

ARTIGOS

O controle judicial na implementação e gestão de políticas públicas: novas perspectivas

Por Alessandra Gotti
Alexandra Fuchs de Araújo
Jéssica Fernanda Luís Marcelino

Resumo: Este artigo reflete sobre o controle judicial na implementação de políticas públicas fundamentais e as técnicas hoje disponíveis para o Poder Judiciário exercer esse controle. Através da metodologia do estudo de casos, envolvendo a execução de ações civis públicas de controle de implementação do atendimento aos autistas e de educação infantil, pretende demonstrar que atualmente existem instrumentos processuais capazes de permitir ao mesmo tempo maior efetividade da decisão judicial e colaborar para uma melhor gestão da política pública. A conclusão alcançada é no sentido de que os dispositivos legais que preveem os atos concertados entre juízes cooperantes, o negócio jurídico processual, as audiências públicas e as decisões estruturais podem contribuir para a maior eficiência do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da eficiência. Controle Judicial. Autismo. Educação Infantil. Políticas Públicas.

Abstract: This article reflects on the judicial control on the implementation and of public policies on fundamental rights and the techniques available for judicial review. Through the methodology of the study of cases involving the enforcement of public civil actions to control service implementation to autists and early childhood education, this study demonstrates that today there are procedural instruments able to allow greater effectiveness of the judgment and at the same time collaborate for a better management of public policy. The conclusion reached is that the legal instruments of concerted actions among judges, the legal procedural negotiation, public hearings and structural decisions can contribute to the improvement of the efficiency of judicial control techniques.

KEYWORDS: Efficiency principle. Judicial Control. Autism. Early Childhood Education. Public Policies.

1 Introdução

A democracia brasileira vive uma crise de representatividade, legitimidade¹ e funcionalidade. Essa crise, em conjunto com as grandes demandas sociais perpetuadas pelos sistemas político e social brasileiros, resulta em omissões e políticas públicas² desestruturadas, ineficazes e no mais das vezes insuficientes.

Nesse cenário, em que predomina a falta de legitimidade dos poderes constitucionais, foi quase um desdobramento natural a explosão da judicialização da saúde, iniciada na década de 1990, principalmente através da propositura de demandas individuais para o Poder Judiciário. Paralelamente, também começaram a surgir as demandas coletivas, que visavam à condenação do Estado para que fornecesse determinados insumos relacionados a direitos fundamentais ou de interesse de um determinado grupo de atores sociais. Foi nesse contexto que se deu início à judicialização do autismo e da educação infantil.

¹ Segundo FARIA, "se o processo de legitimação indica o grau de solidez e o nível de aceitação de um sistema político, toda crise de legitimidade consiste, basicamente, numa crise de mudança social, uma vez que a ordem não é um corpo em repouso mas, como mostrou Bobbio, um processo permanente: o movimento inicial, nesta perspectiva, é a ruína total ou parcial, lenta ou súbita, da ordem constitucional ou, pelo menos de algumas de suas instituições, motivada de um lado por novas exigências e valorações dos diversos grupos que formam a sociedade e, de outro, pela ineficácia do sistema em captar as necessidades de alteração e modernização de suas regras, enrijecendo-se em sua criatividade, aumentando, dessa forma, a tensão existente entre governantes e governados" (1978, p. 112).

² Por política pública, entende-se "[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2006a, p. 39).

A possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas decorre da Constituição Federal de 1988, que teve como uma de suas bandeiras garantir ao cidadão diversos direitos fundamentais³, entre eles o amplo acesso à justiça.

Entretanto, o sistema brasileiro de controle judicial de políticas públicas não estabelece limites e parâmetros para tal intervenção. O único limite previsto consiste na aplicação do princípio processual de adstrição do julgamento ao pedido, ou seja, provocado a se manifestar, o juiz não pode conceder nada diferente do que foi pedido pelo autor.

A observância deste princípio é bastante adequada para se atingir as metas estabelecidas pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para aferir a eficiência do Poder Judiciário, usualmente baseadas na ação de conhecimento⁴, em razão das dificuldades estruturais da fase de execução, principal fonte de morosidade do Poder Judiciário⁵.

³ Esclarece GOTTI que, "Ao enunciar as metas a serem perseguidas, a Carta de 1988 demonstra a sua efetiva preocupação com a transformação da realidade, apontando para a construção de um Brasil em que a justiça social, o bem-estar de todos e o desenvolvimento nacional não sejam uma utopia. Ao exercer essa função diretiva, 'fixando fins e objetivos para o Estado e para a sociedade', a Constituição é 'classificada como uma 'Constituição dirigente', que delinea um Estado de bem-estar social, necessariamente intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da justiça social no País" (GOTTI, 2012, p. 126).

⁴ As metas estabelecidas para o Poder Judiciário no Brasil são estabelecidas pelo CNJ e são sempre direcionadas para o processo de conhecimento. Contudo, a adjudicação se dá na fase de execução, para a qual não existem parâmetros para aferição da eficiência. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/01/d95c425e46cb84cf72cce3f1079c1776.pdf>. Acesso em 14 Set 2019.

⁵ Segundo o Relatório Justiça em Números 2016, "a principal fonte de morosidade do Poder Judiciário brasileiro está na fase de execução processual, etapa que representa a concretização do direito reconhecido na sentença ou no título

Se as dificuldades são significativas quando se tem em vista a ação individual, certamente são intransponíveis quando se tem em vista a ação coletiva. As causas para a impossibilidade de execução foram diagnosticadas por SOUZA:

a aplicação do modelo de cumprimento de sentença do processo civil tradicional não consegue abarcar toda a complexidade e imprevisibilidade das questões policêntricas, já que foi criado para solucionar disputas menos intrincadas. Basta asseverar que o "cumpra-se" usualmente observado em decisões judiciais – cujo real sentido pode ser complementado por "ainda que se faça do quadrado redondo" ou "que se esgote o orçamento previsto" – não é suficiente ou adequado a este tipo de demandas⁶.

O descompasso entre processo judicial e ação governamental também faz com que exista no país um grande acervo de ações coletivas julgadas, mas não executadas, portanto sem nenhuma efetividade, o que justifica a investigação de novas práticas processuais, com potencial para permitir ao Poder Judiciário exercer com eficiência sua função institucional, qual seja, solucionar conflitos.

O desenvolvimento de novas soluções jurídicas mais eficientes, por sua vez, requer a aplicação de novos instrumentos pelos juízes, o registro e compartilhamento dessas experiências como uma etapa necessária para que se alcance a efetividade almejada pelos julgados. Daí a necessidade do estudo de casos, com a coleta de dados empíricos que permitam analisar as partes envolvidas, as trajetórias e os resultados das práticas judiciais adotadas.

O valor da metodologia de estudo de casos, aqui adotada, foi também reconhecida por REFOSCO:

O valor dos estudos de caso reside na sua maior aptidão para demonstrar a riqueza do comportamento humano, que não se resume a modelos preestabelecidos e que é dependente do contexto e da concretude dos fatos da vida. O Estudo de casos concretos, assim, permite o aprendizado dos assuntos humanos, dos seus dilemas e contextos (REFOSCO, 2018, p. 184).

Nesse prisma, o propósito do presente artigo é contribuir para o aprimoramento do controle judicial de políticas públicas a partir do estudo de dois casos emblemáticos em razão dos resultados atingidos em fase de execução de sentenças coletivas.

O primeiro ilustra as dificuldades para a concretização simultânea da decisão judicial e de uma política adequada ao atendimento dos autistas no Estado de São Paulo; o segundo demonstra a insuficiência do padrão de litigância individual para solucionar o déficit de vagas da educação infantil.

