

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação



O processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS

Priscila Venzke Mielke

Pelotas, 2022

Priscila Venzke Mielke

O processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal

Pelotas, 2022

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

M631p Mielke, Priscila Venzke

O processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS / Priscila Venzke Mielke ; Alexandre Fernandes Gastal, orientador. — Pelotas, 2022.

155 f. : il.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2022.

1. Direito social à educação. 2. Educação infantil. 3. Processo estrutural. 4. Decisão estruturante. 5. Políticas públicas educacionais. I. Gastal, Alexandre Fernandes, orient. II. Título.

CDDir : 341.2733

Priscila Venzke Mielke

O processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa: 21 de junho de 2022

**ALEXANDRE
FERNANDES GASTAL**

Assinado de forma digital por
ALEXANDRE FERNANDES GASTAL
Dados: 2022.07.14 09:35:35 -03'00'

Banca examinadora:

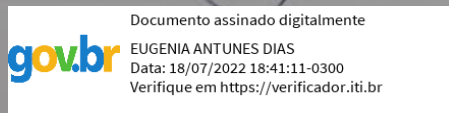
Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal (Orientador)

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2006)



Prof. Dra. Karinne Emanoela Goettems dos Santos

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2015)



Prof. Dra. Eugênia Antunes Dias

Doutora em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Rio Grande (2014)

Agradecimentos

Primeiramente, gostaria de expressar minha gratidão a Deus, pela saúde que me foi concedida, ainda mais durante esse tempo de mestrado que coincidiu com a pandemia do coronavírus. Agradeço por todas as graças a mim concedidas, ainda que eu não as tenha reconhecido expressamente.

Agradeço aos meus pais, Gilnei e Dóris, que mesmo diante de tantas adversidades que nos ocorreram durante este período do meu mestrado, se mantiveram fortes para mim e para minha irmã. Amor incondicional por vocês.

Meu muitíssimo obrigada a minha irmã Gabriela que sempre esteve disposta a me ouvir e, sobretudo, me encorajar a nunca desistir. Não sei o que seria da minha vida sem ti, és minha base! Te amo como minha irmã e como minha filha. Estarei sempre aqui para tudo o que precisares, pode ter certeza!

Não teria como deixar de agradecer também ao meu namorado Flavio. Não entendo como conseguistes manter a paciência comigo durante todo este tempo de mestrado, com todas as minhas reclamações, angústias e dramas. Amo quem tu és e tudo o que tu fazes por mim e por nós. Agradeço sempre a Deus por te ter ao meu lado. Te amo infinitamente!!!

Agradeço à Lulu que deu vida aos meus dias! Não consigo mais me imaginar sem a tua companhia.

Gostaria de prestar meus agradecimentos ao meu orientador Prof. Dr. Alexandre Gastal. Espero que um dia consiga ter a metade da sua competência e brilhantismo. Agradeço também à professora Karinne Santos e ao professor Itiberê Rodrigues pela disponibilidade no empréstimo de livros e materiais de estudo para elaboração deste estudo. E, por fim, aos meus colegas do mestrado Fabrício, Tássia e Marcela por toda a ajuda e amizade!

Resumo

MIELKE, Priscila Venzke. **O processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS.** 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2022.

RESUMO: O presente estudo trata do processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS. A educação consiste em um direito social expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, sendo que para sua efetividade faz-se necessária inevitavelmente a concretização de políticas públicas nesta seara, as quais perpassam inicialmente pela garantia de acesso. A partir do momento em que os Poderes Públicos não tornam efetivo esse direito à sociedade, por força dos princípios do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, cabe ao Poder Judiciário conferir-lhe efetividade. Entretanto, para que a garantia deste direito cumpra com seu papel social, a tutela jurisdicional necessita ser repensada a partir do processo estrutural. Logo, o questionamento que precisará ser respondido é de que forma o processo estrutural pode contribuir para a tutela do direito social à educação infantil, tendo em vista a insuficiência ou a ausência de políticas públicas de acesso no município de Pelotas-RS? Neste viés, faz-se necessário, em um primeiro momento, tratar do reconhecimento jurídico do direito à educação, compreendê-lo enquanto direito social prestacional e direito público subjetivo, especialmente, no que tange à educação infantil. Além disso, será preciso estudar o processo estrutural e as decisões estruturantes como importantes ferramentas para tornar efetivos os direitos sociais, em especial, o direito à educação infantil. Justifica-se a realização deste estudo considerando ser a educação um direito de todos, bem como diante da insuficiência ou ausência de políticas públicas educacionais de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS. Realizou-se uma análise dos julgados oriundos da Comarca de Pelotas-RS para investigar se o modelo processual tradicional se mostra satisfatório para decidir sobre política pública de acesso à educação infantil no respectivo município, considerando o número de crianças à espera de uma vaga no plano administrativo. Ademais, verificou-se como o processo estrutural, como novo modelo processual, poderia contribuir para a concretização da política pública de acesso ao direito social em questão no município de Pelotas-RS. Para esta última análise, foi utilizado como paradigma o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo acerca do caso envolvendo a falta de vagas em creches no município de São Paulo-SP. A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direito social à educação; Educação infantil; Processo estrutural; Decisão estruturante; Políticas públicas educacionais;

Abstract

MIELKE, Priscila Venzke. **The structural process as a tool to the achievement of Entry Public Politics to Childhood Education from zero to three years old in the city of Pelotas-RS.** 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2022.

ABSTRACT: This paper treats the structural process as a tool to conclude Public Politics of access to early childhood education in the City of Pelotas–RS. The education is a Social Right clear expressed in the Federal Constitution of 1988, given that to its effectiveness is necessary the conclusion of Public Politics at this field, which surpass initially the assurance of access. From the moment that the Public Powers does not make it effective to the society, based on the justice of inescapability jurisdiction, it's up to the Judiciary Power to make it effective. However, to the assurance of this right achieve its social aiming, it is believed that the jurisdictional custody must be rethought based on structural process. Based on that, the questions that will need to be answered are, in which way the structural process can contribute to custody of Social Rights to childhood education? Given that the city of Pelotas does not have any kind of planning or projects of Public Politics of this kind. With that picture, firstly it is necessary to manage about the juridical recognize of Educational Rights, understanding him as Welfare Social Rights and Subjective Public Rights, especially when it comes of early childhood education in Educational Center Cares. Besides that, it is needed to develop a study about structural process and its decisions as valuable tools to make it effective to Social Rights, especially the right to access childhood education to kids. This study justifies its realization considering the education a right to everyone, due to the absence or insufficiency of entry educational public politics aiming to make effective this Social Right in the level of childhood education in the city of Pelotas–RS. An analysis was of judged that come from the Judicial District of Pelotas-RS to inquire if the tradicional processual model is the best model to decide Entry Public Politics to childhood education in the mentioned city, considering the number of children waiting for a spot on the administrative field. Furthermore, it was verified how the Structural Process, as new processual model, could have contributed to the achievement of Entry Public Process to the social rights in the city of Pelotas-RS. For this last analysis, was used a paradigm of judgement settled by the Justice Court of São Paulo about the case related to the lack of spots in Child Centre Cares in the City of São Paulo-SP. The study used the empiric method, with a qualitative approach of bibliographic sort.

Keywords: Education Social Rights, Childhood Education, Structural Process, Structured Decision, Educational Public Politics.

Lista de Gráficos

- Gráfico 1 Resultado de julgados utilizando a palavra-chave “direito à educação”, conforme o objeto do processo70
- Gráfico 2 Resultado de julgados utilizando a palavra-chave “direito à educação”, conforme a representação processual da parte autora71
- Gráfico 3 Resultado de julgados utilizando a palavra-chave “creche”, conforme o objeto do processo74
- Gráfico 4 Resultado de julgados utilizando a palavra-chave “creche”, conforme a representação processual da parte autora74

Lista de Tabelas

- Tabela 1 Dados da Radiografia da Educação Infantil – Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul para o ano de 2018 acerca da população de crianças de 0 a 5 anos estimadas por idade simples, Pelotas, 201879
- Tabela 2 Dados da Radiografia da Educação Infantil – Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul dos anos de 2010 a 2019 sobre a evolução de matrículas na creche e pré-escola, por dependência administrativa, Pelotas ...79

Lista de Quadros

- Quadro 1 Quantidade de ações interpostas por ano relativa à concessão de vaga na educação infantil no município de Pelotas-RS72
- Quadro 2 Dados da Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas em relação ao número de alunos frequentando escolas municipais de educação infantil nos anos de 2015 a 202077
- Quadro 3 Dados da Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas em relação à demanda reprimida nas escolas municipais de educação infantil no município77-78

SUMÁRIO

1	Introdução	11
2	O direito à educação infantil.....	21
2.1	O reconhecimento jurídico da educação	21
2.2	A educação enquanto direito social prestacional	27
2.3	O direito à educação infantil	32
2.4	A educação enquanto direito público subjetivo.....	37
3	Do sistema processual civil brasileiro.....	42
3.1	Do sistema processual civil aplicado ao direito à educação infantil 47	
3.2	Do processo estrutural	54
3.3	Avanços e retrocessos na admissibilidade de um processo estrutural no contexto brasileiro	62
3.4	Dos resultados da pesquisa.....	68
3.5	Do caso das creches do município de São Paulo frente à situação da educação infantil no município de Pelotas	85
4	Considerações finais.....	100
	Referências	105

1 Introdução

A educação é elencada pela Constituição Federal brasileira de 1988 como um direito social, expressamente prevista como tal no art. 6º, cujo detalhamento, por sua vez, ocorre em capítulo próprio nos arts. 205 a 214. O direito à educação, assim como a maioria dos direitos sociais, apesar de ter angariado status constitucional, ainda padece de falta de efetividade, sobretudo, dada a inexistência ou falha na concretização de políticas públicas.

Embora por muito tempo tenha se discutido acerca da possibilidade de ser reclamada em juízo a efetividade dos direitos sociais, a justiciabilidade dos mesmos já é realidade no Poder Judiciário brasileiro, sendo este chamado cada vez com maior frequência a intervir em políticas públicas necessárias para que os direitos sociais sejam efetivos.

No que tange ao direito social à educação, vislumbra-se a existência de inúmeras demandas individuais interpostas no judiciário brasileiro, as quais, aparentemente, não possuem o intuito de discutir a política pública relacionada ao direito em questão, mas tão somente garantir o acesso das crianças a alguma creche ou escola. Entretanto, considerando a falha na concretização da política pública de acesso das crianças à educação infantil no plano administrativo, inevitavelmente, o judiciário ao decidir sobre tais demandas acaba interferindo na política pública relacionada ao direito à educação infantil, como se verá ao longo deste trabalho.

Cabe referir que o atual Plano Nacional da Educação estabeleceu como meta universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta da educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da sua vigência em 2024. No entanto, o Relatório do 3º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação 2020, realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) apontou que o Brasil, no ano de 2018, alcançou a cobertura de 93,8% das crianças de quatro e cinco anos em escola e 35,7% das crianças de zero a três anos de idade em creche, sendo necessário que cerca de 330 mil crianças de quatro e cinco anos e 1,5 milhão de crianças de zero a três anos fossem incluídas, respectivamente, em

pré-escola e creches no país, para que a meta do Plano Nacional de Educação pudesse ser atingida (BRASIL, 2020, p. 12-13 e 41).

Além do mais, este mesmo relatório aponta que grande parte destas crianças que ainda precisarão ser incluídas pertence a famílias de baixa renda, bem como de que até 2024 o Brasil não conseguirá ultrapassar o índice de 45% de cobertura de atendimento das crianças de zero a três anos em creches, ficando, portanto, abaixo da meta instituída pelo Plano; já em relação à pré-escola, a análise tendencial sugeria que entre 2020 e 2024, desde que mantida a tendência observada nos últimos treze anos, se conseguiria alcançar a meta de universalização da educação infantil em pré-escola (BRASIL, 2020, p. 13 e 51). Todavia, cumpre ressaltar que essa meta de universalização, se for considerado o ano de vigência do Plano Nacional de Educação (2024), estaria sendo atingida com 8 (oito) anos de atraso.

A região Sul do país, na qual se insere o município de Pelotas-RS, ainda que seja destaque no cenário nacional da educação, no ano de 2018, apresentou 92,5% de cobertura das crianças de quatro e cinco anos em pré-escola e 39,6% de cobertura das crianças de zero a três anos em creches (BRASIL, 2020, p. 42 e 33). Considerando apenas o Estado do Rio Grande do Sul, tem-se 88,9% de cobertura das crianças de quatro e cinco anos e 35,1% de cobertura das crianças de zero a três anos para o mesmo ano (2018).

Recentemente foi publicada notícia em jornal local da cidade de Pelotas-RS, Diário Popular¹, de que mais de 1,4 mil crianças de zero a três anos de idade aguardavam vaga em escolas da rede municipal de educação infantil no ano de 2022, com destaque para a possibilidade de que o número seja ainda maior já que contabilizadas apenas as situações em que as famílias buscaram vagas na rede de ensino. Noticiado ainda que não havia qualquer previsão de que fossem criadas vagas a curto prazo, estando a maioria dos projetos de instituições anunciados pelo Proinfância² apenas no papel ou inacabada. O mais preocupante é que para solucionar o problema da falta de vagas em creches foi aprovado projeto de lei, de iniciativa do vereador Marcos

¹ FERREIRA, Michele. **Mais de 1,4 mil crianças aguardam vaga em Emeis de Pelotas.** Diário Popular, Pelotas, 11 de abril de 2022.

² O Proinfância é o Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil, destinado aos Municípios e ao Distrito Federal, o qual visa garantir o acesso das crianças às creches e às escolas, além da melhoria na infraestrutura física da rede de Educação Infantil. Disponível em: < <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/proinfancia/sobre-o-plano-ou-programa/sobre-o-proinfancia> >. Acesso em: 06 de junho de 2022

Ferreira Inssaurriaga, que admite a compra de vagas na rede privada para os alunos em situação de vulnerabilidade socioeconômica, prática já comum em demais municípios do Estado do Rio Grande do Sul. Diz-se preocupante, haja vista o risco de que seja dado início ao começo da privatização da educação, como alertado pela vereadora Fernanda Miranda (PSOL)³ quando da apresentação de sua proposta de emenda ao referido projeto de lei. A justificativa apresentada pelo vereador Marcos Ferreira Inssaurriaga para o projeto de lei mencionado é o crescimento da judicialização das vagas e a meta do Plano Nacional de Educação, de ampliação da oferta da educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o ano de 2024.

Ainda que seja possível pleitear o direito de acesso à educação infantil na esfera judicial, haja vista a insuficiência de políticas públicas de acesso, a interposição de demandas individuais contribui para a acentuação das desigualdades entre aquela criança que obteve sucesso pleiteando judicialmente a vaga e a outra que, em situação idêntica, não acionou o Judiciário para ver garantido o mesmo direito.

As ações coletivas, por sua vez, embora tenham como pressuposto contemplar um número indeterminado de pessoas através da reclamação em juízo da efetividade do direito sub judice, também não apresentam respostas satisfatórias para a concretização de políticas públicas, haja vista que os institutos processuais e as técnicas utilizadas são as mesmas das ações individuais (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 97).

Considerando que o cenário educacional é extremamente alarmante no que tange a inexistência e/ou insuficiência de políticas públicas educacionais de acesso à educação infantil, bem como de que a efetividade do direito social à educação delas depende, a presente pesquisa tem como tema o processo estrutural como instrumento para a concretização de políticas públicas educacionais de acesso à educação infantil no município de Pelotas/RS, buscando responder o seguinte questionamento: de que forma o processo estrutural pode contribuir para a tutela do direito social à educação infantil, tendo em vista a ausência ou insuficiência de políticas públicas de acesso no município de Pelotas-RS?

³ Declaração contida na matéria do jornal local Diário Popular.

A partir da prévia constatação de que o sistema processual tradicional não é adequado para tratar de políticas públicas de acesso à educação infantil, tem-se como hipótese que o processo estrutural consiste em um importante instrumento capaz de conferir efetividade ao direito social à educação infantil sob o aspecto da garantia de seu acesso.

Acredita-se que o processo estrutural, por meio das suas decisões estruturantes, consiste em um instrumento efetivo para a concretização de políticas públicas educacionais de acesso à educação infantil, representando uma legítima tutela a este direito social no âmbito do Poder Judiciário.

No processo estrutural, a decisão prolatada não se limita ao aspecto binário do processo tradicional, ou seja, a dizer quem está certo e quem está errado, mas em reconhecendo a existência de um direito social ainda por atender-se, compreendendo a necessidade de que se crie ou se aprimore determinada política pública para torná-lo efetivo, determinar que essa política pública seja construída, sob certos parâmetros, em certo prazo, sob a fiscalização do Judiciário, sem, entretanto, suprimir a autonomia do Poder Público.

O propósito do presente estudo consiste em analisar como o processo estrutural pode contribuir para a garantia do direito social à educação infantil através da concretização de políticas públicas de acesso no município de Pelotas-RS, tendo como objetivos específicos:

(1) Tratar sobre o reconhecimento jurídico do direito à educação e compreendê-lo enquanto direito social prestacional e direito público subjetivo, mais especificamente, no que tange à educação infantil.

(2) Apresentar a estrutura do processo e das decisões estruturantes, na tentativa de compreender de que forma eles podem contribuir para tornar efetivos os direitos sociais, em especial, o direito à educação infantil.

(3) Investigar se o modelo processual tradicional se mostra satisfatório para decidir sobre política pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS e como o processo estrutural poderia melhor contribuir para a concretização deste tipo de política a partir de uma análise da decisão estruturante proferida no “caso das creches” no município de São Paulo-SP.

A pesquisa ora apresentada está inserida na linha Estado e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da

Universidade Federal de Pelotas, tendo como área de concentração a temática direitos sociais.

Tendo em vista a importância da educação para o desenvolvimento pessoal e do próprio país, bem como de que a efetividade deste direito depende da concretização de políticas públicas, uma vez que estas sejam inexistentes ou insuficientes é preciso que o Poder Judiciário possa compelir o Poder Público de forma eficaz para que este cumpra e atenda ao direito social à educação, respeitando, entretanto, o princípio da separação dos poderes.

Embora a educação esteja prevista como direito social pela Constituição Federal brasileira, percebe-se que no nosso país esse direito carece de efetividade. No esforço para suprir a deficiência em políticas públicas educacionais – necessárias para fazer efetivo o direito à educação, a preocupação dos entes federativos têm se centrado para com o ensino obrigatório, ficando as demais subetapas da educação abandonadas à própria sorte.

Vislumbra-se que ao não ser possível conseguir uma vaga escolar administrativamente torna-se necessário recorrer à justiça tão somente para garantir o direito de acesso das crianças à educação infantil. Soma-se a isso a quantidade de crianças na lista de espera por vaga no plano administrativo que não optaram por recorrer ao Judiciário ou tampouco sabem dessa possibilidade. Tal constatação evidencia uma problemática em torno da política pública de acesso a esta etapa da educação. Desta feita, torna-se imprescindível saber de que forma o Poder Judiciário pode melhor atender os anseios da sociedade para tornar efetivo o direito à educação infantil, a partir de uma vinculação do direito com a justiça, de modo que todas as crianças tenham garantido esse seu direito, daí advém a relevância social da presente pesquisa. É preciso uma resposta do Judiciário que se mostre mais satisfatória para a garantia do direito social à educação às crianças de zero a cinco anos de idade, atendendo ao caráter complexo e multipolar que a concretização deste direito envolve, não sendo razoável ficar ao arbítrio do Poder Público para que ele se torne efetivo.

Em relação à oportunidade, constata-se que muitas crianças ainda não têm o mínimo em relação ao direito à educação que consiste na garantia do seu acesso. Ainda que políticas públicas educacionais estejam sendo criadas, verifica-se a falta de sua concretização pelo Poder Público, bem como a

necessidade de que mais políticas públicas sejam implementadas a fim de tornar efetivo o direito social à educação das crianças de zero a cinco anos de idade.

Dada a insuficiência do sistema processual tradicional brasileiro para a garantia de acesso à educação infantil, faz-se necessário que o mesmo seja repensado. Por esta razão, a relevância científica desta pesquisa está na possibilidade da utilização de um novo modelo processual que seja mais adequado para que as políticas públicas educacionais de acesso sejam concretizadas por meio do Poder Judiciário, de modo a tornar efetivo o direito social à educação infantil sob este viés.

Acredita-se que o processo estrutural consiste em um novo instrumento capaz de contribuir para a garantia do direito à educação infantil de crianças de zero a cinco anos, pois a implementação ou o aprimoramento da política pública a ele relacionada se torna possível por meio das decisões estruturantes.

Assim, enquanto não for possível ao Poder Público implementar por seus próprios meios as políticas públicas necessárias para a efetivação do direito social à educação infantil sob o viés da garantia ao seu acesso, a sociedade brasileira poderá dispor do processo estrutural para fazer valer esse seu direito.

Quanto à originalidade do presente estudo, em consulta ao Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES pelos termos “processo estrutural” e “educação infantil”, voltado para grande área de conhecimento das Ciências Sociais Aplicadas, obteve-se um total de duzentas e setenta e duas teses e dissertações, sendo que dentre elas foi possível constatar estudos relacionados à judicialização da política de educação infantil, ao modelo processual adequado para controle de política pública, ao acesso à justiça e a atuação da Defensoria Pública na defesa da educação infantil, entre outros.

O estudo mais próximo já desenvolvido no sentido aqui proposto foi na dissertação intitulada “Modelo processual adequado para o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso”, de Heloísa Couto dos Santos, no ano de 2017. A diferença deste estudo para com a pesquisa que aqui se realizou reside na análise jurisprudencial que foi feita no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos últimos cinco anos, filtrando pelos julgados oriundos da Comarca de Pelotas-RS, a fim de investigar se o modelo processual

tradicional se mostra satisfatório para decidir sobre política pública de acesso à educação infantil de zero a cinco anos no respectivo município. Ademais, o intuito foi verificar como o processo estrutural, enquanto novo modelo processual, poderia ter contribuído para solucionar a política pública de acesso ao direito social em questão no município de Pelotas-RS. Para esta última análise, foi utilizado como paradigma a decisão estruturante prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do caso envolvendo a falta de vagas em creches no município de São Paulo no ano de 2013, o que, acredita-se, torna a presente pesquisa original, já que aquele outro trabalho partiu exclusivamente do estudo de caso da falta de vagas em creches em São Paulo para identificar o modelo processual adequado para o controle de políticas públicas.

A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, haja vista a necessidade de confirmar ou refutar a hipótese de que o processo estrutural consiste em um importante instrumento para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS. O método hipotético-dedutivo foi proposto por Karl Popper e pode ser sistematizado da seguinte forma:

Quando os conhecimentos disponíveis sobre um determinado assunto são insuficientes para explicar um fenômeno, surge o problema. Para tentar explicar o problema, são formuladas hipóteses; destas deduzem-se consequências que deverão ser testadas ou falseadas. Falsear significa tentar tornar falsas as consequências deduzidas das hipóteses. Enquanto no método dedutivo se procura confirmar a hipótese, no método hipotético-dedutivo se procuram evidências empíricas para derrubá-la. (GERHARDT; SILVEIRA, 2009, p. 27)

Assim, para confirmar ou refutar a hipótese acima elencada, inicialmente, foi realizada uma pesquisa bibliográfica permitindo a compreensão de conceitos e procedimentos relacionados ao direito social à educação, à educação infantil, ao processo estrutural e às decisões estruturantes. Para tanto, foram utilizadas doutrinas, teses, dissertações e artigos científicos sobre a temática.

A pesquisa bibliográfica tem por finalidade instruir o pesquisador a ter contato direto com todo tipo de bibliografia publicada (escrita, falada ou filmada) do assunto a ser pesquisado. Porém, ela não é apenas uma repetição dos assuntos aprendidos e sim uma descrição com enfoques e abordagens,

tendo a capacidade de chegar a conclusões inovadoras (LAKATOS e MARCONI, 2010).

Posteriormente, foi realizada a pesquisa jurisprudencial⁴ através da consulta no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da ferramenta de busca de jurisprudência utilizando-se das palavras-chaves “direito à educação” ou “creche” e do filtro pela Comarca de origem, selecionando-se a opção Comarca de Pelotas.

A opção de pesquisa por essas palavras-chaves se deve ao objeto central desse trabalho, qual seja, direito à educação e ao fato de que frequentemente as decisões judiciais incorrerem em equívoco ao não proceder com a diferenciação entre as subetapas creche e pré-escola, as quais compõem a educação infantil, enquadrando o pedido como se fosse vaga para creche quando na verdade, pela idade da criança, seria vaga em pré-escola.

A escolha do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de Pelotas como Comarca de origem deu-se em virtude de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu ser dos municípios a atuação prioritária na educação infantil. Assim, litígios que discutem a oferta da educação infantil serão julgados, em primeira instância, por juízes estaduais da Comarca do município contra o qual a demanda foi interposta e, em segundo grau, pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado ao qual o município demandado é integrante. Centrando-se a pesquisa no município de Pelotas, conseqüentemente, a análise dos julgados foi filtrada pela Comarca de origem “Pelotas” e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao qual o município de Pelotas integra.

Para análise dos julgados foi realizada a leitura da ementa⁵ e do inteiro teor de cada um, sendo selecionados aqueles que diziam respeito ao direito de acesso à educação infantil. Procurou-se identificar nos acórdãos a idade da criança que buscava a concessão de vaga a fim de enquadrá-la em creche ou pré-escola, até mesmo porque, como dito anteriormente, muitos julgados se referiam à creche, quando na verdade, pela idade da criança, seria pré-escola.

A utilização do método empírico se justifica, tendo em vista que o presente trabalho não pretende elaborar uma pesquisa parecerística, técnico-

⁴ A análise jurisprudencial que aqui se propõe pode ser considerada uma vertente da técnica da pesquisa documental (SILVA apud MACHADO, 2017, p. 277).

⁵ Cabe referir que a ementa consiste em um pequeno resumo do tema julgado e o resultado do julgamento.

profissional, mas sim, científica. Neste sentido, Rodrigues (2014, p. 370) esclarece que

Nas diversas áreas profissionais do Direito – considerando o contraditório exigido pelo processo de sua aplicação – a pesquisa tem por característica ser pragmática, com o objetivo de encontrar argumentos que justifiquem uma determinada posição, independentemente da busca da verdade. Nela não se busca realizar a crítica das hipóteses – testá-las –, mas sim encontrar argumentos para sustentar a tese que vai ser utilizada e defendida – é pesquisa comprobatória, não busca refutar ou corroborar, não é crítica, defende posições. Nessa pesquisa técnico-profissional, a hipótese é sempre confirmada, pois o que se busca é apenas justificar uma posição. Marcos Nobre (2005) a denomina de parecerística. O fato de a pesquisa profissional ocorrer dessa forma não apresenta nenhum problema; nem o fato de no processo educacional ela ser ensinada, já que seu objetivo é, dentre outros, também, a formação profissional. Ela possui sentido e tem importância para o mundo do Direito – mas não é pesquisa científica. [...]

A abordagem da presente pesquisa é qualitativa, considerando que foram analisados conceitos relacionados ao direito social à educação, à educação infantil, ao processo estrutural e às decisões estruturantes. Ainda que dados quantitativos puderam ser apresentados em razão da análise dos julgados da Comarca de Pelotas-RS quanto ao direito social à educação infantil, isto não retira a abordagem meramente qualitativa da presente pesquisa, pois

A pesquisa qualitativa também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos incorporados em suas análises, mas o que vai preponderar sempre é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador. (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2017, p. 110)

Após o processo de análise e interpretação dos dados obtidos a partir das fontes bibliográfica, documental e jurisprudencial foi aprofundado o estudo acerca do caso da falta de vagas em creches no município de São Paulo-SP. Para tanto, foi analisado o inteiro teor do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo referente ao recurso de apelação nº 0150735-64-2008-8.26002, julgado em dezembro de 2013. A escolha deste julgado deve-se, sobretudo, ao fato de que o mesmo destoa do padrão de judicialização de políticas públicas no país em matéria de direito à educação infantil, sendo a decisão judicial identificada como um conjunto de medidas

estruturantes. O acórdão prolatado inaugurou uma nova perspectiva no que tange a judicialização das políticas públicas de acesso à educação infantil no país, bem como muitos estudos já foram produzidos em relação a este caso emblemático, o que facilitou a realização desta etapa da pesquisa.

Concluída esta fase, foi realizada a confrontação com a hipótese elencada, restando esta confirmada. Assim, concluiu-se que o sistema processual tradicional não tem se mostrado satisfatório para fazer concretos os direitos fundamentais sociais, sobretudo, o direito à educação de crianças de zero a cinco anos de idade, sendo o processo estrutural o instrumento mais adequado para a sua tutela, ainda que não seja possível obter através dele a efetividade plena do direito. Ocorre que, em um país de recursos escassos, dificilmente se conseguirá a efetividade plena de todos os direitos elencados no texto constitucional. A ideia é que diante recursos escassos se consiga distribuir minimamente de forma igualitária os bens assegurados pela Constituição Federal, o que não tem acontecido quando a judicialização de um direito transindividual, como é o caso do direito à educação infantil, é realizado através de um processo individual ou coletivo não estrutural.

Para fins de realização dessa pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos principais, compostos ainda de subcapítulos.

No capítulo 1 foi abordado o reconhecimento jurídico do direito à educação, buscando compreendê-lo enquanto direito social prestacional e direito público subjetivo, mais especificamente, em relação ao direito à educação infantil. Tal estudo é imprescindível para que se possa entender o fenômeno da judicialização deste direito.

No capítulo 2 foi desenvolvido um estudo acerca da estrutura do processo e das decisões estruturais, na tentativa de compreender a sua contribuição para tornar efetivos os direitos sociais, em especial, o direito à educação infantil.

No capítulo 3, por sua vez, foi investigado se o modelo processual tradicional se mostra satisfatório para decidir sobre política pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS, mediante pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul de julgados oriundos da Comarca de Pelotas e dados sobre a educação infantil do respectivo município. Além do mais, foi investigado como o processo estrutural poderia melhor contribuir para a concretização deste tipo de política a

partir de uma análise da decisão estruturante proferida no “caso das creches” no município de São Paulo-SP.

Destaca-se que essa proposta de dissertação está alinhavada com a ideia de instrumentalidade do processo, isto é, o processo deve servir de instrumento para a efetividade do direito material *sub judice*, pois do contrário a Constituição Federal representará apenas letra morta.

2 O direito à educação infantil

2.1 O reconhecimento jurídico da educação

A educação não está dissociada do processo histórico da sociedade, pois ela assumirá contornos de acordo com a realidade experimentada em determinada época, isto é, não está alheia às transformações sociais. Por esta razão, inclusive, que até mesmo o seu reconhecimento enquanto direito foi fruto de uma construção ao longo da história da sociedade, pois

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 9)

O primeiro texto constitucional brasileiro do ano de 1824 previa, ainda que timidamente, a garantia à instrução primária e gratuita a todos os cidadãos, vinculando-a na concretização dos direitos civis e políticos. Não havia neste texto constitucional um capítulo específico para tratar da educação, sendo esta inserida no Título 8º que tratava “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”. A educação também não era referida como sendo um direito, tampouco era de cunho obrigatório. Além disso, considerando que a educação era garantida para todos os cidadãos, aqueles que não fossem cidadãos brasileiros não teriam a ela acesso, a exemplo das mulheres e dos escravos.

