

JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DAS VAGAS EM CRECHES NA CIDADE DE SÃO PAULO*

VANESSA ELIAS DE OLIVEIRA¹MARIANA PEREIRA DA SILVA¹VÍTOR MARCHETTI¹

RESUMO: O artigo foca no relacionamento entre o Judiciário e o Executivo em uma política pública específica: a educação infantil. Analisamos as estratégias adotadas pela Prefeitura de São Paulo diante dos litígios envolvendo as demandas por vagas em creches, a fim de refletir sobre a influência da estratégia judicial nas políticas públicas de educação do município. Esse caso evidenciou a capacidade do Judiciário de interferir na agenda de governo, bem como no próprio processo de implementação. Pôde-se observar que o Executivo age por meio da “estratégia política”, lidando tanto com o atendimento individual como com o coletivo, gerando, assim, ganhos individuais e *erga omnes*, isto é, para a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Judicialização das políticas públicas. Relação Judiciário e Executivo. Educação infantil.

JUDICIARY AND PUBLIC POLICY: THE CASE OF VACANCIES IN NURSERY SCHOOL IN SÃO PAULO

ABSTRACT: The article focuses on the relationship between the Judiciary and the Executive in a specific public policy: the early childhood education. We analyze the interactions between the Municipality of São Paulo and judicial actors (public defenders, prosecutors and judiciary) on litigations involving demands for places in kindergartens and pre-schools, to reflect on the influence of judicial strategy in education public policies. This case highlighted the Judiciary’s ability to control the government agenda, as well as the implementation process itself. It could be observed that the Executive acts through the “political strategy”, dealing with both individual and collective service, thus generating individual gains and *erga omnes*, that is, for society as a whole.

Keywords: Judicialization of public policies. Judicial and Executive relations. Early childhood education.

*A presente pesquisa faz parte do Projeto Judicialização de Políticas Públicas no Brasil, coordenado por Vanessa Elias de Oliveira, com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) (Processo 487631/2012-9).

¹Universidade Federal do ABC – São Bernardo do Campo (SP), Brasil. E-mails: vanessa.oliveira@ufabc.edu.br, mari.psilvaa@gmail.com, vitor.marchetti@ufabc.edu.br

DOI: 10.1590/ES0101-73302018176112

JUDICIAIRE ET POLITIQUE PUBLIQUE: LES POSTES VACANTS À L'ÉCOLE MATERNELLE À SÃO PAULO

RÉSUMÉ: L'article discute la relation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif de la municipalité dans le contexte d'une politique publique spécifique: l'éducation de l'enfant. Nous analysons les interactions entre la Municipalité de São Paulo et les acteurs judiciaires (défenseurs publics, procureurs et magistrats) sur les litiges concernant la demande pour des places disponibles dans les crèches, pour réfléchir sur l'influence de la stratégie judiciaire dans le contexte des politiques publiques de l'éducation de la municipalité. Le cas de São Paulo montre que la Justice peut contrôler l'agenda du gouvernement, aussi que le procès d'implémentation de la politique publique elle-même. De son côté, le Pouvoir exécutif intervient tant sur les demandes des individus que sur les demandes collectives, ce que produit des bénéfices pour les individus et *erga omnes*, i.e., pour la société dans son ensemble.

Mots-clés: Judiciarisation des politiques publiques. Relations judiciaires et exécutives. Education de la petite enfance.

Introdução

Nos últimos anos, cresceu significativamente no Brasil o debate sobre a atuação do Poder Judiciário em relação às atividades dos Poderes Executivo e Legislativo em todas as fases do processo de produção de políticas públicas (*policy making process*), seja em relação à elaboração e à implementação, seja sobre a percepção de inação ou abusos porventura cometidos por esses Poderes. Na última década e meia, foram várias as pesquisas, os artigos e as teses que se debruçaram sobre o tema. Por isso, podemos dizer que as análises do fenômeno da judicialização da política e das políticas públicas são muito mais robustas hoje do que há 15 anos.

O avanço, entretanto, se deu privilegiando alguns aspectos do fenômeno. De um lado, há uma série de trabalhos que argumentam que o crescente protagonismo das instituições judiciais na garantia dos direitos individuais e coletivos deslocaria parte do conflito para o interior das Cortes (ARANTES, 1997; 2005; VIANNA *et al.*, 1999, 2007; ARANTES & KERCHE, 1999; TAYLOR, 2007). De outro, há os que argumentam que, a despeito da crescente demanda, o Judiciário toma decisões de forma a respeitar a vontade majoritária, não sendo relevante a eventual diferença de preferências entre os atores em relação às políticas públicas (CASTRO, 1997; CARVALHO NETO, 2005; OLIVEIRA, 2005; OLIVEIRA & CARVALHO, 2006; KOERNER, 2005).

Há outros estudos que sinalizam o ingresso de novos atores e temáticas nessa agenda. Os estudos sobre o Ministério Público (MP) (ARANTES, 2002) e sobre a Justiça Eleitoral (MARCHETTI, 2008) são exemplos do primeiro caso. Já os estudos que visam identificar o comportamento dos ministros na formulação de suas decisões (OLIVEIRA, 2011) são exemplos do segundo. Todos esses permanecem, porém, em uma chave tradicional de análise privilegiando o Supremo Tribunal Federal (STF) e os temas constitucionais.