Os casos escolhidos são relevantes em relação à proposta central, na medida em que possuem significativo potencial

extrajudicial". BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>. Acesso em 14 Set. 2019.

6 SOUZA, Fernando Garcia. *Judicialização de direitos sociais: o Judiciário como articulador interinstitucional no cumprimento de sentenças coletivas*. Dissertação de mestrado sob Orientação da Professora Draa. Susana Henriques da Costa. São Paulo, Universidade de Direito da USP, 2016, p.27.

de demonstração da relevância prática dos novos instrumentos processuais hoje disponíveis para que se possa cogitar da observância do princípio da eficiência na execução das ações coletivas.

2 Um debate preliminar acerca do controle judicial de políticas públicas

A garantia dos direitos sociais pode ser viabilizada por meio de políticas públicas. Entretanto, para que essa garantia seja efetiva, é ideal que a política adotada vise à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados (BUCCI, 2006a, p. 39). Para tanto, elas envolvem vários atores e níveis de decisão, ainda que não materializadas através de governos, e não se restringem a participantes formais.

Essas políticas envolvem escolhas técnicas que são definidas por soluções jurídico-institucionais, que devem levar em conta "o processo de relacionamento entre as várias partes do mosaico social – indivíduos de classes sociais opostas, grupos sociais com interesses divergentes, partidos competidores, organizações concorrentes" (BUCCI, 2006b, p. 244).

Já o controle judicial, no ordenamento brasileiro, que tem como princípio constitucional o amplo acesso à justiça, pode ser exercido de duas maneiras: através das ações individuais ou das ações coletivas.

Tendo em vista o caráter imediato de seus resultados, o processo de índole individual tem sido usado de forma preferencial, ainda que seja um instrumento menos adequado para a discussão dos direitos sociais, pois ele não permite o realinhamento da política pública e não tem o condão de produzir efeitos coletivos, ensejando o que se pode denominar paradoxo da desigualdade⁷.

Outros fatores agravam a inadequação da ação individual como instrumento de direitos que envolvem políticas públicas: seu mecanismo beneficia somente àqueles que têm maior acesso a recursos financeiros e jurídicos e consiste em um mecanismo de caráter meramente compensatório, não sendo capaz de alterar as estruturas sociais (GOUVÊA, 2011, p. 12). Há indícios⁸ de que os indivíduos que pleiteiam direitos sociais em juízo através de ações individuais não são aqueles em situação de total miséria⁹, mas aqueles que possuem conhecimento e recursos significativos, restando juridicamente desprotegidos aqueles que não têm acesso ao Judiciário,

7 Explica CANELA JUNIOR, que "[...] o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos –, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas. Mencionado paradoxo poderá, então, causar o desgaste indevido, de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal" (2011, p. 148).

8 Em razão de uma taxonomia insuficiente e da dificuldade de acesso de dados estatísticos para pesquisas, grande parte do que se afirma a respeito do controle judicial de políticas públicas resulta de pesquisas de dados parciais, em que o recorte de objeto e de resultado do pesquisador é prévio à pesquisa empreendida.

9 A esse respeito, observa GOUVÊA, que "Um cidadão pobre, ou melhor, dentre os mais pobres entre os mais pobres, em primeiro lugar sequer tem a informação básica de que tem direitos que possam eventualmente ser defendidos judicialmente. Falamos aqui daqueles que estão nos verdadeiros bolsões de pobreza, concentrados, na maior parte dos casos, no interior do Brasil, longe de quaisquer recursos tanto públicos quanto privados. [...] Fica então evidente o primeiro problema, que é o de que o sistema de proteção individual já deixar de fora aqueles a quem o sistema constitucional mais deveria proteger, ou seja, o mais pobres entre os mais pobres, os analfabetos, os verdadeiramente tão destituídos de recursos que sequer imaginam serem titulares de direitos que possam reduzir os efeitos de tal desigualdade extrema" (GOUVÊA, 2011, p. 17-18).

reforçando a desigualdade social (GOUVÊA, 2011, p. 2 e 11).

Em favor dessa hipótese, os dados mais fortes resultam da análise da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD de 2009, que traz as seguintes informações:

9,4% dos brasileiros maiores de idade vivenciaram conflitos nos cinco anos anteriores à data da pesquisa, dos quais 92,7% buscaram solução, sendo 70,2% no Judiciário, 6,6% na polícia e 3,9% no PROCON. O grupo que não procurou nenhuma solução para o conflito mais grave que viveu nos últimos cinco anos foi denominado de desalentado (REFOSCO, 2018, p. 125).

Os dados mencionados deixam claro que os desalentados da justiça possuem renda em média 48% inferior à renda daqueles que buscaram a solução para seus conflitos, além de possuírem nível de escolaridade inferior.

O processo de índole coletiva, por sua vez, deveria possuir mecanismos para contribuir para a ampliação da cognição do magistrado. Na prática, contudo, essa hipótese não se confirma.

Ao estudar três casos paradigmáticos de ações coletivas, REFOSCO faz um retrato preciso das inseguranças jurídicas que envolvem a execução dessas ações no Brasil.

No primeiro estudo de caso, relacionado à litigiosidade repetitiva de tarifa de assinatura básica residencial de linha telefônica fixa, é possível observar que na ação coletiva surgiram questões como competência, conexão, continência, litispendência, presença do regulador, no polo passivo, que levaram à lentidão no processamento das ações coletivas que ainda estavam em primeira instância quando o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, em um processo individual, sobre a tese jurídica controvertida, e a execução dessas ações e de seus incidentes ainda não chegaram ao fim (REFOSCO, 2018, p. 203-380).

Os mesmos problemas se apresentaram no segundo estudo de caso, relativo a expurgos inflacionários, com a agravante de que o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento quanto ao prazo prescricional de vinte para cinco anos para as ações coletivas, mantendo o prazo de vinte anos para a forma individual. Em relação ao tema da possibilidade de suspensão da ação individual quando havia ações coletivas, ainda existem decisões em ambos os sentidos (REFOSCO, 2018, p. 203-380).

Em relação ao terceiro caso, envolvendo propriamente uma política pública de educação infantil (caso das creches), que será abordado nos tópicos seguintes, tudo caminhava para um desfecho no mesmo sentido, já que as ações individuais eram sistematicamente julgadas procedentes com rapidez, enquanto que as ações coletivas já haviam sido julgadas improcedentes na primeira instância.

Nesse terceiro caso, entretanto, quando do julgamento na segunda instância de duas ações civis públicas, foram utilizados, com a pressão e colaboração da sociedade civil organizada, novos instrumentos, como a audiência pública, a decisão estruturada e a formação de um comitê de acompanhamento da implementação da decisão, que resultaram num diálogo com a administração municipal e

com o efetivo avanço da política pública e redução da fila das creches (REFOSCO, 2018, p. 203-380).

O sucesso do “caso das creches” revela potencialidades, mas também espelha as dificuldades institucionais do Poder Judiciário de processar as ações coletivas, o que contribui para o agravamento do grau de congestionamento de processos e da prestação jurisdicional ineficiente, quando o tema é políticas públicas.

A partir da pesquisa empreendida por REFOSCO, ficou claro que o processo de índole coletiva não possui mecanismos adequados para tutelar os direitos a que se propõe proteger.

A falta de mecanismos para se garantir o cumprimento do princípio da eficiência é ainda mais evidente em ações que tratam de políticas públicas. Uma explicação para esse fato decorre de sua própria natureza. Uma política pública é uma ação governamental que envolve diversas etapas: (i) o reconhecimento do problema e a identificação do tema - seleção de problemas que requerem ação governamental; (ii) o estabelecimento da agenda - quando determinado assunto recebe o *status* de relevante; (iii) a formulação da política - construção de propostas, da combinação de assuntos; (iv) a adoção da política - busca de apoio para conversão em política governamental; (v) a implementação da política - a efetivação em programas públicos, com a cooperação dos cidadãos, Estado e governo local; (vi) a análise e avaliação das políticas - pelo exame dos resultados das ações das políticas, inclusive sobre seu sucesso ou não (THEODOULOU, 2005, p. 87).