A Constituição brasileira de 1824 teve grande influência da Revolução Francesa, tendo seus ideais com base no Estado liberal (ERHARDT, 2017, p. 18). Por força disso, não se verificava uma obrigatoriedade do Estado para com algum tipo de dever de prestação em relação à educação, diferentemente da

Constituição Federal de 1988 que assumiu as concepções do Estado Social e, conseqüentemente, do dever de prestação em relação aos direitos por ela reconhecidos.

Por sua vez, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, a primeira em vigor depois que o Brasil deixou de ser uma monarquia e adotou o regime republicano, também fez referência ao direito à educação. Este texto constitucional não estabeleceu a obrigatoriedade de ensino dentro de uma faixa etária, em que pese serem fomentadas discussões a esse respeito já na época do Império. Ademais, a Constituição republicana também não garantiu a gratuidade da educação, representando um retrocesso em relação à Constituição do Império, uma vez que esta já a garantia. A Constituição de 1824 tão somente atribuiu aos Estados a responsabilidade pelo ensino primário e à União e aos Estados, concorrentemente, a responsabilidade para com o ensino secundário e superior. Um acontecimento importante nesta época foi a “separação entre Estado e Igreja no que se refere à educação” (TEIXEIRA, 2008, p. 153).

Até aquele momento não havia qualquer obrigação instituída ao Estado em relação ao direito à educação, até mesmo porque a ideologia que ainda vigorava era a liberal, não competindo ao Estado qualquer tipo de intervenção. Por tal razão, ainda não era possível se falar em um direito público subjetivo à educação.

Ademais, tanto na época da Constituição imperial (1824) quanto da republicana (1891) a educação não era reconhecida como sendo um direito de todos, já que somente uma pequena parcela da população, privilegiada economicamente, a ela tinha acesso (HAMEL; BOANOVA, 2020, p. 183). A Europa e os Estados Unidos durante o Século XIX (1801-1900) já enfatizavam a ideia de universalização do ensino⁶, haja vista o desenvolvimento do capitalismo industrial e da necessidade de mão de obra qualificada para o trabalho (ARANHA, 2012, p. 333-334). No Brasil, entretanto, a situação era diferente como se pode perceber através dos textos constitucionais da época.

Somente com o advento da Constituição brasileira de 1934 é que os direitos sociais foram sistematizados, existindo um capítulo próprio dedicado ao

⁶ A universalização da educação não teve como propósito o desenvolvimento integral da pessoa, tal como atualmente preconiza a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas sim a necessidade de uma maior profissionalização da população para sua integração ao mercado de trabalho (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2015, p. 16).

direito à educação e à cultura (MARTINS, 2020, p. 127). Foi a partir deste texto constitucional que a educação brasileira passou a ser considerada como um direito cujo acesso deve ser garantido a todos.

A grande inovação comparece no capítulo II do Título V: um capítulo para a educação. Capítulo marcante! A educação torna-se direito de todos e obrigação dos poderes públicos. Essa obrigação se impõe pelo Plano Nacional de Educação, pelo ensino primário gratuito e obrigatório, pela vinculação obrigatória de percentual dos impostos dos Estados, Municípios e União em favor da educação escolar, inclusive a da zona rural, a criação de fundos para uma gratuidade ativa (merenda, material didático e assistência médico-odontológica), a progressividade da gratuidade para além do primário, a confirmação de um Conselho Nacional de Educação. [...] (CURY, 2005, p. 24-25)

A Constituição brasileira de 1934 foi inspirada na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 rompendo com a ideologia liberal que vigorava nos textos constitucionais brasileiros até aquele momento (TEIXEIRA, M. C., 2008, p.155 *apud* ERHARDT, 2017, p. 21), inaugurando o constitucionalismo social. Essa mudança de ideologia representou também uma transformação nos deveres atribuídos ao Estado, pois se no liberalismo seu dever era de abstenção, agora com o constitucionalismo social ele assume também o dever de prestação em relação aos direitos consagrados no texto constitucional, o que será melhor trabalhado em tópico a seguir.

Antes da entrada em vigor da Constituição de 1934, Pontes de Miranda já defendia pela primeira vez o reconhecimento da educação enquanto direito público subjetivo, pois, segundo ele, não havia como ficar na dependência da boa vontade do Estado para educar a população, sendo necessário que a matrícula na escola pública deixasse de ser um “ato administrativo, falível, do Estado”. Prado Kelly, inspirado em Pontes de Miranda, defendeu na Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934 que a educação fosse declarada direito público subjetivo, entretanto, sua proposta não foi incorporada pela Constituição brasileira de 1934, tendo apenas sido prevista a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino. Entretanto, não há como deixar de ressaltar a importância da Constituição de 1934 no que tange ao direito à educação, pois foi através dela que a educação passou a ser mais do que um direito civil, sendo um direito social próprio da cidadania (CURY, 2005, p. 25).

A Constituição do Estado Novo de 1937, por sua vez, representou um retrocesso em termos de garantia do direito à educação, embora tenha dedicado também um capítulo próprio para dele tratar juntamente com o direito à cultura. Nesta época houve a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial cujo intuito era garantir o acesso dos alunos de famílias pobres aos cursos profissionalizantes, já aos alunos de famílias ricas era garantido o acesso ao Ensino Superior através do colegial (PIRES, 2020, p. 19), o que representava uma desigualdade em termos de direito à educação.

No mais, enfatizava-se durante este período o ensino cívico, tendo sido retirada a vinculação dos impostos para o financiamento da educação e, no que tange a sua oferta, o Estado foi colocado como subsidiário da família e do segmento privado (CURY, 2005, p. 25). A gratuidade do ensino foi mantida no texto constitucional de 1937, porém instituiu-se a obrigação de pagamento de uma contribuição mensal das pessoas mais ricas para com as pessoas mais necessitadas.

A Carta de 1937 não estava interessada em determinar ao Estado tarefas para fornecer à população uma educação geral por meio de uma rede de ensino público e gratuito. A intenção da Carta de 1937 era manter um explícito dualismo educacional: os ricos proveriam seus estudos por meio do sistema público ou particular e os pobres, sem usufruir desse sistema, deveriam ter como destino as escolas profissionais ou, se quisessem insistir em se manter em escolas propedêuticas a um grau mais elevado, teriam de contar com a boa vontade dos ricos para com as caixas escolares. [...] O incentivo dado às classes menos favorecidas para procurarem a escola pública foi condicionado à opção delas pelo ensino profissionalizante. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2009, p. 66)

Quando da redemocratização do país em 1946 a educação retomou seu grau de importância, tanto que foi nesta época que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação passou a ser pensada e articulada social e politicamente (PIRES, 2020, p. 20). Contudo, cabe considerar que a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação apenas foi promulgada em 1961, isto é, 15 (quinze) anos após as primeiras discussões a seu respeito.

A Constituição de 1946 recuperou grande parte dos princípios da Constituição de 1934 como, por exemplo, a vinculação dos impostos para o financiamento da educação (CURY, 2005, p. 25), a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário. Cabe fazer referência também à obrigatoriedade das empresas com mais de cem pessoas em manter ensino primário gratuito

para os seus servidores e os filhos destes, conforme art. 168, inciso III, daquela Constituição (ERHARDT, 2017, p. 24).

No período imediatamente posterior, correspondente à ditadura militar (1964-1985), foi possível constatar novamente alguns retrocessos na educação, pois a Constituição de 1967, embora tenha estendido a faixa etária do ensino primário, gratuito e obrigatório nos estabelecimentos oficiais, acabou retirando a vinculação dos impostos para o financiamento da educação (CURY, 2005, p. 26). Além disso, a profissionalização ao final do 2º grau tornou-se obrigatória a fim de atender os anseios da nova política econômica do país (PIRES, 2020, p. 23).

Esse período autoritário, ao longo de duas décadas serviram de palco para o revezamento de cinco generais na Presidência da República, se pautou em termos educacionais pela repressão, privatização do ensino, exclusão de boa parcela dos setores mais pobres do ensino elementar de boa qualidade, institucionalização do ensino profissionalizante na rede pública regular sem qualquer arranjo prévio para tal feito, divulgação de uma pedagogia calcada mais em técnicas do que em propósitos com fins abertos e discutíveis, tentativas variadas de desmobilização do magistério por meio de abundante, e não raro confusa, legislação educacional. Somente uma visão bastante condescendente com o regime militar poderia encontrar indícios de algum saldo positivo na sua herança. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2009, p. 100)

Contudo, foi com a Emenda Constitucional de 1969 que se estabeleceu, pela primeira vez, de forma explícita no texto constitucional o dever do Estado para com a educação.

Por fim, a Constituição Federal brasileira de 1988 faz referência expressa à educação como sendo um direito social, mais precisamente no seu art. 6º. A educação, além de ser um direito social, é também considerada um direito fundamental, uma vez que está inserida no Título II da Constituição que trata sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. O reconhecimento da educação como direito fundamental destaca a importância deste para “a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem-estar das pessoas” (NOVAIS, 2010, p. 255). O detalhamento do direito à educação em torno dos aspectos necessários para sua concretização, por seu turno, ocorre no Título VIII, Capítulo III, Seção I a partir do art. 205 da atual Constituição Federal.

Como direito fundamental e social, a educação está intrinsecamente relacionada com os próprios objetivos fundamentais da República Federativa

do Brasil, quais sejam: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; e, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, a educação deixa de ser apenas um instrumento profissionalizante, tal como era prevista na Constituição da época da ditadura militar, para ser também voltada ao desenvolvimento da pessoa e como preparação desta para o exercício da cidadania (HAMEL; BOANOVA, 2020, p. 186).

No ano de 1996 entrou em vigor a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), a qual complementou e integrou a previsão contida na Constituição, tendo estabelecido que a educação escolar compõe-se da educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, e da educação superior.

No plano internacional diversos instrumentos preveem o direito à educação. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 reconheceu que a educação é direito de todos, devendo ser gratuita pelo menos no que se refere à instrução elementar e fundamental, sendo a elementar ainda de cunho obrigatório. A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, por sua vez, também consagrou o direito à educação, sendo a instrução gratuita e obrigatória pelo menos em relação às etapas elementares. Além destas declarações, podem ser citados o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais também dispõem sobre o direito à educação.

Pelo exposto, conclui-se que o reconhecimento jurídico da educação teve um caminho tortuoso no Brasil, refletindo também as transformações sociais pelas quais o país enfrentava. No mais, embora a Constituição Federal brasileira de 1988 tenha representado um grande avanço em termos de reconhecimento jurídico e detalhamento da educação no país, a realidade da educação brasileira destoa muito do seu plano normativo, começando pelas primeiras etapas da educação básica, conforme será esmiuçado no próximo capítulo.

A seguir será abordada a temática em relação ao que significa conceber a educação enquanto direito social prestacional.

2.2 A educação enquanto direito social prestacional

O Brasil enquanto Estado social e democrático de Direito assumiu o dever de prestação em relação aos direitos por ele reconhecidos. Este dever prestacional não envolve unicamente os direitos sociais, sendo estendido a todas as gerações de direitos.

Quando do Estado de Direito liberal os direitos fundamentais eram identificados tão somente com os direitos de liberdade, haja vista os próprios interesses da burguesia que ascendia ao poder. Nesta época, o dever estatal correlato era apenas o de não intervenção, já que os bens assegurados atualmente pelos direitos sociais eram possíveis de serem acessados pelo homem burguês através dos seus próprios esforços (NOVAIS, 2010, p. 255-256).

Com a decadência do Estado de Direito liberal e o surgimento do Estado social, novos direitos passaram a ser incorporados aos textos constitucionais, como, por exemplo, os direitos sociais. Cabe referir que Jorge Reis Novais em sua obra intitulada como “Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais” ao discorrer sobre os deveres estatais frente aos direitos fundamentais menciona a existência de três deveres: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover. Segundo o autor (2010, p. 256), antes do surgimento do Estado social, os deveres estatais se concentravam no respeito e na proteção dos direitos fundamentais, sendo o dever de promoção quase que inexistente nas Constituições e nas tarefas do Estado da época. Assim, o Estado preocupava-se tão somente com o respeito e a proteção ao acesso individual a estes direitos.

Por outro lado, quando do surgimento do Estado Social houve um alargamento dos direitos fundamentais, tendo sido incorporados os direitos sociais, fazendo surgir também novos deveres estatais. Assim, se antes o Estado tinha o dever de respeito e proteção, agora ele passa a ter também o dever de promoção dos direitos fundamentais. O dever estatal de promoção dos direitos fundamentais se caracteriza pela obrigação do Estado em propiciar os meios necessários para aqueles que por seus próprios esforços não conseguem aceder aos bens mais básicos (NOVAIS, 2010, p. 256 e 261). Este

dever de promoção está associado à garantia de igualdade material entre os indivíduos.

[...] a maior modificação implícita no advento do Estado social de Direito terá ocorrido através da complementação dos *tradicionais* deveres estatais de respeitar e proteger por um dever estatal geral de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, portanto, através da dedução constitucional de uma obrigação jurídica estatal de ajuda dos particulares a acederem a tais bens. (NOVAIS, 2010, p. 261, grifos do autor)

A partir destas transformações, por muito tempo se acreditou que, para serem efetivos, os direitos de liberdade exigiriam do Estado tão somente um dever de abstenção. Já, por sua vez, para a efetividade dos direitos sociais seria necessário apenas um dever de prestação estatal.

Tal concepção, inclusive, repercutiu na falácia de que os direitos de liberdade demandariam menores custos para serem efetivados se comparados aos direitos sociais. Entretanto, Stephen Holmes e Cass Sunstein (2019) a partir da teoria dos custos dos direitos demonstraram o quão equivocada estava aquela concepção, sendo atualmente aceita a ideia de que tanto direitos individuais quanto direitos sociais exigem por parte do Estado ações e abstenções, envolvendo, portanto, disponibilidade orçamentária para que se façam efetivos.

Para que não houvesse confusão, a doutrina começou a defender a necessidade de criação de uma teoria unificada dos direitos fundamentais, sendo Jorge Reis Novais um dos expoentes principais. A teoria unificada dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que é necessário compreender que os direitos sociais se submetem aos mesmos requisitos e pressupostos dogmático-jurídicos dos direitos individuais e políticos, devendo ser analisados os efeitos que cada norma de direito fundamental produz ao invés de categorizar as gerações de direitos como se tivessem apenas uma dimensão de dever estatal correspondente.

Ainda que todos os direitos fundamentais façam emergir para o Estado deveres de respeito, proteção e promoção, cumpre ressaltar que, segundo Novais (2010, p. 262), os direitos sociais estão intimamente ligados ao dever de promoção, uma vez que grande parte da população não tem acesso a estes direitos. Assim, incumbe ao poder estatal promover o acesso das pessoas aos bens por estes direitos assegurados, o que se consegue através da elaboração

e da implementação de políticas públicas para oferta de um serviço público adequado.

Não há, entretanto, como negar que a maioria dos direitos sociais tem como dimensão principal um dever de prestação por parte do Estado para que possam ser concretizados. Tal prestação não é pontual, pois exige do Poder Público na verdade a racionalização da distribuição do bem assegurado por aquele direito social, sendo necessária, portanto, a elaboração e a implementação de políticas públicas (ACCA, 2019, p. 25).

A política pública é uma diretriz elaborada para resolver um problema público, que se materializa com instrumentos concretos como leis, programas, prestação de serviços, impostos, etc (SECCHI, 2013 *apud* SECCHI, 2016, p. 5). Para Felipe Fonte (2015, p. 334), política pública é o conjunto de atos e fatos jurídicos que visa à concretização dos objetivos do Estado pela administração pública.

A educação enquanto direito social, reconhecida pela atual constituição como tal, demanda ações positivas por parte do Estado para que possa ser efetiva. Estas ações positivas são concretizadas mediante a implementação de políticas públicas educacionais que garantam o acesso de todos à educação e a qualidade daquilo que é ofertado.

Cabe referir que já na época do Século das Luzes (Século XVIII), defendia-se a política educacional como uma função do Estado, sendo Portugal o país pioneiro em atribuir ao Estado a responsabilidade total com a educação (ARANHA, 2012, p. 289-290). Embora em tal período o Estado que emergia era o liberal, já havia uma preocupação em atribuir a ele a responsabilidade com a educação.

Com relação à educação infantil, a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu art. 208, inciso IV, que consiste em dever do Estado a sua garantia, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Verifica-se, assim, o dever explícito de prestação do Estado em relação a este direito social. Ademais, por força também do art. 7º, inciso XXV do texto constitucional é direito do trabalhador urbano ou rural a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

Não há como negar que o direito à educação somente se concretizará quando, além da garantia ao acesso, for garantida a qualidade no ensino, o

que envolve capacitação profissional, estrutura física das escolas, material de apoio, entre outros. Todavia, constata-se que no Brasil o problema em relação à educação já começa a partir do seu aspecto mais básico que é a garantia de acesso, sendo recorrente a falta de vagas e a abstenção escolar.

Sendo o Poder Público omissivo ou insuficiente na promoção de políticas públicas educacionais que visem promover o acesso das crianças e dos adolescentes às escolas haverá violação ao direito social à educação, por descumprimento estatal do seu dever de prestação/promoção em relação a esse direito.

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição poderia se afirmar que a possibilidade de reclamar em juízo a necessidade de cumprimento por parte do Estado no que tange ao seu dever de prestação do direito à educação seria algo indiscutível. Entretanto, por muito tempo foi negada a justiciabilidade dos direitos sociais sob o argumento de que não caberia ao Poder Judiciário intrometer-se no dever de prestação atribuído aos poderes Executivo e Legislativo, por força do princípio da separação dos poderes, dada a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, e dada a incompetência técnica dos magistrados para decisões envolvendo questões orçamentárias. Afinal, a elaboração e a implementação de políticas públicas são funções típicas daqueles poderes e não do Judiciário. Assim, ainda que violado o direito social pela negligência no cumprimento do dever de prestação, a sociedade ficava ao arbítrio dos poderes Executivo e Legislativo, pois não era permitido reclamar a efetividade do direito social na esfera judicial.

A possibilidade de o Poder Judiciário intervir no controle de políticas públicas surgiu e se incrementou, segundo Suzana Henriques da Costa (2015, p. 209), quando da transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito. Assim, refere a respectiva autora, o Poder Judiciário passou a ter legitimidade - embora ainda questionada - para diante da violação do direito social tentar promover a sua efetividade.

O Poder Judiciário gradativamente deixa de ter uma ação meramente reparatória ou preventiva de direitos subjetivos lesionados ou ameaçados de lesões e passa a exercer uma atividade programática, no sentido de buscar, com sua atuação, transformar a realidade social, dando concreção a comandos constitucionais. (COSTA, 2015, p. 211)

A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal a fim de admitir o controle judicial de políticas públicas adveio, inclusive, de um caso envolvendo a concessão de vagas em creches pelo Município de São Paulo-SP. Na ocasião admitiu-se a condenação do ente municipal ao atendimento de crianças de zero a seis anos em creches, tendo o Ministro Relator Celso de Mello se pronunciado da seguinte forma ao tratar sobre o direito à educação infantil:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, **que o direito à educação** – que representa **prerrogativa constitucional** deferida a todos (**CF**, art. 205), **notadamente** às crianças (**CF**, arts. 208, IV, e 227, “*caput*”) – **qualifica-se** como um dos direitos sociais mais expressivos, **subsumindo-se** à noção e categoria dos direitos de **segunda** geração ou dimensão (**RTJ** 164/158-161), **cujo adimplemento** impõe, **ao Poder Público**, a satisfação **de um dever** de prestação positiva, **consistente** num “*facere*”, **pois** o Estado dele **só se desincumbirá** criando condições objetivas **que propiciem**, aos titulares desse **mesmo** direito, o **acesso pleno** ao sistema educacional, **inclusive ao atendimento**, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (**CF**, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05) (Grifos do autor).

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a prerrogativa de formular e executar políticas públicas cabe primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, ao Judiciário é permitido o controle de políticas públicas em situações excepcionais, quando a omissão daqueles poderes comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais (STF, 2ª Turma, AGRRE 410.715-2/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05).

O caso judicial em apreço dizia respeito à ação civil pública interposta pelo Ministério Público em face do município de São Paulo-SP, ou seja, tratava-se de uma demanda coletiva. No entanto, mesmo diante de determinadas demandas individuais, o Poder Judiciário acaba interferindo nas políticas públicas.

Quando a discussão levada a juízo acerca da garantia de acesso da criança à creche ou à pré-escola é realizada por intermédio de uma demanda individual, não se está discutindo propriamente a política pública educacional, mas, sim, tão somente a garantia daquele acesso por aquela criança em específico. Acontece que o número de ações interpostas visando o acesso à creche ou à pré-escola e/ou a quantidade de crianças na lista de espera por vaga administrativamente, denota que a política pública é insuficiente para

tornar efetivo o direito à educação infantil. Assim, ao se conceder a vaga em uma demanda individual isto repercute na política pública educacional possivelmente já pensada e articulada pelo Poder Público ou na própria possibilidade de que ela venha a ser pensada e articulada.

Reconhecido o dever estatal de promoção/prestação em relação aos direitos sociais, sobretudo, no que tange ao direito social à educação infantil, bem como a possibilidade conferida ao Judiciário, em caso de omissão dos demais poderes, de compeli-los ao cumprimento do seu dever prestacional, isto é, na elaboração e implementação de políticas públicas, surge o questionamento acerca da eficácia do sistema processual tradicional para a concretização do direito social à educação infantil, o que será abordado nos próximos capítulos.

2.3 O direito à educação infantil

A educação infantil nem sempre teve a importância que hoje lhe é reconhecida. Ainda no Século XIX, quando a população era predominantemente rural, a responsabilidade pela “educação” das crianças era atribuída às mulheres, enquanto os homens se encarregavam do trabalho.

Com o processo de urbanização no Século XX e a inserção da mulher no mercado de trabalho é que se evidenciou a necessidade de um atendimento às crianças (MOLLETA *et.al.*, 2018, p. 14). Dado a esse processo de urbanização e industrialização pelos quais passavam a Europa e os Estados Unidos, a preocupação com a educação infantil teve como razão de ser a necessidade de que as crianças tivessem seus “corpos controlados”, não ficando nas ruas enquanto seus responsáveis trabalhavam. Antes disso, a preocupação com a educação estava centrada apenas no nível secundário e superior. (ARANHA, 2012, p. 336 e 363)

Neste período foi constatada a existência dos primeiros jardins de infância, os quais tinham o objetivo de prestar serviços de caráter educacional, entretanto, apenas as crianças das classes sociais mais abastadas tinham acesso a eles. Já as crianças das classes sociais desfavorecidas não tinham acesso à educação, pois permaneciam em locais destinados tão somente para os seus cuidados enquanto os seus responsáveis trabalhavam (BES; SILVA, 2018, p. 118), sendo de cunho assistencialista o atendimento a elas prestado.

Segundo Barbara Taporosky (2017, p. 39), as crianças, ao longo dos tempos, foram atendidas por diferentes instituições. No Brasil, prossegue a autora, durante um considerável tempo a origem das instituições de educação infantil esteve relacionada com a assistência à infância (2017, p. 40). Durante o Século XIX ainda não havia programas de educação infantil no país, sendo que apenas as crianças das classes sociais mais favorecidas tinham acesso à educação por meio de professores em suas próprias casas (MOLLETA *et.al.*, 2018, p. 18).

No Brasil, o primeiro texto legal a prever a educação pré-escolar, destinada para as crianças com menos de sete anos de idade, foi a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 (CURY, 1998 *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 41). Todavia, as constituições brasileiras posteriores continuaram não reconhecendo a educação infantil como um direito, mas tão somente como sendo uma assistência prestada à infância (TAPOROSKY, 2017, p. 41).

Tratando especificamente das creches, estas foram reivindicadas inicialmente não como sendo um direito das crianças, mas sim das suas próprias mães, a fim de que estas pudessem se inserir no mercado de trabalho e na vida política. Tanto que no Movimento de Luta por Creches⁷ ocorrido no Brasil na década de 1970 o direito à creche foi reivindicado como sendo um direito das mulheres (ROSEMBERG, 1984, *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 43).

Somente com a Constituição Federal de 1988 a educação infantil foi reconhecida como um direito (CURY, 1998 *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 44) tanto das crianças quanto dos trabalhadores urbanos e rurais. Este reconhecimento da educação infantil na Constituição Federal de 1988 como sendo um direito das crianças não ocorreu por acaso, já que foi apenas neste texto constitucional que as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeito de direitos, inaugurando a Doutrina da Proteção Integral em substituição às anteriores Doutrinas Penal do Menor e da Situação Irregular, que não os reconhecia como tais.

Barbara Taporosky (2017, p. 44) afirma que a grande inovação em matéria de educação infantil foi quando a nova Lei de Diretrizes e Bases da

⁷ O Movimento de Luta por Creches ocorreu mais precisamente no ano de 1979 na cidade de São Paulo-SP. A principal reivindicação do Movimento era a criação de mais vagas em creches financiadas pelo Poder Público e com direito dos pais na sua orientação.

Educação Nacional do ano de 1996 a contemplou como primeira etapa da educação básica. A educação infantil subdivide-se em creche e pré-escola. A creche é destinada para as crianças de zero a três anos de idade e a pré-escola para as crianças na faixa etária dos quatro aos cinco anos.

Até o ano de 2009 a educação era obrigatória apenas para crianças a partir dos seis anos de idade. Com a emenda constitucional nº 59 de 11 de novembro de 2009, a educação passou a ser obrigatória para crianças a partir dos quatro anos de idade.

A creche, porque destinada para crianças na faixa etária dos zero aos três anos, não faz parte, portanto, do ensino obrigatório. Contudo, a não obrigatoriedade do ensino em relação à subetapa creche não retira do Estado o dever de prestação em relação a esse direito. Isto porque tanto o texto constitucional quanto demais leis infraconstitucionais preveem o dever do Estado na garantia da oferta da educação infantil, o que inclui a subetapa creche e a pré-escola.

Evidentemente que a preocupação do Estado está mais voltada para o ensino obrigatório, verificando-se uma maior defasagem nos investimentos em relação à creche e à educação superior. A Constituição Federal de 1988 no §1º do art. 211 atribui aos Municípios, prioritariamente, a responsabilidade na oferta da educação infantil e à União a responsabilidade na oferta da educação superior.

Vê-se que o texto constitucional instituiu expressamente o dever de prestação em relação à educação como amplamente se demonstrou. Nas palavras do Ministro Celso de Mello ao falar especificamente sobre o direito à educação infantil: “trata-se de um dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município”⁸. Em sendo o Poder Público omissor, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição é possível reclamar em juízo a prestação correspondente ao direito à educação, passando necessariamente primeiro pela garantia de seu acesso. Acontece que

Mesmo que a educação infantil tenha sido declarada como direito à educação, não é contemplada pelo acesso à educação infantil a totalidade das crianças da faixa etária, sendo que o atendimento,

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337, Rel. Ministro Celso de Mello. DJ, 15/09/2011. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> >. Acesso em: 02 de maio de 2022

quando comparado ao das outras etapas, é muito diverso (REHEM; FALEIROS, 2013). (TAPOROSKY, 2017, p. 46)

Constata-se que não são poucas as ações judiciais movidas contra os Municípios brasileiros visando à garantia de acesso à educação infantil. O Município de São Paulo, por exemplo, no ano de 2013 teve um caso emblemático conhecido como o “caso das creches”, no qual se viu a necessidade de compelir aquele Município por intermédio do Poder Judiciário na criação de uma política pública de acesso à educação infantil, haja vista a quantidade de crianças que aguardavam na lista de espera por vaga em creche⁹, bem como a expressiva quantidade de ações individuais movidas contra o ente municipal a fim de garantir o acesso das crianças à educação infantil.

No presente trabalho a discussão paira apenas sobre a garantia de acesso à educação infantil, mas não há como negar a problemática envolvendo também a qualidade do serviço público de educação que é ofertado. A efetivação do direito à educação passa pela conjugação destes dois fatores: oferta e qualidade. Entretanto, pelos limites da pesquisa, a questão central debatida será a oferta da educação infantil.

A falta de vagas na educação infantil contribui para a perpetuação da pobreza, uma vez que o Estado não compartilha com a família os custos no sustento daquela criança, sendo a família a única provedora da sua saúde e da sua alimentação, além de obstar que todos os membros da família se insiram no mercado de trabalho (ROSEMBERG, 2015, *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 48).

Apesar de a educação infantil ser vista como um importante mecanismo de combate à pobreza, a escola ou a creche não podem ser tidas apenas como um “depósito” de crianças, isto é, um local onde os tutores deixam seus pupilos para que alguém os cuide enquanto eles trabalham. Em virtude desta concepção equivocada é que muitas vezes as crianças ficam afastadas da escola, ainda mais durante a faixa etária de zero a três anos, pois

⁹ Cabe destacar que o “caso das creches” de São Paulo não se limita às crianças da faixa etária de zero até três anos, mas sim contempla todas as crianças de zero a cinco anos de idade. Acontece que tanto a doutrina quanto a jurisprudência costuma não fazer distinção entre creche (para crianças de zero até três anos) e pré-escola (para crianças de quatro a cinco anos), englobando toda essa faixa etária como se fossem alunos de creche. Entretanto, pelo texto constitucional é evidente essa distinção.

se presume que a tarefa de cuidar das crianças é da família¹⁰ e não da escola. Acontece que a creche e a pré-escola não são apenas cuidados, não são apenas assistencialismos. A creche e a pré-escola precisam ser vistas como etapas necessárias da educação das crianças.

No mais, ainda que a educação infantil tenha sido reconhecida a partir da Constituição Federal de 1988 como um direito das crianças, no município de Pelotas-RS (local escolhido para realização desta pesquisa) a expansão da educação infantil nos primeiros dez anos desde a promulgação do texto constitucional teve um caráter ainda muito assistencialista, já que “a política educacional era um modelo de educação de massas, com custo reduzido, a fim de cumprir sua finalidade – um lugar para as mulheres deixarem os filhos –, e que não onerasse a sociedade” (REIS, 2019, p. 29).

De acordo com Leila Reis (2019, p. 30), apenas após a entrada em vigor do Decreto nº 4003/99 no município de Pelotas-RS que “as creches municipais passaram para o *status* de Escolas Municipais de Educação Infantil”, abandonando o caráter assistencialista desta fase da educação. Ocorre que esta transformação implicou a necessidade de que toda a estrutura de uma escola fosse implementada para esta subetapa da educação infantil, isto é, deveria se ter uma direção, professores, projeto político pedagógico, entre outros.