Assim, apesar desses avanços, há lacunas bastante importantes para essa agenda de pesquisa, conforme afirmou Taylor (2007), especialmente no que diz respeito a estudos capazes de detectar o impacto efetivo das decisões judiciais sobre o *policy making*.

É verdade que já há trabalhos que se dedicaram a investigar os impactos das decisões judiciais sobre as políticas públicas, com destaque para a chamada judicialização da saúde (OLIVEIRA & NORONHA, 2011; MENICUCCI & MACHADO, 2010; WANG *et al.*, 2014; entre outros). Faltam, porém, estudos que se dediquem a analisar a interação entre o Judiciário e os outros dois Poderes que ocorre em razão do *policy making* a partir de análises de outras áreas¹.

Tendo em vista essa lacuna, o artigo foca no relacionamento entre o Judiciário e o Executivo em uma política pública específica: a política de educação infantil. Analisaremos as estratégias adotadas pela Prefeitura de São Paulo diante dos litígios envolvendo as demandas por vagas em creches, a fim de refletir sobre a influência da estratégia judicial nas políticas públicas de educação do município.

Em termos metodológicos, o estudo abarca o período entre 2006 e 2015, por meio dos métodos quantitativo e qualitativo. Quantitativamente, observamos a dinâmica do sistema de educação infantil da cidade a partir do número de matrículas realizadas por tipo de rede e por encaminhamentos judiciais e do número de crianças desatendidas pelo sistema, o que pode ser mensurado pela demanda cadastrada no sistema da Secretaria Municipal de Educação (SME), além do total de ordens judiciais contra a municipalidade com pedidos de vagas em creches cadastradas pelo Executivo local e a distribuição dessas por distritos da cidade de São Paulo. Neste artigo serão destacados com mais detalhe números referentes a 2011, 2013 e 2015. Tal escolha teve como intenção apresentar um cenário mais recente do presente caso e pela confiabilidade dos dados oficiais, que ganharam robustez nos últimos anos. Qualitativamente, realizamos entrevistas com atores-chave do processo de judicialização, buscando compreender, sobretudo, como o Poder Executivo responde ao fenômeno, em termos de *policy making*.

As perguntas mais gerais que orientam esta pesquisa são:

1. Quais foram as estratégias que os atores políticos e sociais mobilizaram na judicialização por vagas em creches no município de São Paulo?

2. Quais foram as respostas dos Poderes Executivo e Judiciário nesse caso específico?
3. O Poder Executivo definiu estratégias para orientar a implementação de políticas públicas diante das determinações judiciais?

A partir do estudo de caso do município de São Paulo, portanto, pretendemos contribuir para o adensamento dos estudos de judicialização das políticas públicas no Brasil, compreendendo algumas especificidades da política de educação infantil.

O direito à educação e a demanda judicial por vagas em creche: novo desafio aos municípios brasileiros

A Constituição de 1988 foi clara na criação de um arcabouço jurídico para a educação, estabelecendo diferentes diretrizes, regulamentações, princípios e normas que ressaltam a importância desse direito na sociedade brasileira. Por mais que tal direito já houvesse aparecido nas Constituições brasileiras desde 1934, só a partir da atual Constituição que a educação passou a ter mecanismos que a regulamentassem, criando, dessa maneira, uma nova relação entre justiça e educação.

A partir de 1988, o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação desse direito. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a judicialização da educação, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas (CURY & FERREIRA, 2010, p. 77).

Além de estar presente nos arts. 6º e 205 da Constituição, a educação também é regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990), pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei nº 9.394/1996), no Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 13.005/2014), além de outros decretos que regulamentam a atividade educacional-pedagógica, de gestão e financiamento da educação, como, por exemplo, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e da Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB – Lei nº 11.494/2007). “Tal reconhecimento implica na obrigação do poder público de garantir a educação visando à igualdade das pessoas e, por outro lado, garante ao interessado o poder de buscar no Judiciário a sua concretização” (CURY & FERREIRA, 2010, p. 79).

Observando a LDB, percebe-se que a noção do direito à educação recebeu destaque no título III. Aliado a esse ponto, no ano de 2013 ocorreram mudanças na legislação com a Lei nº 12.796, mais especificamente nos arts. 4º e 5º. As mudanças mais significativas envolveram a garantia do direito à educação infantil gratuita às crianças de até cinco anos de idade (art. 4º, II), bem como deixou registrada a possibilidade de acionar o sistema de justiça para a garantia do direito, quando descumprido pelo Poder Público:

Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

[...]

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208² da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente (BRASIL, 2013).

Tais mudanças promovidas pela Lei nº 12.796/2013 estão em forte consonância com as metas e os objetivos traçados pelo PNE, que determinou como dever do Estado, pela primeira vez, a oferta de educação infantil para a população de zero a cinco anos de idade. Observando o *caput* do art. 5º, bem como seu § 3º, percebe-se que a mudança no presente artigo reafirmou a prerrogativa do Poder Judiciário de atuar no zelo e na aplicação do direito à educação infantil.

Já o PNE, projeto de lei criado pelo governo federal, em 2010, e sancionado pela presidência em junho de 2014, delimita 10 diretrizes e 20 metas para o sistema de educação nacional, seguidas de inúmeras estratégias que visam contribuir para o alcance de cada diretriz e das metas estabelecidas. A meta referente à educação infantil diz:

Meta 1: 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 de 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 vigência deste PNE (BRASIL, Senado Federal, PNE, Lei nº 13.005/2014).