Destaca-se ainda nas peculiaridades do ciclo das políticas públicas o aspecto dinâmico do processo, que, uma vez iniciado, provoca a sucessão de etapas até a conclusão, reclamando constante monitoração e acompanhamento, participação de diversos atores sociais e escala na prestação da política.

Na ação judicial, as partes no processo são autor e réu, e não se leva em conta a pluralidade de atores que participam da formação da agenda pública, cuja atuação é substancial para a construção de uma política pública efetiva. Pode ocorrer, por exemplo, que atores com poder de veto (conselhos de saúde, por exemplo) não participem de uma ação judicial, e como consequência, não sejam alcançados pelos efeitos objetivos da coisa julgada. O pedido é único e estático no tempo, não sendo capaz de refletir o dinamismo da política.

Inexistem parâmetros para o controle judicial de políticas públicas, o que proporciona ao magistrado um leque de escolhas infinito de decisões, preponderando no Brasil hoje, decisões judiciais envolvendo políticas públicas baseadas em princípios gerais de direito, no que pertence ao direito material.

Do ponto de vista do direito processual, a ausência de uma regulamentação para a tramitação das ações coletivas obriga à utilização de técnicas adequadas ao processo individual, o que acarreta insegurança jurídica, que por sua vez, impacta na ação governamental em andamento, já que o Poder Judiciário não é um ator social envolvido no debate da política.

Desse modo, a política é ao mesmo tempo fracionada

pelas decisões individuais de diversos juizes, enquanto o Poder Público negocia nos tribunais superiores, através dos sistemas de repetitivos e de precedentes, soluções favoráveis a seus interesses. Essa negociação, que se arrasta por anos, estimula o litígio individual e inviabiliza, cada vez mais, uma solução em escala para a política¹⁰.

Diante da ausência de instrumentos eficientes para a intervenção judicial em políticas públicas de forma coletiva, há um estímulo à propositura de ações individuais, que sobrecarrega os juizes com uma quantidade enorme de processos repetitivos, nos quais é possível se proferir uma sentença no processo de conhecimento de forma rápida (e se atender a uma métrica de eficiência, segundo os modelos de produtividade adotados pelo CNJ), gerando uma série de execuções ineficientes.

A prática jurídica tem criado instrumentos para reduzir as distorções decorrentes das limitações das decisões judiciais e superar a insegurança jurídica, colaborando para uma efetiva intervenção judicial na concretização de uma política pública.

3 Propostas para uma intervenção jurisdicional mais efetiva

Tendo em vista a complexidade do controle judicial e da busca pela efetividade da prestação jurisdicional em processos envolvendo políticas públicas, a doutrina vem estabelecendo novos paradigmas, e decisões inovadoras demonstram que os tribunais vêm adotando¹¹ posições que revelam um novo padrão de relacionamento entre o Poder Judiciário e o Poder Público para o controle de políticas públicas.

Este novo padrão privilegia a busca por diálogos institucionais como consequência da necessidade de se adotar modelos de organização junto à sociedade, de modo articulado entre as entidades, órgãos de controle, agentes econômicos privados, organizações da sociedade civil e particulares. Trata-se de decisões estruturais ou, como também são chamadas na literatura, decisões experimentais¹².

10 Lembra-se que, quando da tramitação do Projeto de Lei nº 5.139/2009, houve uma grande crítica ao projeto por parte dos governos dos Estados. Havia a crença de que incentivava a judicialização da política e o ativismo judicial.

11 A respeito da decisão inovadora das creches, observou VIEIRA: "Em dezembro de 2013 a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, numa decisão retumbante, determinou que o município de São Paulo deveria criar, até 2016, nada menos que 150 mil novas vagas em creches e em pré-escolas, para crianças de zero a cinco anos de idade. Reformou, assim, decisão de primeira instância que acolhia o argumento da prefeitura de que o Judiciário deveria ficar calado quando o tema forem as políticas públicas. [...] Original foi a forma como esse litígio, liderado pela Ação Educativa, foi conduzido. Especialmente a maneira pela qual o tribunal determinou que sua decisão deverá ser implementada. [...] ao invés de emitirem uma sentença pretensamente 'satisfativa', pondo 'fim' ao processo, sem necessariamente resolver o problema, os desembargadores decidiram convocar uma audiência pública, com participação de autoridades, especialistas e representantes da sociedade civil. Buscou-se ainda uma conciliação entre as partes. Como isso não foi alcançado, decidiu-se que a prefeitura, ao não assegurar vagas suficientes para todas as crianças em idade pré-escolar do município, estava afrontando a Constituição Federal. E se o Executivo não cumpre a sua obrigação na proteção ou promoção de um direito fundamental, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, agir para resguardá-lo". O princípio da separação de Poderes não pode servir de escudo para que o administrador deixe de realizar suas obrigações. 'desrespeitando direitos'. [...] O dilema em casos como esse, no entanto, é como impor uma obrigação complexa ao Executivo, sem substituí-lo na própria formulação e implementação da solução? Afinal, não só foi o prefeito eleito para fazer essas escolhas políticas e financeiras, como é a prefeitura que dispõe do corpo técnico para implementá-las. [...] O Tribunal de Justiça de São Paulo parece ter criado, com essa decisão, de natureza gerencial e experimental, uma forma inovadora e mais efetiva para lidar com os desafios cada vez mais complexos na implementação de direitos sociais. O sucesso desse caso poderá determinar um novo padrão de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas no Brasil" (VIEIRA, 2014).

12 Pontua TEIXEIRA, que "O experimentalismo é, entre outras coisas, uma prática coletiva de descoberta e de aprendizagem. No pensamento de Unger, essa ideia é, primeiro, ancorada na visão de que o possível não está predeterminado e que há uma relação íntima entre o entendimento do real e a imaginação desse

Tais técnicas decisórias não afastam o controle judicial, mas valorizam o papel da sociedade civil no controle social de decisões que afetam a coletividade e permite que as partes envolvidas e a Administração Pública participem desse processo, reforçando, assim, a legitimidade democrática da intervenção judicial ao acionar o Executivo. Têm ocorrido nas principais áreas em que se dá a intervenção judicial: educação, saúde mental, sistema prisional, meio ambiente e moradia, sendo uma forma de compatibilizar o controle judicial de políticas públicas com os princípios democráticos, garantindo-se a *accountability* e conseguindo, deste modo, o necessário efeito desestabilizador da forma tradicional de se elaborar uma política pública.

Tal efeito desestabilizador se dá em duas etapas: (1) a determinação de responsabilidade ou violação de um direito e (2) a definição de remédios, cujas características se desdobram em três fases: (a) negociação das partes envolvidas – *stakeholders*; (b) caráter continuado, provisional e fluído da intervenção remedial; e (c) transparência (SABEL; SIMON, 2004, p. 1066).

A negociação entre as partes e outros atores interessados, definidos liberalmente, é um aspecto central deste novo modelo. Esta negociação pode incluir a participação de agentes extrajudiciais, como *special masters*, e mediadores designados pelo juiz para coordenar a deliberação mediante o estabelecimento de uma agenda e regras de diálogos entre as partes (SABEL; SIMON, 2004, p. 1066).