Uma situação que repercutiu negativamente no investimento do município de Pelotas-RS na ampliação da oferta da educação infantil em creches especificamente foi a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 59/2009, que antecipou a educação obrigatória para as crianças a partir dos quatro anos de idade, estabelecendo que a implementação desta alteração, embora progressiva, deveria ocorrer até o ano de 2016. Isto fez com que os Municípios brasileiros, o que inclui a cidade de Pelotas-RS, direcionassem toda a sua atenção para a necessidade de cumprir com a garantia de acesso à educação infantil dessas crianças, que antes não eram contempladas dentro da faixa etária do ensino obrigatório. Para que pudessem abranger o maior número de crianças possíveis, observando a faixa etária do ensino obrigatório,

¹⁰ Aqui se faz referência à instituição familiar, mas a verdade é que a tarefa de “cuidar” das crianças, em sua grande maioria, é atribuída às mulheres da família (avós, tias, mães, primas, etc.). Na hipótese de não ser alguém da família, ainda sim, a pessoa encarregada desta tarefa é uma mulher (babá).

muitos municípios recorreram à supressão de vagas em creches, já que esta subetapa continuou não sendo parte do ensino obrigatório.

No município de Pelotas-RS, até aproximadamente o ano de 2019, para a garantia do direito de acesso à creche ou pré-escola os pais ou responsáveis deveriam procurar pessoalmente as Escolas de Educação Infantil a fim de cadastrarem o interesse das crianças em uma vaga. O cadastro era realizado de forma manual pelas escolas. A contemplação com uma vaga, por sua vez, era realizada mediante designação de uma data para realização do sorteio público. A comunidade, então, era convidada a participar e acompanhar o sorteio. Ainda que as vagas fossem insuficientes para atender o número de crianças cadastradas, o sorteio era realizado observando-se a ordem de retirada do nome das crianças. Aquelas crianças que não eram contempladas com uma vaga, ficavam em uma lista de espera administrativa¹¹, aguardando a liberação de uma vaga ou remanejamento para outra escola ou a “sorte” de serem contempladas no ano seguinte.

Atualmente, o sorteio público continua sendo realizado, mas ao invés do cadastro das crianças e do sorteio serem feitos de forma manual, passaram a ser eletrônicos. O cadastro é efetuado através do site: < http://cem.pelotas.com.br/matricula_online/ > e o resultado do sorteio divulgado neste mesmo site.

Em não sendo a criança contemplada com uma vaga, caberia a ela recorrer ao Poder Judiciário para ver garantido esse seu direito? É o que se discutirá no subcapítulo seguinte.

2.4 A educação enquanto direito público subjetivo

A Constituição Federal de 1988, ao tratar detalhadamente acerca do direito à educação, estabelece no §1º do art. 208 que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996), por sua vez, também reforça a previsão contida no texto constitucional, estabelecendo no *caput* do seu art. 5º que o acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo. Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal que veio conferir

¹¹ Em anexo segue o modelo da Ata lavrada quando da realização do sorteio público com a lista de nomes das crianças contempladas e não contempladas.

concretude à Doutrina da Proteção Integral da criança e do adolescente, da mesma forma, prevê no §1º do seu art. 54 o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como sendo um direito público subjetivo.

Cabe referir que o ensino obrigatório atualmente abrange a faixa etária dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, compreendendo a pré-escola, o ensino fundamental e médio. A creche, destinada para as crianças de até 3 (três) anos de idade, não compõe a educação básica obrigatória. A pré-escola, por outro lado, abrange as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos, a qual, juntamente com a creche, compõe a educação infantil. O ensino fundamental, com duração de 9 (nove) anos, inicia-se aos 6 (seis) anos de idade. Já, o ensino médio, última etapa da educação básica, tem duração de, no mínimo, 3 (três) anos.

Tendo em vista que a creche não integra a educação básica obrigatória, vê-se que pela leitura do §1º do art. 208 da Constituição Federal esta etapa da educação não seria considerada direito público subjetivo. Esta é a realidade de muitos dos direitos sociais previstos constitucionalmente, isto é, não há previsão expressa dos mesmos como sendo direitos públicos subjetivos. Por esta razão, somada ao fato de que os direitos sociais envolvem um dever de prestação, é que durante um considerável lapso temporal foi negada justiciabilidade aos mesmos, sendo utilizados os mais diversos argumentos, como o princípio da reserva do possível, a teoria da separação dos Poderes, a falta de legitimidade democrática do judiciário, a falta de capacidade técnica dos juízes, a eficácia das normas definidoras dos direitos sociais, entre outros.

Para George Jellinek direito público subjetivo seria “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse” (JELLINEK, 1912, p. 10). Este jurista inaugurou a temática acerca do direito público subjetivo, entretanto, não há consenso doutrinário do que realmente seja considerado direito público subjetivo. Simplificando, quando o direito subjetivo é exercido contra o Estado ele é público, isto é, um direito público subjetivo.

Para que fosse possível deduzir uma pretensão contra o Estado, fez-se a transposição do conceito de direito subjetivo, que já tinha sido desenvolvido no Direito Privado, para a esfera pública. Por este motivo, o direito público subjetivo “[...] se revestiria das características inerentes ao seu equivalente jusprivatista, em especial do poder de exigir do destinatário o cumprimento da

prestação objeto da relação jurídica, inclusive pela via judicial em caso de resistência” (HACHEM, 2019, p. 410). Contudo, quando esta transposição foi realizada, os direitos fundamentais reconhecidos até então eram apenas os direitos individuais, ainda não haviam sido reconhecidos os direitos sociais.

Com o reconhecimento constitucional dos direitos sociais e a instituição do dever de prestação do Estado em relação a eles, a justiciabilidade dos direitos sociais começou a ser defendida e admitida a partir de uma aproximação estrutural para com os direitos individuais, pois se verificou que ambas as gerações de direitos exigiriam do Estado obrigações positivas e negativas, além disso demandariam custos para que fossem efetivados. Assim, foram de certa forma afastados os argumentos contrários a justiciabilidade dos direitos sociais, sendo garantida a possibilidade de sua reclamação em juízo a partir de uma perspectiva individualista tal como os direitos individuais. Entretanto, esta aproximação estrutural não analisou os efeitos que a juridicidade dos direitos sociais como direitos públicos subjetivos, ou seja, sob o viés individualista, acabaria produzindo (ACCA, 2019).

Quanto à justiciabilidade do direito social à educação básica e obrigatória, a Constituição Federal de 1988 não deixou dúvidas da possibilidade de reclamá-lo em juízo quando lhe conferiu expressamente o caráter de direito público subjetivo. A problemática girava em torno da educação infantil em creche, pois seria possível reclamá-lo em juízo, embora esta subetapa da educação não tivesse sido prevista expressamente como um direito público subjetivo?

O entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema é no sentido de que, embora não haja previsão expressa, o direito à educação de crianças de zero a três anos é direito público subjetivo, isto porque o art. 208, inciso IV, da Constituição Federal brasileira estabelece como um dos deveres do Estado a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Logo, cabe ao Estado

[...]criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade', o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da

Constituição Federal. (RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 3.2.2006)¹²

Diferente é a situação quando se está diante do direito à educação no ensino superior, já que, nos termos da Constituição Federal, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, será dado segundo a capacidade de cada um. O dever do Estado na promoção da educação superior está condicionado à capacidade de cada um, o que não se verifica quando se está diante do direito à educação infantil, seja creche ou pré-escola.

Considerando ser possível identificar através do texto constitucional o dever do Estado para com a promoção do direito à educação infantil na subetapa creche, bem como quais são os seus titulares, restará caracterizado o direito público subjetivo (XIMENES, 2014b, *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 36).

Assim, tornou-se possível acionar o Poder Judiciário pela via individual para garantia do direito de acesso não só ao ensino obrigatório, como também em relação à subetapa creche. Acontece que quando esta insuficiência não é pontual, mas sim denota que há uma falha na concretização da política pública capaz de oferecer o serviço público de educação infantil, a consequência é uma infindável quantidade de ações individuais buscando a garantia do mesmo direito.

Embora admissível o ajuizamento de demandas individuais, o tratamento individual de um problema que se mostra coletivo, já que relacionado à insuficiência ou ausência de uma política pública, acarreta inúmeros prejuízos que serão melhores trabalhados quando do estudo do processo estrutural. Apenas para fins de elucidação, podem ser citados o alto número de demandas envolvendo o mesmo direito, a desigualdade entre aquele que ingressou judicialmente e o outro que não optou por esta via, as decisões divergentes para casos semelhantes e a interferência nas políticas públicas já idealizadas no plano administrativo.

A educação enquanto direito social prestacional requer uma justiça do tipo distributiva. Assim não demanda um direito público subjetivo, mas sim, a distribuição de um bem (neste caso, educação infantil) por meio de uma política

¹² Cabe referir que até o ano de 2006 a educação infantil contemplava as crianças até os seis anos de idade. Com a Emenda Constitucional nº 53 do ano de 2006, a educação infantil passou a contemplar as crianças até somente cinco anos de idade, já que o ingresso no ensino fundamental foi antecipado para os seis anos de idade.

pública (ACCA, 2019, p. 83). Acontece que o sistema tradicional de justiça foi pensado a partir de uma óptica de comutatividade, onde os interesses levados a juízo, até então, se limitavam a duas partes. Quando se está diante um direito social, o interesse por de trás dele é coletivo e envolve a concretização de políticas públicas.

Isso porque os direitos sociais possuem a característica de serem direitos coletivos (ZANETI JR., 2013), uma vez que sua titularidade não é de um único indivíduo, mas da sociedade (ARAÚJO, 2013). Desta forma, há a compreensão de que seu melhor atendimento se daria de forma coletiva, a exemplo da implementação de políticas públicas, o que impediria a priorização de um único indivíduo em detrimento dos demais (ARAÚJO, 2013; JACOB; 2013), evitando-se o privilégio de poucos enquanto outros permanecem sem a proteção estatal (LOPES, 2002). Contudo, não se nega que possam ser exigidos individualmente, o que compõe uma também importante dimensão destes direitos, sua concretização por vias coletivas. (TAPOROSKY, 2017, p. 37)

Os direitos sociais prestacionais possuem uma titularidade transindividual, justamente porque o seu objeto envolve sempre uma política pública (COMPARATO, 2001, p. 73). Quando a educação infantil é judicializada para fins de garantia de acesso das crianças a uma vaga em creche ou pré-escola, não há como tratar disto numa perspectiva individualista, já que o bem assegurado por este direito social precisa ser distribuído a fim de possibilitar o seu gozo por todos.

A figura do direito público subjetivo, quando utilizada para proteger um bem que é ao mesmo tempo individual e social, deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de políticas públicas. (DUARTE, 2004, p. 116 *apud* TAPOROSKY, 2017, p. 36)

O Poder Judiciário, chamado a intervir em um conflito de interesse público, precisa dispor de um meio para compelir os poderes Legislativo e Executivo na implementação da política pública necessária para efetivar aquele direito reclamado em juízo. O fato de o Estado não ter como prover todos os direitos para todas as pessoas, ainda mais no contexto de países subdesenvolvidos, não lhe autoriza a conceder, sem critério razoável, sem uma política pública racional, o direito para uns em detrimento do todo. Entretanto, é isto que acaba acontecendo quando a efetividade do direito social é garantida através de uma ação individual, o que acaba representando uma ofensa aos

objetivos instituídos para a ordem social pela Constituição Federal no *caput* do seu art. 193, quais sejam, o bem-estar e a justiça sociais. (ACCA, 2019, p. 53)

Assim, ainda que o Estado tenha o dever de oferecer o serviço de educação infantil, ainda que em relação à creche não seja obrigatório que todas as crianças dentro desta faixa etária usufruam do serviço, não se mostra razoável que o direito seja concedido para aquele que optou pela judicialização em detrimento de outra criança que aguarda na lista de espera administrativamente. Cabe ressaltar que a constitucionalização dos direitos sociais partiu da necessidade de se estabelecer a igualdade material entre os indivíduos, pois a igualdade formal já estava garantida.

O conceito de direito público subjetivo é inadequado para lidar com as questões levantadas pelos direitos sociais na medida em que seu esquema envolve sempre credor/devedor/objeto (obrigação de dar, fazer ou não fazer). Esse esquema conceitual é capaz de delinear claramente a relação entre indivíduo e Estado. O que ocasiona, como visto, uma série de problemas, tendo em vista que não se garantem os valores constitucionais de igualdade e justiça social em um mundo de recursos escassos. [...] (ACCA, 2019, p. 63)

A judicialização do direito social como sendo um direito público subjetivo não permite que os magistrados tenham uma visão ampla do problema distributivo que o envolve, até mesmo pela própria estrutura da demanda individual. Por este motivo, a ação coletiva ganha notável relevância para efetiva concretização do direito social, embora, como se verá adiante, a forma como ela foi concebida no Brasil ainda apresenta inúmeros problemas.

3 Do sistema processual civil brasileiro

O sistema processual civil brasileiro foi pensado e articulado com base nos ideais liberais, o que representa um forte apego ao direito positivo, sem margens para interpretação pelo julgador, cabendo a este tão somente a declaração do sentido da lei atribuindo razão para uma das partes em detrimento da outra e à resolução de conflitos meramente lineares (OSNA, 2017, p. 178-179).

Dizer que o sistema processual civil brasileiro é liberal significa que os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis remontam a época dos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, refletindo a filosofia individualista dos direitos que vigorava naquele momento, tanto que acesso à

justiça significava tão somente direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

No Estado liberal não havia preocupação com a tutela efetiva do direito material, até mesmo porque chegavam ao Poder Judiciário somente controvérsias relacionadas com os direitos individuais, os quais, em regra, exigiam tão somente uma ordem judicial de abstenção por parte do Estado para que fossem efetivos. Os juízes eram considerados meras “bocas da lei”, ou seja, cabia a eles apenas a declaração do sentido da lei, nada mais.

É nesse contexto histórico que também surge a teoria da separação dos Poderes, preconizada por Montesquieu, dando prioridade à atividade legislativa, cabendo ao executivo a atuação exclusiva nas escolhas políticas e ao judiciário a mera declaração do sentido da lei, como já mencionado anteriormente.

Acontece que, para a época, esse modelo de sistema processual era o bastante para a resolução dos conflitos que chegavam até o Poder Judiciário brasileiro. Com o passar dos tempos, a sociedade se tornou mais complexa e com ela os conflitos também passaram a ser mais complexos. Há que se referir também à decadência do Estado liberal e ao surgimento do Estado social, com a previsão expressa de novos direitos nos textos constitucionais.

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. [...] (CAPPELLETTI, 1988, p.10)

Aliás, os próprios direitos sociais ao atribuírem ao Estado o dever de prestação, exigiram também uma postura mais ativa do poder público. Aos conflitos perante o Judiciário já não bastava a mera declaração do direito (que até então era satisfatória para casos envolvendo a garantia de direitos individuais). Constatada a omissão por parte dos Poderes Legislativo e Executivo diante de um direito social, não bastava ao magistrado apenas declarar o sentido da norma, pois, desta forma, não se conferia a efetividade que se esperava daquele direito *sub judice*. Era preciso compelir o Estado a

promover ações concretas, as quais, em geral, se resumiriam à elaboração e à implementação de políticas públicas. Assim, abriram-se as portas para que o Judiciário passasse a intervir em questões políticas quando os demais Poderes fossem omissos para com as suas obrigações (SANTOS, 2017, p. 12).

A segunda onda renovatória de acesso à justiça, identificada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, identificou a existência de conflitos denominados de interesse público, nos quais o obstáculo a ser superado para o acesso à justiça é de índole organizacional. Isto significa que existem determinados conflitos em que a sua resolução não consegue ser realizada de forma atomizada, ou seja, mediante ações individuais por parte de cada um que se julga lesado. Os conflitos de interesse público requerem uma resolução pensada de forma mais ampla, abrangendo um grande número de pessoas, daí ter sido constatada a importância da tutela coletiva diante destes casos.

Na verdade os conflitos de interesse público estão amplamente vinculados a problemas em relação às políticas públicas. O direito que se pretende efetivar abrange um número significativo ou indeterminado de pessoas, cuja responsabilidade pela lesão é atribuída ao Estado seja pela ausência ou insuficiência de políticas públicas necessárias para dar efetividade ao direito em questão.

Essa visão tradicional do processo civil não se presta para a proteção desses direitos que possuem uma titularidade difusa (CAPPELLETTI, 1988, p. 49), ou seja, que abrangem um número significativo ou indeterminado de sujeitos.

[...] processos de interesse público são demandas nas quais se pretende efetivar um direito que está sendo negado pelo Estado, não apenas para a parte que está no processo, mas para toda a sociedade de potenciais destinatários daquela prestação. (VITORELLI, 2021, p. 80)

O processo civil de interesse público nada mais é que um processo que envolve interesse de uma coletividade, em contraposição ao processo civil de interesse individual. Anota-se que quando o caso trazido ao Poder Judiciário disser respeito a um direito social, inevitavelmente se estará diante de um processo civil de interesse público, pois ainda que a discussão em torno daquele direito social seja realizada através de uma demanda individual, o interesse discutido na via judicial será público e não puramente individual.

Como abordado nos capítulos anteriores, a titularidade do direito social, seja ele qual for, é transindividual, pois traz consigo a ideia de que valores gerais ou coletivos devem ser alcançados. Ainda que se pretenda uma justiça do tipo retributiva pela via da demanda individual, o direito social *sub judice* exige uma justiça do tipo distributiva.

O interesse público não decorre somente da titularidade do direito discutido em juízo, mas também do fato de que ele se materializa na forma de políticas públicas (SALLES, 2017, p. 213). Sendo assim, se os direitos sociais demandam políticas públicas para que possam ser efetivos, logo, sua discussão em juízo faz com que se esteja diante de um processo civil de interesse público.

Não há mais como ignorar esses novos conflitos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro. A efetivação dos direitos sociais pelo judiciário consiste em uma marca própria da contemporaneidade (MORAIS, 2007, p. 576-577 *apud* SANTOS, 2015, p. 55), contribuindo para o aumento considerável de litígios, mesmo no Brasil considerado um país de modernidade tardia (SANTOS, 2015, p. 55-56).

A própria teoria da separação dos Poderes perdeu a rigidez com a qual foi concebida, permitindo que atividades antes desempenhadas exclusivamente por determinado poder também o fossem, embora em caráter subsidiário, desempenhadas por outro. Ainda que a contragosto de alguns, o fato é que o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir em matérias antes de ingerência exclusiva do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Essa nova fase jurisdicional, que não se limita a discussões judiciais envolvendo somente os direitos sociais, mas também abrange direitos econômicos, ambientais, etc., torna necessária a construção de outros mecanismos processuais que sejam capazes de dar conta desses novos conflitos que batem à porta do Judiciário brasileiro. Ocorre que, nem mesmo com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil no ano de 2015, puderam ser constatadas grandes inovações no sistema processual civil.

Considerando que o direito processual não deve mais ser visto como autônomo e independente em relação ao direito material, mas servir como instrumento para a efetividade deste, bem como de que o processo civil tradicional já não serve como instrumento para a garantia da efetividade de muitos direitos, entre eles, os sociais, necessário se faz pensar em um novo

modelo processual que cumpra com o propósito de servir de instrumento para a efetividade dos direitos materiais.

O surgimento das ações coletivas coincide com esses novos interesses discutidos em juízo, pois através delas se busca abarcá-los. Entretanto, às ações coletivas é aplicado o mesmo sistema processual das ações individuais, não atingindo, portanto, o propósito para o qual foram criadas, qual seja, a observância do interesse público na tomada da decisão pelo judiciário.

[...] O processo civil clássico, como é cediço, tem sua origem na resolução de conflitos individuais (litígios bipolares). Ocorre que esse tipo de processo, tradicional, não mais atende às necessidades do processo civil contemporâneo, que passou a tratar de litígios que abrangem interesses coletivos, outros tipos de relações, caracterizadas pela repetitividade, bem como um outro tipo de litígio, que não se encaixa de forma satisfatória nos modelos criados para os processos individuais – os chamados litígios estruturais. (VITORELLI; ZANETI JR.; 2020, p. 458)

Segundo Vitorelli e Zaneti Jr. (2020, p. 459), o processo civil tradicional tem como características ser:

[...] bipolar, ou seja, sua estrutura é organizada em torno de dois centros de interesse diametralmente opostos; (2) o litígio é retrospectivo; (3) a tutela é, usualmente, ressarcitória (a parte obterá uma *compensação* medida com base no dano causado); (4) o processo é um episódio autossuficiente (o impacto da sentença está restrita às partes e, em qualquer caso, o estabelecido pela sentença, conclui a atividade judicial); (5) o processo é iniciado e controlado pelas partes (são elas que organizam o caso, definem as questões e gerenciam a prova; o juiz decidirá apenas as questões que lhe forem submetidas a pedido de uma das partes). (Grifo dos autores)

No processo civil de interesse público a ação judicial não é bipolar, não diz respeito a uma “disputa entre indivíduos privados sobre direitos privados, mas uma reclamação sobre a operação de uma política pública.”(SALLES, 2017, p. 223). Além do mais, o processo civil de interesse público não visa à resolução de um conflito ocorrido no passado, mas sim pretende com a decisão judicial prolatada repercutir efeitos sobre o futuro, ou seja, é prospectivo.

O processo civil de interesse público se assemelha muito com o que se denominou como sendo processo estrutural. Todavia, alerta Edilson Vitorelli (2021, p. 80-83), que não se pode confundi-los. O processo de interesse público não necessariamente demandará a reestruturação de uma organização, tal como o processo estrutural, afirma o autor. Além disso,

continua Vitorelli, o processo de interesse público pode ser conduzido pela via do processo coletivo ou do processo individual, se voltando exclusivamente contra o Estado, já o processo estrutural é conduzido apenas via processo coletivo, podendo ter no polo passivo tanto o ente público quanto o privado.

Apesar das diferenças entre o processo civil de interesse público e o processo estrutural, quando se está diante de um direito social, necessariamente o interesse será público, dada sua própria titularidade. Além do mais, tratando-se de direito social e eventual violação a ele, haverá algum problema relacionado à política pública que se faz necessária para torná-lo efetivo, exigindo sua elaboração, implementação ou aperfeiçoamento. Uma vez que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo precipuamente a elaboração e a implementação de políticas públicas, o processo envolvendo um direito social necessariamente será de interesse público e precisará da lógica estrutural para que o direito seja efetivo.

A seguir será abordado o sistema processual civil aplicado ao direito à educação infantil, passando a ser demonstrado que o mesmo não é suficiente para a tutela que se requer ao respectivo direito social.

3.1 Do sistema processual civil aplicado ao direito à educação infantil

Como mencionado no capítulo anterior, o processo civil inicialmente foi concebido para tratar de direitos individuais, influenciado pela política liberal que vigorava naquele momento. Mesmo após a decadência do Estado liberal e o surgimento do Estado social, com a crescente positivação dos direitos sociais nos textos constitucionais, o processo civil individual continua sendo utilizado para tutela destes e de outros direitos.

Na perspectiva propriamente do direito social à educação infantil, o processo civil comum não consiste em um meio adequado para discuti-lo, sobretudo, considerando a titularidade difusa desse direito. Ainda que no Brasil seja possível o ajuizamento de ações coletivas para a defesa de interesses difusos, o que frequentemente ocorre é o tratamento do conflito coletivo em processos individuais (VITORELLI, 2021, p. 52) ou a aplicação do procedimento da ação individual à ação coletiva.

A falta de vagas na educação infantil é um litígio coletivo, já que está se negando acesso de um número significativo ou até mesmo indeterminado

de pessoas ao serviço público educacional. Enquanto o correto seria o ajuizamento de ações coletivas para discussão acerca da falta de vagas, o que se verifica na análise jurisprudencial é a existência de diversas ações individuais e de pouquíssimas ou quase nenhuma ação coletiva (VITORELLI, 2021, p. 52). Isto evidencia o tratamento de um conflito coletivo de forma atomizada/individualizada pelo judiciário brasileiro.

De acordo com Vitorelli (2021, p. 53), o próprio atual Código de Processo Civil não estimula o tratamento coletivo de litígios que possuam essa característica, já que permite a criação de uma solução padronizada a partir de processos individuais repetidos. O Código de Processo Civil de 1973 se adequava muito mais a realidade da época em que foi pensado e articulado do que o atual Código de Processo Civil de 2015, já que este último ainda está muito apegado à concepção individualista de outrora, o que não corresponde mais a realidade da sociedade brasileira (PICOLI, 2018, p. 24).

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a interposição de demandas individuais, ainda que estas envolvam um interesse público, sempre será possível (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 68). Entretanto, acesso à justiça, ainda que de difícil definição, conforme mencionado por Cappelletti (1988, p. 8), serve para

determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos. [...]

O deferimento da vaga na educação infantil em uma ação individual produz resultado somente individualmente justo, pois socialmente inúmeras crianças, ao não interporem ações judiciais, ficam desprovidas do acesso ao direito à educação infantil. Assim, não há como se falar sequer em garantia de acesso à justiça, uma vez que, na concepção de Cappelletti (1988), o sistema jurídico não está cumprindo com suas duas finalidades básicas: igualdade no acesso à justiça por todos e resultados individual e socialmente justos.

Quando há o ajuizamento de uma ação individual visando à concessão de vaga em creche ou pré-escola, a disputa, embora aparentemente individual, consiste na verdade em um litígio de interesse público, haja vista o *déficit* verificado na política pública educacional capaz de garantir o acesso de todas

as crianças à escola. Sendo assim, está se falando também em um interesse difuso, por abranger um grande número de pessoas que fazem jus ao direito à educação.

Carlos Alberto de Salles (*apud* MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 73) vai dizer que “[...] todos aqueles direitos sociais apresentados de forma individual têm uma faceta coletiva. Em situação similar à da criança que pleiteia uma vaga escolar, ainda que potencialmente, não de existir outras.”.

A judicialização do direito à educação infantil em uma demanda individual não permite ao juiz ter uma visão ampla do problema estrutural que envolve o acesso à educação infantil. Assim, ao invés de promover uma medida devidamente planejada, com alocação de recursos para atender toda a população de crianças com uma vaga nas escolas, beneficia-se apenas aquela criança que reclamou em juízo o seu direito de acesso à educação infantil. Desvia-se o recurso que seria destinado para atender o todo em benefício de apenas um.

A concessão de vaga na educação infantil envolve interesses plurais e valores relevantes no âmbito social. Não há critério que permita conferir tratamento desigual concedendo a vaga para aquela criança que optou pela via judicial em vez daquela que aguardou no plano administrativo a sua concessão.

Garantir o direito de acesso à educação de crianças de zero a cinco anos de idade em um litígio individual não atende ao interesse público de que todas as crianças dentro desta faixa etária tenham garantido o seu direito à educação. Conceder a vaga em uma ação individual não permite a sua obtenção por outras crianças que aguardam por vaga na lista de espera administrativa. É preciso que identificado o problema da falta de vagas seja encontrado um modo de resolvê-lo.

Constata-se que em relação ao direito à educação infantil o problema é referente à política pública de acesso que se mostra insuficiente. Cabe considerar que os maiores litigantes do país são instituições públicas, o que evidencia que grande parte dos processos judiciais diz respeito a ações e omissões geradas pelo próprio Estado, direta e indiretamente (PICOLI, 2018, p. 25). Cada vez mais se recorre às ações individuais para o controle de políticas públicas, o que contribui para o agravamento do sistema de justiça (PICOLI,

2018, p. 25-26) e não resolve a causa que dá origem à violação, qual seja, a insuficiência da política pública de acesso à educação infantil.

Concluindo-se que o manejo da ação individual para tutelar a garantia de acesso à educação de crianças dentro da faixa etária de zero a cinco anos é insatisfatório, ainda restaria no sistema processual brasileiro a possibilidade da interposição de uma ação coletiva.

O surgimento da Lei da Ação Civil Pública no Brasil em 1985 (Lei nº 7.347/1985) buscou dar conta dos novos conflitos que se apresentavam na sociedade (MIRANDA, 2020, p. 69-70). A Lei nº 7.347/1985 foi o principal marco legislativo em relação ao processo coletivo porque instituiu o mecanismo mais abrangente e sistematizado no sentido de garantir a prevenção e reparação de danos causados a partir da violação de direitos coletivos lato sensu (SHIMURA, 2006, p. 35). (MIRANDA, 2020, p. 70).

Após a criação da Lei da Ação Civil Pública, entrou em vigor no ano de 1988 a nova Constituição Federal brasileira, a qual conferiu à ação civil pública status constitucional (MIRANDA, 2020, p. 70). Posteriormente, várias outras normas entraram em vigor no Brasil dispendo sobre os direitos coletivos, inexistindo uma compilação das mesmas em um Código específico, sendo constatada na verdade a existência de um microsistema de processo coletivo (MIRANDA, 2020, p. 71).

Como pondera Marinoni (2009, *apud* MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 77), as ações coletivas têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais, o que inclui o direito social à educação infantil. Contudo, dada a aplicação do mesmo procedimento das ações individuais, as ações coletivas não têm se prestado à tutela dos direitos fundamentais sociais prestacionais.

A ação coletiva para tutela do direito à educação infantil permite a discussão da política pública de acesso das crianças à escola, sendo possível abranger toda a coletividade de crianças dentro da faixa etária de zero a cinco anos. Entretanto, aplica-se a esta ação o mesmo sistema processual das ações individuais, daí a necessidade de um novo modelo processual apto a lidar com questões que envolvem problemas estruturais.

Andrea Pimentel de Miranda (2020, p. 67-68), fazendo referência à informação do Ministério da Justiça, pontua que dada à influência da concepção individualista na tutela de interesses privados, o sistema processual brasileiro permaneceu alheio ao mecanismo de tutela coletiva.

Dentre os problemas relacionados à tutela coletiva no país, pontua Medeiros Júnior (2018, p. 78) que o modelo tradicional de processo coletivo no Brasil não consiste em uma técnica capaz de permitir, por exemplo, à coletividade expressar sua real vontade ou seus interesses. Neste mesmo sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 218) apresenta como causa disso o fato de que a representação é feita tão somente por alguns poucos legitimados a defender os interesses coletivos, sendo utilizada a mesma proteção dos interesses individuais para os interesses coletivos, através da dinâmica bipolar (autor *versus* réu).

É em relação ao problema da representação de um interesse público difuso que Cappelletti e Bryan Garth vão identificar a existência de uma segunda onda de reformas visando à melhora do acesso à justiça, a partir de reflexões sobre as noções tradicionais do processo civil e sobre o papel dos tribunais (Cappelletti, 1988, p. 49). No entanto, essas reformas ainda são muito tímidas no sistema processual civil brasileiro.

No que diz respeito à legitimação ativa nas ações coletivas cabe considerar que no Brasil optou-se pela adoção da técnica de representação processual. Como se torna impossível que todos os afetados pela violação do direito material venham a juízo, a lei instituiu um rol de legitimados para representação dos interesses de toda uma sociedade ou um grupo. Segundo Arenhart *et. al.* (2021, p. 98) “a impossibilidade de pleno acesso à participação individual em juízo é flagrante, sob pena de ser inviabilizada a própria condução do processo e mutilada sua efetividade.”.

A representação processual nos processos coletivos sempre foi algo debatido pela doutrina, com preferência pela discussão acerca dos efeitos que a decisão judicial prolatada neles podem gerar. Afinal, estão sujeitas aos seus efeitos pessoas que sequer foram ouvidas em juízo, o que repercute no direito de ser ouvido.

