T. *The global expansion of judicial power*. New York; London: New York University Press. xii, 556 p., 1995.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. *Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política*. Dados. Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, pp. 825 a 864, 2008.

WERNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.