Dessa forma, percebe-se que a educação infantil passou a compor a agenda de prioridades das políticas públicas educacionais, cabendo aos municípios a responsabilidade de oferta dessa etapa de ensino. Entretanto, o tempo exíguo para que os governos municipais se adaptassem à nova legislação resultou na escassez de vagas nos sistemas públicos de educação infantil e atualmente verifica-se um amplo e crescente processo de judicialização do direito à educação infantil —

que passou a ser uma das principais políticas públicas a receber intervenção do Poder Judiciário e do MP, dado que, conforme já citado, “a educação é um direito público subjetivo e faz-se possível que seja reclamada a fruição desse direito através de ação judicial no intuito de compelir os órgãos competentes à abertura de novas vagas” (MELO, 2006).

Não é consenso, entretanto, a visão da educação como direito subjetivo. Duarte (2004), ao tratar da educação como direito subjetivo, assim a apresenta:

O direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em *seu* direito (direito subjetivo)” (DUARTE, 2004, p. 113, grifo da autora).

Como aponta a autora, o reconhecimento do direito público subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito possibilita que ele seja exigido judicialmente, atendendo ao interesse individual. No entanto, considerando se tratar de uma política pública que não atende apenas ao direito individual, a questão torna-se mais complexa. Ainda assim, a mobilização da máquina estatal para o atendimento do interesse individual não traz prejuízos ao interesse coletivo, mas faz parte dele. Assis (2012) também entra nesse debate, concordando com Duarte (2004), asseverando que a busca pelo direito subjetivo de um é, ao mesmo tempo, a busca pelo benefício de todos, já que significa o fortalecimento do direito objetivo à educação (ASSIS, 2012, p. 37). Da mesma maneira, Rizzi e Ximenes (2014) não apenas concordam com esse argumento, como apontam que

desde 2005, o Judiciário paulista consolidou um padrão decisório para causas da educação infantil – estimulado por uma mudança jurisprudencial no STF. O Tribunal reconhece desde então o direito subjetivo público de crianças de 0 a 5 anos a frequentar creche ou pré-escola (RIZZI & XIMENES, 2014, p.16).

Portanto, ainda que seja essa uma questão controversa, no debate jurídico, o fato é que os tribunais de justiça já reconhecem o direito à educação infantil como direito subjetivo público, decidindo favoravelmente ao demandante mesmo em ações individuais ou individuais homogêneas.

Vale salientar que não apenas vagas em creche são demandadas judicialmente. De acordo com Cury e Ferreira (2010), são várias as situações que envolvem o Judiciário e o direito à educação: merenda, transporte escolar, falta de professores e acesso do aluno com deficiência. Essas são, todavia, situações bem menos frequentes do que as solicitações por vagas.

O caso do município de São Paulo

As primeiras creches ligadas à administração municipal foram criadas nos anos 1950 e consistiam em um serviço público prestado pelos órgãos de Assistência Social. A partir do marco jurídico estabelecido pela LDB, foi determinado o prazo de três anos, a partir do ano de sua elaboração (1996), para que as creches de todo o país fossem transferidas dos órgãos de Assistência Social para os de Educação. O município de São Paulo não realizou a transição no período especificado pela LDB e somente em 1999 o então prefeito Celso Pitta (gestão 1997-2001) criou uma comissão (Portaria Intersecretarial nº 03/1999) responsável por organizar tal processo transição das creches da gestão dos órgãos da Assistência Social para os de Educação.

Em 2001, a prefeita Marta Suplicy (2001-2005) publicou o Decreto nº 40.268/2001 com o objetivo de apresentar as orientações e diretrizes para a transição do sistema de creches entre os órgãos, que ocorreu entre 2001 a 2004³, muito depois do término do prazo estabelecido pela LDB. Além da transição de gestão do sistema municipal de creches, nesse período também se notou a expansão da rede direta, que se deu principalmente pelo firmamento de seguidos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)⁴ entre a gestão municipal e o MP.

A transferência de gestão das creches para os órgãos de educação não gerou, no entanto, a oferta suficiente de vagas no sistema, de acordo com a demanda observada na cidade, mas representou uma mudança significativa no olhar do Poder Público acerca das políticas públicas destinadas à população na primeira infância, que passam a ser desenvolvidas sob uma perspectiva educacional, e não como um serviço assistencial.

A partir de meados de 2004, o déficit de vagas no município foi crescendo abruptamente. Nas gestões municipais posteriores, no caso as de José Serra (2005-2006) e de Gilberto Kassab (2006-2008 e 2008-2012), a falta de vagas nas creches do município se tornou latente e passou a ser um dos principais desafios sociais a serem enfrentados pelo município. Uma das estratégias adotadas pelas gestões naquele momento foi a expansão da rede conveniada, que consiste em uma parceria entre a prefeitura e os setores privados e da sociedade civil para o provimento de vagas na educação infantil⁵. Outro aspecto importante foi a descentralização da gestão das redes de ensino do município, do ponto de vista territorial, com a criação das Diretorias Regionais de Ensino⁶.

Naquele contexto, a demanda por vagas conhecida pela Secretaria Municipal de Educação (SME) era extremamente desorganizada – as mães interessadas em uma vaga procuravam as creches mais próximas de suas residências e cadastravam seu filho na fila de espera por um lugar naquela unidade. Tal solicitação muitas vezes não chegava ao conhecimento da SME. Esse cenário se apresentou

até 2006, quando foi criado um sistema público informatizado de cadastro das demandas por vagas, a partir da necessidade de se organizar e conhecer de forma efetiva a demanda por vagas nas creches do sistema, dado que havia forte pressão dos movimentos da sociedade civil, em especial o Movimento Creche para Todos⁷.