A técnica da representação processual adotada pelo Brasil, inclusive, não consegue se distanciar da lógica tradicional do processo que é o tratamento de conflitos individuais. Isso porque, como diz Arenhart *et. al.* (2021, p. 104):

De fato, é curioso notar como o nosso processo coletivo “abstrai” as pessoas envolvidas em um litígio metaindividual ou individual de massa. Mais do que isso, o modelo brasileiro adotado para a tutela

coletiva culmina por “pessoalizar” os direitos individuais de massa e os direitos metaindividuais, de certa forma atribuindo-os aos legitimados para a tutela coletiva e tratando esses interesses, a partir de então, como se fossem direitos individuais.

Para representação processual dos interesses de uma comunidade ou da sociedade, a representação processual precisaria ser, no mínimo, adequada. Conforme alertou Arenhardt *et. al.* (2021, p. 104-105), as instituições elencadas no rol de legitimados para a representação processual muitas vezes estão dissociadas da realidade, não compreendendo o real interesse da sociedade ou daquilo de que ela de fato necessita.

A legislação brasileira instituiu pessoas e órgãos públicos como legitimados à representação de um grupo ou de uma coletividade, já que eles, em tese, teriam maior capacidade para defender os interesses da sociedade (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 107). Entretanto, como dito, nem sempre os legitimados à representação compreendem os reais interesses da sociedade, não existindo um meio capaz de permitir que seja averiguada a adequação da representatividade por aquela pessoa ou órgão público. Ainda que a legislação em alguns casos exija um mínimo de ligação entre a atividade exercida pelo legitimado e o interesse discutido em juízo (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 107 e 114), apenas tal circunstância não permite afirmar que será adequada a representatividade exercida.

A problemática em relação à legitimidade ativa para a defesa de litígios difusos também repercute no que tange ao papel do juiz no processo e em relação aos conceitos básicos como “citação” e “direito de ser ouvido”. Entende-se que o juiz, diante de um litígio de interesse público, não pode agir apenas por impulso oficial, caberá a ele a condução do processo, mesmo que não tenha sido provocado para tanto, pois o que está em jogo é o interesse de toda a sociedade. No mais, não há como citar todos os interessados da sociedade na resolução de determinado conflito, muito menos de ouvir a todos, daí a necessidade de um representante processual adequado, o que nem sempre se consegue.

[...] Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve

obligar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. [...] (CAPPELLETTI, 1988, p. 50)

Além do mais, pontua Cappelletti (1988, p. 52) que os legitimados para propositura de um processo coletivo muitas vezes não possuem também a expertise necessária para o deslinde da controvérsia, já que, em certas ocasiões, será necessária uma qualificação técnica que não necessariamente a jurídica.

Há necessidade de que nos processos coletivos a legitimidade processual seja melhor regulamentada, de modo a permitir uma fiscalização no que tange a adequação da representatividade exercida por aquela determinada pessoa ou órgão público. Ainda que se concorde com Arenhardt e outros de que existem garantias constitucionais a exigir que a representação exercida pelo legitimado coletivo seja adequada, não há como descartar a necessidade de que seja prevista uma forma de aferir a adequação da representatividade, seja ao ajuizar uma ação ou durante o seu trâmite.

Destaca ainda Arenhardt *et. al.* (2021, p. 105) que essa problemática em torno da legitimidade ativa também repercute sobre o princípio da demanda e do dispositivo, já que o juiz está vinculado ao que o representante processual pediu, mesmo que isso não corresponda à realidade, bem como em sendo mal direcionado o processo pelo representante processual isso implica prejuízo para toda a coletividade.

A diferença entre o sistema processual civil aplicado às ações individuais e aquele das ações coletivas reside tão somente na alteração do sujeito ativo, uma vez que o procedimento permanece o mesmo. A dinâmica ainda é bipolar, a lide ainda é retrospectiva, o juiz ainda age apenas por impulso oficial, a decisão ainda se limita a dizer quem está certo e quem está errado.

Marcella Pereira Ferraro menciona que existem três modelos pelos quais um processo judicial pode se desenvolver, são eles: individual-bipolar; coletivo-bipolar e coletivo-estrutural (*apud* PICOLI, 2018, p. 27). No Brasil há evidente preferência pelo modelo individual-bipolar de processo judicial, verificando-se com menos frequência o modelo coletivo-bipolar e sendo quase insignificante o modelo de processo judicial do tipo coletivo-estrutural.

Quando comparadas a ação individual e a ação coletiva, com certeza, essa última possui maiores condições de trazer todo o conflito social perante o Judiciário, permitindo a análise de toda a política pública relacionada ao direito social em juízo (COSTA, 2017, p. 464). Entretanto, faz-se necessário um sistema processual adequado para tratar a ação coletiva, não podendo ser utilizado o atual, inspirado no modelo clássico individual-liberalista, pelas problemáticas anteriormente já comentadas.

Considerando a insuficiência do processo civil tradicional, seja pela ótica individual ou coletiva, um novo modelo processual precisa vir à tona para dar conta desses “novos” litígios que chegam até o Poder Judiciário, daí advém a proposta do processo estrutural que será trabalhada nos próximos subcapítulos.

3.2 Do processo estrutural

No ano de 1954 a Suprema Corte norte-americana deparou-se com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* que versava sobre o direito de igualdade entre brancos e negros e a segregação racial que ocorria nas escolas. Na época, uma menina chamada Linda Brown ajuizou uma ação contra o Conselho de Educação estadual (*Board of Education of Topeka*) exigindo o direito de estudar em escola próxima a sua residência. Acontece que, embora existisse escola mais próxima de sua casa, a menina precisava atravessar toda a sua cidade a pé, pois as escolas mais próximas não aceitavam crianças negras.

Para que a segregação racial deixasse de ser critério para admissão de crianças nas escolas, não bastava uma decisão judicial que tão somente declarasse a sua inconstitucionalidade, havia a necessidade de que várias medidas fossem tomadas a fim de tornar aquela decisão efetiva (JOBIM; ROCHA, 2017, p. 564 e 579). Assim, verificava-se, por exemplo, a necessidade de reformas das estruturas das escolas e demais instituições e dos próprios agentes que compunham aquelas estruturas segregacionistas.

Brown exigia nada menos que a transformação dos ‘sistemas duais de escolas’, com escolas separadas para negros e brancos, em ‘sistemas unitários de escolas, não-raciais’, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a

construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias, nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização, e muito mais.

Entendeu-se, a tempo, que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais. (FISS, Owen. As formas de justiça. In: Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 28)

A decisão judicial prolatada no caso Brown foi à contramão da política segregacionista que vigorava até aquele momento na sociedade estadunidense historicamente escravocrata, assegurando não só o direito da menina Linda Brown, mas de todas as crianças negras frequentarem as mesmas escolas que as crianças brancas. Essa decisão representou uma mudança na postura do Poder Judiciário dos Estados Unidos, pois fez com que o mesmo se tornasse mais ativista.

Todas as medidas necessárias para tornar efetiva a decisão judicial que acabava com a segregação racial nas escolas visavam justamente à reforma nas estruturas que ao longo dos anos permitiram a segregação entre crianças negras e brancas nas instituições de ensino. Essas medidas estruturais foram denominadas como *structural reforms*.

As *structural reforms* são realizadas através de comandos judiciais denominados de *structural injunctions* (medidas ou decisões estruturantes). De acordo com Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 354), elaborar um conceito analítico para o que vem a ser uma medida ou uma decisão estrutural é um tanto quanto difícil. Entretanto, os autores definem decisão estrutural como sendo

[...] aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. [...] (2017, p. 355)

As decisões estruturantes advêm da ocorrência de litígios que possuem como característica serem estruturais. Os litígios estruturais nada

mais são do que “litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo.” (VITORELLI, 2021, p. 56). Essa estrutura, como aponta Vitorelli (2021, p. 56), pode ser uma instituição, um conjunto de instituições, uma política ou um programa público.

O litígio estrutural tem como características ser complexo, multipolar, prospectivo e cuja solução perpassa pela necessidade de uma recomposição institucional (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 59-93). Para que um litígio seja estrutural não é preciso que todas essas características estejam presentes, como advertem os autores Arenhart, Jobim e Osna (2021, p. 60). Acontece que, continuam os autores, na falta de uma delas apenas não será necessária a utilização da ferramenta processual pensada em específico para ela.

A complexidade do litígio estrutural advém das incertezas geradas pelas reformas a serem realizadas nas estruturas no intuito de solucioná-lo, isto é, não há como ter certeza se a reforma pretendida na estrutura, de fato, produzirá o resultado que se almeja (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 60-65). A complexidade do litígio estrutural está na própria implementação das medidas estruturais eventualmente necessárias para que através das mesmas os objetivos pretendidos sejam alcançados, pois não há como saber se através daquelas medidas escolhidas o resultado pretendido será alcançado. É por isso que se afirma que no litígio estrutural, a solução é encontrada mediante tentativa e erro (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 90), sendo a tentativa pensada no presente e o possível erro apenas verificado no futuro (prospectividade). Tanto que no caso Brown, que inaugurou a discussão acerca dos processos estruturais, uma segunda decisão conhecida como Brown II precisou ser proferida a fim de viabilizar os comandos judiciais anteriormente prolatados.

No que diz respeito à multipolaridade, não se verifica no litígio estrutural a tradicional bipolaridade autor *versus* réu, mas sim uma multiplicidade de polos de interesse, todos eles relevantes para o deslinde da controvérsia. Essa multipolaridade do litígio estrutural repercute também na forma como a representação dos múltiplos interessados será realizada, a qual será trabalhada mais adiante.

O litígio estrutural é prospectivo porque sua solução, no mais das vezes, é projetada para o futuro e não para o passado. Para sua resolução, não se busca recompor o estado de coisas anterior, mas sim fazer com que no futuro aquela situação geradora do litígio não ocorra mais.

A recomposição institucional é uma característica do litígio estrutural que corresponde à necessidade de reforma de alguma estrutura para efetivação de determinado direito. A solução para o litígio estrutural não se satisfaz com a declaração de quem tem ou não o direito, de quem está certo ou errado diante de determinada situação, mas sim com determinadas reformas em estruturas, as quais estavam inviabilizando a concretização do direito para um número significativo ou indeterminado de pessoas.

O processo estrutural, por sua vez, surge dada as peculiaridades do litígio estrutural que exigem novas técnicas que não aquelas do sistema processual tradicional quando o mesmo chega até o Poder Judiciário. Para discussão em juízo de um litígio do tipo estrutural faz-se necessária a releitura de determinados institutos processuais, os quais passam a integrar o denominado processo estrutural.

O processo estrutural consiste em um processo coletivo no qual se pretende a reforma de uma estrutura, podendo ser tanto pública quanto privada, a qual causa, fomenta ou viabiliza uma violação a direitos (VITORELLI, 2021, p. 64). Como através do processo estrutural se tem o intuito de atingir determinado resultado, isto se consegue a partir da execução estruturada de certas condutas (DIDIER JR. ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 362), daí o nome “processo estrutural”.

Para Edilson Vitorelli (2021, p. 64-65) o processo estrutural apresenta como fases de desenvolvimento: o diagnóstico da situação da estrutura, a elaboração do plano de alteração da estrutura, a implementação deste plano, a avaliação dos resultados do plano, a revisão do plano e a implementação do plano revisto.

[...]Como aponta Tushnet, essa espécie de provimento judicial se qualifica por um ambiente dialogado, no qual há uma “decisão tentada” que objetiva a implementação de certa política, seguida por um período em que se avalia o sucesso ou o fracasso daquela tentativa, seguida então por um novo estágio de reavaliação e eventual transformação da política que antes se tentou implementar. (TUSHNET, 2019, p. 65 *apud* ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 244)

Diferentemente do processo civil tradicional, o processo estrutural tem como características a existência de um litígio estrutural; a abordagem policêntrica do problema; a implementação, progressiva e paulatina, de medidas que visam a reestruturação do ente ou da política pública para o futuro (VITORELLI, 2021, p. 70).

Como mencionado anteriormente, no processo estrutural as tradicionais técnicas processuais precisam ser revistas. A começar pela legitimidade e representação processuais, constata-se que no processo estrutural, por envolver um litígio de múltiplos interesses, não é plausível que todos os interessados integrem o polo ativo da demanda, sendo necessária a adoção da figura da representação processual. Contudo, dada a problemática envolvendo a adequação da representatividade e a necessidade de uma fiscalização da mesma, assuntos já tratados quando discutidos o processo coletivo e o processo civil de interesse público, defende-se a ideia de uma abertura dialógica no processo estrutural, de modo que sempre que possível se dê oportunidade para o juízo inteirar-se sobre todos os interesses envolvidos naquela discussão *sub judice* (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 116), para que nenhum interesse deixe de ser considerado. Essa abertura dialógica pode ser cabível por meio da participação do *amicus curiae* ou da realização de audiências públicas (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 119-120), procedimentos já existentes e aplicáveis no processo coletivo do sistema processual tradicional, com a diferença que no processo estrutural a discussão será em torno da implementação de uma reforma estruturante.

Para os processos estruturais a questão da legitimidade ativa representa um problema ainda mais significativo, tendo em vista que neles os interesses são ainda em maior número e antagônicos e o conflito é muito maior do que aquele muitas vezes apresentado pelo representante processual (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 106).

Não há como deixar de mencionar a repercussão que a legitimidade e a representação processuais geram sobre o direito de ser ouvido. Todos os interessados na resolução de um litígio têm o direito de serem ouvidos pelo juiz. Contudo, é inegável que existindo uma multiplicidade de interesses em jogo, torna-se impossível e inviável a oitiva pelo juízo de todos aqueles que se mostrarem interessados no deslinde da controvérsia. Daí a importância de que

os legitimados ao processo coletivo (não limitado ao processo coletivo estrutural) tenham como ser avaliados judicialmente pelos seus desempenhos, como ser fiscalizados antes e durante o processo na adequação da representação dos interesses dos seus representados, sem abrir mão da necessidade da abertura dialógica já referida.

Outra concepção que precisa ser revista quando se está diante de um processo estrutural é a da estabilização da demanda, previsto no art. 329 do Código de Processo Civil. Por força desse dispositivo legal, interposta a ação e tendo sido citado o réu, ao autor não é mais permitida a livre alteração do objeto litigioso, já que houve a estabilização deste. Apenas poderá alterá-lo com a concordância do réu e desde que a modificação ocorra até a fase de saneamento do processo.

O princípio da estabilização da demanda não se aplicaria ao processo estrutural, uma vez que ao projetar a decisão para o futuro, muitas mudanças podem ocorrer durante o trâmite da ação, sendo cabível a modificação do pedido inicialmente feito e/ou até mesmo da própria decisão inicialmente proferida (VITORELLI, 2017, p. 411).

Em virtude dessa prospectividade da decisão em um processo estrutural, o princípio da congruência ou adstrição ao pedido também precisa ser revisitado. Prevê o art. 492 do Código de Processo Civil, aplicado pelo sistema processual tradicional: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”. Partindo do pressuposto de que é impossível prever com exatidão todas as condutas necessárias para que o fim almejado seja atingido, há a necessidade de relativização do respectivo princípio quando se está diante de um processo estrutural. Ocorre que, conforme afirmam os autores Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira (2017, p. 362), muitas vezes as condutas a serem adotadas ou evitadas pela parte contrária, a fim de que o objetivo seja alcançado, somente serão aferíveis no decorrer do processo, por isso a necessidade de que tal princípio seja, no dizer deles, maleável. No processo civil comum a solução encontrada é pontual para o problema debatido em juízo. Já no processo estrutural a solução não é e nem pode ser facilmente encontrada dada a diversidade de caminhos possíveis de serem adotados e a incerteza em torno de qual(is) deles permitirá a consecução dos objetivos

pretendidos. A intervenção jurisdicional no processo estrutural é contínua, constante e central (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 67-69), por este motivo não há razão para o apego ao princípio da estabilização da demanda, bem como ao princípio da congruência ou adstrição ao pedido.

Além destes institutos processuais, novas perspectivas devem ser lançadas também sobre o instituto processual da coisa julgada quando se está frente a um processo estrutural. No processo civil tradicional a coisa julgada confere estabilidade e imutabilidade da decisão judicial prolatada, estando atrelada à ideia de segurança jurídica (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 229-230). Por sua vez, no processo civil estrutural a estabilidade e a imutabilidade da decisão não se coadunam com o litígio objeto dessa modalidade de processo civil, já que a situação que enseja uma reforma estrutural não é estática.

Quando da execução da decisão estrutural muito provavelmente será necessário fazer uma releitura da situação material ainda que não haja uma alteração fática propriamente dita, dada as mudanças contextuais verificadas no próprio curso do processo (VITORELLI, 2017, p. 406). Enquanto no processo tradicional a decisão judicial, em regra, coloca fim ao caso, no processo estrutural a decisão judicial não o finaliza, tendo sido o processo estrutural concebido para permanecer ativo por um longo período de tempo, justamente pelo fato da sua decisão se destinar para o futuro (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 247). Essa natureza prospectiva da decisão permite que a situação venha a se modificar, haja vista o transcurso do tempo ou até mesmo diante dos efeitos gerados pela primeira decisão estrutural tomada.

Entretanto, isso não significa afastar os efeitos da coisa julgada a uma decisão que seja do tipo estrutural, já que, por força do disposto no art. 503, do Código de Processo Civil, toda decisão judicial que julgue, total ou parcialmente, o mérito estará sujeita ao instituto da coisa julgada (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 232). O instituto da coisa julgada existe não apenas no interesse das partes, mas também da coletividade e da gestão da Justiça (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 232).

Acontece que, mesmo no processo civil tradicional, os efeitos da coisa julgada não podem se sobrepor aos valores do processo ou da própria realidade do conflito concreto, já que é através deles que se poderá alcançar a finalidade própria da coisa julgada que é de proteger a segurança jurídica, a

estabilidade das relações sociais, a paz social, a gestão eficiente dos recursos públicos etc. (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 238).

[...]Supor que a coisa julgada possa ser óbice a essa revisão é aceitar que uma resposta manifestamente inadequada deve ser imposta, apenas porque a indiscutibilidade da decisão é prevista, genericamente, pela lei processual. A complexidade do caso deve impor a interpretação da coisa julgada neste ambiente de modo diverso, respeitando as nuances do problema e, portanto, autorizando a flexibilidade necessária para que um erro – justificável, diante dessa natureza complexa, prospectiva e cíclica do problema – não se eternize. (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 246)

Até mesmo no processo civil tradicional, a rigidez com a qual foi concebido o instituto da coisa julgada já não se faz mais tão presente. Isto porque, Arenhart *et. al.* (2021, p. 246) sustentam, por exemplo, a possibilidade de modificação da decisão judicial anteriormente prolatada amparada na previsão contida no art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil que diz:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

As modificações no estado de fato ou de direito mencionadas na respectiva previsão legal seriam “ao menos para os processos estruturais quaisquer circunstâncias que exijam ou o aperfeiçoamento, ou o detalhamento ou a mudança de curso da primeira decisão tomada” (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 246).

Segundo Arenhart, Jobim e Osna (2021, p. 246), sendo mantidas as mesmas condições de quando a decisão foi prolatada, não haverá motivos para a modificação da decisão e, assim, imperará a coisa julgada. Todavia, continuam os autores, “tomada certa decisão e verificada a reação do problema complexo a ela, tem-se presente o fato novo, que autoriza a revisão do estatuído e, portanto, a adoção de nova medida judicial” (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 246), circunstância que se aplicaria às situações do processo estrutural com maior frequência.

A finalização do processo civil estrutural é a ausência de sua serventia e não a decisão judicial transitada em julgado (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 248). Uma vez tendo sido atingidos os objetivos do processo ou

constatado que esses não fazem mais sentido não há razão para que o processo estrutural continue a existir.

A seguir serão analisados os avanços e retrocessos na admissibilidade de um processo estrutural no contexto brasileiro, haja vista a importância deste novo modelo processual para o tratamento dos conflitos relacionados, principalmente, à efetividade dos direitos sociais no país.

3.3 Avanços e retrocessos na admissibilidade de um processo estrutural no contexto brasileiro

A natureza diferenciada dos litígios estruturais exige uma readequação dos institutos processuais brasileiros no sentido, inclusive, de ser necessária a criação de um modelo de sistema processual civil próprio para o tratamento daqueles conflitos. Como diz Leonardo Medeiros Júnior (2018, p. 96), a existência de um processo estrutural faz-se necessária porque o sistema judiciário brasileiro já lida com litígios estruturais, até mesmo ao admitir a intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil brasileiro de certa forma abriu novas portas para que a atividade jurisdicional estivesse mais adequada à realidade, prevendo procedimentos mais maleáveis, novas técnicas e meios passíveis de serem utilizados pelo Poder Judiciário frente aos novos conflitos que se apresentam (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 40). Em que pese tenha sido conferido um novo dinamismo ao processo civil com a entrada em vigor do novo Código, não há como deixar de se fazer referência ao retrocesso em relação ao veto conferido ao teor do seu art. 333. Tal disposição legal representava um importante avanço legislativo, já que previa a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva, *in verbis*:

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

A justificativa apresentada para o veto ao respectivo artigo do Código é de que a sua redação permitiria que a conversão da ação individual em coletiva fosse realizada de forma pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. Além do mais, o novo Código de Processo Civil já continha previsão de mecanismos para tratar de demandas repetitivas, o que afastava a necessidade de um dispositivo legal como aquele. Entretanto, Kazuo Watanabe, no webinar realizado pela Escola Superior do Ministério Público do

Estado de São Paulo, mencionou que tal justificativa parte de um pressuposto equivocado, pois o incidente de resolução de demandas repetitivas serve para uniformizar a divergência na tese jurídica sobre determinado tema, já a conversão da ação individual em coletiva tem como propósito não só uniformizar a tese jurídica, mas o próprio conflito.

Percebe-se que mesmo com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e alguns novos avanços, litígios do tipo estruturais continuam sendo trabalhados dentro da dinâmica do processo civil tradicional.

Por outro lado, não há como deixar de se fazer referência à importância de determinados projetos de lei em tramitação que visam a dar um novo olhar para a realidade do sistema processual brasileiro. Neste sentido, tem-se, primeiramente, o projeto de lei nº 8.058/2014 que procura instituir um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. A referida proposta legislativa visa justamente à criação de um novo tipo de processo, considerando que o sistema processual tradicional não é adequado para tratar sobre demandas que envolvam o controle judicial de políticas públicas.

Susana Henriques da Costa e Débora Chaves Martines Fernandes (2017, p. 377) referem que o projeto de lei nº 8.058/2014 tem o intuito de resolver a um só tempo “a questão da dispersão de interesses, que ocorre quando temas políticos são levados ao Poder Judiciário pela via das ações individuais e o problema da dificuldade de executar as decisões judiciais que controlam ou implementam políticas públicas.”. A importância desse projeto de lei, segundo as mesmas autoras, decorre da realidade já experimentada pelo Poder Judiciário brasileiro no que tange a interferência em políticas públicas.

O projeto de lei nº 8.058/2014 busca dar primazia às ações coletivas, já que as ações individuais não são capazes de promover uma intervenção planejada em matéria de políticas públicas, limitando-se a beneficiar apenas um indivíduo em detrimento do todo (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 377).

De certa forma a proposta legislativa supramencionada corresponde a aquilo que vem sendo defendido no presente trabalho, isto é, um novo sistema processual para discussão envolvendo a efetividade do direito social à educação infantil, até mesmo considerados os princípios da justiça social, do bem comum e da universalidade das políticas públicas elencados no seu art. 2º. O propósito é que o direito social à educação infantil seja discutido de forma

ampla, com uma análise macro que somente o processo coletivo e as mudanças no sistema processual civil brasileiro podem proporcionar.

O referido projeto de lei visa a estimular o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 121), os quais se fazem necessários quando em pauta na justiça uma política pública fundamental para efetivação de um direito social, o que não costuma acontecer no sistema processual tradicional.

Verifica-se que a proposta legislativa revisita vários institutos processuais do sistema processual civil tradicional, de modo a tornar a decisão judicial que envolve políticas públicas mais efetiva. Neste sentido, podem ser citados os princípios da estabilização da demanda, da congruência ou adstrição ao pedido e da coisa julgada. Ocorre que o art. 20 do projeto de lei nº 8.058/2014 dispõe que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode alterar a sua decisão, ainda que a mesma já tenha transitado em julgado, desde que o faça para ajustá-la as peculiaridades do caso concreto que foram verificadas no momento da execução do julgado. Tal previsão atende justamente as características dos litígios estruturais abordadas anteriormente, quais sejam, complexidade, multipolaridade, prospectividade e cuja solução perpassa pela necessidade de uma recomposição institucional.

Aliás, o projeto dispõe de redação legal semelhante à contida no vetado art. 333 do Código de Processo Civil de 2015 que previa a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva. A diferença entre o projeto de lei e o dispositivo legal vetado do Código de Processo Civil reside no fato de que a conversão da ação individual em coletiva na legislação processual civil delegava o disciplinamento do processo às regras do rito coletivo já existentes (SANTOS, 2015), já o projeto de lei aplica à conversão institutos processuais adaptados à realidade do litígio. Segundo Medeiros Júnior (2018, p. 123), caso aprovado, “o novel instituto representará a possibilidade de melhor adequação no tratamento dos litígios estruturais”.

Mais recentemente, têm-se os projetos de lei nº 4.441 e nº 4.778, ambos do ano de 2020, que buscam regulamentar a nova lei de ação civil pública. A proposta legislativa nº 4.778/2020, apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça ao Presidente da Câmara de Deputados, embora tenha como proposta a criação de uma nova lei da ação civil pública, apresenta alguns retrocessos. Em relação à legitimidade ativa para propositura da ação

civil pública, por exemplo, exige a prévia autorização estatutária ou assemblear para as associações. Ainda no que diz respeito à ação civil pública interposta pelas associações, não admite a concessão da tutela provisória antes que haja o reconhecimento judicial da sua representatividade adequada.

Além disso, o referido projeto prevê que a propositura da ação coletiva não suspende as ações individuais, o que repercute em termos de prescrição destas últimas. A proposta institui a exigência de que a parte desista da ação individual para se valer dos benefícios da ação coletiva. Há ainda repercussões no instituto da coisa julgada, já que mesmo a ação civil pública sendo julgada improcedente por falta de provas não será possível a interposição de uma nova ação em que a discussão ventilada seja a mesma. Ademais, submete-se a ação civil pública às regras do Código de Processo Civil no que tange às custas e à sucumbência.

Por outro lado, a proposta legislativa nº 4.441/2020, diferentemente do projeto de lei nº 4.778/2020, prevê que a interposição da ação civil pública interrompe o prazo prescricional das ações individuais, sendo que para se valer dos benefícios da ação civil pública a parte não precisa desistir da ação individual, bastando suspendê-la. Também o referido projeto reconhece a missão constitucional da Defensoria Pública para a defesa dos indivíduos e grupos vulnerados, a partir do momento em que aceita sua legitimidade extraordinária para interposição da ação civil pública. No mais, admite a intervenção autônoma da Defensoria Pública no processo como custos *vulnerabilis*, a figura do *amicus curiae*, a intervenção de agência, de órgão ou de ente regulador, além de colegitimados.

Constata-se que, se comparados, o projeto de lei nº 4.441/2020 apresenta maiores avanços em termos da regulamentação da nova ação civil pública se comparado ao projeto de lei nº 4.778/2020. Antônio Gidi ao exarar sua opinião acerca desta última proposta legislativa diz: “A proposta merece ser rejeitada sob pena de representar um retrocesso inaceitável ao sistema processual coletivo brasileiro, além da perda de uma oportunidade histórica de construir uma solução útil para a nossa sociedade.” (2021, p. 26).

Por fim, há o projeto de lei nº 1.641 do ano de 2021, substitutivo dos projetos de lei nº 4.441/2020 e 4.778/2020 acima referidos, o qual traz à tona uma “positivação mais direta no ordenamento jurídico de técnicas e valores da teoria do processo estrutural” (PALHARES, 2021), tendo sido denominado

como projeto de lei Ada Pellegrini Grinover. Tal projeto na verdade consiste em um aperfeiçoamento do projeto de lei nº 4.441/2020, tendo sido apresentado pelo mesmo autor deste último, deputado Paulo Teixeira.

A respectiva proposta legislativa amplia o objeto da ação civil pública, já que admite sua interposição para prevenção ou a reparação de qualquer outro direito difuso, coletivo ou individual homogêneo de qualquer natureza. Quanto aos legitimados ativos não exige a prévia autorização estatutária ou assemblear para que as associações possam interpor a ação civil pública, como fazem os projetos de lei nº 4.441/2020 e 4.778/2020.

Ademais, no que diz respeito à adequação da representatividade pelos legitimados ativos o projeto de lei Ada Pellegrini Grinover estabelece determinados requisitos a serem aferidos, os quais, entretanto, podem ser dispensados pelo juízo na hipótese da demanda representar manifesto interesse social e ser possível a aferição de representatividade adequada por outros meios. Da mesma forma que o projeto de lei nº 4.441/2020 prevê a interrupção do prazo prescricional das ações individuais em sendo interposta ação civil pública.

Além disso, em que pese o projeto de lei 1.641/2021 mantenha a previsão contida nos projetos de lei nº 4.441/2020 e 4.778/2020 quanto à incidência da coisa julgada na ação civil pública julgada improcedente por falta de provas, prevê situações em que serão admitidas novas ações com os mesmos objetos. Por último, a importância deste projeto de lei também está na retomada da previsão legal contida no art. 333 vetado do Código de Processo Civil, qual seja, a possibilidade de conversão da ação individual em ação coletiva.

Segundo Palhares (2021), o projeto de lei Ada Pellegrini Grinover contém inovações que importam ao processo estrutural, a começar pela previsão contida no seu art. 26, §5º, que dispõe acerca da possibilidade da sentença determinar “a alteração em estrutura institucional, pública ou privada, de natureza cultural, econômica ou social, a fim de adequar seu funcionamento aos parâmetros legais e constitucionais; ou, a adequada correção do estado de fato de violação sistemática de direitos”. Como visto no decorrer deste trabalho, o processo estrutural consiste exatamente em um processo coletivo no qual se pretende a reforma de uma estrutura, podendo ser tanto pública quanto

privada, a qual causa, fomenta ou viabiliza uma violação a direitos (VITORELLI, 2021, p. 64).

No mais, o projeto de lei nº 1.641/2021 estabelece como um dos princípios da ação civil pública a abertura dialógica, a qual tanto se defende frente à judicialização dos litígios estruturais. Há também no referido projeto previsão semelhante àquela encontrada no projeto de lei nº 8.058/2014 no que se refere ao instituto da coisa julgada, permitindo ao juiz a possibilidade de na fase de execução alterar a sua decisão, de modo a ajustá-la às peculiaridades do caso concreto e às alterações fáticas supervenientes.

A importância na discussão de todas essas propostas legislativas advém justamente da necessidade de que sejam incorporadas aos textos legais novas técnicas processuais a fim de melhor prestar a tutela aos novos conflitos que estão chegando até o Poder Judiciário brasileiro. Defende-se no presente trabalho, como já amplamente debatido, a utilização das técnicas do modelo de processo estrutural quando o conflito versar sobre a efetividade do direito social à educação infantil, especificamente.

