

LITÍGIOS ESTRUTURAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL: Creches, o modelo de ações coletivas e a execução estrutural

STRUCTURAL DISPUTES AND THE RIGHT TO EDUCATION IN BRAZIL: Day care centers, the class action model and structural execution

DISPUTAS ESTRUCTURALES Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN BRASIL: Las guarderías, el modelo de acción colectiva y la ejecución estructural

Felipe Cidral Sestrem¹

RESUMO

O presente artigo busca apresentar, sob uma perspectiva de classificação dos litígios estruturais, o enquadramento do direito à educação no Brasil, com enfoque na utilização de execuções estruturais como contraponto ao modelo de ações coletivas para o caso das creches. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva a partir de uma pesquisa exploratória bibliográfica e de um estudo de caso. Parte-se do problema: a execução civil comum aplicável às ações coletivas de creches é a melhor forma de garantir a efetividade jurisdicional do direito à educação? A hipótese sustentada sugere a inaplicabilidade do modelo à solução de problemas afetos à direitos sociais e à implementação de políticas públicas, especialmente ao caso da educação e do direito de acesso às creches. Por último, avalia-se o caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina para a solução e tutela do direito de acesso às creches na cidade de Joinville, o papel da Defensoria Pública Estadual e os principais problemas experimentados, especialmente a transferência do dever de resolução do conflito ao gestor municipais, sem parâmetros de controle ou de progressão dos trabalhos, à exceção do aspecto temporal.

Palavras-chave: Litígios estruturais; Direito à Educação; Creches; Ações coletivas; Execução estrutural.

ABSTRACT

This article seeks to present, from a perspective of structural disputes, the framing of the right to education in Brazil, focusing on the use of structural executions as a counterpoint to class actions model filed for daycare centers. The methodology used

¹ Procurador do Município de Joinville, com atuação na área de Direitos Sociais, especialmente Direito à Saúde, Educação e Assistência Social. Mestrando em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Especialista em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ. felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5244-2359>

is the hypothetical-deductive from an exploratory bibliographic research and a case study. The chosen problem is: is the common civil enforcement applicable to daycare collective actions the best way to guarantee the judicial effectiveness of the right to education? The sustained hypothesis suggests the inapplicability of the social rights solution, especially in the case of education and the right of access to daycare centers. Finally, the case of the Public Civil Action proposed by the Public Ministry of the State of Santa Catarina is evaluated for the solution and protection of the right of access to daycare centers in the city of Joinville, the role of the State Public Defender's Office and the main problems experienced, especially the transfer of the duty to resolve the conflict to the municipal manager, without parameters for controlling or progressing the work, with the exception of the temporal aspect.

Keywords: Structural disputes; Right to education; Kindergartens; Class actions; Structural execution.

RESUMEN

Este artículo busca presentar, desde una perspectiva de clasificación de los conflictos estructurales, el encuadre del derecho a la educación en Brasil, centrándose en el uso de las ejecuciones estructurales como contrapunto al modelo de acciones colectivas en el caso de las guarderías. La metodología utilizada es la hipotética-deductiva a partir de una investigación bibliográfica exploratoria y un estudio de caso. Comienza con el siguiente problema inicial: ¿es la ejecución civil común aplicable a las acciones colectivas de guardería la mejor manera de garantizar la efectividad judicial del derecho a la salud? La hipótesis sustentada sugiere la inaplicabilidad del modelo a la solución de problemas relacionados con los derechos sociales y la implementación de políticas públicas, especialmente en el caso de la educación y el derecho de acceso a las guarderías. Finalmente, se evalúa el caso de la Acción Civil Pública propuesta por el Ministerio Público del Estado de Santa Catarina para la solución y protección del derecho de acceso a las guarderías en la ciudad de Joinville, el papel de la Defensoría Pública del Estado y los principales problemas experimentados, en especial la transferencia del deber de resolver el conflicto al administrador municipal, sin parámetros de control ni de avance de la obra, a excepción del aspecto temporal.

Palabras clave: Disputas estructurales; Derecho a la educación; Guarderías; Acciones colectivas; Ejecución estructural.