A publicização da lista de espera no portal da SME, contudo, só foi efetivada em 2008, resultado da pressão dos atores já envolvidos no processo. Segundo entrevistas com gestores da SME⁸, a informatização foi bastante positiva, pois contribuiu de forma significativa para a organização do sistema de creches do município. Todavia, também é consenso entre eles que, por mais que o sistema de cadastro seja efetivo, há ainda um grande desafio em fazer com que a demanda cadastrada pela SME reflita, de fato, a demanda real existente.

Atualmente, o sistema público de educação infantil é composto de 45 Centros Educacionais Infantis (CEIs), que são unidades educacionais que realizam atendimento a crianças na faixa etária de 0 a 3 e são localizadas em Centros Educacionais Unificados (CEUs)⁹; 349 CEIs indiretos¹⁰, unidades de ensino que prestam atendimento às crianças e funcionam em prédios municipais próprios ou alugados pela Prefeitura Municipal de São Paulo (PMSP) e que funcionam via convênio com a administração, podendo ser geridos pelo próprio Poder Público ou por associações de Terceiro Setor; 362 CEIs diretos, que consistem em unidades educacionais que realizam o atendimento em prédios municipais próprios e são administradas diretamente pela PMSP¹¹; e, por fim, 1.241 creches particulares conveniadas à PMSP. Além disso, o município conta com 1.812 estabelecimentos privados¹² (Tabela 1).

Observando o total dos estabelecimentos, percebe-se que a maior rede é a particular, mesmo que esta venha diminuindo em termos percentuais nos períodos observados, seguida pela conveniada. Ao contrário da rede particular, a participação das creches conveniadas no sistema municipal de educação está aumentando, sendo esta a principal estratégia da PMSP para ampliar a oferta de vagas na cidade (ADRIÃO & DOMICIANO, 2011; NASCIMENTO & SILVA, 2015).

Tabela 1

Proporção de equipamentos por tipo de rede existente no município de São Paulo, 2011, 2013 e 2015.

| Tipo de Rede | 2011 | | 2013 | | 2015 | |
|--------------------|------------------|----------|------------------|----------|------------------|----------|
| | Equipamentos (n) | Rede (%) | Equipamentos (n) | Rede (%) | Equipamentos (n) | Rede (%) |
| Estadual e Federal | 5 | 0,16 | 6 | 0,18 | 7 | 0,19 |
| Direta | 368 | 11,83 | 418 | 12,41 | 435 | 12,05 |
| Conveniada | 1.059 | 34,04 | 1.211 | 35,96 | 1.355 | 37,55 |
| Particular | 1.679 | 53,97 | 1.733 | 51,45 | 1.812 | 50,21 |

Fonte: Sistema Escola Online (EOL) – SME – Elaboração Própria.

Pelos mapas, fica clara a existência de déficit de vagas no período entre 2011 e 2015 em boa parte dos distritos da capital. Percebe-se, ademais, que as maiores demandas registradas estão concentradas nas regiões extremas do município, onde estão os piores indicadores socioeconômicos, o que aumenta o número de crianças dependentes do Poder Público e desatendidas.

Os efeitos da falta de vagas em creches públicas têm sido percebidos pela prefeitura não apenas por meio das crescentes listas de espera, mas também pelo alto número de ações judiciais solicitando tais vagas junto ao Poder Judiciário. O Gráfico 1 ilustra esse cenário.

De 2011 a 2015, nota-se um expressivo aumento de, aproximadamente, 230% no número de ordens judiciais contra a PMSP, tendo como matéria judicial o pedido de vagas em creche. Esse aumento também pode ser verificado na proporção de matrículas realizadas no sistema público municipal de creches via encaminhamento judicial, conforme o Gráfico 2.

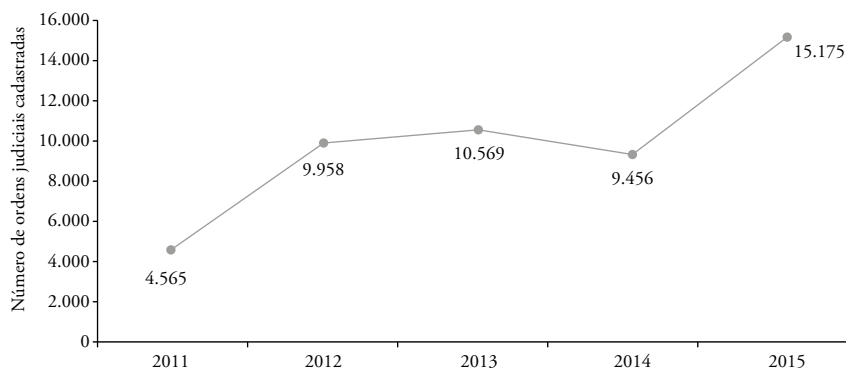
Entre 2011 e 2015, o número de matrículas em creches cresceu em torno de 22%, enquanto o número de matrículas feitas por ordem judicial aumentou mais de 225%.

De forma semelhante às demandas por vagas, a maioria das matrículas via encaminhamento judicial está concentrada nas regiões extremas do município. Tal fato mostra que as famílias que sofrem pela falta de acesso às vagas em creche têm visto nas instâncias judiciais uma forma eficiente de terem suas demandas atendidas, com respostas mais rápidas do que aquelas dadas pelo Executivo municipal.