Dentro dos tribunais brasileiros, essa negociação tem sido possível através das audiências públicas, realizadas em combinação com o negócio jurídico processual, com as decisões estruturais e a formação de comitês interinstitucionais, e são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

As audiências públicas se fundamentam nos artigos 357, parágrafo 3º e 139, inciso V do Código de Processo Civil, com base no princípio da cooperação processual. A deliberação das partes acerca da política pública discutida em juízo tem por finalidade chegar a um consenso que resulte em benefícios a todos os envolvidos. No mínimo, o novo procedimento altera os padrões de diálogo estabelecidos, e as informações trazidas para o processo por quem dele não participa na qualidade de parte permitem que se alcance a melhor solução para a questão.

Outra ferramenta de gestão processual moderna é a prevista no artigo 69, parágrafo 2º do Código de Processo Civil, que permite a aglutinação de demandas individuais, para que sejam tratadas de forma coletiva e concentrada pelo Poder Judiciário, permitindo o exame das deficiências da política pública. Interessante apontar que o parágrafo 3º do artigo 69 prevê que o pedido de cooperação judiciária poderá ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos

possível. O possível que conta é o que está adjacente e, nesse sentido, a escolha das instituições será decisiva para permitir o processo coletivo de descoberta e construí-lo. Este é o significado mais profundo da definição ungeriana da democracia como organização institucional do experimentalismo coletivo" (TEIXEIRA, 2010, p. 45-69). Ainda a esse respeito, esclarecem SABEL e SIMON que: "A abordagem experimentalista é também sensível às preocupações sobre a legitimidade da intervenção judicial em casos de direito público. A intervenção experimental é mais consistente com a prática judicial em casos de direito da Common Law e mais compatível com mecanismos eleitorais de responsabilidade democrática do que a maioria dos relatos de litígios de direito público reconhecem. Instrumentos experimentais expõem as instituições públicas a pressões de comparação disciplinada que lembram as pressões de mercado impostas pelas normas da Common Law. Ao mesmo tempo, a transparência que induzem facilita formas relacionadas de intervenção democrática, incluindo as eleitorais". (SABEL; SIMON, 2004, p. 1100) (Tradução livre).

do Poder Judiciário, o que poderá contribuir para novas técnicas de solução de conflitos envolvendo, por exemplo, a saúde, em que há solidariedade da União, Estados e Municípios.

Outro instrumento possível de ser utilizado pelo juízo é o negócio jurídico processual, de que trata os artigos 190, 191 e 200 do Código de Processo Civil. Com base neste artigo, podem ser negociados prazos para o cumprimento de decisões pelo Poder Público e os integrantes da sociedade civil, assim como estabelecidos procedimentos de execução extrajudicial do título, com o controle do juiz.

Ainda com fundamento neste artigo, as partes podem formar comitês de acompanhamento da implementação de políticas públicas, como ocorreu no caso das creches em São Paulo, antes mesmo da promulgação do novo Código de Processo Civil. Após a audiência pública, os atores sociais envolvidos se comprometeram com a formação e participação em um Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, que realiza reuniões a cada seis meses com a Secretaria Municipal de Educação para avaliar os avanços e obstáculos ao cumprimento da decisão.

Os comitês são um instrumento apropriado e que apresentam vantagens estratégicas para a execução de processos complexos, já que permitem a utilização de recursos disponíveis na sociedade civil, mas não no Poder Judiciário para o monitoramento de informações.

O negócio jurídico processual, por sua vez, pode substituir a execução forçada, criando o comprometimento político-jurídico das partes com o avanço da política pública. O papel do Poder Judiciário, nesse contexto, é de criar um ambiente de diálogo que viabilize a redução dos conflitos políticos inerentes às políticas públicas de disputa de agendas, aumentando as possibilidades de pacificação social.

Mas nem sempre o negócio jurídico processual é bem-sucedido. O Poder Público tem limitações para a formulação de acordos, que limitam a atuação do gestor em juízo, bem como de seus representantes legais. Para essas situações, as decisões estruturais podem ser empregadas com vantagem estratégica.

Não existe um conceito unívoco de litígios estruturais e nem de decisões estruturais. VITORELLI (2017, p. 370) conceitua o litígio estrutural como aquele que apresenta as seguintes características: (1) um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposições e alianças parciais; (2) implica a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade; (3) necessidade de reforma de uma instituição, protagonista ou envolvida na violação de um direito material litigioso, pública ou privada, para permitir a promoção do valor público visado.

As políticas públicas de direitos fundamentais envolvem, necessariamente, a implementação de valores públicos relevantes, amparados constitucionalmente, mas com processos complexos de implementação, em razão das disputas de interesse de jogo; a existência de diversos

atores sociais, em oposições ou com alianças parciais; instituições com resistência à implementação de direitos fundamentais e pouco abertas ao controle judicial.

Uma das vantagens da utilização de decisões estruturais aos processos que envolvem a implementação de políticas públicas diz respeito à possibilidade de implementação de um efetivo diálogo institucional entre Poder Executivo e Poder Judiciário, quebrando as resistências e atritos entre os poderes, favorecendo o avanço da política pública e da execução do julgado.

A decisão estrutural permite que o provimento jurisdicional seja revestido da plasticidade necessária para se conformar à política pública politicamente viável, de modo que as decisões possam ir além da simples especificação do resultado a ser obtido, delegando um plano de ação aos interessados, com a finalidade de atingir o resultado almejado com o menor sacrifício dos envolvidos (ARENHART, 2013, p. 13). Assim, o princípio do trânsito em julgado, nas ações coletivas, é mitigado, e as decisões proferidas nessas ações devem ser consideradas como decisões estruturais, a fim de viabilizar a sua execução.

As decisões estruturais permitem ao magistrado: (1) adequar a decisão ao maior adensamento normativo decorrente da primeira intervenção judicial; (2) direcionar a intervenção judicial para a prevalência da tutela coletiva, ao invés da tutela individual; (3) não se substituir ao Poder Legislativo, mas ser um agente estimulador do adensamento legislativo da política pública; e (4) impedir a utilização do Poder Judiciário como forma de imposição de agendas de determinados grupos de atores sociais que não obtiveram sucesso na esfera política, e que veem o processo judicial como um último recurso para imposição de suas escolhas, o que, por sua vez, pode acabar por subverter o jogo democrático; (5) permitir a alteração dos objetivos da execução, conforme a evolução da política pública em questão.

Hoje as decisões estruturais são o instrumento disponível mais adequado para o controle judicial de políticas, viabilizando a efetiva execução de sentenças proferidas em ações civis públicas, que com o tempo se tornam incompatíveis com a evolução legislativa¹³.

4 Estudos de casos

Para melhor percepção da utilização dos novos instrumentos de gestão processual de forma articulada, foram eleitos dois casos práticos em razão dos resultados atingidos em fase de execução de sentenças coletivas: o primeiro adotado na execução de uma Ação Civil Pública envolvendo a implementação da política pública para as pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA), no Estado de São Paulo¹⁴ e, o segundo, no julgamento em Segunda Instância de duas Ações Civis Públicas relativas

¹³ Em razão das limitações do instrumento na esfera judicial, o Ministério Público de São Paulo, desde 2017, criou, na esfera dos procedimentos internos do órgão, uma nova modalidade de procedimento: o "expediente de acompanhamento de implementação de políticas públicas", evitando, assim, a judicialização de direitos sociais, exceto para questões pontuais relativas à política pública em acompanhamento, restando, como consequência, a instauração do inquérito civil, que também não tem se mostrado o instrumento adequado para esta finalidade.

¹⁴ Decisão, fls. 6367/6414, de 30 de agosto de 2016 – publicada aos 05 de setembro de 2016. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053. 6ª. Vara da Fazenda Pública. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=53&processo.codigo=1HZX2RITF0000>>. Acesso em: 22 mar 2017.

ao déficit de vagas na educação infantil, no Município de São Paulo.