No mais, não há como deixar de mencionar a relevância da edição da Resolução 339/2020 e da Recomendação 76/2020, ambas do Conselho Nacional de Justiça. A Resolução 339/2020 disciplina os núcleos de ações coletivas e os cadastros de ações coletivas, o que permite um melhor gerenciamento acerca das ações coletivas existentes, evitando a interposição de ações coletivas idênticas. Já a Recomendação 76/2020 consiste em indicações aos magistrados de cuidados a serem tomados, de modo que das ações coletivas sejam retirados os maiores proveitos possíveis.

No próximo capítulo, através da pesquisa empírica, se buscou investigar se o modelo processual tradicional se mostra satisfatório para decidir sobre política pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS e como o processo estrutural pode melhor contribuir para a concretização deste tipo de política a partir de uma análise das decisões estruturantes proferidas no “caso das creches” no município de São Paulo-SP.

3.4 Dos resultados da pesquisa

Em um primeiro momento, no intuito de se investigar se o modelo processual tradicional se mostra satisfatório para a efetividade da política

pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS, foi realizada a pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, partindo da opção de analisar apenas os julgados oriundos da Comarca de Pelotas-RS.

Através da busca pela palavra-chave “direito à educação” foi possível constatar ao todo 231 (duzentos e trinta e um) acórdãos, cujos julgamentos ocorreram entre 12 de novembro de 2014 a 22 de agosto de 2019. Para fins do presente estudo foram considerados apenas os acórdãos julgados entre o ano de 2015 a 2019¹³, haja vista a necessidade de um recorte metodológico.

Além disso, foram excluídos da análise os acórdãos referentes ao mesmo processo. Assim, foram averiguados ao todo 228 (duzentos e vinte e oito) julgados. Os respectivos acórdãos foram classificados dentro de categorias denominadas: vaga em creche; vaga em creche ou pré-escola; vaga em pré-escola; vaga em creche e pré-escola; e, outros casos.

Cabe referir que se optou pela adoção do disjuntivo “ou”, na categoria vaga em creche ou pré-escola, pois muitos julgados adotavam a denominação vaga em creche para se referir tanto ao pedido de concessão de vaga em creche quanto de vaga em pré-escola. Acontece que a creche é destinada para as crianças de 0 a 3 anos de idade, já a pré-escola para crianças na faixa etária entre 4 e 5 anos. Considerando que pela análise destes julgados não foi possível aferir a idade da criança, de modo a ser possível classificar o pedido como sendo vaga em creche ou pré-escola, optou-se pela classificação “vaga em creche ou pré-escola” para enquadrá-los.

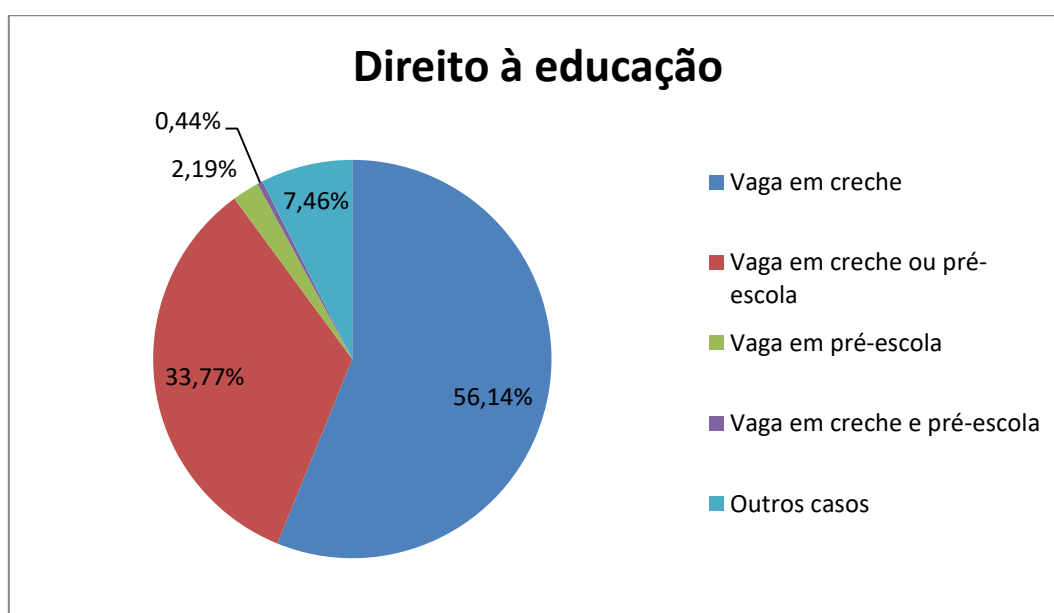
Verifica-se que muitos dos julgados analisados desconsideram o elemento fático, como no presente caso, ao tratarem pedidos diversos como se fossem o mesmo. Isso evidencia o que a professora Karinne Emanuela Goettems dos Santos já abordava em sua tese de doutorado no sentido de que, ao se abstrair o elemento fático, a prestação jurisdicional também é abstrativizada, valorizando o modelo liberal-individualista (SANTOS, 2015, p. 28), característica marcante do sistema processual brasileiro. Ressalta-se que tal desconsideração ainda implica a atenuação da análise do caso *sub judice*, já que, quando se está diante da necessidade de concessão de vaga em pré-

¹³ Não foi considerado para análise o ano de 2020 em virtude da pandemia do coronavírus que afetou sobremaneira o funcionamento do judiciário gaúcho e acarretou a paralização das atividades escolares em todo o país.

escola, está se falando de etapa da educação obrigatória, o que conferiria muito mais relevância a situação do que a vaga em etapa da educação não obrigatória.

Destes 228 acórdãos verificou-se que 128 (cento e vinte e oito) diziam respeito à concessão de vaga em creche, 77 (setenta e sete) diziam respeito à concessão de vaga em creche ou pré-escola, 5 (cinco) referente à vaga em pré-escola, 1 (um) referente à concessão de vaga em creche e pré-escola¹⁴ e 17 (dezesete) eram referentes a outros casos ou não foi possível identificar o pedido da ação.

A partir do gráfico abaixo, ainda que os 33,77% da categoria vaga em creche ou pré-escola pudessem se referir a casos somente de vaga em pré-escola, isso não supera os 56,14% dos julgados que tratavam acerca da concessão de vaga em creche.



Fonte: autor

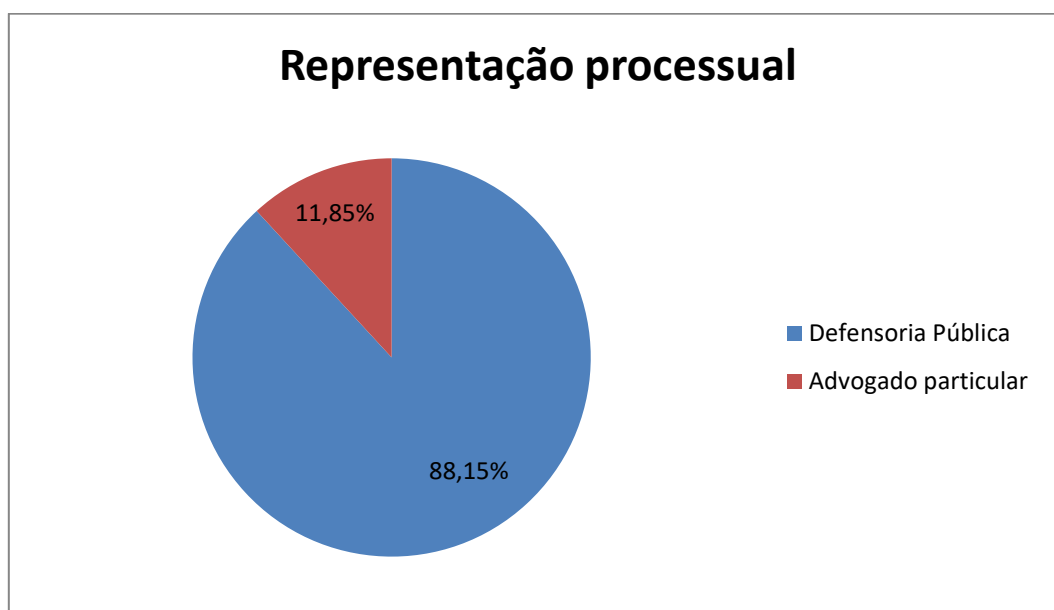
Depreende-se da análise dos julgados relativos à concessão de vaga na educação infantil que a predominância é das ações individuais. Verificou-se a existência de apenas uma ação civil pública cujo objetivo era tão somente a concessão de vaga em creche para duas crianças, considerando que o grupo familiar delas vinha sendo acompanhado pela rede de proteção local¹⁵. Cabe mencionar também que dos 211 (duzentos e onze) acórdãos referentes à

¹⁴ Processo movido por dois autores.

¹⁵ Tal circunstância denota que a ação civil pública foi utilizada para a defesa do direito de pessoas individuais e não em prol do coletivo.

concessão de vaga na educação infantil, 19 (dezenove) destes processos foram interpostos por dois autores, 1 (um) por quatro autores e 190 (cento e noventa) por apenas um autor. Além disso, quanto ao tipo de procedimento de que esses acórdãos resultam, constata-se que são predominantemente frutos de reexame necessário¹⁶.

Da análise dos julgados o que também chamou a atenção foi a prevalência da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul na qualidade de representante da parte autora, o que evidencia a importância dessa instituição na defesa dos direitos dos cidadãos, ainda mais daqueles que não dispõem de recursos para contratação de advogado particular e/ou para pagamento de escola privada¹⁷. Dos 211 (duzentos e onze) acórdãos que diziam respeito à concessão de vaga na educação infantil, em um total de 186 (cento e oitenta e seis) a representação da parte autora foi feita pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Em apenas 25 (vinte e cinco) processos a representação da parte autora foi feita exclusivamente por advogado particular. Para melhor compreensão, conferir o gráfico abaixo.



Fonte: autor

¹⁶ Reexame necessário ou remessa necessária é instituto previsto no art. 496 do Código de Processo Civil que dispõe estar sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ou no caso de sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. Entretanto, muitas das remessas necessárias sequer foram conhecidas pelo tribunal, com fundamento no inciso III do §3º e/ou no inciso II do §4º, do art. 496 do Código de Processo Civil.

¹⁷ Para os responsáveis legais que possuem condições financeiras, ao não conseguirem vaga em creche ou pré-escola pública, têm como alternativa recorrer ao sistema educacional privado.

Destaca-se a importância do papel institucional da Defensoria Pública no município de Pelotas, uma vez que a maioria das ações individuais interpostas em face do respectivo ente municipal buscando uma vaga em creche ou pré-escola, o polo ativo foi representado por aquela instituição. Não há como deixar de mencionar a primeira onda renovatória de acesso à justiça identificada por Mauro Cappelletti e Bryan Garth que consiste justamente na facilitação do acesso à justiça pelos mais pobres. Mesmo assim, existe uma quantidade expressiva de crianças na lista de espera por vaga, sem que tenham demandado judicialmente, o que evidencia a importância do aprimoramento desta primeira onda renovatória de acesso à justiça no município de Pelotas. Aliás, defende-se a ideia de que o obstáculo no acesso à justiça por essas demais crianças se resolveria pela interposição de uma ação coletiva cujo intuito seja discutir a elaboração e implementação de políticas públicas, o que se torna mais plausível por meio do processo estrutural.

Quanto ao tempo de julgamento, dos 211 (duzentos e onze) acórdãos referentes à concessão de vaga na educação infantil, a maioria foi realizada no ano seguinte ao ano em que se deu o ajuizamento da ação, sendo que apenas uma destas ações foi interposta contra o Município de Capão do Leão e não contra o Município de Pelotas.

Cumpra mencionar também o quantitativo de ações interpostas por ano visando à concessão de vaga na educação infantil. Assim tem-se que:

Direito à educação					
Ano de interposição da ação	2014	2015	2016	2017	2018
Vaga em creche	1	8	10	58	51
Vaga em creche ou pré-escola	0	12	9	39	17
Vaga em pré-escola	0	0	0	2	3
Vaga em creche e pré-escola	0	0	0	0	1
Total	1	20	19	99	72

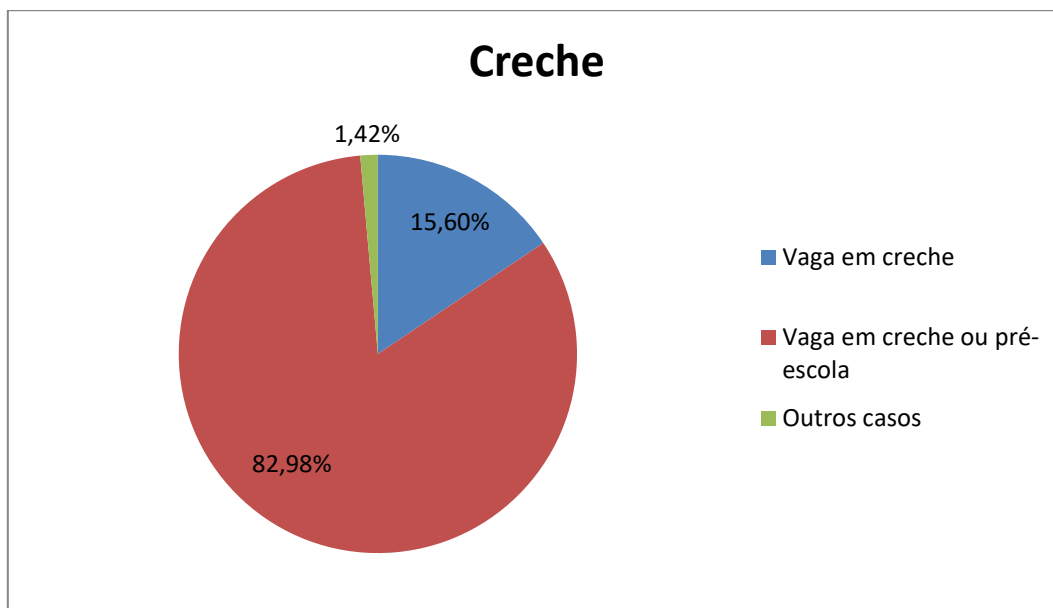
Fonte: autor

Verifica-se um significativo aumento do número de ações ajuizadas entre os anos de 2016 a 2017, postulando vaga na educação infantil no município.

Além do mais, dos 211 julgados cujo pedido era concessão de vaga na educação infantil, em 210 (duzentos e dez) deles as vagas foram concedidas, sendo que apenas em 1 (um) julgado o processo foi extinto, haja vista a concessão da vaga administrativamente antes da concessão da tutela de urgência.

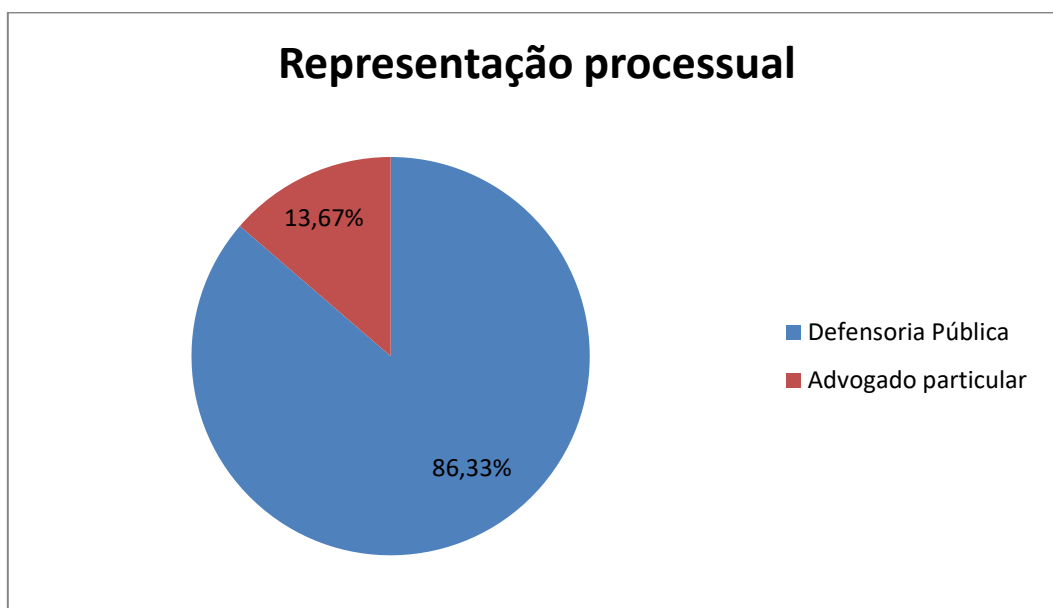
Por outro lado, quando o termo utilizado para pesquisa foi “creche” se teve como resultados 340 (trezentos e quarenta) julgados, sendo que, após a exclusão daqueles que se repetiram na pesquisa pela expressão “direito à educação”, obteve-se um total de 144 (cento e quarenta e quatro) acórdãos, cujos julgamentos foram proferidos entre os anos de 2013 a 2021. Destes, foram analisados apenas aqueles julgados entre os anos de 2015 a 2019, resultando em um total de 141 (cento e quarenta e um) acórdãos.

Destes 141 (cento e quarenta e um) acórdãos referentes à concessão de vaga na educação infantil, utilizando-se o mesmo método de classificação anteriormente mencionado, 22 (vinte e dois) deles tratavam especificamente de vaga em creche, 117 (cento e dezessete) de vaga em creche ou pré-escola e 2 (dois) acórdãos eram referentes a outra matéria. Pelo gráfico que segue, constata-se situação diferente daquela apontada quando a pesquisa jurisprudencial utilizou como palavra-chave “direito à educação”. Caso os 83% de julgados enquadrados na categoria vaga em creche ou pré-escola se referissem apenas a casos de vaga em pré-escola, a predominância seria de ações que visavam à concessão de vaga em pré-escola. Entretanto, se dos 83% pudesse ser averiguado que se tratavam exclusivamente de vaga em creche, somados aos 16% em que já há a certeza de serem pedidos de concessão de vaga em creche, a conclusão seria da predominância de ações com pedidos de concessão de vaga em creche e nenhuma ação postulando vaga em pré-escola. Por outro lado, ainda é possível que dentro dos 83% de julgados classificados como sendo vaga em creche ou pré-escola, alguns casos sejam referentes somente a vagas em creche e outros somente a vagas em pré-escola. Logo, não há como se ter exatidão dos números de ações ajuizadas visando à concessão de vaga em creche e de outras ações que hajam pleiteado vaga em pré-escola.



Fonte: autor

Todos os 139 (cento e trinta e nove) acórdãos que se referiam à vaga na educação infantil foram ações individuais, sendo que destas, 19 (dezenove) foram interpostas através de advogado particular e 120 (cento e vinte) através da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Da mesma forma quando da análise jurisprudencial pela palavra-chave direito à educação, constata-se a importância da Defensoria Pública na atuação frente aos casos envolvendo a falta de vagas na educação infantil. Neste sentido, o gráfico abaixo:



Fonte: autor

Dos 139 (cento e trinta e nove) acórdãos que tratavam da concessão de vaga na educação infantil, 136 (cento e trinta e seis) eram remessa

necessária, 1 (um) agravo de instrumento e 2 (duas) apelações/remessa necessária, sendo a maioria deles julgada dentro do período de um ano a contar a partir do ano de ingresso da ação. Todos os processos foram movidos contra o Município de Pelotas-RS. No mais, dos 139 julgados, 17 (dezesete) processos foram interpostos por dois autores, 1 (um) por três autores e 121 (cento e vinte um) por apenas um autor.

Em um segundo momento da pesquisa, foi estabelecido contato com a Procuradoria Geral do Município de Pelotas-RS, ocasião em que foram fornecidas duas listas de processos movidas contra o respectivo município. Ao todo, constatou-se a existência de 88 (oitenta e oito) processos diferentes daqueles já contabilizados através da pesquisa jurisprudencial pelos termos “direito à educação” e “creche”, cujos julgamentos se deram entre os anos de 2018 e 2019. Destes 88 processos, a Procuradoria classificou 39 (trinta e nove) como sendo processos relativos à vaga em creche e 49 (quarenta e nove) como sendo processos relativos à vaga em escola.

Ainda em relação a estes 88 processos, em 77 (setenta e sete) deles não houve julgamento em 2º grau de jurisdição. Já em relação aos outros 11 (onze) processos, estes foram julgados em 2º grau de jurisdição através da remessa necessária, sendo que apenas 02 (dois) se referiam especificamente à vaga em creche e os demais não havia como saber se a vaga que estava sendo pleiteada era em creche ou pré-escola.

Ao todo, dos 88 processos analisados, em 24 (vinte e quatro) deles a parte autora foi representada por advogado particular, em 61 (sessenta e um) processos pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em 1 (um) processo não houve representação legal para a parte autora e em 1(um) processo a representação foi realizada pelo Ministério Público, haja vista tratar-se de ação coletiva. Em 87 (oitenta e sete) processos as ações foram individuais e apenas 1 (um) processo foi coletivo.

Considerando que a parte autora nos processos relativos à concessão de vagas em creche ou pré-escola são pessoas menores de idade (crianças), o trâmite ocorre em segredo de justiça. Logo, naqueles processos em que não houve julgamento pelo 2º grau de jurisdição, não foi possível ter acesso ao conteúdo da sentença, o que, conseqüentemente, não permitiu averiguar se o caso em discussão se tratava de vaga em creche e/ou em pré-escola.

A partir da análise de todos esses dados foi possível concluir que no período entre os anos de 2015 a 2019, foram interpostas 440 (quatrocentos e quarenta) ações relativas à concessão de vagas na educação infantil. Destas, 367 (trezentos e sessenta e sete) ações a representação da parte autora foi mediante atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Vislumbra-se, assim, que a quantidade de ações movidas contra o Município de Pelotas-RS com o propósito de garantir o acesso à creche e/ou pré-escola é ínfima. Contudo, isso não retira a natureza de um macro conflito existente no respectivo município em relação ao acesso das crianças à educação infantil.

A partir dos dados da Radiografia da Educação Infantil elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, verifica-se que a taxa de atendimento das crianças em creche e pré-escola é ainda muito baixa, o que poderia representar um número maior de ações individuais movidas contra o Município de Pelotas-RS. Contudo, não é esse o resultado que se encontra quando se faz a comparação entre estes dados e a análise jurisprudencial realizada no presente trabalho.

Entre 2015 e 2019 foram interpostas tão somente 440 (quatrocentos e quarenta) ações relativas à concessão de vagas em creches e/ou pré-escolas, sendo que de acordo com os dados da Radiografia da Educação Infantil, a taxa de atendimento em creche no município de Pelotas-RS, de 2015 a 2019, cresceu de 20,80% para 24,31%; já a taxa de atendimento em pré-escola de 2015 a 2019 representou um acréscimo considerável de 64,38% para 87,85%.

Para que fosse possível atingir a meta estabelecida no Plano Nacional de Educação (PNE), considerando a estimativa populacional de 2018 do Departamento de Economia e Estatística da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão do Estado do RS, tem-se que para o município de Pelotas-RS, no ano de 2019, seria necessária a criação de 4.382 novas vagas em creches e para pré-escola seriam necessárias 1.024 novas vagas.

Tal constatação permite identificar que tanto em relação à creche (destinada para as crianças de zero a três anos de idade) quanto em relação à pré-escola (destinada para as crianças de quatro até cinco anos de idade) ou não há interesse dos responsáveis legais em matricular as crianças ou pela ausência de vagas eles não sabem que é possível manejar uma ação contra o município para garantir o direito de acesso da criança à educação infantil.

É bem verdade que em sendo obrigatória a matrícula na pré-escola, verifica-se que as chances dos responsáveis legais não terem interesse na matrícula é consideravelmente menor. Logo, na hipótese da pré-escola, o número de vagas a serem criadas, conforme indicado pela Radiografia da Educação Infantil no RS, sinaliza que possivelmente o caso seja realmente de falta de vagas nas escolas e não desinteresse dos responsáveis legais na realização da matrícula.

De acordo com os dados obtidos junto à Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas - Supervisão Administrativa da Educação Infantil, em relação ao número de alunos frequentando as Escolas Municipais de Educação Infantil no período de 2015 a 2020 foram apresentados os seguintes dados:

Número de alunos nas Escolas Municipais de Educação Infantil de 2015 a 2020							
Idade	Turma	2015	2016	2017	2018	2019	2020
0-1 ano	Berçário	420	470	489	575	681	641
2 anos	Maternal 1	319	426	475	552	624	667
3 anos	Maternal 2	364	470	558	642	696	840
4 anos	Pré-escola 1	509	787	859	1116	1012	1122
5 anos	Pré-escola 2	456	605	829	948	1161	1070
	Total	2068	2758	3210	3833	4174	4340

Fonte: Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas - Supervisão Administrativa da Educação Infantil

Já no que tange ao número de crianças que solicitaram vaga administrativamente, mas não a obtiveram foram fornecidas as seguintes informações:

Demanda reprimida nas Escolas Municipais de Educação Infantil		
Ano	Idade	Demanda
2015 ¹⁸	Zero a 5 anos	2287

¹⁸ No que tange aos dados do ano de 2015 cumpre fazer referência ao fato de que até o ano de 2009 o ensino era obrigatório somente a partir dos 6 (seis) anos de idade. A emenda constitucional nº 59/2009 que promoveu a alteração para tornar o ensino obrigatório a partir dos 4 (quatro) anos de idade determinou que as escolas teriam até o ano de 2016 para se articularem a fim de atender a nova disposição legal. Por esse motivo, os dados contabilizados no ano de 2015 ainda englobam as crianças de zero a três e aquelas com idade até 5 anos. A partir de 2016, quando esgotado o prazo para implementação da mudança em relação à faixa etária escolar obrigatória, se passou a contabilizar em categorias diferentes as crianças de zero a três anos de idade e aquelas crianças de quatro e cinco anos.

2016	Zero a 3 anos	1616
2017	Zero a 3 anos	2650
2018	Zero a 3 anos	3012
2019	Zero a 3 anos	3386
2020	Zero a 3 anos	2340

**Fonte: Secretaria Municipal de Educação e
Desporto de Pelotas - Supervisão Administrativa
da Educação Infantil**

Vislumbra-se a partir da análise jurisprudencial realizada neste trabalho que ao todo apenas 440 (quatrocentos e quarenta) ações relativas à concessão de vagas em creches e/ou pré-escolas foram ajuizadas entre o ano de 2015 a 2019, sendo que os dados obtidos junto à Secretaria de Educação de Pelotas indicam que dentro deste mesmo período ao todo 12.951 (doze mil novecentas e cinquenta e uma) crianças procuraram as escolas para obtenção de vaga e não a obtiveram administrativamente, sendo que destas, 10.664 (dez mil seiscentas e sessenta e quatro) crianças solicitaram apenas vaga em creche e 2.287 (duas mil duzentas e oitenta e sete) requereram vaga em creche e pré-escola somente no ano de 2015.

Cabe, entretanto, mencionar, que segundo informações repassadas pela Secretaria de Educação de Pelotas-RS, a demanda reprimida nas escolas municipais de educação infantil, isto é, crianças que solicitaram vagas nas escolas e não foram contempladas, não corresponde a um número exato. Isto porque, para pleitear uma vaga administrativamente, os responsáveis legais das crianças devem procurar as escolas nas quais têm interesse em matriculá-las a fim de se submeterem ao esquema de sorteio de vagas. Assim, uma vez realizado o sorteio poderia ocorrer de a criança ter se candidatado para vaga em mais de uma escola, tendo sido contemplada com vaga em uma escola em detrimento de outra. A partir de então se contabilizava na demanda reprimida determinada criança que, embora não tenha sido contemplada com uma vaga na escola “X”, tenha conseguido vaga na escola “Y”. Além disso, poderia ocorrer da criança constar em mais de uma lista de espera por vaga como suplente, pois para cada escola havia uma lista diferente. Tal fato influencia na apuração do número exato de crianças que não conseguiram uma vaga na educação infantil no município.

Ainda assim, essa circunstância não prejudica o estudo aqui desenvolvido, já que se for considerada a estimativa populacional apresentada na Radiografia da Educação Infantil para o ano de 2018, tem-se:

Tabela 10 - População de crianças de 0 a 5 anos estimadas por idade simples, Pelotas, 2018

Ano/idade	Menor um ano	Um ano	Dois anos	Três anos	Quatro anos	Cinco Anos
2018	4.307	4.134	4.365	4.252	4.226	4.204

Fonte: DEE/SEPLAG - Estimativas Populacionais (Revisão 2018)

Dados da Radiografia da Educação Infantil (2010-2019) Pelotas - Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Já a evolução de matrículas na creche e na pré-escola por dependência administrativa no município, nos termos da Radiografia, aponta

Tabela 17 - Evolução de matrículas na creche e pré-escola, por dependência administrativa, Pelotas

Ano	Creche					Pré-Escola				
	Total	Federal	Estadual	Municipal	Privada	Total	Federal	Estadual	Municipal	Privada
2010	2.052		5	955	1.092	4.255		113	2.395	1.747
2011	2.016			912	1.104	4.522		110	2.515	1.897
2012	2.437			964	1.473	4.707		110	2.573	2.024
2013	2.707			919	1.788	4.736		119	2.481	2.136
2014	2.874			983	1.891	5.081		111	2.582	2.388
2015	3.135			1.029	2.106	5.266		85	2.771	2.410
2016	3.373			1.222	2.151	7.133		27	4.554	2.552
2017	3.529			1.377	2.152	7.566		27	5.056	2.483
2018	3.688			1.585	2.103	7.421		16	5.084	2.321
2019	3.927			1.833	2.094	7.620		14	5.185	2.421

Fonte: Censo Escolar.

Dados da Radiografia da Educação Infantil (2010-2019) Pelotas - Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

que:

Considerando o respectivo ano de 2018, vê-se que o Município de Pelotas-RS tinha 1.769 (mil setecentas e sessenta e nove) crianças de zero a três anos nas escolas municipais, de acordo com dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto do município. Apontam estes mesmos dados que ao todo 3.012 (três mil e doze) crianças nesta mesma faixa etária solicitaram vaga administrativamente e não conseguiram. Por fim, a estimativa populacional para crianças de zero a três anos para o Município de Pelotas no ano de 2018, conforme quadro acima, era no total de 16.788 (dezesseis mil setecentas e oitenta e oito). Tendo em vista que 3.688 crianças estavam matriculadas em creches públicas e privadas no ano de 2018, conclui-se

que ao todo 13.100 (treze mil e cem) crianças de zero a três anos ficaram fora das escolas, ainda que nem todos os seus responsáveis legais tenham manifestado interesse na matrícula delas.

Partindo para análise da pré-escola, em relação ao ano de 2018, o Município de Pelotas-RS atendia ao todo 2.064 (duas mil e sessenta e quatro) crianças em pré-escolas municipais, conforme dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Educação e Desporto do município. Já a estimativa populacional, consoante dados apresentados acima, para aquele ano de 2018 era de 8.430 (oito mil quatrocentos e trinta crianças) de 4 e 5 anos de idade. Nem todas as crianças dentro desta faixa etária necessariamente frequentam a pré-escola pública, nos termos do que indica a Radiografia da Educação Infantil. Entretanto, considerando o número de matrículas na rede pública e na rede privada, obtém-se o total de 7.421 crianças frequentando a pré-escola no município de Pelotas-RS. Sendo a estimativa populacional de 8.430, vê-se que 1.009 crianças, em tese, ficaram fora da pré-escola.