A utilização crescente do Judiciário para a obtenção do direito à educação infantil (0-5 anos), especialmente creches (0-3 anos), verificada no uso

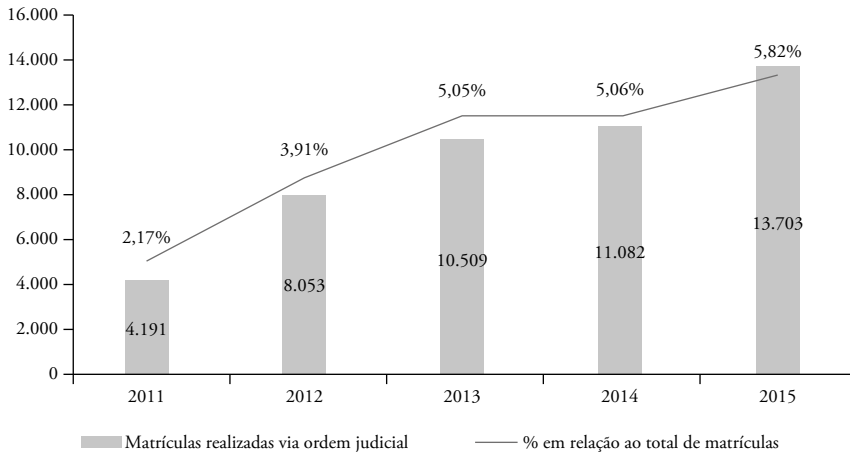
Gráfico 1

Ordens judiciais cadastradas pela Secretaria Municipal da Educação (SME) com pedido de vagas em creche, por ano de concessão.



Fonte: SME-SP (via lei de acesso à informação) – elaboração própria.

Gráfico 2
 Proporção de matrículas realizadas via encaminhamento judicial no sistema público de creches (2011-2015).



**Os dados consistem na somatória das matrículas realizadas nas redes direta, indireta, Estadual e Federal e conveniada.
 Fonte: SME-SP (via lei de acesso à informação) – elaboração própria.*

exponencial do sistema de justiça caminha no mesmo sentido de outras políticas públicas: dada a constitucionalização de uma série dessas a partir de 1988, conforme demonstrado por Couto e Arantes (2006), somada à percepção crescente da via judicial como um caminho legítimo e de fácil acesso para a garantia dos direitos sociais conquistados, cada vez mais o sistema de justiça vem interagindo com o Executivo na definição das prioridades dos governos em termos de políticas públicas.

Até 2006, entretanto, não existia uma jurisprudência definida no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em relação ao direito à educação, ou seja, as respostas dadas pelo Poder Judiciário consistiam no acolhimento dos pedidos de caráter individual (ou individual homogêneo) e na rejeição das ações coletivas (difusas)¹³ movidas, em um primeiro momento, pelo MP e, em num segundo momento, pela Defensoria Pública de São Paulo (DP-SP). À luz desse contexto, as análises de Gotti e Ximenes (2012) destacam que as principais negativas dadas pelo Judiciário às ações de caráter coletivo eram justificadas a partir dos argumentos da:

- “Reserva do possível”¹⁴, ou seja, a administração pública não teria condições orçamentárias de garantir o direito à educação infantil a um amplo contingente populacional;

- Separação dos poderes, ou seja, alegava-se que a determinação judicial para matricular criança ou conjunto de crianças configuraria intervenção indevida do Judiciário na esfera própria do Poder Executivo. Com esse argumento também eram indeferidos os pedidos de construção de novas unidades de ensino;
- Discricionariedade administrativa, já que não caberia ao Judiciário interferir na escolha de prioridades políticas ou determinar medidas com impacto direto na organização das políticas públicas, âmbito de atuação, por excelência, do Poder Executivo;
- Especificamente nos casos em que as ações judiciais pediam o reconhecimento de direito fundamental coletivo (todas as crianças demandantes em uma determinada jurisdição) ou difuso (todas as crianças que venham a demandar), requerendo a determinação de matrícula de todos os interessados em um prazo determinado, somava-se aos argumentos anteriores a justificativa de impossibilidade jurídica dos pedidos, definidos como genéricos, indeterminados ou futuros, uma vez que não estaria materializada a violação ao direito, mas apenas uma expectativa de violação. (GOTTI & XIMENES, 2012, p. 13).

Além disso, no período compreendido de 2006 a 2009, o MP firmou seguidos Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) com o Poder Público municipal, a fim de evitar longos litígios no sistema Judiciário e de construir alternativas que levassem à resolução do problema. Entretanto, tais termos não geraram modificações significativas de postura do Executivo em relação às políticas públicas de educação infantil, que não apresentou, nesse período, um plano de expansão de vagas do sistema público de creches no município, por exemplo.

Apesar do aumento anual das ordens judiciais, o sistema de creches não se expandiu na mesma velocidade; mesmo com a ordem judicial em mãos, a matrícula não é garantida, dada a falta de vagas. Contudo, a posse de ordem judicial acaba por atribuir prioridade de matrícula para os proponentes, o que significa que, caso surja uma vaga no setor em que uma criança com ordem judicial pleiteia vaga, esta será priorizada, mesmo que haja outras crianças aguardando por mais tempo pelo atendimento. Tal dinâmica é exposta pelo sistema de cadastro, que desloca crianças com ordem judicial para os primeiros lugares da fila por uma vaga. Consequentemente, ao verem seus filhos perderem posições na fila devido à existência de crianças com ordens judiciais, muitas mães não hesitam em procurar o sistema de justiça. Portanto, a judicialização incentiva mais judicialização.