4.1 O controle judicial das políticas estaduais paulistas de autismo

O Autismo é um distúrbio do desenvolvimento com bases neurobiológicas, que afeta cerca de 4 a 10 em cada 10.000 indivíduos. Em consequência, no Estado de São Paulo, há uma população considerável de pessoas com autismo.

A Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053, proposta contra o Estado de São Paulo, no ano de 2000, foi fruto de inquérito civil instaurado para apurar a omissão do Estado diante da ausência de entidades estatais para o atendimento adequado da pessoa autista¹⁵. O pedido formulado pelo Ministério Público na petição inicial da ação refletiu as demandas dos grupos de interesse que haviam procurado aquela instituição, e a redação do pedido inicial acabou moldando o dispositivo da sentença.

Assim, na ação mencionada, a Fazenda do Estado de São Paulo foi condenada a providenciar um local adequado para tratamento de todos os autistas do Estado de São Paulo, próximo de suas residências e diverso daquele destinado aos doentes mentais comuns, ou alternativamente, a custear o seu tratamento¹⁶.

Naquele momento, no ano de 2006, não se questionou o que seria um tratamento adequado, nem se era conveniente que os autistas fossem isolados da sociedade. Não apenas o pedido ministerial havia sido genérico: a defesa fazendária era igualmente vaga, baseada apenas em princípios constitucionais e na independência e autonomia dos poderes. A sentença, formulada com base nos princípios clássicos do processo civil, se limitou a conceder ao autor exatamente o pedido formulado na inicial.

Assim, diversos autistas começaram a se habilitar no processo para executar a decisão judicial, com a demanda individual dos mais diversos tratamentos – internação com prazo indeterminado; custeio privado dos estabelecimentos

15 A investigação iniciou-se com a representação da presidente da Casa do Autista que, diante de solicitações de familiares sem condições de arcar com os custos do tratamento, pediu a intervenção do Ministério Público no caso. Do inquérito civil constaram depoimentos de pais, familiares e profissionais que compareceram ao Ministério Público para informar a real situação dos autistas, concluindo-se que o diagnóstico e o tratamento especializado precoces são imprescindíveis para a melhor adaptação do autista ao meio social, sendo vital o tratamento especial, multidisciplinar, envolvendo as áreas de Saúde, Educação e Assistência e que o Estado vinha prejudicando os direitos de tais pessoas pela sua omissão. Informações disponíveis na Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053.

16 Por oportuno, citem-se alguns trechos da sentença: "[...] até que, se o quiser, providencie unidades especializadas próprias e gratuitas, nunca as existentes para o tratamento de doentes mentais 'comuns', para o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, em regime integral ou parcial especializado para todos os residentes no Estado de São Paulo, a: I- Arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada ou em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo; II- Por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado de atestado médico que comprove a situação de autista, endereçado ao Exmo. Secretário de Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo (30) de trinta dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente; III - a instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada; IV - O regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características e V - Após o Estado providenciar a indicação da instituição deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento." Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara de Direito Público. Ação Civil Pública nº. 0027139-65.2000.8.26.0053. Relator: Magalhães Coelho. São Paulo, 26 de abril de 2005.

por eles já frequentados, inclusive alguns sem licença de funcionamento; custeio de estabelecimentos que empregavam métodos experimentais de tratamento – tudo de acordo com o que os pais entendiam, individualmente, ser o melhor tratamento para o seu filho.

Apesar da diversidade de pedidos em execução, a variedade era um reflexo do pedido ministerial genérico, formulado com base nos anseios de uma parcela social interessada, e não como parte de um ciclo de formulação de uma política pública, com a participação de todos os atores sociais relevantes.

Foram, ainda, concedidas, em fase de execução, liminares permitindo o custeio privado pelo Estado dos mais diversos tratamentos, sem nenhum parâmetro, diante da total ausência de um referencial seguro. A execução destas liminares, sem que houvesse, até o momento de sua concessão, uma política pública implementada, comprovou que, embora a teoria do controle judicial de políticas públicas entenda que o controle deve ocorrer apenas quanto ao direito abstrato, na prática, esta separação não é tão simples, em especial quando predomina, na execução, a tutela individual¹⁷.

Em decorrência, cada pedido individual concedido era dissonante da política pública em implementação e distorcia o desenho institucional da política e o conjunto das decisões contramajoritárias, caminhando nas mais diversas direções, acabando por tornar amorfa a política pública que se pretendia aprimorar.

Passa ao largo do processo judicial a necessária intersetorialidade, já prevista em lei, no desenvolvimento das ações e das políticas voltadas para esse grupo, o que poderia garantir o atendimento às famílias atingidas pela síndrome e que até hoje não são beneficiadas por uma política pública de atendimento eficiente, fator fundamental para aumentar a qualidade de vida destas famílias, permitindo que deem maior suporte ao autista, o que por sua vez poderia resultar em maior independência do indivíduo na idade adulta.

Assim, a proteção concedida através da sentença da Ação Civil Pública reforçou as falhas na política pública que se pretendia implementar.

A Lei nº 10.216/2001, anterior à sentença proferida na Ação Civil Pública¹⁸, já proibia uma política segregacionista de atendimento aos autistas; entretanto, o novo texto legal não foi trazido ao processo, e na sentença foi estabelecido que os autistas deveriam ser atendidos em estabelecimentos públicos exclusivos para autistas. Caso assim o Estado não fizesse, deveria custear estabelecimentos exclusivos privados, escolhidos livremente pelos genitores dos autistas, sem nenhuma previsão de avaliação. Garantia-se, com a sentença, o direito – inexistente na lei – de os pais dos autistas escolherem um estabelecimento apto a excluir o autista da sociedade, e não necessariamente um tratamento adequado.

17 Até 2019 não estava disponível a informação quanto ao comprometimento do orçamento público com liminares para o custeio privado do tratamento de autistas conforme demandas individuais, mas extraoficialmente se comenta o custo de 60 milhões de reais/ano para o Estado de São Paulo. O custo de implementação de uma política pública estruturada implicaria, por outro lado, no custo de 1 milhão de reais/ano.

18 Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. A sentença foi proferida aos 28 de dezembro de 2001. Informação disponível na Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053.

Em 2008, o Brasil internalizou através de Decreto, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, passando a considerar, a partir de então, a inclusão das pessoas com deficiência como um direito fundamental. Passou a não ser mais possível interpretar que a criação de estabelecimentos exclusivos para autistas era uma opção de tratamento adequada, já que os autistas tiveram reconhecido o seu direito de ser incluídos na sociedade (TIBYRIÇÁ, 2014, p. 32).

Novamente, tal fator não repercutiu na execução do processo, privilegiando-se, com base no dispositivo da sentença, a execução do título tal como formado antes da alteração constitucional, com a manutenção da exclusão dos autistas da sociedade.

A Lei nº 12.764/2012 também caminhou em sentido diverso daquele estabelecido na sentença ao fixar, em seu artigo 2º, além da inclusão do autista e da intersetorialidade das ações e das políticas, a possibilidade de contratação de pessoas jurídicas de direito privado, através de convênios, para o cumprimento de suas diretrizes.

Mesmo assim, nas execuções individuais, considerava-se que o referencial de "tratamento adequado" formulado pelos pais dos autistas era baseado numa opção individual e não na tendência da legislação nacional e estadual instituidora da política pública.

A dinâmica da intervenção judicial conduziu a política pública a uma situação em que não havia nenhum parâmetro de aferição de implementação do atendimento aos autistas, uma vez que a evolução legislativa caminhava em uma direção e a execução do processo em outra, inviabilizando também a fiscalização de tratamentos pelo Estado, em razão da falta de parâmetros seguros.