O Município de Pelotas-RS está negando efetividade ao direito social à educação infantil, pois sendo um direito de todos, caso todos os responsáveis legais decidissem por matricular seus filhos em creches no ano de 2018, por exemplo, 15.019 (quinze mil e dezenove) crianças não teriam acesso por falta de vagas na rede municipal de ensino, ou seja, mais de 89,46% das crianças nesta faixa etária. Ainda que pudesse se argumentar no sentido de que a educação em creches não é etapa obrigatória do ensino, logo, nem toda a população de crianças de zero a três anos de idade procuraria uma vaga, é preciso considerar que aproximadamente 3.012 crianças solicitaram vaga administrativamente sem que pudessem ser contempladas, o que equivale a 63% de crianças que requereram vaga, mas não foram atendidas.

Em consulta à situação das metas dos planos de educação, disponível no sítio eletrônico do Plano Nacional de Educação (<http://pne.mec.gov.br/>), o Município de Pelotas-RS atingia a marca de 22.0% (vinte e dois pontos percentuais) em relação à população de 0 a 3 anos que frequentava a escola/creche, tendo como referência o Relatório Linha de Base 2018 – INEP que apresentou os dados atualizados até o ano de 2016. Lembrando que a meta estabelecida no Plano Nacional é de atendimento de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças nesta faixa etária até o ano de 2024.

A partir dos resultados obtidos através da pesquisa jurisprudencial, da consulta junto à Procuradoria Geral do Município de Pelotas-RS, do Relatório para aferição do cumprimento da meta estabelecida no Plano Nacional de Educação, da Radiografia da Educação Infantil no Estado do Rio Grande do Sul e dos dados da Secretaria Municipal de Educação e Desporto de Pelotas-RS constatam-se problemas relacionados à falta de vagas suficientes para atendimento das crianças de zero a cinco anos de idade, o que representa uma falha em termos de política pública de acesso à educação infantil no município.

O modelo de sistema processual tradicional não se mostra satisfatório para resolver o problema relacionado à falta de vagas em creches e pré-escolas no município de Pelotas-RS. Conforme foi possível averiguar através do estudo desenvolvido, existem poucas ações individuais movidas contra o Município de Pelotas-RS visando à concessão de vaga na educação infantil. Em contrapartida, os dados administrativos demonstram um alto número de crianças que requereram vagas nas escolas e não conseguiram. Assim, o sistema processual tradicional através do manejo de ações individuais não permite aprimorar a política pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS, pois apenas resolve o problema pontualmente para aquela criança em específico em detrimento do todo.

No litígio individual o magistrado ignora o sistema de sorteio de vagas e acaba, na maioria das vezes, deferindo o pedido de vaga em creche ou pré-escola em detrimento de inúmeras outras crianças que aguardam a vaga administrativamente, representando o que Suzana Henriques da Costa designou como “fura fila”.

Diante da falta de vagas em creches e pré-escolas no município de Pelotas, não basta ao magistrado deferir a vaga àquela criança que a pleiteia judicialmente, pois não se estará realizando o interesse público vinculado ao direito social à educação infantil e não se impedirá que novas crianças sejam obrigadas a acionar o Poder Judiciário para lhes ser garantido o acesso à educação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art. 53, inciso I, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no seu art. 3º, inciso I, estabelecem que deve ser assegurada às crianças igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola. Todavia, no plano fático essa igualdade não é verificada a partir do momento em que determinadas crianças

obtêm uma vaga na educação infantil através de uma decisão judicial e outras, por estarem aguardando apenas no plano administrativo, não têm acesso à escola.

Por outro lado, não se identificou na análise jurisprudencial nenhuma ação coletiva interposta contra o respectivo ente municipal no intuito de discutir a política pública de acesso à educação infantil.

Quando o direito à educação infantil é discutido seja na via individual, buscando garantir o direito de acesso, seja na via coletiva, no intuito de criar uma política pública educacional que permita a ampliação do número de vagas, o juiz com base no sistema processual tradicional não se envolve na complexidade por trás de tais demandas.

Quando o direito *sub judice* é um direito social, é preciso que o magistrado tenha uma visão ampla do problema, por mais que o litígio seja individual, isto porque a titularidade do direito social é transindividual. Assim, conhecendo a fundo o problema da efetividade do direito social, será possível ao magistrado, dialogando com os demais Poderes, estabelecer objetivos mais plausíveis para que o resultado seja alcançado e sua decisão não seja letra morta. O processo estrutural tem esse viés de aprofundar o olhar sobre o problema que se apresenta, sendo a transindividualidade, característica do direito social, amplamente observada.

Considerando a inexistência de ações coletivas para discussão da política pública de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS, poderia se pensar que o mero incentivo aos legitimados ativos das ações coletivas seria o suficiente. Contudo, a adoção do sistema processual tradicional para tratar do conflito não é adequada. Na ação coletiva, cujo trâmite ocorre através das normas processuais tradicionais, o magistrado costuma dar ordens ao Executivo Municipal estabelecendo objetivos genéricos, os quais se tornam inócuos, uma vez que não são suficientes para alcançar o resultado que se deseja (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2017, p. 356).

Identifica-se que a falta de vagas na educação infantil implica um litígio de índole estrutural, pois se faz necessária a implantação de uma reforma estrutural no Município, com o objetivo de realizar a política pública de acesso à educação infantil. Ainda assim, embora a falta de vagas em creches e pré-escolas seja um litígio do tipo estrutural, nada impede que ele seja tratado em um processo individual ou em um processo coletivo que não seja estrutural

(VITORELLI, 2021, p. 66). Aliás, é isto que até então vem ocorrendo no país. Acontece que um litígio estrutural demanda um processo que também seja estrutural, pois do contrário o problema terá sido resolvido aparentemente, pois o processo individual busca resolvê-lo pelo sistema de “conta-gotas”, ou seja, para cada litigante em específico; já o processo coletivo não estrutural é incapaz de abranger todo o problema, pois que procura apenas resolver as consequências do litígio e não propriamente suas causas, diferentemente do processo estrutural (VITORELLI, 2021, p. 66).

Constatada a falta de vagas e sendo do Município a responsabilidade pela educação infantil, a reforma estrutural necessária será no ente municipal, de modo que este possa se reorganizar, aprimorando a política pública de acesso à educação infantil. A partir dessa reforma estrutural no Município é que o interesse público referente ao direito à educação infantil será atendido, mediante a concessão de vagas em número suficiente à demanda, o aprimoramento da política pública em diálogo com os demais Poderes precipuamente responsáveis por sua elaboração e implementação, a fiscalização constante pelo Poder Judiciário acerca da execução da política pública, a possibilidade de readequação dos meios inicialmente pensados para executoriedade daquela política pública, entre outros.

O processo precisa ser visto como verdadeiro instrumento de atuação na realidade (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 13). Considerar a falta de vagas na educação infantil como se fosse um problema de índole individual, tal como tem acontecido no sistema judiciário brasileiro, é distanciar o processo da realidade que se apresenta, qual seja, a de que a falta de vagas em creches e pré-escolas consiste em um problema de índole muito mais social. Como disse Cappelletti (1988, p. 8) falar de acesso à justiça é conceber que o sistema “deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos”.

A partir do momento que as regras do processo não cumprem com a sua missão constitucional e não aderem aos problemas da realidade a que devem servir, elas não podem valer legitimamente (ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p. 13). Por isso a necessidade de que elas sejam reformuladas, o que se propõe através do processo estrutural, já que desta forma será mais amplamente possível adequar o processo à realidade.

Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptarem. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância. (MARINONI, 2019, p. 100 *apud* ARENHART; JOBIM; OSNA, 2021, p.17)

Por intermédio do processo estrutural o Poder Judiciário poderá privilegiar tanto o direito subjetivo de cada criança a ter acesso à escola, como a universalização desse direito (MEDEIROS JÚNIOR, 2018, p. 75).

Aliás, desde o princípio, o processo estrutural parte da ideia da interposição de uma ação coletiva. Entretanto, o estudo aqui desenvolvido denota que não existia nenhuma ação coletiva interposta contra o município de Pelotas-RS visando à discussão da política pública de acesso à educação infantil. Assim, o processo estrutural, por si só, não seria suficiente para resolver a política pública de acesso à educação infantil no respectivo município, dada a inexistência da interposição de ações coletivas pelos legitimados ativos. Daí advém a importância dos projetos de lei que tratam da possibilidade da conversão da ação individual em coletiva, combinada com a proposta legislativa que disciplina o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Inclusive, defende-se neste estudo a ideia de que o próprio juiz possa intimar um dos legitimados ativos quando identificar a possibilidade de que naquela ação individual interposta esteja sendo veiculado pedido de alcance coletivo, que, a um só tempo, abranja as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade ou quando verificar a existência de demandas individuais repetitivas que possam causar ofensa à isonomia ou à segurança jurídica. Essa intimação faz-se necessária a fim de que o legitimado ativo possa requerer a conversão da ação individual em coletiva ou para que providencie o ajuizamento da ação coletiva. Tanto em uma quanto em outra hipótese, a discussão acerca da política pública de acesso à educação infantil estaria enquadrada.

No próximo subcapítulo será trabalhado o “caso das creches” de São Paulo, cuja decisão judicial representou uma mudança de postura do Poder Judiciário paulista frente aos casos envolvendo a falta de vagas na rede municipal da educação infantil.

3.5 Do caso das creches do município de São Paulo frente à situação da educação infantil no município de Pelotas

No Brasil, em que pese não esteja regulamentado o processo estrutural, fato é que já se torna possível vislumbrar no judiciário brasileiro exemplos de decisões com características de medidas estruturantes (VITORELLI; ZANETI JR., 2020, p. 456). Cabe reiterar que um litígio estrutural não necessariamente precisa ser tratado em um processo estrutural, tampouco medidas estruturantes precisam obrigatoriamente estar vinculadas a existência de processos estruturais.

Neste sentido, cumpre mencionar a ação civil pública ajuizada contra o Município de São Paulo-SP no ano de 2008 pelas associações Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo - CDHEP; e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene, todas integrantes do Movimento Creche para Todos.

A ação civil requeria liminarmente que o respectivo ente municipal fosse obrigado: i) a construir unidades para atendimento de 736 crianças; ii) a apresentar um plano de ampliação de vagas e de construção de unidades, de conformidade com o estabelecido pelo Plano Nacional de Educação; iii) ao pagamento de uma multa diária no valor de R\$10.000,00, em caso de descumprimento da liminar em relação a qualquer um dos pedidos. Ademais, requeriam também, em sede liminar, que fosse instituída uma multa diária ao prefeito em exercício em valor não inferior a R\$1.000,00, revertida em proveito do Fundo Municipal dos Direitos da Criança, caso descumprisse os itens i) e ii).

No mérito, os autores da ação civil pública requeriam a condenação do município de São Paulo nas obrigações de fazer referentes à construção de creches para atendimento das 736 crianças, à apresentação do plano de ampliação de vagas e de construção, e à ampliação de vagas e construção de creches, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação. Além disso, requeriam a fixação da multa diária de R\$10.000,00 por descumprimento e uma indenização por danos morais e difusos às crianças que tiveram seu direito à educação violado pela falta de vagas.

Em 1º grau, inicialmente a ação civil foi extinta sem resolução do mérito, pois o juízo entendeu pela impossibilidade jurídica dos pedidos, uma vez que estes invadiriam a discricionariedade do Poder Executivo. Interposta apelação, o recurso foi julgado procedente com a anulação da sentença. Retornado o feito para o 1º grau para novo julgamento, a ação civil foi julgada extinta pela perda do objeto em relação a um dos pedidos, haja vista que no curso do processo as 736 crianças acabaram sendo matriculadas e quanto aos demais pedidos os mesmos foram julgados improcedentes. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação. Ocorre que, antes do julgamento deste recurso, foi designada a primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça de São Paulo (COSTA, 2017, p. 460), ocasião em que se procedeu com a oitiva das partes, de especialistas em educação, especialmente a infantil, e representantes do Ministério Público e da Defensoria.

Considerando que as tentativas de acordo não foram exitosas, sobreveio julgamento do recurso de apelação, tendo sido parcialmente provido no ano de 2013 para obrigar o Município de São Paulo a: i) criar, no mínimo, 150.000 novas vagas em creches e pré-escolas, no prazo de três anos; ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; iii) apresentar, no prazo máximo de 60 dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, observado o Plano Nacional de Educação; e, iv) apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada. Além destas condenações, o tribunal determinou que a Coordenadoria da Infância e da Juventude deveria ter acesso a esses relatórios elaborados pelo Município de São Paulo-SP, cabendo a ela fornecer ao juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado, bem como deveria articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade.

Após o julgamento, foram interpostos recursos sem efeito suspensivo, o que permitiu a execução provisória do acórdão de apelação. Além disso,

passados aproximadamente três anos do julgamento, foi determinada a realização de uma nova audiência pública para apresentação dos resultados até então alcançados, com possibilidade de manifestação da sociedade civil através de esclarecimentos e/ou de propostas relativas ao tema. Após a realização dessa audiência, as partes conseguiram formular um acordo, contudo, o município de São Paulo não abriu mão do julgamento dos recursos interpostos em face do acórdão de apelação.

De acordo com o entendimento de Heloísa Couto dos Santos (2017, p. 560) a decisão proferida na ação civil pública do caso das creches de São Paulo foi de índole estrutural, entretanto, dada em meio a um processo tradicional, o que de acordo com Edilson Vitorelli é possível de acontecer (2021, p. 501).

Por muito tempo a insuficiência de vagas na educação infantil no município de São Paulo-SP está sendo judicializada por meio de ações individuais e coletivas. Não bastasse isso, existe administrativamente uma fila ampla de espera por vaga na educação infantil, cujos casos sequer chegam ao conhecimento do Poder Judiciário.

As ações individuais contra o Município de São Paulo sempre foram interpostas em maior número e apresentavam um maior índice de procedência. As ações coletivas, por sua vez, eram interpostas em desfavor do ente municipal em menor quantidade e não apresentavam o mesmo índice de êxito que as ações individuais, por isso até mesmo a preferência pela interposição destas últimas.

Em relação às ações individuais, ainda que a grande maioria fosse julgada procedente, com a condenação do Município na obrigação de matricular a criança em creche ou pré-escola, o ente municipal continuava sendo omissos, já que não havia como cumprir a decisão condenatória de imediato, pois era necessário aguardar o surgimento de alguma vaga (COSTA, 2017, p. 463). Assim, de forma paralela à lista de espera por vaga administrativa, havia uma lista de espera por vaga judicial, dando preferência, evidentemente, para o atendimento desta última em detrimento da administrativa.

Acontece que diante de um déficit na política pública de acesso à educação infantil, as ações individuais, como já amplamente demonstrado, não

se mostram satisfatórias, já que a resolução é feita apenas pontualmente para aquela criança em específico.

No que diz respeito às ações coletivas, inicialmente, o grande obstáculo para discussão das políticas públicas no seu bojo era o entendimento jurisprudencial acerca da inadmissibilidade do Poder Judiciário se imiscuir em matéria de ingerência precípua dos Poderes Executivo e Legislativo, pois isto representaria uma ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inclusive, segundo Suzana Henriques da Costa, foi possível identificar um padrão decisório no Poder Judiciário paulista extinguindo as ações coletivas que visavam discutir a política pública municipal de educação infantil, sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido, frente à discricionariedade administrativa (COSTA, 2017, p. 457). Tal identificação não ocorreu de forma eventual, pois no primeiro julgamento da ação civil pública do caso das creches no município de São Paulo-SP, o juízo *a quo* se valeu justamente desta mesma justificativa.

A partir de uma mudança de posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal, que passou a admitir em casos excepcionais o controle judicial de políticas públicas, o problema passou a ser outro. Embora as ações coletivas tenham maior potencial para tratar da política pública de acesso à educação infantil, ao se valerem das mesmas normas processuais aplicáveis às ações individuais, elas perdem em efetividade.

De modo a suplantar o entendimento consolidado na jurisprudência paulista acerca da possibilidade de discussão da política pública de acesso à educação infantil por intermédio da interposição de ações coletivas, o Ministério Público decidiu alterar sua estratégia de litigância, passando a propor ações civis públicas na busca pela “tutela de interesses individuais homogêneos fracionados e previamente identificados (matrícula de crianças constantes de rol anexado à inicial)” (COSTA, 2017, p. 457). Assim, o Ministério Público abandona as ações civis públicas cujo objeto era a tutela de interesses difusos consistente no pedido de condenação do Município de São Paulo a matricular todas as crianças inscritas em suas listas (COSTA, 2017, p. 457).

A estratégia do Ministério Público foi de aproximar o pedido da ação coletiva ao modelo tradicional de resposta comutativa do Poder Judiciário, o que de certa forma funcionou para que a ação não fosse extinta por impossibilidade jurídica do pedido, mas em termos de eficácia os resultados da

interposição dessa ação ainda eram muito limitados, pois até que se chegasse à fase de execução, muitas crianças já haviam atingido a idade limite para o ingresso em creche ou pré-escola (COSTA, 2017, p. 457).

Como já se viu, o sistema processual brasileiro está enraizado no modelo liberal-individualista, tendo a lide como características a bipolaridade (interesse do autor x interesse do réu), a retrospectividade (análise de fatos passados), a comutatividade (a compensação será dada na medida da lesão), a eficácia interpartes e o processo é principalmente conduzido pelas próprias partes (MEDEIROS JR., 2018, p. 83-84). Quanto mais próxima a ação civil pública estivesse das características das lides individuais, maiores seriam as chances de êxito. Tanto é verdade que não se hesita em afirmar que no Brasil as ações coletivas, em geral, se utilizam das mesmas técnicas processuais das ações individuais.

Tal mudança de postura por parte do próprio Ministério Público paulista é constatada também na ação civil pública do caso das creches de São Paulo, na qual o pedido inicial consistia na matrícula de 736 crianças previamente identificadas.

Algumas peculiaridades da decisão judicial prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo qualificaram-na como sendo uma decisão estrutural, as quais serão a seguir apontadas.

De acordo com Heloísa Couto dos Santos, a decisão judicial prolatada no caso das creches de São Paulo qualifica-se como decisão estrutural, considerando que o seu foco não foi a prática de uma ilegalidade isolada, mas sim uma condição social que representava uma ameaça ao direito social à educação infantil, a qual contava com a contribuição da dinâmica organizacional do próprio Poder Executivo de São Paulo (SANTOS, 2017, p. 560).

Cabe referir também que o pedido inicial da respectiva ação civil pública consistia na obrigação do município de São Paulo de construir creches para o atendimento de 736 crianças. Acontece que, ao ser prolatada a decisão de 2º grau, aquelas 736 crianças que deram origem a ação civil pública já haviam obtido as vagas nas escolas. Ainda assim, o acórdão determinou que o Município de São Paulo criasse, no mínimo, 150.000 novas vagas em creches e pré-escolas, o que representou uma alteração e uma ampliação do pedido

inicialmente formulado, de modo que o acesso à educação infantil fosse universalizado.

Outra peculiaridade da decisão foi o comando no sentido de que o Município de São Paulo-SP apresentasse, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas a fim de atender a todas as demais determinações contidas no *decisum*. No intuito de acompanhar a implementação da decisão pelo Município, foi criado um Comitê de Assessoramento junto à Coordenadoria da Infância do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que consiste em uma inovação no sistema de justiça (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 173).

A ação civil pública do caso das creches de São Paulo também contribuiu ainda que indiretamente, para a criação do que se denominou como sendo “fila social” à espera de vaga escolar, isto é, uma fila que prioriza o atendimento de forma mais célere das crianças que se encontram em situação de vulnerabilidade social, mediante adoção dos critérios do Cadastro Único do Ministério do Desenvolvimento Social/Programa Bolsa-Família (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p.171).

Cabe considerar que a existência de uma fila de espera por vaga judicial paralela à administrativa, não resolve o problema da desigualdade entre aquela criança que aguarda na fila de espera administrativa e a outra que aguarda na fila de espera judicial, ainda que seja adotado o critério da vulnerabilidade social. Isto porque os responsáveis legais das crianças, estas muitas vezes em situação de vulnerabilidade muito mais acentuada, sequer têm conhecimento acerca dos seus direitos, não recorrendo ao Poder Judiciário, estando, portanto, de fora da lista de espera por vaga judicial. Constata-se que quanto maior a hipossuficiência cultural e econômica do sujeito, mais difícil é o seu acesso à justiça pela via individual (PICOLI, 2018, p.26).

Há que se ter em conta que a prioridade é pelo atendimento das crianças listadas na fila de espera judicial. Não fosse a existência de filas de espera paralelas, em que a judicial tem preferência sobre a administrativa, o critério da vulnerabilidade social para concessão da vaga em creches e pré-escolas é interessante.

Além do mais, a respectiva decisão judicial fixou objetivos e metas a serem atingidos, projetando a solução para o futuro e não para restaurar o

status quo ante (voltada ao passado), destoando do modelo processual tradicional, já que neste a solução é retrospectiva.

Há ainda que se mencionar a preocupação do julgador com a necessidade de uma mudança de postura por parte do Poder Executivo municipal, já que pela inércia deste que a violação ao direito à educação infantil se concretizava. Desta forma, não bastava ao julgador tão somente declarar a falta de vagas como uma inconstitucionalidade cometida pelo Município de São Paulo, pois a violação ao direito à educação infantil continuaria ocorrendo. Fazia-se necessário que o julgador racionalizasse uma mudança na estrutura que perpetuava essa condição inconstitucional.

Ademais, a decisão judicial condenatória não impôs ao Município de São Paulo precisamente os meios que deveriam ser utilizados para que a execução do julgado fosse possível, apenas definiu os objetivos e metas que deveriam ser alcançados ao final do prazo estipulado (SANTOS, 2017, p. 561). Não há que se falar, portanto, na intromissão do Poder Judiciário nos demais Poderes.

Acredita-se que não foi apenas a decisão judicial no caso das creches que teve caráter estrutural, mas também algumas dinâmicas processuais realizadas no processo, a exemplo da segunda audiência pública realizada.

Como mencionado anteriormente, três anos após o julgamento foi designada uma nova audiência pública a fim de aferir a execução do julgado. Segundo Leonardo Medeiros Júnior (2018, p. 115), as audiências públicas são importantes nos processos estruturais, pois servem para organizar o procedimento, bem como permitem o diálogo na construção da melhor solução para o caso.

Na ocasião dessa segunda audiência pública, ouvidas as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e especialistas em educação verificou-se que, em que pese o avanço que representou a mudança na postura do judiciário paulista, a efetividade da decisão não foi plena. Das 150.000 (cento e cinquenta mil) vagas que deveriam ser criadas pelo município de São Paulo, apenas 89.249 (oitenta e nove mil duzentas e quarenta e nove) foram criadas até o final do período estipulado como limite para o cumprimento da ordem judicial (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 156-157).

Em virtude de que a decisão judicial não foi fruto de um consenso, mas sim imposta pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao município, a advogada

Heloísa Couto dos Santos já alertava para o risco de que a solução dada não fosse capaz de conferir efetividade ao direito à educação infantil (2017, p. 561). É bem verdade que o acórdão prolatado em desfavor do município de São Paulo não foi aleatório ao estipular o número mínimo de vagas que deveriam ser criadas pelo município, tendo se baseado no Plano de Metas e no Plano Prurianual, apresentado pelo então prefeito da cidade Fernando Haddad, para determinação da quantidade de vagas a serem criadas em creches e pré-escolas (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 170). Entretanto, já em audiência pública havia manifestação do município acerca da impossibilidade na criação do número de vagas determinado pelo Tribunal, o que se implementou no plano fático.

Constatado o descumprimento parcial da obrigação fixada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, as autoras, ao invés de promoverem o cumprimento provisório da decisão, estabeleceram um acordo com o município que englobava, dentre outras medidas, a criação de 85.500 novas matrículas em creches (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 174).

No dia 23 de março de 2021 a Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo realizou a reunião do comitê de monitoramento acerca do cumprimento do acordo firmado em 2017. Na ocasião da reunião, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo apresentou relatório final no qual constava a informação de que 91.343 matrículas foram realizadas. Tal relatório foi encaminhado ao Tribunal de Justiça de São Paulo para fiscalização e parecer do juízo.¹⁹

Se averiguada a exatidão dos dados do relatório apresentado pela Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, é possível concluir pela efetividade do acordo estabelecido entre as partes no ano de 2017, com a superação do número de vagas a serem criadas. Tal circunstância reafirma a importância da consensualidade entre as partes para resolução de litígios estruturais, pois como a primeira decisão condenatória foi imposta ao Município de São Paulo, não foi possível atingir o grau máximo de efetividade na execução daquele julgado. Por outro lado, ao entrarem em consenso, firmando acordo, a efetividade na execução deste superou as expectativas.

¹⁹ Informações disponíveis no site: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=64635&pagina=1>>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

Afirma-se que não só a decisão na ação civil pública do caso das creches foi estrutural, como também o processo no qual ela se desenvolveu, considerando as características essenciais para caracterização de um processo como sendo estrutural elencadas por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira. Segundo os autores, o que caracteriza um processo como sendo estrutural é que sua discussão envolve um problema estrutural, cuja solução requer a implementação de um estado ideal de coisas, desenvolvendo-se através de um procedimento bifásico e flexível, e, por fim, baseado na consensualidade (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 114).

Como visto anteriormente, a falta de vagas em creches trata-se de um problema estrutural, em que a sua resolução busca substituir o estado de desconformidade pela implementação de um estado ideal de coisas. No que tange ao procedimento, a depender do litígio estrutural, as regras procedimentais terão de ser adaptadas. Por este motivo que Dider Jr., Zaneti Jr. e Oliveira afirmam que “é absolutamente inviável estipular previamente os circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento do processo estrutural, tendo em vista a extrema variância dos tipos de litígios estruturais” (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 115), em razão disso defendem os autores a necessidade de que no processo estrutural o procedimento seja flexível.

Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o *standard* do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, par. Ún., e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizados, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, 1º, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC). (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 115)

O procedimento bifásico consiste em uma primeira fase em que é realizada a identificação do problema estrutural e se estipula uma meta a ser alcançada e uma segunda fase que visa à implementação desta meta. Na primeira fase é dada relevância para a produção de provas do tipo por amostragem e estatística, já que o intuito é identificar o problema estrutural

(DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 116). Ainda nesta fase, determinadas adaptações no procedimento se fazem necessárias, como a atenuação do princípio da congruência e a abertura do processo à participação de terceiros (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 116).

Na segunda fase, visando à implementação da meta estabelecida, se busca definir o tempo, o modo e o grau de reestruturação, além do regime de transição e da forma de avaliação/fiscalização das medidas estruturantes.

Em relação ao caso das creches de São Paulo é possível constatar uma adaptação das regras procedimentais frente ao litígio estrutural (falta de vagas em creches e pré-escolas) que se apresentava. Primeiramente houve a adoção de um procedimento bifásico, em que na primeira fase foi identificado o problema estrutural e foi proferida decisão estipulando a meta a ser alcançada. Nesta primeira fase verificou-se a atenuação ao princípio da congruência e da estabilização da demanda, já que as 736 crianças previamente identificadas na inicial já tinham obtido vaga nas escolas quando a decisão foi proferida, havendo uma alteração e uma ampliação do pedido inicialmente formulado, de modo que o acesso à educação infantil fosse universalizado, com a determinação de criação de, no mínimo, 150.000 novas vagas pelo município de São Paulo.

Ainda nesta fase inicial, houve a abertura do processo à participação de terceiros através da realização da primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça de São Paulo, ocasião em que foram ouvidas as partes, especialistas em educação, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

Já na segunda fase, buscou-se a implementação de um estado de coisas ideal, mediante a reestrutura da política pública educacional do Município de São Paulo, de modo que a meta estabelecida na primeira fase pudesse ser atingida. O tempo de reestruturação da política pública de acesso já havia sido estabelecido na decisão. Entretanto, quando da avaliação/fiscalização da medida estruturante, verificou-se a necessidade de ampliação desse prazo, pois das 150.000 vagas determinadas, apenas 89.249 haviam sido criadas dentro do período estipulado (2013-2016). Logo, no acordo firmado entre as partes, o município de São Paulo se obrigou a criar mais 85.500 vagas até o ano de 2020.

Em relação ao modo de reestruturação, a decisão judicial do caso das creches andou bem ao deixar para o ente municipal a decisão sobre a forma

como implementaria a condenação, o que afasta a alegação de ingerência do Poder Judiciário nos demais Poderes, em respeito ao princípio da separação dos Poderes. Aliás, não se pode deixar de mencionar a importância que teve a oitiva de terceiros, alheios ao processo, para que o próprio ente municipal fosse instigado a novas ideias para implementação da medida.

No que tange ao grau de reestruturação, a decisão proferida na ação civil pública do caso das creches de São Paulo, considerando a gravidade da falta de vagas naquele município, estabeleceu a necessidade de observância da criação de um plano de construção e ampliação de vagas. Contudo, deixou de determinar que a criação do referido plano fosse realizada com base nas metas instituídas pelo Plano Nacional de Educação, o que representaria um cuidado extra para com o grau de reestruturação necessário frente ao caso em apreço.

No que se refere ao regime de transição, o plano estabelecido para reestruturação da política pública de acesso à educação infantil do município de São Paulo é um regime de transição, “do estado de coisas que originou o litígio para aquele que a decisão pretende que seja implementado.” (VITORELLI, 2021, p. 74).

Quanto à necessidade de avaliação/fiscalização, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a criação de um comitê de monitoramento dentro da Coordenadoria da Infância e da Juventude, o qual tinha a incumbência de fornecer bimestralmente ao juízo informações sobre o andamento da execução do julgado.

Por fim, a consensualidade, elencada pelos autores Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira como de especial importância para o processo estrutural (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 115), também foi constatada no decorrer da ação civil pública do caso das creches de São Paulo. Ainda que em um primeiro momento a decisão condenatória foi imposta ao município de São Paulo, ao se verificar o descumprimento parcial, formulou-se acordo entre as partes que superou as expectativas, o que evidencia essa importância dada pelos autores à consensualidade no processo estrutural. Cabe referir que a consensualidade mencionada pelos autores como característica essencial do processo estrutural não se limita ao objeto do processo, mas abrange também o próprio

procedimento, de modo que seja possível às partes estabelecer negócios processuais (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

O litígio estrutural precisa ser trabalhado dentro de um processo estrutural, pois sendo ele objeto de um processo coletivo não estrutural, acabará resolvendo apenas as consequências do problema estrutural e não suas causas. Por outro lado, se o litígio estrutural for trabalhado através de processos individuais também não resolverá o problema estrutural, já que o objetivo do processo individual é resolver de forma pontual, no interesse de alguma(s) pessoa(s) em específico e não do todo.

A utilização do caso das creches de São Paulo como paradigma para a análise de como o processo estrutural poderia contribuir para a tutela do direito social à educação infantil, tendo em vista a insuficiência ou a ausência de políticas públicas de acesso no município de Pelotas-RS não se deve a semelhanças entre os dois municípios. O número de ações judiciais interpostas em face do município de São Paulo com certeza não se equivale ao do município de Pelotas. Tampouco há proximidade entre o número de habitantes entre os dois municípios, o que repercute na diferença da quantidade de ações judiciais interpostas.