Visando a dialogar com as perguntas gerais apresentadas no início deste artigo, podemos afirmar que, em relação às estratégias judiciais, foram mobilizadas diferentes táticas de acionamento do Judiciário quando comparado, por exemplo,

com o caso da judicialização da saúde. Naquele caso, ações individuais tendem a ter maiores chances de sucesso argumentando a inviolabilidade do direito à vida. Evita-se entrar em questões de saúde pública, o que envolveria o benefício a um maior número de pessoas. Na educação, porém, tanto ações individuais como coletivas são utilizadas como instrumentos para a garantia de vagas em creches, bem como o MP e a Defensoria Pública são acionados. Nesse caso é rara a utilização de advogados privados para o acionamento direto do Poder Judiciário, sendo essa mais uma diferença importante em relação à judicialização da saúde, na qual a via individual e privada é a mais comum.

No que diz respeito às respostas do Judiciário, tal como vem ocorrendo no caso dos pedidos de medicamentos pela via judicial, os pedidos de vagas em creches tendem a ser rápidos (por meio da obtenção de liminares) e as chances de vitória dos réus são grandes. Isso significa que as decisões judiciais vêm gerando a desestruturação das demandas administrativas: a prefeitura conta com uma “lista de espera”, contabilizando a demanda não atendida. Aqueles cidadãos que estão no final da lista e obtêm uma vitória judicial “pulam a fila”, sendo atendidos antes dos que estão no topo da lista, mas que não ingressaram com ação judicial. Isso cria, obviamente, incentivos para buscar a matrícula pela arena judicial, explicando a explosão de matrículas por essa via nos últimos anos.

Do ponto de vista das respostas do Executivo, o que se coloca como um grande desafio ao gestor público é a sua capacidade de atendimento imediato da determinação judicial, dado que há diferenças importantes entre disponibilizar vagas em creches ou comprar um medicamento, por exemplo. Para criar novas vagas em creches pode ser que a única saída seja construir novas unidades, o que fará com que a prefeitura enfrente tanto as dificuldades com o orçamento escasso como com a indisponibilidade de terrenos para a construção de novas unidades.

Uma resposta já consolidada pela Prefeitura de São Paulo é a contratação de unidades conveniadas. Essa alternativa, mais rápida do que a primeira, nem sempre é a melhor, em termos da qualidade do ensino oferecido, dado que o controle das unidades conveniadas pela gestão pública é bastante precário, apesar de as demandas judiciais “empurrarem” os gestores para essa alternativa.

As creches da administração direta são geralmente em prédios construídos para essa finalidade, com uma perspectiva pedagógica, programadas para serem escolas para essa idade, mas as conveniadas não; na sua maioria são prédios residenciais adaptados, com base em uma metragem de alunos por metro quadrado [diferente daquela estipulada pela legislação] e nem sempre as entidades se constituíram para essa finalidade (Assessor Pedagógico da SME de São Paulo¹⁵).

Vale salientar que tal prática recebe várias críticas vindas dos órgãos judiciais e membros de movimentos sociais, que questionam a qualidade do atendimento e as condições de infraestrutura das unidades para esse fim. Apesar disso, a PMSP vem adotando de forma intensa o conveniamento como principal opção de geração de vagas em creche por algumas razões: como dito, a primeira diz respeito à dificuldade de encontrar terrenos para a construção; além disso, o custo do atendimento via convênio é mais baixo, se comparado ao custo da manutenção e gestão das creches diretas (NASCIMENTO & SILVA, 2015).

Todavia, um dos aspectos salientados nas entrevistas é o fato de que, embora a contratação de vagas em unidades conveniadas apresente problemas, essa opção é percebida pelos gestores como a mais viável no curto prazo e apresenta uma lógica considerada mais racional no longo prazo, se considerarmos o movimento de envelhecimento da população e a alteração da pirâmide populacional.

Apesar do aspecto controverso em relação à atuação do Judiciário na definição da agenda das políticas públicas (OLIVEIRA & NORONHA, 2011; OLIVEIRA, 2013), os gestores entrevistados apontaram um aspecto positivo do fenômeno: a demanda judicial acabou servindo de instrumento para colocar o “governo em ação”, ou seja, gerar novas ações e políticas públicas. Nesse sentido, pode-se dizer que o FUNDEB “colocou o tema na agenda” dos governos municipais, mas foi a judicialização que impulsionou a política para a agenda governamental, fazendo com que essa fosse priorizada pelos governos municipais e pelo governo federal, como o Programa Brasil Carinhoso demonstrou (OLIVEIRA, 2013).

Considerações finais

O presente trabalho buscou contribuir para a agenda de pesquisa sobre judicialização das políticas públicas, tratando mais as respostas dadas às decisões judiciais (seus efeitos) e menos os processos de construção da decisão pelo Judiciário, focando na interação entre os Poderes Judiciário e Executivo.

Para a análise dessa interação, pode-se dizer que são dois os possíveis comportamentos do Executivo diante da decisão judicial:

1. Estratégia política;
2. Estratégia judicial.

Na estratégia política, o Executivo reage à decisão judicial se organizando para cumpri-la. Para isso, pode seguir por dois caminhos: atendimento individual e atendimento coletivo.