Diante da impossibilidade de executar a sentença de acordo com os termos estabelecidos pela lei, o Ministério Público, autor da Ação Civil Pública, acabou por concluir que, dentro do cenário fático, o prosseguimento da ação não mais se sustentava, e que, ao menos dentro dos limites da sentença, a determinação já havia sido cumprida. Entre os argumentos, defendeu que a decisão transitada em julgado colidia com o disposto no artigo 211 da Constituição Federal de 1988, que prevê a responsabilidade conjunta dos diversos entes da federação, em regime de cooperação, sendo impraticável que o Estado arcasse sozinho com o custo de tratamentos médicos, sob pena de não se garantir a melhor abordagem médica. Ainda, considerou que diante da necessidade de tratamento em rede e com intervenção precoce, obrigar uma única pessoa jurídica a cumprir a obrigação militava em desfavor daqueles a quem se pretende beneficiar.

No entendimento do Ministério Público do Estado de São Paulo, a sentença à época, preencheu uma lacuna já não mais existente, e que era impossível dar efetividade ao comando da sentença, quando o próprio entendimento jurídico e social, traduzido na Lei nº 12.764/2012, diferia da regulamentação criada pelo Poder Judiciário. A seu ver, a sentença teria sido ultrapassada pela realidade normativa, já que o Estado deveria formular uma política pública para o tratamento de pessoas com o espectro de autismo, levando em conta a nova legislação e o entendimento da Constituição Federal de integração de todos os entes

públicos no SUS, e não o título judicial. Assim, a Promotoria requereu a extinção da execução pelo cumprimento da obrigação.

Houve uma reação dos atores sociais envolvidos, que não concordavam com a extinção do processo. Mas também existia a consciência de inadequação do dispositivo da sentença, além do receio de que houvesse insegurança jurídica com a extinção do processo, diante da quantidade de autistas atendidos em decorrência da sentença. Aumentava, assim, o anseio de que a decisão judicial fosse adaptada à nova realidade normativa.

Foi realizada, então, audiência pública, com a participação dos mais diversos segmentos da sociedade civil e do Poder Público, e após, com base nos depoimentos colhidos, foi proferida uma nova decisão no processo¹⁹, de natureza estrutural, que buscou atender à demanda da sociedade civil em audiência, privilegiando os aspectos coletivos do direito em jogo. Ainda, estabeleceu-se um novo procedimento para execução, numa tentativa de dar uma mesma direção à ação coletiva e às execuções individuais a ela vinculadas²⁰.

No novo procedimento de execução, após o ajuizamento da ação, ela é suspensa e o Poder Público é notificado para avaliar o autista, por uma equipe interdisciplinar, conhecer suas necessidades e propor, dentro da estrutura pública, uma alternativa de atendimento. Há um diálogo entre as partes no decorrer desta avaliação, muitas vezes se alcançando uma solução de consenso, com o encerramento da demanda judicial, sem que seja necessária uma ordem judicial. Apenas quando não há consenso, o processo tem prosseguimento.

A decisão estrutural proferida deu um novo rumo para a ação do Ministério Público de São Paulo na ação coletiva e direcionou as novas execuções para o mesmo sentido da política pública em implementação, levando o Ministério Público à criação de um novo procedimento extrajudicial para o acompanhamento de implementação de políticas públicas, em substituição ao inquérito civil, que permite o diálogo entre os atores sociais, reduzindo-se a intervenção judicial a questões pontuais na implementação da política.

4.2 A expansão do acesso à educação infantil no Município de São Paulo

Por colocar em prática uma nova engenharia jurídica no controle judicial de políticas públicas, não pode deixar de ser mencionado o "caso das creches" na cidade de São Paulo.

A análise do padrão de litigância adotado para solucionar a ausência de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo demonstrou que, prioritariamente, existiam duas frentes de atuação: a) ações individuais ou coletivas,

¹⁹ Decisão proferida no referido processo, na data de 30 de agosto de 2016.

²⁰ "1) uma vez formulado o pedido de execução, a Administração será intimada para, extrajudicialmente, e em prazo não superior a 60 dias, realizar laudo do autista por uma equipe interdisciplinar, suspendendo-se a execução; 2) após, no prazo de 10 dias, a Administração irá propor um perfil de atendimento ao autista, de acordo com o seu caso específico; se o laudo indicar a necessidade de prestação do serviço municipal, o ente público municipal será intimado, também, para se manifestar e compor a oferta de atendimento junto com o Estado, de acordo com os recursos disponíveis na rede; caso haja aceitação, a oferta será homologada, extinguindo-se a execução. 3) em caso de rejeição da oferta de atendimento, o autista ou seu responsável se manifestará, no prazo de 10 dias. Após, a FESP será intimada para impugnação da obrigação de fazer, prosseguindo-se judicialmente com a execução. Concedo à FESP o prazo de 30 dias para se adaptar ao novo procedimento estipulado para as execuções individuais, no final do qual deverá informar a este juízo sobre o cumprimento da decisão". Idem.

voltadas a conferir celeridade ao acolhimento das crianças nas creches e pré-escolas; b) ações voltadas à defesa de interesses difusos, por meio da análise da política pública de educação infantil de forma mais ampla, buscando-se incluir na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual (PPA) rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar as matrículas demandadas, com garantia de qualidade e a apresentação de plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, nos bairros sob a jurisdição dos Fóruns e no Município de São Paulo, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada.

Tendo em vista a ausência de equipamentos suficientes para o acolhimento de todas as crianças em creches e pré-escolas, a simples determinação, nas centenas de ações individuais, de sua inclusão, com prioridade, nas filas de espera para atendimento, era pouco ou nada eficaz.

Com a implementação da lista de espera pública no Município de São Paulo, ficou evidente que as liminares e sentenças nas ações individuais limitam-se a provocar alteração na ordem de chamada, ou seja, "furava" a ordem cronológica de ingresso dos demandantes, ampliando a desigualdade no acesso à educação infantil.

A seu turno, as demandas voltadas à defesa de interesses difusos, que buscam solucionar omissões no tocante às políticas públicas voltadas à universalização do direito à educação infantil, a partir da expansão das vagas e da inclusão de previsão orçamentária suficiente para garantir uma educação de qualidade, por exemplo, eram, com raras exceções, julgadas improcedentes sob a alegação de afronta à separação dos poderes, à discricionariedade administrativa e à vinculação orçamentária.

Estudo elaborado por MARINHO envolvendo 36 ações civis públicas sobre educação infantil propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo - que tiveram decisões com trânsito em julgado entre os anos de 1996-2005 - evidencia o padrão decisório do Poder Judiciário, em grande medida mantido até os dias de hoje. Isto é: são acolhidas as pretensões de caráter individual ou as coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos, mas as ações coletivas relativas a políticas públicas, para a tutela de direitos difusos, são rejeitadas²¹.

Das 15 ações estudadas que visavam a tutela de direitos difusos e requeriam que o município fosse condenado a matricular todas as crianças de uma determinada jurisdição cujos pais assim desejassem, apenas duas ao final foram julgadas procedentes. Enquanto isso, das 21 ações propostas na defesa de direitos individuais homogêneos, com uma lista pré-determinada de crianças, 20 obtiveram liminar favorável à matrícula imediata e 14 foram julgadas procedentes (as demais foram extintas sem julgamento do mérito porque foi comprovada a matrícula das crianças ou atingiram idade de ingresso obrigatório no ensino fundamental).

No estudo de casos, MARINHO identifica que as ações coletivas voltadas à defesa de direitos individuais homogêneos foram propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo após o relativo fracasso das ações que pretendiam a tutela de direitos difusos.