Data de submissão: 16/02/2022

Data de aceite: 12/04/2022

1 INTRODUÇÃO

Em sociedades cada vez mais complexas e fluídas é comum a mutação da natureza dos conflitos, aperfeiçoados em razão da evolução do tecido social. Há 20 (vinte) anos atrás, no início deste século, não se discutia o papel da Defensoria Pública na perfectibilização de direitos sociais das pessoas hipervulneráveis, tampouco a

atuação em debates de espectro coletivo ou irradiado, debate acentuado após estudos sobre a vulnerabilidade (STJ, 2015) e a inconstitucionalidade progressiva (STF, 2002) da atuação ministerial em ações civis públicas *ex delicto* (STJ, 2016).

Naturalmente, o papel das partes na solução de conflitos mais complexos deve ser repensado. Pretender a solução de conflitos aperfeiçoados no tempo e no espaço com técnicas clássicas de tutela material ou processual é negar as especificidades do mundo contemporâneo.

Não por outro motivo, apesar de severas críticas, a Lei Federal nº 13.665, de 25 de abril de 2018, promoveu sensíveis alterações no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, avançando sobre a atuação do Administrador Público na solução de demandas prestacionais, na definição do conceito de culpa grave ou inexecução (FARIAS; ROSENVALD, 2020), atenta às dificuldades práticas da implementação de medidas administrativas ou judiciais.

Vitorelli (2021, p. 30-49) propõe a reformulação da classificação de litígios a partir das ideias de conflituosidade e complexidade. A litigância estrutural insere-se nesse ponto. Na definição de demandas repetitivas, de perfil irradiado, que atingem massivamente a sociedade em razão de falhas na organização ou estruturação de políticas públicas ou do próprio Estado. O caso das creches é um dos grandes exemplos de litigância estrutural (COSTA, 2017, p. 449-473).

A educação é enquadrada nessa problemática justamente a partir do dever de implementação de um serviço público educacional, de matriz obrigatória, com crescente vertiginosa na contingência do acesso da população ao serviço em expansão, somado àquele segmento populacional que, a despeito de ter condições financeiras, prefere o acesso à educação infantil de forma gratuita no Município.

O trabalho em questão empreende uma pesquisa exploratória na doutrina jurídica especializada, empregando-se um critério hipotético-dedutivo, para solucionar a problemática posta: se a interrelação entre litigância estrutural e direito à educação conduz à necessidade de repensarmos a execução civil de litígios coletivos. Ou, em outras palavras, se a execução civil comum aplicável às ações coletivas de creches é a melhor forma de garantir a efetividade jurisdicional do direito à educação.

Por meio da leitura do art. 202, §2º, da Constituição Federal e do dever prestacional de matriz subjetiva (portanto, cominatória) que o próprio texto

constitucional outorga aos jurisdicionados, sugere-se a inaplicabilidade do modelo de execução civil tradicional ao cumprimento dos títulos executivos judiciais sacados das ações civil públicas, ações populares e demais ações jurisdicionais do microsistema de tutela coletiva brasileira às ações prestacionais, sobretudo ao Direito à Educação.

No primeiro e segundo capítulos, aborda-se a questão dos litígios estruturais e da dificuldade de implementação de direitos sociais. No terceiro capítulo avança-se sobre a potencialidade do uso de execuções estruturais como solução ao enfrentamento de conflitos com uma nova roupagem. Neste último, como forma de validar empiricamente essa assertiva, avalia-se dois casos da Jurisdição Civil Estadual Brasileira, a saber, ACP nº 0039874-78.2013.8.24.0038 e ACP nº 0905644-43.2017.8.24.0038, ambas da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Joinville, vinculada ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que discutem a perfectibilização de direitos sociais em litígios estruturais.

O maior enfoque é dado à ACP nº 0905644-43.2017.8.24.0038 que discute propriamente o Direito à Educação e sua implementação, cuja avaliação é iniciada na ACP nº 0039874-78.2013.8.24.0038 por sugerir prefacialmente uma abordagem estrutural à solução da lide, refutada pelo Poder Judiciário Catarinense.

Quatro são os resultados avaliados:

- a) a potencial inadequação do modelo clássico de litígio coletivo, confirmando-se a hipótese principal apresentada;
- b) os problemas decorrentes do caráter genérico de provimentos jurisdicionais exarados em ação civis públicas que tratam de litígios estruturais e a transferência do dever de solução de conflitos aos gestores municipais no caso de creches;
- c) a interconexão entre execução estrutural e compliance para performance processual;
- d) o papel da Defensoria Pública Estadual em processos estruturais, especialmente na execução estrutural.