No primeiro, o efeito *inter partes* da decisão judicial gera uma política pública com efeito semelhante. O Executivo se mobilizaria para atender individualmente às diferentes demandas que poderiam surgir das decisões judiciais. No segundo, uma decisão judicial com efeitos *inter partes* geraria efeitos políticos *erga omnes*. Nesse caso, o Executivo promoveria políticas públicas que beneficiariam, além das partes envolvidas no processo, um conjunto mais amplo de cidadãos (OLIVEIRA & MARCHETTI, 2013).

Em relação à estratégia judicial, o Executivo se mobilizaria para evitar e/ou reverter os efeitos da decisão judicial, e não para cumpri-la. Nesse caso, haveria duas possibilidades de ação: preventiva e protelatória.

Na primeira, o Executivo criaria mecanismos para convencer os atores judiciais a evitar a arena judicial, atraindo-os para a arena política. Na segunda, lançaria mão de instrumentos recursais para impedir o cumprimento imediato da decisão judicial, bem como a possibilidade de reformá-la em definitivo nas instâncias superiores.

No caso da judicialização da educação infantil no município de São Paulo, tratado aqui, vimos que a prefeitura agiu fundamentalmente por meio da “estratégia política”, ou seja, organizando-se para fazer cumprir as decisões judiciais. A “estratégia judicial”, por sua vez, foi evitada por motivos claros. Afinal, para a estratégia preventiva seria preciso um “estoque” de vagas em creches, indisponível no período analisado. A estratégia protelatória também não se mostrou viável, dado que os pedidos liminares colocaram para o Executivo a necessidade de respostas rápidas, com a contratação de vagas em unidades conveniadas, com resultados subótimos, conforme anteriormente detalhado.

O caso das creches mostrou, portanto, a capacidade do Judiciário de controlar a agenda de políticas públicas, bem como o próprio processo de implementação. Como vimos, desde a Constituição de 1988 o atendimento gratuito para todas as crianças em creches e pré-escolas está garantido, mas apenas com a transferência dos recursos dessa área da Assistência Social para a área de Educação (após o FUNDEB) o Judiciário passou a acolher essas demandas, obrigando os governos municipais a ampliar substancial e rapidamente os investimentos na área. Tomando o caso da cidade de São Paulo como referência, podemos afirmar que a agenda acabou impactada pelas decisões judiciais, seja por obrigar os governos a fazer mais do que fariam, seja por ditar o ritmo de sua implementação.

Notas

1. Uma importante contribuição para o tema foi dada pela dissertação de mestrado de Luiza Andrade Corrêa (2014), defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual a pesquisadora investiga a litigância por vagas em creches e pré-escolas no Tribunal de Justiça de São Paulo.
2. “Art. 208[...] § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”

3. Para mais informações sobre esse processo, ver: FRANCO, 2009.
4. Trata-se de um compromisso extrajudicial assinado entre o MP e o Poder Público, com o objetivo de superar situações de violação de direitos coletivos. Para maiores detalhes, ver: RIZZI; GONZALEZ; XIMENES (2011).
5. Embora não seja o foco desse artigo, importante mencionar que a questão da ampliação de vagas via rede privada é um aspecto a ser explorado, em termos de políticas públicas. Conforme apontam Adrião e Domiciano (2011), analisando dados do Brasil e do estado de São Paulo, as vagas privadas cresceram mais do que as públicas entre 2007 e 2009. Segundo os autores, “é inegável que boa parte do dinheiro público desse fundo [FUNDEB], tem se direcionado a estabelecimentos privados, garantindo a existência e o funcionamento dos mesmos” (ADRIÃO & DOMICIANO, 2011, p. 7). O fato da utilização de recursos públicos em instituições privadas, bem como a qualidade dos serviços prestados por essas instituições, não deve ser menosprezado nas análises sobre políticas educacionais e, também, sobre as consequências dos processos de judicialização.
6. Atualmente no município existem 13 Diretorias Regionais de Ensino, no caso as Diretorias de Pirituba, Freguesia/Brasilândia, Jaçanã/Tremembé, Penha, São Miguel, Guaianases, Itaquera, São Mateus, Ipiranga, Butantã, Campo Limpo, Santo Amaro e Capela do Socorro.
7. O Movimento Creche para Todos é uma associação de entidades da sociedade civil, que se fortaleceu em 2007 pela mobilização de diferentes comunidades da Região Metropolitana de São Paulo. Em 2008 passou a propor ações contra a PMSP para pressionar o executivo no cumprimento do direito à educação infantil.
8. Entrevistas realizadas entre os anos de 2013 e 2014 – o nome desses foi mantido em sigilo por pedido dos mesmos.
9. O Centro Educacional Unificado (CEU) é um complexo educacional, esportivo e cultural caracterizado como espaços públicos múltiplos. Disponível em: <<http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/CEU>>. Acesso em: 10 dez. 2016.
10. O surgimento dos CELs se deu via Lei Municipal nº 13.326/2006 e Decreto nº 42.248/2002, estabelecendo que deveriam seguir padrões mínimos de infraestrutura, delimitados por ação de fiscalização da SME.
11. Ver: <<http://eolgerenciamento.prefeitura.sp.gov.br/fmgerencial/NumerosCoor.aspx?Cod=000000>>. Acesso em: 10 dez. 2016.
12. Levantamento realizado por meio dos dados do CENSO Escolar 2015.
13. Para mais informações sobre o início do processo de judicialização da educação ver: GRACIANO; MARINHO; OLIVEIRA, 2006.
14. Conforme Wang (2008, p. 566), este conceito surgiu de uma decisão da Corte Constitucional Alemã a cidadão que solicitava ingresso no ensino superior público, embora não existissem vagas suficientes. Para a Corte “não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantinha nos limites do razoável”.
15. Entrevista realizada em 15 de julho de 2013.