A cidade de Pelotas no Estado do Rio Grande do Sul, conforme a análise jurisprudencial realizada, apresentou um número relativamente baixo de ações individuais requerendo a concessão de vaga em creche ou pré-escola. Além disso, não se constatou a existência de nenhuma ação coletiva interposta em face do município visando à discussão da política pública de acesso à educação infantil. Em contrapartida, o município de São Paulo no Estado de São Paulo apresenta números significativos de ações individuais e também de ações coletivas (ainda que essas em menor número se comparadas às ações individuais).

Acontece que foi possível identificar, em ambos os municípios, um problema no que diz respeito à política pública de acesso à educação infantil. Ainda que destoantes os números da judicialização do acesso à educação em creches e pré-escolas entre o município de Pelotas e o de São Paulo, não há como negar a partir dos dados administrativos o problema relacionado à falta de vagas na educação infantil nos dois municípios, mesmo que em um o problema seja mais acentuado do que no outro.

No município de Pelotas constatou-se uma quantidade bastante baixa de ações judiciais visando à concessão de vaga em creche ou pré-escola, entretanto, o número de crianças na fila de espera administrativa por vaga é significativamente alto. Em São Paulo o número de ações judiciais também é relativamente baixo se comparado à quantidade de crianças na lista de espera administrativa (COSTA, 2017, p. 462).

Pelo estudo jurisprudencial realizado no presente trabalho, verificou-se que dada a baixa quantidade de ações judiciais individuais interpostas contra o município de Pelotas-RS, a concessão de vaga em creche ou pré-escola através da decisão judicial não é capaz de impactar significativamente a política pública de acesso à educação infantil no respectivo ente municipal. Constata-se na verdade que o maior problema da judicialização do acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS está na impossibilidade de através da interposição de demandas individuais ser transformada a realidade social, a qual consiste em um número elevado de crianças à espera por vaga no plano administrativo. Como diz Suzana Henriques da Costa, “as demandas individuais apresentam pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial)” (2017, p. 463).

Através dos resultados da pesquisa, constatou-se a ampla atuação da Defensoria Pública como representante da parte autora nas ações individuais que visavam a concessão de vaga na educação infantil interpostas contra o município de Pelotas. Cumpre lembrar que a Defensoria consiste em um órgão legitimado à propositura da ação civil pública. Entretanto, mesmo tendo conhecimento direto do número de crianças à procura por uma vaga, a Defensoria Pública acaba dando preferência para o ajuizamento de ações individuais. Tal opção não consiste em apenas uma situação peculiar do município de Pelotas, verificando-se sua ocorrência em outros municípios do país como, por exemplo, São Paulo²⁰. Ressalta-se que muitos responsáveis legais ao tomarem conhecimento de que outras crianças conseguiram obter vaga por meio de uma decisão judicial, recorrem à Defensoria em busca do mesmo, o que contribui para o aumento da litigância individual.

²⁰ “A Defensoria Pública de São Paulo, embora detenha legitimidade para o processo coletivo, propôs, de 2014 a maio de 2017, aproximadamente 61 mil ações individuais pleiteando vagas para crianças em creches (média de quase 20 mil por ano). O motivo dessa proliferação de ações individuais é simples e foi explicado por um defensor público: “Nós sempre conseguimos. Nunca perdemos uma ação.” (VITORELLI, 2021, p. 66).

Acredita-se, a partir do estudo aqui desenvolvido, que a solução para que os órgãos legitimados ajuízem ações coletivas ao invés de inúmeras ações individuais poderia estar na previsão legal que permitisse a conversão da ação individual em coletiva, com destaque para importância de que o próprio juízo pudesse instigar o órgão legitimado para tanto. Daí a importância dos projetos de lei referidos ao longo do trabalho.

A ação coletiva que discute a política pública de acesso à educação infantil permite que a solução seja ampla, abrangendo um número indeterminado de crianças. Todavia, o imbróglio não consiste apenas na necessidade de que ações coletivas sejam ajuizadas. Caso contrário, a solução estaria mais perto de ser encontrada. Como amplamente defendido neste trabalho, a ação coletiva e o processo coletivo, ao se utilizarem das mesmas normas processuais aplicáveis ao processo individual, não têm o condão de intervir na política pública de acesso à educação infantil de forma eficaz, já que trataria tão somente das consequências deste problema estrutural e não das suas causas.

O processo estrutural é uma alternativa ao controle judicial de políticas públicas, sendo mais coerente com o processo de produção, implementação e avaliação destas (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 183). A relevância do processo estrutural para solução do impasse da falta de vagas na educação infantil advém até mesmo quando políticos, como no caso do município de Pelotas, sugerem estabelecer um convênio com as redes privadas de ensino, de modo a contornar este problema. Acontece que, como muito bem alertado pela vereadora Fernanda Miranda (PSOL), isso representa um sério risco para a privatização do ensino. Aliás, os convênios têm sido práticas há muito tempo conhecidas de outros municípios brasileiros para dar conta do problema relacionado ao serviço público de educação infantil, inclusive, frente às ordens judiciais de matrícula das crianças.

Por meio de decisões judiciais não atentas à política pública de acesso à educação infantil há sério risco de fragilização da educação pública, uma vez que muitos municípios optam pelo convênio com redes privadas de modo a atender a demanda reprimida. Tal constatação destaca novamente a importância do processo estrutural para tratar de política pública de acesso à educação infantil.

Há ainda que se referir que antes da interposição da ação civil pública contra o município de São Paulo, havia sido criada uma lei naquele respectivo município determinando a unificação dos registros acerca da demanda por vaga e o número de matrículas realizadas, com a divulgação pública de tais dados. Tendo a sociedade paulista o acesso a tais dados foi possível exercer uma pressão sobre os políticos locais, de modo a exigir destes soluções face o déficit vagas agora escancarado (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2019, p. 174-175). Diferentemente é a situação da cidade de Pelotas que até 2019 realizava o registro dos dados por demanda e número de matrículas realizadas na educação infantil de forma manual e sem muito controle das informações. Apenas recentemente o sistema foi informatizado, mas de qualquer forma não há divulgação pública de tais dados. Um sistema centralizado e público dessas informações evitaria o registro em duplicidade de crianças que pleitearam vaga em mais de uma escola e também garantiria que a matrícula fosse realizada na unidade educacional que mais atendesse às necessidades da família. A falta de um sistema de controle eficaz da demanda por matrícula e dos matriculados fere o direito de acesso à informação pública, não permitindo que o controle das políticas públicas seja realizado pela sociedade civil (RIZZI; XIMENES, 2010, p. 117).

No mais, foi possível identificar através da análise dos julgados oriundos da Comarca de Pelotas-RS um padrão decisório pelos julgadores de 2º grau. Acontece que na maioria dos acórdãos constatou-se apenas a alteração do nome da parte do processo, permanecendo idêntica toda a fundamentação. Isso demonstra a preocupação do judiciário com a quantidade de ações julgadas ao invés da qualidade destas.

Mesmo apresentando realidades distintas, verificou-se que os municípios de São Paulo e Pelotas apresentam um problema estrutural em relação à política pública de acesso à educação infantil. Dada a insuficiência do sistema processual tradicional, constatou-se que o processo estrutural, ainda que seja incapaz de resolver o problema estrutural de modo plenamente efetivo, se mostra mais apto a contribuir para a efetividade do direito à educação infantil face a inexistência ou insuficiência de políticas públicas de acesso. Não se pode deixar de considerar também que sendo os recursos escassos e limitados, dificilmente se conseguirá plena efetividade do direito à educação infantil, de modo que toda a demanda reprimida seja atendida. Tal

perspectiva seria uma utopia. Sendo os recursos escassos e limitados, na medida do possível é necessário realizar uma política distributiva, o que não é plausível no sistema processual tradicional.

4 Considerações finais

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou o direito à educação como um direito social fundamental, além de ter lhe dedicado um capítulo próprio. Ao longo da história da sociedade brasileira, muitos avanços e retrocessos puderam ser verificados quanto ao reconhecimento jurídico do direito à educação.

O atual texto constitucional brasileiro prevê expressamente o dever do Estado para com a educação, o que representa uma incorporação dos ideais do Estado social e democrático de Direito. O dever de prestação do ente estatal consiste na obrigação deste em fornecer todos os meios necessários para que se tenha acesso à educação, demandando que políticas públicas educacionais sejam elaboradas e implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Na hipótese de ser verificada a ausência ou a insuficiência de políticas públicas necessárias para tornar efetivo o direito à educação, o atual entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela admissibilidade do controle judicial das políticas públicas, isto é, ao Poder Judiciário diante da omissão dos demais Poderes é permitida a ingerência nas políticas públicas necessárias para fazer efetivos os direitos reconhecidos pela Constituição.

A educação infantil consiste na primeira etapa da educação básica, dividindo-se em creche e pré-escola. A partir do texto constitucional de 1988 houve o reconhecimento das crianças enquanto sujeitos de direitos, sendo titulares, portanto, do direito à educação infantil. Além disso, foi através da Constituição cidadã que houve o abandono do caráter assistencialista da educação infantil, conferindo a importância desta para o processo de aprendizagem das crianças.

Em que pese todos os avanços da Constituição Federal de 1988 no que diz respeito à educação infantil, ainda há muita negligência do Poder Público em relação às políticas públicas necessárias para fazê-la efetiva. O

texto constitucional atribui aos municípios brasileiros a atuação prioritária na educação infantil, sendo frequente a reivindicação judicial desta em face dos entes municipais, em razão da omissão destes últimos.

Embora o atual entendimento jurisprudencial seja pela possibilidade de reinvidicação judicial da educação infantil, tanto na subetapa creche quanto na subetapa pré-escola, ainda que em relação à creche não haja previsão expressa do caráter de direito público subjetivo, a judicialização do direito à educação infantil como direito público subjetivo apresenta problemas.

Constata-se no judiciário brasileiro um número considerável de ações individuais requerendo a concessão de vaga em creche ou pré-escola. Entretanto, de acordo com o que se defende na presente pesquisa, a educação enquanto direito social prestacional requer uma política do tipo distributiva, não demandando um direito público subjetivo, mas sim um direito coletivo. A judicialização do direito à educação infantil em processos individuais estimula a acentuação das desigualdades, já que a criança que obteve a vaga por meio de uma decisão judicial “fura a fila” em prejuízo das demais que aguardam por vaga no plano administrativo.

Em sendo um direito coletivo, de titularidade transindividual, o direito à educação infantil precisa ser discutido por meio de ações coletivas. Entretanto, considerando que a falta de vagas na educação infantil consiste em um litígio estrutural, pois relacionado à ausência ou insuficiência de políticas públicas de acesso, é preciso um sistema processual diferente do tradicional. No Brasil, as ações coletivas se utilizam das mesmas normas processuais aplicáveis às ações individuais, não se prestando à tutela do direito à educação infantil, por abordar o problema estrutural apenas a partir das suas consequências e não de suas causas. Daí a relevância da estrutura e dinâmica do processo estrutural para resolução deste tipo de conflito.

O processo estrutural, como visto anteriormente, é um processo coletivo (VITORELLI, 2021) que possui o intuito de realizar a reestruturação de um ente, uma instituição ou uma organização, de modo que seja possível a concretização de um direito fundamental, a realização de uma política pública ou a resolução de um litígio complexo (DIDIER JR., ZANETI JR., OLIVEIRA, 2020).

No judiciário brasileiro já é possível constatar a existência de algumas decisões estruturantes, como no caso das creches de São Paulo. Além do

mais, destaca-se a importância dos projetos de lei referidos ao longo deste estudo, os quais, de certa maneira, contemplam dinâmicas necessárias para o desenvolvimento de um processo estrutural, sem deixar de se fazer referência ao fato de que não há como estabelecer previamente todo o procedimento para o desenvolvimento de um processo estrutural, pois o mesmo será variável conforme o litígio estrutural que estiver sob o crivo do judiciário.

Por intermédio do presente estudo constatou-se que os municípios de Pelotas e São Paulo possuem um cenário judicial destoante, pois no município pelotense, ao contrário do que se imaginava, o número de ações judiciais individuais²¹ que tenham por objeto a concessão de vaga na educação infantil é relativamente baixo, já em São Paulo existem muitas demandas individuais e coletivas neste sentido. Entretanto, verificou-se que ambos os municípios apresentam o mesmo problema estrutural, qual seja, o déficit de vagas na educação infantil, com a existência de inúmeras crianças em lista de espera por vaga no plano administrativo.

Ainda que a quantidade de ações judiciais movidas contra o município de Pelotas seja baixa, isto não retira a relevância do processo estrutural para lidar com o problema relacionado à falta de vagas em creches e pré-escolas no respectivo município. Na verdade, a partir dos dados administrativos no que tange à demanda reprimida de crianças que solicitaram vagas na educação infantil, mas não obtiveram êxito, bem como o índice de cobertura do município de crianças em creches e pré-escolas, maior destaque ganha o processo estrutural.

Através do processo estrutural valoriza-se a política pública que torna possível a prestação do serviço público de educação infantil. O processo individual e o processo coletivo não estrutural não conseguem tratar adequadamente da política pública de acesso à educação, seja porque no processo individual a resolução acaba sendo pontual, seja porque no processo coletivo não estrutural apenas são tratadas as consequências do déficit de vagas e não suas causas.

É necessário democratizar o acesso à educação como forma de garantir a justiça social e para atender os objetivos fundamentais da Constituição Federal brasileira, o que não se torna viável pela interposição de

²¹ Lembrando que não foi identificada nenhuma ação coletiva contra o município de Pelotas, cujo objeto fosse a discussão da política pública de acesso à educação infantil.

demandas individuais e/ou coletivas incapazes de reestruturar o município, com o objetivo de tornar concreto o direito à educação infantil pela elaboração e implementação de políticas públicas.

Deve-se considerar que acesso à justiça não significa somente ter acesso ao Poder Judiciário, mas sim, a uma decisão justa, célere e efetiva. A situação da educação infantil no município de Pelotas denota que há tanto problemas em relação ao acesso ao Poder Judiciário, já que grande parte das crianças que não obtêm vaga nas escolas não interpõem ações judiciais em face do município, quanto no que diz respeito a uma decisão justa e efetiva, uma vez que ao conceder a vaga individual, isso se faz em detrimento do coletivo.

A presente pesquisa, ao traçar um panorama da educação infantil no município de Pelotas, identificou um problema estrutural consistente no déficit de vagas em creches e pré-escolas. Ao analisar o sistema processual tradicional, através da pesquisa jurisprudencial, verificou-se que existem poucas ações individuais movidas contra o município de Pelotas-RS, cujo objeto consistisse na garantia de acesso à creche ou pré-escola. Além disso, não foi identificada nenhuma ação coletiva no intuito de discutir a política pública de acesso à educação infantil no município. Ao contrário do que poderia se supor, a baixa judicialização da matéria não permitiu concluir pela inexistência do problema estrutural da falta de vagas na educação infantil no município de Pelotas. Dados administrativos e disponibilizados pelo Tribunal de Contas do Estado evidenciam um número significativo de crianças à espera por vaga e a incapacidade do município de Pelotas em atendê-las.

Ademais, constatou-se que o sistema processual tradicional não é capaz de resolver a política pública de acesso à educação infantil, uma vez que em relação ao município de Pelotas, as ações individuais apenas solucionam o problema de forma pontual em detrimento do coletivo. Ainda que se pudesse cogitar da interposição das ações coletivas, verificou-se que estas também não teriam a capacidade de resolver a política pública de acesso à creche e à pré-escola no município, pois ao se utilizarem das mesmas normas processuais aplicáveis às ações individuais, não é possível proferir uma decisão judicial executável que seja capaz de lidar com as causas do déficit de vagas, mas tão somente as suas consequências.

Concluiu-se que o processo estrutural consiste em um instrumento apto para a concretização de políticas públicas de acesso à educação infantil no município de Pelotas-RS, haja vista que existe um problema estrutural relacionado a elas, não sendo o sistema processual tradicional apto a resolvê-lo. Através do processo estrutural a decisão judicial até pode ser imposta, mas antes há toda uma abertura dialógica que informa ao magistrado a realidade dos fatos e os meios passíveis de correção da política pública, projetando os efeitos do comando judicial para o futuro, de modo que a política pública de acesso à educação infantil seja aprimorada. A decisão estruturante do caso das creches de São Paulo serviu de paradigma para análise do problema estrutural da falta de vagas na educação infantil, considerando ser o mesmo problema identificado no município de Pelotas.

No entanto, cabe considerar que não há modelo processual que seja capaz de resolver por definitivo as políticas públicas necessárias para fazerem efetivos os direitos previstos na Constituição Federal, isto porque não há como garantir recursos infinitos, de modo que todos os direitos sejam plenamente satisfeitos. O que se defende no presente trabalho, sobretudo, é que por meio do processo estrutural se é capaz de realizar a política distributiva que se requer para os direitos sociais, sendo os mesmos garantidos para todos, ainda que minimamente. Este é o sentido de justiça social, de igualdade material e de acesso democrático.

Referências

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade**. São Paulo: Almedina, 2019.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da educação e da pedagogia [livro eletrônico]: geral e Brasil**. São Paulo: Moderna, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix. OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. AMARELO VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. 2, 2015, p. 211-229.

BES, Pablo. SILVA, Michele Carvalho da. **Organização e legislação da educação [recurso eletrônico]**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier Brasil, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 ago. 2020.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm >. Acesso em: 06 de jan. 2021.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 3º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2020 [recurso eletrônico]**. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2020.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação**. Disponível em: <<http://pne.mec.gov.br/>>. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE-AgR: 410715/SP**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 22/11/2005. Data de Publicação: DJ 03/02/2006. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762513/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-410715-sp>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337**. Relator: Celso de Mello. Data de Julgamento: 15/09/2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 maio 2022

Coordenadoria da Infância do TJSP acompanha acordo sobre vagas em creche na Capital paulista. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=64635&pagina=1>>. Acesso em: 18 maio 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 40, p. 67, 2001, p. 73.

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

COSTA, Suzana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 57, jul./set. 2015.

COSTA, Suzana Henriques da. FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo coletivo e controle judicial. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação nas constituições brasileiras. In: STEPHANOU, Maria e BASTOS, Maria Helena Câmara (orgs.). **Histórias e Memórias da Educação no Brasil**, v. 3, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Zaneti Jr., Hermes. OLIVEIRA, Rafael de Alexandria. Nota sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Zaneti Jr., Hermes. OLIVEIRA, Rafael de Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, jan./mar. 2020.

DUARTE, Clarice Seixas. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. In: Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-

713, out. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ERHARDT, André Cavalcanti. **Judicialização do direito à educação: o caso brasileiro sob a perspectiva da mobilização social por direitos**. 2017, 103f. Dissertação - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília. 2017.

FERREIRA, Michele. **Mais de 1,4 mil crianças aguardam vaga em Emeis de Pelotas**. Diário Popular, Pelotas, 11 abril 2022.

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

GERHARDT, Tatiana Engel. SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/downloadsSerie/derad005.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2020.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **Filosofia e história da educação brasileira: da colônia ao governo Lula**. 2ªed. São Paulo: Manole, 2009.

GIDI, Antonio, **O Projeto CNJ de Lei de Ação Civil Pública. Avanços, inutilidades, imprecisões e retrocessos: a decadência das ações coletivas no Brasil**. V.12. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais' direitos públicos subjetivos'? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais (Are Social Rights' Subjective Public Rights'? Myths and Confusions in the Theory of Fundamental Rights). **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, 2019, p. 410.

HAMEL, Marcio Renan; BOANOVA, Aline Moura da Silva. A teoria do reconhecimento e a educação pública no cenário brasileiro. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 8, n. 2, p. 173-196, 2020.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: J. C. B. Mohr, 1892, trad. it. Sistema dei diritti pubblici subiettivi. Milano: Società Editrice Libreria, 1912, p. 10. (tradução livre)

JOBIM, Marco Félix. ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em *Brown v. Board of education*. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

KRUG, Juliana. **O direito à educação, seu desenvolvimento histórico e jurídico**. Diálogo, n. 17, Canoas: 2010, p. 13-42.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LUNA, Débora de Oliveira Lopes. OLIVEIRA, Ítalo Martins. História do Direito à Educação nas Constituições brasileiras: de 1824 à Constituição de 1988. In:

Políticas públicas na educação brasileira: pensar e fazer /Organização Atena Editora. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2018, p. 124-135.

MARTINS, FLÁVIO. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. **Processo Estrutural Consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Andrea Pimentel. **Quem tem medo do processo coletivo? As disputas e escolhas políticas no CPC/2015 para o tratamento da litigiosidade repetitiva no Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Almedina, 2020. v. 1. 218p.

MOLETTA, Ana Keli. BIERWAGEN, Gláucia Silva. TOLEDO, Maria Elena Roman de Oliveira. **A educação infantil e a garantia dos direitos fundamentais da infância [recurso eletrônico]**. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra Editora, 2010.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

PALHARES, Beatriz Achôa. Projeto de lei Ada Pellegrini Grinover e o processo estrutural. 2021. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/depeso/344965/projeto-de-lei-ada-pellegrini-grinover-e-o-processo-estrutural> > Acesso em: 10 maio 2022.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. 2018. 111 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PIRES, Diego Bruno de Souza. **O Direito à Educação e a Atuação do Judiciário no Brasil**. Editora Dialética, 2020.

PROINFÂNCIA. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Ministério da Educação. Disponível em: <
<https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/proinfancia/sobre-o-plano-ou-programa/sobre-o-proinfancia> >. Acesso em: 06 jun. 2022

REIS, Leila Duarte. **Políticas globais para a educação infantil: análise da regulamentação e efetividade das políticas para crianças de zero a três anos no município de Pelotas/RS**. 2019. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Pelotas. Pelotas. 2019.

RIZZI, Ester. XIMENES, Salomão. Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; ESCRIVÃO FILHO, Antonio (Ed.). **Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular**. Terra de Direitos, 2010.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. Um posfácio necessário: o racionalismo crítico e a ciência do Direito. In: GRUBBA, Leilane Serratine. **Conhecer Direito II: a epistemologia jurídica no Brasil**. Florianópolis : FUNJAB, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

SANTOS, Émina. **A educação como direito social e a escola como espaço protetivo de direitos**. Educação e Pesquisa, v. 45, p. e184961-e184961, 2019. Disponível em: <
www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151797022019000100508&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 12 de out. de 2019.

SANTOS, Heloisa Couto dos. Educação infantil - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Apelação nº 0150735-64-2008-8.26002 (Caso Creches) - Julgamento em 16 de dezembro de 2013. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

SANTOS, Heloísa Couto dos. Modelo processual adequado para o controle judicial de políticas públicas: estudo de caso. 2017. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **Para além da jurisdição dos “conceitos sem coisas”: o problema da abstrativização da prestação jurisdicional a partir da análise acerca da litigiosidade no Brasil**. 2015. 328 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial - notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: Cengage Learning 2016.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Pesquisas em processos judiciais**. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**. WMF Martins Fontes, 2019.

TAPOROSKY, Barbara Cristina Hanauer. **O controle judicial da qualidade da oferta da Educação Infantil: um estudo das ações coletivas nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2016)**. 2017, 203f. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

TEIXEIRA, Maria Cristina. O direito à educação nas Constituições brasileiras. **Revista do Curso de Direito**, v. 5, n. 5, p. 146-168, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Radiografia da Educação Infantil no Rio Grande do Sul**. Disponível em: < https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/estudos_pesquisas/educacao_infantil >. Acesso em: 01 mai. 2021

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Ed.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

VITORELLI, Edilson; ZANETI JR, Hermes. **Casebook de Processo Coletivo: Estudos de Processo a partir de Casos: volume 2: Técnicas extrajudiciais de tutela coletiva e temas especiais**. São Paulo: Almedina, 2020.

XIMENES, Salomão Barros. OLIVEIRA, Vanessa Elias de. SILVA, Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 29. Brasília, maio - agosto de 2019, pp 155-188.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. O direito social à educação. **Revista do Curso de Direito**, v. 12, n. 12, p. 3-37, 2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9

Registro: 2013.0000792670

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes AÇÃO EDUCATIVA ASSESSORIA PESQUISA E INFORMAÇÃO, INSTITUTO DE CIDADANIA PADRE JOSIMO TAVARES, CASA DOS MENINOS, CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DE CAMPO LIMPO - CDHEP e ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL INTERESSES A HUMANIDADE JARDIM EMILIO CARLOS E IRENE, é apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

São Paulo, 16 de dezembro de 2013.

Desembargador Decano
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 15.868

AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0150735-64.2008.8.26.0002

COMARCA: São Paulo

APELANTES: Ação Educativa Assessoria Pesquisa e
 Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares;
 Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e
 Educação Popular de Campo Limpo – Cdhep e Associação
 Internacional Interesses A Humanidade Jardim Emilio
 Carlos e Irene

APELADA: Municipalidade de São Paulo

Apelação de sentença que julgou improcedente ação civil pública proposta com o objetivo de obrigar a Municipalidade de São Paulo a propiciar educação infantil a 736 crianças, bem como ampliar a oferta de educação infantil, mediante construção de unidades escolares suficientes para atender toda a demanda oficialmente cadastrada, e ainda a indenizar aquelas não atendidas por danos morais e materiais difusos, como forma de reparação dos prejuízos sociais e econômicos causados pela omissão estatal – Inexistência de perda superveniente do objeto da ação - Direito das crianças à educação infantil consagrado na Constituição da República e no Estatuto da Criança e Adolescente, correspondendo a obrigação prioritariamente do Município – Dever do Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, de exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes a sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder, pois a questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável – Jurisprudência - Omissão do Município de São Paulo reconhecida – Apelo julgado parcialmente procedente para obrigar o Município de São Paulo a criar novas vagas em creches e em pré-escolas, no prazo fixado e em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada, propiciando ensino dentro de padrões de



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

qualidade; obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada; obrigar o Município de São Paulo a apresentar, no prazo estipulado, plano da ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, bem como apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada.

Ação Civil Pública foi ajuizada, em 05/09/2008, pelas associações Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS”, em face da Municipalidade de São Paulo, alegando que são partes legítimas e possuem interesse processual para pleitearem:

Liminarmente:

1 – fixação de 180 dias, ou outro prazo, para que a Municipalidade de São Paulo construa unidades em número suficiente para atender 736 crianças, próximo as suas residências;

2 – fixação de 90 dias, ou outro prazo, para o Município apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades, de conformidade ao Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001);



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3 – no descumprimento da liminar, multa no valor de R\$10.000,00 por dia, ante o desatendimento de cada um dos pedidos;

4 – aplicação de multa à pessoa do Prefeito Municipal Gilberto Kassab, ou outro que venha a sucedê-lo, em valor não inferior a R\$1.000,00, por dia, ante o descumprimento do item 1 e 2, destinado ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança.

Mérito:

1 – obrigação de fazer consistente na construção de creches para atender 736 crianças;

2 – obrigação de fazer consistente na apresentação de Plano de Ampliação de Vagas e de Construção;

3 – obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de creches, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação;

4 – Multa diária não inferior a R\$ 10.000,00;

5 – Indenização às crianças cujo direito à educação tem sido violado, por danos morais e materiais difusos;

Deu-se à causa valor de R\$1.000,00 (um mil reais).

Após manifestação da Municipalidade sobre os pedidos liminares (fls.236/247), o feito foi julgado extinto, sem



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

resolução do mérito, ao fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (fls.262/267), vez que os pedidos invadiriam a discricionariedade atribuída ao Poder Executivo.

Aos 22.10.2008, as Associações apelaram buscando a anulação da sentença e o prosseguimento do feito (fls.270/288).

Por decisão exarada na própria petição de recurso, foi este recebido somente no efeito devolutivo, mantendo-se a sentença lançada e, de imediato, determinando a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça (fl.170).

Neste grau de jurisdição, a Procuradoria-Geral de Justiça propôs o provimento do apelo, a fim de que seja dado regular prosseguimento à ação.

Por votação unânime, esta Colenda Câmara Especial julgou procedente o recurso (Ap. nº 175.158-0/3-00, Rel. Martins Pinto, j. 18/5/2019, fls. 301/306).

Contra o Acórdão, a Municipalidade interpôs Recurso Especial (fls. 323/329), alegando infringência ao artigo 267, VI, do CPC. Contra-arrazoado o recurso (fls. 332/353), manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça por sua inadmissibilidade ou, se conhecido, pelo não provimento (fls. 355/361), advindo decisão da Vice-Presidência, negando seguimento ao Recurso Especial (fls. 363/365), a qual foi atacada por agravo de despacho denegatório de recurso especial.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Retornado o feito à origem (13.10.2010, fl.368), a Municipalidade ofereceu contestação (fls. 383/420) com impugnação específica para cada pedido, em especial, contra a legitimidade das autoras.

Aos 9.5.2011 (fls. 474/476), informou a Municipalidade que das 823 crianças que constavam na inicial, 523 já foram matriculadas, 173 não possuem cadastro ativo na Secretaria Municipal de Educação, 53 desistiram, restando ser atendidas apenas 10 crianças, aguardando vagas.

Às fls. 1310/1337, as Associações ofereceram réplica pedindo a produção de prova oral e técnica.

Encaminhados a ele os autos, o Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público pronunciou-se pelo atendimento ao pleito (fls. 1347/1388).

Conclusos, o MM. Juiz, aos 9.1.2012, com fulcro no artigo 330, I, do CPC, sentenciou o feito, julgando extinta a demanda em relação a 736 crianças que já obtiveram vagas, e, quanto aos demais pedidos (obrigação de fazer, multa e indenizações) julgou improcedente, nos termos do artigo 269, I, do CPC, condenando, ainda, as autoras, diante da sucumbência, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa (fls. 1439/1452).

Tempestivamente, apelaram as Associações (fls. 1471/1511), embasadas, em essência, nas mesmas razões da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

inicial e no cerceamento de defesa, pedindo, porém, além da reforma da sentença para reconhecer a procedência da ação, o reconhecimento da impossibilidade de as autoras serem condenadas nas custas e despesas processuais.

Contrarrazões foram juntadas às fls. 1517/1556, tendo sido os autos remetidos ao Tribunal de Justiça (5.9.2012), advindo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça em prol do parcial provimento do recurso (fls. 1755/1763).

Aos 29.4.2013, os autos foram para julgamento nesta Câmara Especial que, por votação unânime, converteu-o em diligência, remetendo os autos ao setor de conciliação (fls. 1772/1774)

Aos 18.11.2013, diante das infrutíferas tentativas de conciliação, o Desembargador Samuel Júnior, determinou o desapensamento do feito, vindo os autos conclusos aos 22.11.2013.

Anoto, de suma importância, que, referentemente a este processo, tanto quanto no que a ele estava apensado (Agravamento Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000), de relatoria do eminente Desembargador Samuel Júnior, por determinação deste, em pioneira e fecunda medida, foi convocada audiência pública, na qual foram ouvidas as partes deste processo, especialistas em educação, especialmente a infantil, e também representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este o relatório.