Os argumentos mais frequentes na denegação da tutela judicial nas ações coletivas envolvendo direitos difusos, segundo aponta MARINHO, resumiam-se a reserva do possível (inexistência de condições orçamentárias), separação dos poderes (intervenção indevida do Judiciário na esfera própria do Poder Executivo), discricionariedade administrativa (não caberia ao Poder Judiciário interferir na escolha de prioridades políticas) e impossibilidade jurídica dos pedidos que eram considerados genéricos, indeterminados ou pedidos futuros (não estaria materializada a violação ao direito, mas apenas uma expectativa de violação).

Foi nesse contexto que se iniciou a ação do Grupo de Trabalho Interinstitucional de Educação Infantil (GTIEI)²², articulação que reuniu, desde 2012, Ministério Público, Defensoria Pública, ONGs e especialistas, com o objetivo de construir estratégias voltadas à eliminação do déficit de vagas em creches e pré-escolas na cidade de São Paulo.

Com base na estratégia de atuação indicada no parecer-conceito elaborado por GOTTI e XIMENES²³, o protagonismo do GTIEI fomentou a realização da 1ª audiência pública sobre educação infantil, em 2013, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, antes do julgamento de duas Apelações em Ações Civis Públicas ajuizadas no Foro Regional de Jabaquara²⁴ e Santo Amaro²⁵, propostas em 2008, pelas organizações não governamentais que integravam o Movimento Creche para Todos²⁶.

É oportuno rememorar que uma dessas ações, a que tramitava no Foro Regional de Jabaquara, teve o pedido liminar integralmente deferido e confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Apenas a determinação de inclusão de recursos orçamentários foi suspensa pelo Tribunal sob o argumento de que sua execução se tornara impossível em razão de já haver sido deliberado no Legislativo o orçamento de 2011²⁷.

No entanto, no julgamento do mérito a tutela foi limitada às crianças nominalmente listadas na inicial, retomando-se, com isso, o padrão básico de tutela em políticas públicas de educação infantil. Os pedidos relacionados à supressão de omissões em termos de políticas públicas, e mesmo o pedido de caráter difuso, foram todos julgados improcedentes sob o mesmo argumento de violação ao princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Contra essa decisão também foi proposto recurso de apelação, ao final julgado favoravelmente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, após a realização da referida audiência pública, em 2013, determinando-se o atendimento da demanda existente em Jabaquara.

²² O GTIEI, em sua formação original em 2012, era composto por Joao Paulo Faustino e Silva (Secretário do Grupo Especial de Educação do Ministério Público de São Paulo), Luiz Rascovski (Defensoria Pública do Estado de São Paulo), Salomão Ximenes (Ação Educativa), Cisele Ortiz (GT de educação da Rede Nossa São Paulo), Rubens Naves (advogado), Ananda Grinkraut (GT de educação da Rede Nossa São Paulo) e Alessandra Gotti (advogada).

²³ GOTTI; XIMENES, 2012.

²⁴ Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Jabaquara – São Paulo, Proc. n. 003.10.018645-1.

²⁵ Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc. n. 002.08.150735-6.

²⁶ O Movimento Creche para Todos é uma articulação de entidades 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. A partir de 2008, as organizações que compõem o Movimento Creche para Todos passaram a promover ações judiciais e de exigibilidade jurídica, contanto para isso com a assessoria técnica e jurídica da ONG Ação Educativa.

²⁷ Agravo de Instrumento nº 0470261-76.2010.8.26.0000 (990.10.470261-5).

²¹ MARINHO, 2009, p. 59-67.

Já a outra Ação Civil Pública, proposta no Foro de Santo Amaro, foi julgada extinta, sem resolução do mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido, vez que invadiriam a discricionariedade administrativa. Segundo a juíza da causa, ao Poder Judiciário não caberia imputar obrigação de fazer referente à apresentação de plano de expansão e construção de unidades, uma vez que essa pretensão violaria a separação de poderes e a esfera de discricionariedade administrativa, sendo uma intromissão indevida do Judiciário na esfera própria do Executivo.

Em recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo²⁸, no entanto, os autores conseguiram reverter essa primeira decisão de caráter extintivo, reconhecendo o Tribunal que tais pedidos não poderiam ser sumariamente definidos como juridicamente impossíveis, pois tal conclusão somente decorreria da análise de mérito da ação, com a apresentação de argumentos e provas pelas partes que eventualmente demonstrassem tal impossibilidade²⁹. Com isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o retorno dos autos para o Foro de origem, para que a ação fosse julgada no mérito, o que veio a ocorrer em 2012. Ao final, a ação foi julgada improcedente em primeira instância e interposta Apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo³⁰.

De forma inovadora, após ouvir as propostas da Municipalidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atendeu os pedidos formulados pelas ONGs autoras da Ação Civil Pública, e numa primeira etapa e se utilizando do instrumento dos atos concertados entre juízes cooperantes (artigo 69, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015), antes mesmo da sua existência formal no mundo jurídico, reuniu duas ações coletivas de diferentes relatorias (Decano e Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal), a fim de garantir uma decisão única, o que era um pressuposto para um acordo que realmente compromettesse as partes envolvidas.

Num segundo momento, foi realizada uma audiência pública – a primeira em um caso concreto no Tribunal de Justiça de São Paulo –, a pedido do GTIEI, com a oitiva de toda a sociedade e com a participação do Poder Público.

Não foi possível um acordo, porém todos foram ouvidos e trouxeram informações no processo dialógico, o que permitiu ao Tribunal proferir uma decisão estrutural³¹ com a determinação da elaboração de um plano de expansão para a criação de no mínimo 150 mil vagas em creches e pré-escolas, sendo no mínimo 105 mil em creches, no período de 2014 a 2016, de modo a eliminar a fila de espera, garantindo-se a qualidade da educação ofertada nos termos das normas do Conselho Nacional de Educação (CNE) e, suplementarmente, do Conselho Municipal de Educação, determinando-se, ainda, inclusão na proposta orçamentária da ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada.

²⁸ Apelação Cível, Proc. n. Apelação Cível nº 0046662-70.2010.

²⁹ Apelação Cível, n. 175.158.0/3, Rel. Des. Martins Pinto, Acórdão publicado em 14 de agosto de 2009.

³⁰ Esta é a Ação Civil Pública cuja Apelação é julgada pelo TJSP no sentido de condenar o Município à apresentação de plano de expansão de 150 mil novas vagas em educação infantil, além de criação do referido Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP.

³¹ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação na Ação Civil Pública nº. 0150735-64.2008.8.260002. Câmara Especial. Relator: Walter Guilherme. São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2019.

Outrossim, de forma também inédita, incumbiu a Coordenadoria da Infância e Juventude de monitorar a criação das vagas, assessorada por um Comitê de Monitoramento com representação do sistema de justiça, sociedade civil organizada e especialistas³².

Transcorridos quatro anos da decisão estrutural, foi realizada nova audiência pública, a qual foi conduzida pelo Decano do TJSP em 1º/06/2017, com o objetivo de apurar os resultados atingidos e oportunizar à nova gestão Municipal a apresentação de seu plano de ação, visando nova pactuação para os avanços ainda necessários

Nessa segunda audiência pública, as ONGs autoras apresentaram o balanço dos resultados alcançados e relataram que, no período de 2013-2016, foram criadas 89.249 vagas, sendo 72.814 em creches e 16.435 em pré-escolas. A expansão da política pública foi eficaz para equacionar o problema da fila de espera na pré-escola, mas não foi suficiente para eliminar o déficit de vagas em creches.

Após essa segunda audiência pública, e um ciclo de dois meses de negociações, foi firmado acordo com o Município de São Paulo, homologado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em setembro de 2017, prevendo a criação de mais 85,5 mil vagas em creches, no quadriênio 2017-2020, nas áreas com maior demanda e vulnerabilidade socioeconômica, além do aprimoramento de critérios de qualidade relacionados à infraestrutura, razão crianças/educador e a formação dos professores em especial na rede conveniada privada que é responsável por cerca de 80% do atendimento da demanda.