Referências

- ADRIÃO, T.; DOMICIANO, C.A. Atendimento à Educação Infantil em São Paulo: abordando o subsídio público ao setor privado. In: SILVA, F.C. (Org.). *O financiamento da educação básica e os programas de transferências voluntárias*. São Paulo: Xamã, 2011.
- ARANTES, R. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L.; ANGELL, A. (orgs.). *The judicialization of politics in Latin America*. Nova York: Palgrave, 2005.
- _____. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 1997.
- _____. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 2002.
- ARANTES, R.; KERCHER, F. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, v. 54, 1999.
- ASSIS, A.E.S.Q. *Direito à educação e diálogo entre poderes*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.
- CARVALHO NETO, E. *Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. LDB – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: MEC, 1996.
- _____. Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013. Altera a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília: Planalto Central, 2013.
- _____. Ministério da Educação. *Plano Nacional de Educação – PNE/Ministério da Educação*. Brasília: INEP, 2001.
- CASTRO, M.F. de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.
- CORRÊA, L.A. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.
- COUTO, C.G.; ARANTES, R.B. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 61, 2006. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092006000200003>
- CURY, C.R.J.; FERREIRA, L.A.M. Justiciabilidade no campo da educação. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*, v. 26, n. 1, p. 75-103, jan.-abr. 2010. <http://dx.doi.org/10.21573/vol26n12010.19684>
- CURY, C.R.J.; FERREIRA, L.A.M. A judicialização da educação. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 18, ano 12, p. 29-71, 2010.
- DUARTE, C.S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 113-118, 2004. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000200012>

FRANCO, D.S. *Gestão de creches para além da assistência social: transição e percurso na Prefeitura de São Paulo de 2001 a 2004*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GOTTI, A.; XIMENES, S.B. Parecer: Proposta de litígio estrutural sobre déficit de vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo? Multiplicidade de ações judiciais? Estratégia de exigibilidade alternativa. 2012. (mimeo).

GRACIANO, M.; MARINHO, C.M.; OLIVEIRA, F.F. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In: HADDAD, S.; GRACIANO, M. (Orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. v. 1.

KOERNER, A. Direito e modernização periférica: por uma análise sócio-política do pensamento jurídico constitucional brasileiro pós-1988. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 29., 2005. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 2005. mimeo.

MARCHETTI, V. Governança Eleitoral: o modelo brasileiro de Justiça Eleitoral. *Dados*, v. 51, n. 4, p. 865-893, 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582008000400003>

MELO, M.M. Políticas públicas de educação e sua implementação pelo Poder Judiciário: acesso à educação infantil e ao ensino fundamental pela via judicial. *Interface – Revista do Centro de Ciências Sociais Aplicadas*, Natal, v. 3, n. 2, p. 111-24, jul.-dez., 2006.

MENICUCCI, T.M.G.; MACHADO, J.A. Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights *versus* collective rights. *Brazilian Political Science Review*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 33-68, 2010.

NASCIMENTO, A.P.S.; SILVA, C.N. As creches conveniadas em São Paulo: quais os reais motivos dessa opção política. *Fineduca – Revista de Financiamento da Educação*, Porto Alegre, v. 5, n. 10, 2015. <http://dx.doi.org/10.17648/fineduca-2236-5907-v5-67575>

OLIVEIRA, F.L. *Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OLIVEIRA, V.E. Judicialization of Public Policies in Brazil: some hypothesis from health, housing and education policies comparison. In: CONGRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION. *Anais...* Washington, D.C., 2013.

OLIVEIRA, V.E. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

OLIVEIRA, V.E.; CARVALHO, E. A judicialização da política: um tema em aberto. *Revista Política Hoje*, v. 1, n. 15, 2006.

OLIVEIRA, V.E.; MARCHETTI, V. O Judiciário e o controle sobre as Políticas Públicas: a judicialização da educação no município de São Paulo. In: ASSOCIAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 37., 2013. *Anais...* Caxambu: ANPOCS, 2013.

OLIVEIRA, V.E.; NORONHA, L. Judiciary-Executive relations in Policy-Making: the case of drug distribution in the state of São Paulo. *Brazilian Political Science Review*, v. 5, n. 2, 2011.

RIZZI, E.; GONZALEZ, M.; XIMENES, S.B. *Direito Humano à Educação*. 2. ed. Curitiba/São Paulo: Plataforma Dhesca Brasil/Ação Educativa, 2011. v. 1. 88p.

RIZZI, E.; XIMENES, S.B. Litígio estratégico para mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo. *In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO*, 8., 2014. *Anais...* São Paulo: ANDHEP, abr. 2014.

TAYLOR, M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>

VIANNA, L.W.; BURGOS, M.B.; SALLES, P.M. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>

VIANNA, L.W. *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANG, D. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 539-568, jul.-dez. 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>

WANG, D. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>

Recebido em 20 de fevereiro de 2017.

Aprovado em 14 de novembro de 2017.