I – As apelantes sustentam, em apertada síntese, a necessidade de reforma da sentença, em especial pelo desrespeito por parte do Município de São Paulo, ao Plano Nacional de Educação, estabelecido pela Lei 10.172/2001 relativamente às metas de ampliação progressiva de atendimento público que vêm sendo reiteradamente descumpridas. Requerem, ainda, ao final, a exclusão da condenação ao pagamento de custas e honorários, bem como que a matéria constitucional aventada seja explicitamente apreciada (fls. 1471/1511).

II – De proêmio, insta salientar que não há que se falar em eventual perda superveniente do objeto da ação, quer pela celebração de termo de ajustamento de conduta entre o Município e o Ministério Público, quer pelo paulatino e consistente atendimento do dever constitucional de oferecimento de ensino, uma vez que, tais compromissos, aperfeiçoados na esfera administrativa, não obstam a defesa, em juízo, de interesses individuais homogêneos.

III – Delimita-se o objeto da controvérsia na imposição da obrigação de fazer à Administração Municipal, a fim de que sejam satisfeitos direitos e garantias conferidas às crianças e aos adolescentes, tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Em suma, imputa-se omissão da Municipalidade em garantir aos menores o regular atendimento em estabelecimentos de ensino infantil.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IV – Foi claro o Poder Constituinte Originário ao estabelecer como dever do Estado, em todas as esferas federativas, propiciar “*educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade*” (artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº 53/2006). O mesmo comando emerge do disposto no artigo 54, incisos I e IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90.

Fixada a garantia constitucional, a Carta Magna, ao direcionar as atribuições de cada uma das pessoas políticas no tocante à organização do ensino, impôs aos Municípios atuação prioritária “*no ensino fundamental e na educação infantil*” (artigo 211, § 2º, da CF/88, com redação dada pela EC nº 14/96) e aos Estados e Distrito Federal, no “*ensino fundamental e médio*” (artigo 211, § 3º, da CF/88), estabelecendo, ainda, que “*na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório*” (art. 211, § 4º, da CF/88).

V – Indiscutível, portanto, o dever constitucionalmente fixado de a Municipalidade de São Paulo fornecer educação infantil às crianças, não havendo que se falar, portanto, na impossibilidade jurídica do pedido.

Merece destaque, neste sentido, trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello que, julgando o Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, ressaltou que “*(...) o direito à*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, 'caput' – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num 'facere', pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional,(...)”.

Nesse sentido, não se argumente que o direito em tela é inexecutável por estar disciplinado em normas programáticas. Conforme lição de J.J. Gomes Canotilho, “*Às 'normas programáticas' é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não se deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político*” (cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, p. 1.102).

Tanto é assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em processo referente à educação infantil – decidiu que “*O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à educação infantil – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de 'atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

anos de idade' (CF, art. 208, IV) – não podem ser menosprezados pelo Estado, 'obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência'(...), sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípuo destinatário.” (RE 410.715-AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., D.J. 03/02/2006).

VI – Igualmente não procede a alegada intromissão indevida do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa.

Se Constituição da República afirma ser dever constitucional do Estado assegurar à criança o direito à educação infantil, obriga-se o Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes à sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder. A questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável.

Definir políticas públicas, eleger prioridades no âmbito de um universo sempre de escassez de recursos – lembrando com o economista norte-americano Paul Samuelson que a Economia preocupa-se essencialmente com o estudo das leis



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômicas indicadoras do caminho que deve ser seguido para que seja mantida em nível elevado a produtividade, melhorando o padrão de vida das populações e empregados corretamente os recursos escassos, e ainda com o economista francês Vilfredo Pareto, ao criar a palavra “ofelividade”, para designar o caráter de qualquer coisa que corresponde ao nosso desejo, correspondendo à ideia de que os recursos são limitados e as necessidades humanas são ilimitadas – inegavelmente se inserem aquelas ações nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo, exercidas quando da formulação das leis orçamentárias.

Porém, quando a Constituição Federal afirma ser direito fundamental o da criança à educação infantil, o não cumprimento impõe ao Poder Judiciário, quando provocado, agir para resguardá-lo.

É função típica do Poder Judiciário, por intermédio da atividade jurisdicional, reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados e lhes conceder tutela útil e efetiva. Em outras palavras, o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos legitima o Poder Judiciário à imposição de comandos a todos aqueles, incluindo o Estado, que vierem a molestá-los. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional, colidindo, frontalmente, com as novas ideias que emergem do Direito Processual Moderno, entre as quais a efetividade da jurisdição.

Nesse diapasão, a atuação do Poder Judiciário



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não constitui lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes, ao contrário, a ele se conforma, pois, ao exigir a observância de direito consagrado na Constituição, não está ele se pronunciando sobre o mérito administrativo, relacionado às conveniências do Governo, mas sim fazendo respeitar as determinações do legislador constituinte.

Seria extremamente cômodo negar-se a possibilidade de se impor à Administração Pública obrigação de fazer, outorgando tutela específica e efetiva, nos moldes previstos pelos artigos 461, do Código de Processo Civil e 84, do Código de Defesa do Consumidor, sob o argumento de que a concessão de tutela específica em face dela implicaria indevida intervenção do Poder Judiciário na atuação discricionária garantida, também constitucionalmente, ao Poder Público. A discricionariedade, delimitada por Hely Lopes Meirelles como poder que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para praticar atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 17ª edição: Malheiros Editores, 1992, p. 102), não pode, por certo, servir de escudo ao Administrador, legitimando o descumprimento de deveres impostos à Administração e, conseqüentemente, desrespeitando direitos subjetivos dos cidadãos.

Verdade seja dita, no entanto, que a possibilidade de sujeitar o Estado à tutela específica em referência não implica, por evidente, o acolhimento, de maneira indiscriminada, de todas



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

as pretensões, individuais e coletivas, que forem deduzidas em juízo. Isto é, ultrapassada a esfera das condições da ação, a imposição de obrigação de fazer à Administração Pública prende-se, diretamente, à satisfação de um direito subjetivo reconhecido pelo ordenamento jurídico. De outra sorte, descabe tal tutela jurisdicional diante de pretensões fundadas em meras diretrizes ou preceitos que não comportam auto-aplicação. Neste caso, não há como conceder tutela satisfativa, sem atentar contra as prerrogativas de atuação do Administrador ou, então, violar exigências, também impostas pelo legislador, que limitam a atuação da Administração Pública em proteção à moralidade e ao bom uso do dinheiro público.

Examinando, com profundidade, a possibilidade dessa tutela jurisdicional direcionar-se ao Estado, bem como as suas limitações, conclui o processualista Eduardo Talamini: *“Esta constatação retira a legitimidade de uma recusa geral e absoluta à efetivação judicial dos direitos sociais constitucionalmente assegurados, afastando o argumento de que o tema constituiria apenas matéria de política pública, submetida a uma suposta discricionariedade estatal impassível de controle pela Jurisdição. Mas também não é suficiente para dar a questão por resolvida. Inicialmente, cabe distinguir entre as hipóteses normativas constitucionais de que se extrai apenas o dever de o Estado realizar políticas públicas de caráter social e aquelas que, mais do que a imposição de diretrizes objetivas estatais, embasam direitos subjetivos públicos. No primeiro caso, dentro de certas*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

condições, poder-se-á falar em certas restrições mais amplas à tutela jurisdicional. Já no segundo, em regra, é viável o recurso do cidadão ao Judiciário, para a fruição concreta da utilidade assegurada pelo direito fundamental de cunho social (que, então, pode ser qualificado como 'direito originário a prestações sociais'). Os direitos sociais à saúde e ao ensino fundamental, por exemplo, podem ter sua efetividade atingida através da tutela jurisdicional (inclusive, de caráter individual), independentemente de amparo em regras infraconstitucionais.” (Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 141/142).

Voltando ao Supremo Tribunal Federal, o mesmo Ministro Celso de Mello relatou acórdão encapsulado na seguinte ementa:

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS 'ASTREINTES' CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIO 'JURA NOVIT CURIA' - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À 'RESERVA DO POSSÍVEL' E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras 'escolhas trágicas', em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS 'ASTREINTES'. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A 'astreinte' - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.”. (ARE nº 639337 AgR/SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO; Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma).

Também daquela máxima Corte de Justiça:

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas se revela possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório -, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.” (RE nº 603575 AgR/SC, 2ª Turma, Rel. Eros Grau, j. 20.4.2010).

E:

“Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal e vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.” (AG. REG. no Recurso Extraordinário nº 464.143, Segunda Turma, Relª. Ellen Gracie, j. 15.12.2009).

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa mesma linha, decidiu: “(...) a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.” (REsp 1185474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

Este tem sido, invariavelmente, o pensamento desta Colenda Câmara Especial, externado em inúmeras decisões, como se colhe, entre outros, de:

“Mandado de Segurança. Sentença. Ordem concedida. Determinação de inclusão de criança 'em unidade de ensino infantil'. Remessa oficial. Apelação da pessoa de direito público ré. Pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo e condições da ação presentes. Mérito conhecido e apreciado. Acesso a unidades de ensino infantil. Creche ou pré-escola. Direito à educação. Direito e garantia fundamental. Consagração em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Sentença proferida em consonância com jurisprudência já consolidada na Câmara Especial do Tribunal de Justiça. Apelação e recurso de ofício não providos.” (Apelação nº 990.10.112422-0, Rel. Des. Ciro Campos);

“Apelação - Obrigação de fazer - Sentença que



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

obriga o Município a matricular criança em unidade de ensino infantil - Adequação da via processual eleita - Direito Fundamental, líquido e certo - Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República e da discricionariedade administrativa - Necessidade de harmonia com o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) - Obrigações constitucionais que não se inserem na discricionariedade administrativa - Normas constitucionais de eficácia plena Direito universal que não pode ser condicionado, segundo critérios do administrador - Aplicação da Súmula 63, do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo - Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido Adequação da fixação e do valor fixado a título de honorários advocatícios - Não provimento do recurso e do reexame necessário.” (Apelação nº 0073515-71.2010, Relatora Des. Maria Olívia Alves);

“Apelação - Recurso da Fazenda Pública Municipal contra sentença que, em ação de obrigação de fazer, condenou-a a disponibilizar vaga em creche por período integral, porém, respeitando o recesso porventura existente - Alegação de ausência de interesse de agir, do direito público subjetivo e violação ao princípio da separação dos poderes Apelo da menor visando à concessão de vaga em creche, inclusive dos meses de janeiro, julho e dezembro – Apelo fazendário a qual se nega



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provimento ante a rejeição das preliminares, bem como a ausência de ingerência indevida do Judiciário em questões de outro Poder - Recurso da criança provido para garantir serviço público essencial que não pode ser interrompido - Reexame necessário não conhecido ante o direito controvertido não atingir o valor de alçada (60 salários mínimos) bem como, a r. sentença ter sido fundamentada em jurisprudência já pacificada nas Cortes Superiores (art. 475, §2º e §3º, CPC).” (Apelação nº 0002803-13.2012, Rel. Desembargador Decano, j. 19.7.2013, v.u.)

Da mesma forma nas Apelações nºs. 0005375-32.2012, 016606-26.2011, 0005746-03.2012 e 9176217-27.2009.

A reiteração de decisões nesse sentido induziu este Tribunal de Justiça a editar a Súmula nº 65, que assim reza: *“Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades.”*

Consigno, por último, sobre o tema, retirado do acórdão prolatado no já mencionado Agravo Regimental que a esta Apelação estava apensado, asserção do ilustre Relator:

“E não se está invadindo seara exclusiva da administração, com o que se está determinando, deve ser desde



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

logo esclarecido. Em lição que se aplica ao presente caso, o E. Supremo Tribunal Federal, no RE 229760/ DF - DISTRITO FEDERAL, reafirmou o entendimento no sentido de que deve ser considerada como norma de eficácia plena, o inciso IV do art. 208 do Magno Texto.”.

E mais adiante:

“E como dito pelo Ministro Ayres Brito, com precisão no RE do Distrito Federal: *'a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que*



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional'.

No mesmo sentido: RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 15-12-09, Segunda Turma, DJE de 19-2-10; RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-09, Segunda Turma, DJE de 7-8-09. Enfim, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

creches e pré-escolas e de que é possível a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional. (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009.) No mesmo sentido: AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-2009, Primeira Turma, DJE de 5-6-2009; RE 384.201-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-2007, Segunda Turma, DJ de 3-8-2007. E não há como se invocar, também, a tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen), que se assenta na ideia obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*), a uma porque a própria administração reconhece que tem recursos e mesmo que assim não fosse, a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo, que não é o caso. Ademais, como já se afirmou, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, já que não se submete a seu Juízo discricionário e à sua vontade política.

Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários, pois a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e não há qualquer dúvida de que entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. E não se esqueça que os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola.”.

Se ente político descumpre o mandamento constitucional atinente a propiciar educação infantil ocorre violação de direito público subjetivo constitucionalmente garantido às crianças pelo já mencionado artigo 211, § 2º, da Constituição da República, tendo sido essa a motivação primordial das Associações Cívicas para a propositura da presente ação coletiva. Fizeram-no, com certeza, fiadas em ser absolutamente necessária a atuação do Poder Judiciário na proteção a direitos violados e, também, no controle jurisdicional sobre as políticas públicas, buscando sempre a garantia de implementação de direitos fundamentais consagrados na Constituição, dado que a discricionariedade conferida ao Administrador, como já enfatizado, não pode ser utilizada como escusa para o Estado exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, comprometendo a eficácia de direitos



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sociais dotados de fundamentalidade, conforme decidido pelo Ministro Celso de Mello ao julgar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45: *“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL' (...).”*

VII – As autoridades da atual gestão do Município de São Paulo assumiram o compromisso de atender a toda a população demandante por educação infantil, mais especificamente por meio da criação de 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas na rede municipal de São Paulo. Dita promessa foi enunciada tanto no Programas de Metas 2013-2016 (“Objetivo 2: Melhorar a qualidade da Educação e ampliar o acesso à Educação



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Infantil com a expansão da rede de equipamentos e a criação de 150 mil novas vagas” (<http://planejasampa.prefeitura.sp.gov.br/index.php/programa-de-metas>), apresentado por força do disposto na Lei Orgânica do Município, quanto no projeto de lei do Plano Plurianual 2014 2017, encaminhado à Câmara Municipal de São Paulo (Projeto de Lei do Executivo nº 694/2013). Na audiência pública realizada em 29 de agosto de 2013, esses compromissos foram reafirmados pelo Secretário de Educação do Município.

Afirmam as apelantes – e o fazem escudadas em dados obtidos em <http://portalseme.prefeitura.sp.gov.br/anônimo/demanda.aspx> — que, quando da primeira ação civil pública por elas propostas, em 2008, a lista de espera oficial registrava 181.701 crianças não atendidas, sendo 134.497 esperando vagas em creches e 47.204 em pré-escolas, tendo esse quadro sido agravado, hoje, no caso das creches que, de acordo com dados oficiais de setembro de 2013, a lista de espera totaliza 171.555 crianças, sendo 156.982 aguardando vaga em creche e 14.573 em pré-escolas.

Essa situação revela que o Município de São Paulo atende em educação infantil a apenas 27,2% da população com idade entre zero e 3 (três) anos, longe do patamar estipulado pela Lei Federal 10.172/2001 de um mínimo de 50% da população desse recorte etário (Censo Escolar, MEC/INEP, 2012 e Projeção Populacional, SEADE/IBGE, 2012).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No Acórdão prolatado no já referido Agravo Regimental, ressaltou-se:

“No documento de fls. 739/740, juntado pela Municipalidade, a Assessoria Técnica e de Planejamento da Secretaria Municipal de Educação, afirma de forma categórica: '...a falta de vaga na educação infantil não se deve á falta de recursos financeiros..., mas, sim, a outros fatores, em especial a dificuldade para encontrar terrenos!'.”

Sim, como clama a apelada, não vamos ignorar a dificuldade de se encontrar terrenos vagos na cidade de São Paulo, o que faz com os preços cheguem às alturas; sim, há grandes entraves burocráticos (judiciais) que demandam muito tempo para que a Prefeitura promova desapropriações que possibilitem a construção de prédios para abrigar novas creches. Mas, como exposto em continuação no citado Acórdão:

“No documento de fls. 741, da mesma Assessoria, restou consignado também, com todas as letras, que '... os recursos para atendimento à demanda do Jabaquara e Saúde foram consignados juntamente com os recursos para atendimento à demanda do resto da cidade. Embora haja saldo disponível nas dotações orçamentárias, tal fato é decorrente das dificuldades de encontrar terrenos para construção e implantação de equipamento educacional, além disso, há os entraves burocráticos, problemas com o código de obras, lei de zoneamento, desapropriação, licitação....'.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

E prossegue o acórdão:

“Para confirmar a má gestão, como também restou ressaltado às fls. 47, o Município de São Paulo, não obstante as filas de espera, ou seja, a existência de milhares de crianças aguardando vagas, especialmente em creches (e aqui me refiro à Capital e não apenas aos Bairros submetidos à jurisdição do Jabaquara), nem mesmo os recursos adicionais recebidos do FUNDEB foram utilizados, ainda que 60% devesse ser com remuneração do magistério, não incluídos aqui, é claro, os aposentados e pensionistas, que devem ser pagos por outra fonte de custeio. Está transcrito às mencionadas fls. 48, parecer do Tribunal de Contas, que não foi ilidido, no sentido de que em 2007 teria sobrado um saldo de R\$ 159.166.852,00, para ser aplicado durante o exercício de 2008, em despesas com o ensino fundamental e a educação infantil.

E a mesma história se repetiu em 2008, quando R\$ 78.260.685,00, deixaram de ser aplicados, remanescendo para 2009.

Portanto, deixou a Municipalidade de gastar 40% dos recursos do FUNDEB, em aquisição, manutenção, construção, conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino; na aquisição de imóveis já construídos ou de terrenos; na ampliação, com conclusão e construção de prédios, poços, muros e quadras de esportes nas escolas; na aquisição de mobílias e equipamentos; na manutenção dos equipamentos existentes, seja



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

mediante aquisição de produtos/serviços necessários ao funcionamento desses equipamentos; na aquisição de material didático-escolares, destinados a apoiar o trabalho pedagógico; no transporte escolar, etc.

E observe-se que em razão do disposto no artigo 21, da Lei Federal 11.494/2007, a aplicação dos recursos do FUNDEB deve ocorrer no mesmo exercício financeiro em que lhes forem creditados, respeitada a permissão para aplicação de até 5% no 1º trimestre do exercício seguinte (§ 2º, do mesmo artigo 21).

Evidentemente, se não havia falta de recurso, da parte que competia ao Município investir na educação, em cumprimento ao Mandamento Maior, só pode ser atribuído à inadequada gestão a na utilização dos recursos do FUNDEB, nos períodos mencionados.

Sabe-se que dezenas de ações civis públicas foram ajuizadas pelo Ministério Público, pela Defensoria e pela sociedade civil, porque a administração de São Paulo insiste em não cumprir as determinações contidas na Carta de 1988, ou seja, nega o direito à educação infantil, querendo sustentar a discricionariedade de sua atuação na suposta, como visto acima, inexistência de áreas para construção de novas escolas.

No Plano Plurianual (PPA 2006/2009), havia ficado consignado, que se viu após não passava de mero e inconsequente discurso político, o reconhecimento da importância da educação como agente de proteção social, em especial para as



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

crianças e adolescentes, e previa as metas de 126 EMEIS E 142 CEIS, tendo sido construídos, respectivamente, 38 e 53.

No entanto, como posteriormente o Tribunal de Contas pode atestar, ao analisar as contas da educação referentes aos anos de 2007, 2008 e 2009, como é de conhecimento público e esta demonstrado em outras ações, não foram cumpridas no tocante à construção, reforma e ampliação de centros de educação infantil, o que, obviamente, aumentou o descompasso entre o número de vagas disponibilizadas e a demanda de matrículas.

E observe-se, por ser de extrema importância, que as estatísticas, segundo dados, que também são de conhecimento de todos, levantados pela fundação SEADE, a taxa da população residente no município de São Paulo, tem uma tendência de queda, mas mesmo assim não houve decréscimo na demanda por vagas em creches principalmente, e já que não é por falta de recursos financeiros, a conclusão lógica é a de que é resultado de gestões ineficientes dos administradores públicos.”.

No Plano Plurianual de 2010/2013, do Município de São Paulo previu-se a aplicação, na a educação infantil, de mais de 7.8 bilhões, havendo o atual Prefeito se comprometido, entre as cem metas que apresentou, a ampliar a Rede CEU em 20 unidades e, repisando, em cento e cinquenta mil a oferta de vagas para a educação infantil, garantindo a universalização do atendimento em pré-escolas para crianças de 04 a 05 anos atendendo a demanda por creches em 01/01/2013 e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consolidando o Modelo Pedagógico Único.

Como lembrado pelo Desembargador Samuel Júnior, no Acórdão que apreciou o já mencionado Agravo Regimental, no Município de São Paulo, o Prefeito eleito é obrigado a apresentar o seu Programa de Metas. Obriga-se o alcaide a apontar as prioridades para os quatro anos de gestão, observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral, passando tudo a integrar o processo orçamentário, medida essa que tem por objetivo extirpar um dos defeitos genéticos do regime democrático, qual seja, o discurso inverídico dos candidatos (a bem conhecida demagogia e a falsa ou irrealizável promessa). A propósito, abrindo um parêntese, pesquisa realizada pela respeitável ONG chilena *Corporación Latinobarómetro* revela que o índice de apoio dos brasileiros à democracia diminuiu nove pontos percentuais de 2010 para 2011. A queda do apoio à democracia no Brasil (de 54% para 45%) é mais acentuada do que a média da região (América Latina), que caiu de 61% para 58%, após quatro anos de aumento.

Esse estado de coisas implicou a propositura de um sem número de ações, com pedidos de liminares muitas vezes deferidos, visando à matrícula em creche que, acolhidas – e não podia ser diferente – desorganizaram por inteiro as filas de espera, fazendo exsurgir situação mais danosa ainda: os beneficiados pelas decisões judiciais não só alteram a composição da fila e, muitas vezes, são incluídos em salas já saturadas de estudantes, com evidente prejuízo para o aprendizado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cabe aqui mencionar que o diagnóstico feito pelo Ministério da Educação, para elaboração do projeto de lei referente Plano Nacional da Educação, expunha que “a educação das crianças de zero a seis anos em estabelecimentos específicos de educação infantil vem crescendo no mundo inteiro e de forma bastante acelerada, em decorrência da necessidade da família contar com uma instituição que se encarregue do cuidado e da educação de seus filhos pequenos, principalmente quando os pais trabalham fora de casa, seja pelos argumentos advindos das ciências que investigaram o processo de desenvolvimento da criança. Se a inteligência se forma a partir do nascimento e se há 'janelas de oportunidade' na infância quando um determinado estímulo ou experiência exerce maior influência sobre a inteligência do que em qualquer outra época da vida, descuidar desse período significa desperdiçar um imenso potencial humano. Ao contrário, atende-la com profissionais especializados capazes de fazer a mediação entre o que a criança já conhece e o que pode conhecer significa investir no desenvolvimento humano de forma inusitada. Hoje se sabe que há períodos cruciais no desenvolvimento, durante os quais o ambiente pode influenciar a maneira como o cérebro é atividade para exercer funções em áreas como a matemática, a linguagem, a música. Se essas oportunidades forem perdidas, será muito mais difícil obter os mesmos resultados mais tarde. À medida que essa ciência da criança se democratiza, a educação infantil ganha prestígio e interessados em investir nela. Não são apenas argumentos econômicos que tem levado governos, sociedade e famílias a investirem na atenção às crianças pequenas,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Na base dessa questão está o direito ao cuidado e à educação a partir do nascimento. A educação é elemento constitutivo da pessoa e, portanto, deve estar presente desde o momento em que ela nasce, como meio e condição de formação, desenvolvimento, integração social e realização pessoal. Além do direito da criança, a Constituição Federal estabelece o direito dos trabalhadores, pais e responsáveis, à educação de seus filhos e dependentes de zero a seis anos. Mas o argumento social é o que mais tem pesado na expressão da demanda e no seu atendimento por parte do Poder Público. Ele deriva das condições limitantes das famílias trabalhadoras, monoparentais, nucleares, das de renda familiar insuficiente para prover os meios adequados para os cuidados e educação de seus filhos pequenos e da impossibilidade de a maioria dos pais adquirirem os conhecimentos sobre o processo de desenvolvimento da criança que a pedagogia oferece. Considerando que esses fatores continuam presentes, e até mais agudos nesses anos recentes, é de se supor que a educação infantil continuará conquistando espaço no cenário educacional brasileiro, como uma necessidade social. Isso, em parte, determinará a prioridade que as crianças das famílias de baixa renda terão na política de expansão da educação infantil. No entanto é preciso evitar uma educação pobre para crianças pobres e a redução da qualidade à medida que se democratiza o acesso...”.

Abro outro parêntese para salientar – embora seja verdadeiro truísmo – a importância da educação, que começa nos primeiros anos da criança, para o desenvolvimento de um país,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sendo notório o ganho exponencial que obtiveram aqueles que investiram maciçamente na educação. Vale consignar que em 2012, na última edição do Pisa (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes - iniciativa internacional de avaliação comparada, aplicada a estudantes na faixa dos 15 anos, idade em que se pressupõe o término da escolaridade básica obrigatória na maioria dos países, programa desenvolvido e coordenado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o Brasil obteve desastrosas médias em matemática, em leitura e em ciências, que o colocaram nos últimos lugares, num universo de 60 países.

No Brasil, a educação é questão de Estado.

VIII – Sendo assim, faz-se impositivo à Municipalidade de São Paulo a ampliação da rede de ensino no referente à educação infantil.

Dita ampliação há de se fazer sem descurar, por certo, de dever a educação infantil ser oferecida dentro de padrões básicos de qualidade, tomando-se por base o trabalho produzido pelo Ministério da Educação, quando então Ministro o atual prefeito, Dr. Fernando Haddad, denominado Parâmetros Nacionais de Qualidade para a Educação Infantil, cuja transcrição é feita no Acórdão prolatado no já referido Agravo Regimental. Essa garantia de qualidade se erige, aliás, como um dos princípios a ser observado na ministração do ensino, conforme artigo 206 da Constituição Federal.

A respeito, tenha-se vista também para a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Resolução 5, de 17 de dezembro de 2009, editada pelo Professor César Calegari, como Presidente, então, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, depois de homologada pelo Ministro da Educação, instituindo as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil a serem cumpridas na organização de propostas pedagógicas na Educação, estabelecendo que o currículo da Educação Infantil é concebido como um conjunto de práticas que buscam articular as experiências e os saberes das crianças com os conhecimentos que fazem parte do patrimônio cultural, artístico, ambiental, científico e tecnológico, de modo a promover o desenvolvimento integral de crianças de 0 a 5 anos de idade, salientando que é dever do Estado garantir a oferta de Educação Infantil pública, gratuita e de qualidade, sem requisito de seleção, estabelecendo como princípios das propostas pedagógicas: I - Éticos: da autonomia, da responsabilidade, da solidariedade e do respeito ao bem comum, ao meio ambiente e às diferentes culturas, identidades e singularidades. II - Políticos: dos direitos de cidadania, do exercício da criticidade e do respeito à ordem democrática. III - Estéticos: da sensibilidade, da criatividade, da ludicidade e da liberdade de expressão nas diferentes manifestações artísticas e culturais.

Afirmando ainda a Resolução , relevantemente, que na observância das diretrizes estabelecidas, a proposta pedagógica deve garantir o cumprimento pleno de sua função sociopolítica e pedagógica: I - oferecendo condições e recursos para que as crianças usufruam seus direitos civis, humanos e



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sociais II - assumindo a responsabilidade de compartilhar e complementar a educação e cuidado das crianças com as famílias; III - possibilitando tanto a convivência entre crianças e entre adultos e crianças quanto a ampliação de saberes e conhecimentos de diferentes naturezas; IV - promovendo a igualdade de oportunidades educacionais entre as crianças de diferentes classes sociais no que se refere ao acesso a bens culturais e às possibilidades de vivência da infância; V - construindo novas formas de sociabilidade e de subjetividade comprometidas com a ludicidade, a democracia, a sustentabilidade do planeta e com o rompimento de relações de dominação etária, socioeconômica, étnico-racial, de gênero, regional, linguística e religiosa.

Tudo no afã, como consta de seu artigo 8º, de garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças, prevendo condições para o trabalho coletivo e para a organização de materiais, espaços e tempos que assegurem: I - a educação em sua integralidade, entendendo o cuidado como algo indissociável ao processo educativo; II - a indivisibilidade das dimensões expressivo-motora, afetiva, cognitiva, linguística, ética, estética e sociocultural da criança; III - a participação, o diálogo e a escuta cotidiana das famílias, o respeito e a valorização de suas formas de organização; IV - o estabelecimento de uma relação efetiva com a comunidade local e



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de mecanismos que garantam a gestão democrática e a consideração dos saberes da comunidade; V - o reconhecimento das especificidades etárias, das singularidades individuais e coletivas das crianças, promovendo interações entre crianças de mesma idade e crianças de diferentes idades; VI - os deslocamentos e os movimentos amplos das crianças nos espaços internos e externos às salas de referência das turmas e à instituição; VII - a acessibilidade de espaços, materiais, objetos, brinquedos e instruções para as crianças com deficiência, transtornos globais de desenvolvimento e altas habilidades/superdotação; VIII - a apropriação pelas crianças das contribuições histórico-culturais dos povos indígenas, afrodescendentes, asiáticos, europeus e de outros países da América; IX - o reconhecimento, a valorização, o respeito e a interação das crianças com as histórias e as culturas africanas, afro-brasileiras, bem como o combate ao racismo e à discriminação; X - a dignidade da criança como pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de violência física ou simbólica e negligência no interior da instituição ou praticadas pela família, prevendo os encaminhamentos de violações para instâncias competentes.

Existem, pois, parâmetros mínimos a serem observados, tanto na rede já existente como nas unidades que vierem a ser criadas e disponibilizadas.

Anote-se que a ampliação da rede de ensino no que concerne à educação infantil não contraria o disposto no artigo 165 da Constituição Federal, pois não retira do Poder Executivo a



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

iniciativa legislativa quanto às leis orçamentárias, sendo que, nos termos do artigo 212 da Carta, os Poderes Executivos estaduais e municipais estão obrigados a observar os percentuais mínimos (e não máximos) para a manutenção e desenvolvimento do ensino.

IX - Por derradeiro, ausentes as caracterizadoras dos danos morais e materiais difusos alegados, impõe-se o desacolhimento do pedido indenizatório.

X - Dest'arte, a decisão que julgou improcedente a ação civil pública é reformada, de forma a:

1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, 150 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% (cinquenta por cento) nos primeiros 18 (dezoito) meses, das quais 105 (cento e cinco mil) em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 (três) anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.

2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item “1”.

4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item “1”.

A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da Infância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado. Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de ofício ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade.

Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, com sugerido pelas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar *astreintes* para compelir os responsáveis a cumprir as determinações.

XI – Em conclusão, dou parcial provimento ao recurso.

WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
Decano