O monitoramento dessa nova etapa continua a ser realizado, em reuniões semestrais com a Secretaria Municipal de Educação, pela Coordenadoria da Infância e Juventude, assessorada pelo Comitê de Monitoramento que, além das instituições e especialistas que a integram, passou a contar com a participação do Tribunal de Contas do Município.

Como resultado da decisão estrutural, nesse segundo ciclo de monitoramento foram criadas 50.366 novas vagas, no período entre dezembro de 2016 e dezembro de 2018, verificando-se, ainda, o declínio da judicialização por parte da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, fato registrado na reunião de dezembro de 2018 do Comitê de Monitoramento. Outro avanço decorrente do acordo firmado na nova etapa da execução do julgado é o compromisso assumido pela gestão pública com a formação continuada dos professores da rede privada conveniada, que será feita conjuntamente com os docentes da rede direta a partir de 2019.

Os casos estudados demonstram que os instrumentos dos atos concertados entre juízes cooperantes, do negócio jurídico processual, das audiências públicas, das decisões estruturais³³ e estruturação de uma governança para seu

³² Em sua composição inicial, até a 2ª audiência pública, o Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude era composto pelas seguintes instituições: Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Fórum Municipal de Educação Infantil; Fórum Paulista de Educação Infantil; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Negri – Núcleo de Estudos de gênero, raça e idade; Grupo de Atuação Especial de Educação do MPSP (GEDUC); Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Rubens Naves Santos Junior (Rubens Naves) e Hesketh Advogados (Alessandra Passos Gotti e Ana Cláudia Pires Teixeira).

³³ Nas palavras de CALLEGARI, secretário municipal de educação há época

monitoramento (Coordenadoria da Infância e Juventude assessorada por um Comitê interinstitucional), utilizados em conjunto, de acordo com cada situação concreta enfrentada pelo magistrado, são instrumentos processuais com potencial para garantir uma execução mais eficiente em ações que envolvam políticas públicas e a redução da judicialização.

5 Conclusão

Esse artigo teve como objetivo, a partir do estado da arte da judicialização de políticas públicas, discutir alternativas para os juízes lidarem com as ações envolvendo políticas públicas de forma mais eficiente e resolutiva, a partir da exploração das potencialidades das novas ferramentas processuais amparadas no ordenamento jurídico, colaborando ao mesmo tempo com uma melhor gestão pública.

Constatou-se que, em razão do sistema brasileiro de controle judicial de políticas públicas admitir o controle por meio de ações individuais e coletivas, muitas vezes a tutela concedida nos dois casos leva a um paradoxo e a decisão individual pode comprometer a implementação da política pública em andamento, fragilizando justamente o amplo acesso à justiça, tutelado constitucionalmente.

Por meio da metodologia do estudo de casos concretos, foram apontadas as ferramentas existentes no ordenamento jurídico que possuem o potencial de, simultaneamente, incrementar a eficiência e efetividade do título judicial, superando mesmo que parcialmente os obstáculos gerados pelo amplo acesso à justiça.

Dentre os instrumentos processuais analisados, destacam-se as audiências públicas, os atos concertados entre juízes cooperados, o negócio jurídico processual, as decisões estruturais, a estruturação de governanças para o monitoramento da execução do título judicial (Comitês interinstitucionais), com a participação de instituições públicas e da sociedade civil organizada, o que pode resultar na maior eficiência da execução e na concreta efetividade do julgado.

A análise dos estudos de casos demonstrou que tais instrumentos processuais, quando empregados em conjunto pelo magistrado, em fase de execução, podem apresentar ganhos para o Poder Judiciário, colaborando para que o processo atinja seu principal fim, qual seja, a pacificação social.

Conclui-se, portanto, que a experimentação dessas ferramentas em casos semelhantes pode representar uma maior eficiência do Poder Judiciário na garantia do acesso à justiça, com o incremento da eficácia das decisões, abrindo-se o caminho para a redução do número de processos sem uma solução pela ausência de mecanismos processuais capazes de garantir a adjudicação de direitos.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*. Porto Alegre: 2013. Disponível em: <<http://www.academia.edu>

da decisão em 2013, decisões estruturais propiciam "uma dinâmica de relacionamento de nível mais elevado entre as partes permitindo tratar assuntos correlatos com base em uma inteligência sistêmica" (CALLEGARI, 2018, p. 77).

edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em: 11 fev 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/01/d95c425e46cb84cf72cce3f1079c1776.pdf>. Acesso em 14 Set 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva: 2006.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, Cesar. A judicialização da Educação Infantil no Brasil. In: *Reflexões sobre Justiça e Educação*. Todos pela Educação e Editora Moderna. São Paulo: Editora Moderna, 2018.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva: 2011.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 1978.

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

_____. XIMENES, Salomão. *Parecer: Proposta de Litígio Estrutural sobre Déficit de Vagas em Creches e Pré-Escolas no Município de São Paulo*. São Paulo: 2012.

GOUVÊA, Carlos Portugal. *Direitos sociais contra os pobres*. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf>. Acesso em: 28 ago 2015.

MARINHO, Carolina. *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.

REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à Justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*. Disponível em: <<http://www2.law.columbia.edu/sabel/papers/Destabilization%20Rights%20-%20Westlaw.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Civil Pública nº. 0027139-65.2000.8.26.0053*. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: Magalhães Coelho. São Paulo, 26 de abril de 2005. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1877535&cdForo=0&v1Captcha=juwak>>. Acesso em: 7 jul 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação na Ação Civil Pública nº. 0150735-64.2008.8.260002*. Câmara Especial. Relator: Walter Guilherme. São Paulo, 12 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/>

uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf>. Acesso em: 12 maio 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Civil Pública nº 0027139-65.2000.8.26.0053*. 6ª. Vara da Fazenda Pública. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=53&processo.codigo=1HZX2RITF0000>>. Acesso em: 22 mar 2017.

SOUZA, Fernando Garcia. Judicialização de direitos sociais: o Judiciário como articulador interinstitucional no cumprimento de sentenças coletivas. Dissertação de mestrado sob Orientação da Professora DRa. Susana Henriques da Costa. São Paulo, Universidade de Direito da USP, 2016.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. In: *Lua Nova*. Nº. 80, p. 45-69. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452010000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 fev 2017.

THEODOULOU, Stella Z. The contemporary language of public policy: a starting point. In: THEODOULOU, Stella Z.; CAHN, Matthew A. (Org.). *Public policy: the essential readings*. Upper Saddle River. New Jersey: Printice Hall, 2005.

TIBYRIÇÁ, Renata Flores. *Da legalidade à realidade: o uso do serviço público de educação para pessoas com Transtorno do Espectro do Autismo na cidade de São Paulo*. Disponível em: < <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1639>>. Acesso em: 27 fev 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Experimentalismo judicial. In: *Folha de S. Paulo*. Edição 03 maio 2014. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/experimentalismo-judicial>>. Acesso em: 24 fev 2017.

VITORELLI, Edilson. "Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. ARENHART, Sérgio e JOBIM, Marco Felix. In: *Processos estruturais*. Salvador, Juspodium, 2017, p. 369-422.

Alessandra Gotti

Presidente-executiva do Instituto Articule. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do CRA-SP. Sócia de Hesketh Advogados.

Alexandra Fuchs de Araújo

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo, coordenadora da Célula de Soluções Estratégicas do CRA-SP e Mestre em Direito do Estado pela USP/SP.

Jéssica Fernanda Luís Marcelino

Escrevente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É bacharel em Direito pela FMU e graduada em Gestão Empresarial pela FATEC-GT.