2 LITÍGIOS ESTRUTURAIS E LITÍGIOS COLETIVOS

Litígios coletivos² são conflitos de interesses que se instalam envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo; um conjunto sem relevância personalíssima significativa (VITORELLI, 2021, p. 26). Podem ser classificados como litígios coletivos aperfeiçoados pelo modo como uma estrutura burocrática funciona (STJ, 2020). É a estrutura que leva à perpetuação da violação dos direitos, cuja remoção deve ser avaliada em profundidade, evitando-se sua renovação no tempo e no espaço (VITORELLI, 2021, p. 56).

O caráter estrutural do litígio assemelha-se a ideia de uma teia de aranha, cuja tensão demonstra a interação de todas as partes que a integram. A alteração pontual de um elemento desse tecido promove a reformulação das relações para com as demais, sem necessariamente modificar a natureza da teia ou fazê-la desaparecer (FULLER, 1978, p. 397-398). Uma das características elementares dos litígios estruturais é, portanto, o caráter policêntrico do conflito e a necessidade de criação de um ambiente colaborativo e democrático para se prestar efetivamente a tutela jurisdicional e superar os entraves geradores das violações reiteradas de direitos.

É por esse motivo que se apresenta ilógico a solução antecipada ou liminar de lides estruturais, adotando-se providências nem sempre concertadas e debatidas que, de fato, não superarão os vícios verificados.

Litígios estruturais são necessários? As diversidades cultural e social impõem a superação de amarras e pré-conceitos arraídos no seio da sociedade. Às estruturas sociais são imanentes pré-concepções de mundo, de vida e de convivência. Reprogramá-las leva à ruptura desses mesmos conceitos e concepções, tornando, pois, o litígio estrutural vivo.

Sociedades em evolução são sociedades que apresentam comumente litígios estruturais. A necessidade desses conflitos está pautada no grau de maturidade e resolutividade das próprias estruturais sociais existentes. Quanto maior a dificuldade de internalização de novos conceitos e menor a pluralidade de debate substantivo, maior a propensão da existência de conflitos estruturais.

2 “Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual” (STJ, 2020).

A pessoalização do conflito é abandonada na perspectiva de litígios estruturais. O conflito é despersonalizado, cujo feixe de luz no palco processual é direcionado exclusivamente à questão social em debate. O *day in court* não existe num problema coletivo regido pela perspectiva estrutural (VITORELLI, 2021, p. 50-52).

Uma abordagem processual estritamente coletiva *lato sensu* ou difusa não torna um litígio naturalmente estrutural num litígio coletivo comum. Torna-o, todavia, irresolúvel, impassível de ser implementado na prática, cujos entraves não serão superados pelo cumprimento de sentença habitual, perpetuando-se os vícios à funcionalidade da estrutura.

3 O PROBLEMA DA IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS: O DIREITO À EDUCAÇÃO E O CASO DAS CRECHES

Demandas por direitos sociais são aquelas que maior representam a litigiosidade repetitiva em face do Estado *lato sensu*. Informações do DataJud indicam que nos últimos cinco anos mais de 2,5 milhões de ações judiciais envolvendo prestações de saúde foram propostas em diversas temáticas, cujas liminares foram acolhidas em cerca de 80% (oitenta) por cento dos casos.

Apesar disso, o Portal Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) aponta a insuficiência do cadastramento de demandas de educação, inclusive com o subtópico “Educação Infantil – Creche”. Em 2021, apenas 771 demandas foram efetivamente cadastradas com o referido subtópico. Na consulta da aba TJRS, para os anos de 2020 e 2021, não há resultados cadastrados individualmente de forma representativa. Idêntico resultado pode ser apurado no âmbito do TJSC.

Por que a implementação de Direitos Sociais é difícil? A resposta a essa pergunta perpassa inicialmente a conceituação da tutela coletiva e pelo movimento de acesso à justiça, capitaneado por Mauro Cappelletti, no Projeto Florença (CAPPELLETTI, 1999). Aquela torna-se expressão do direito fundamental de acesso à justiça e da liberdade dos direitos sociais prestacionais, tanto quanto da ideia de solidariedade neles imanente (CF/88, art. 193). Nela, o direito é assegurado e fruído, garantindo-se na prática a democracia (GRINOVER, 1982).

Direitos Sociais têm implementação de difícil correção pois envolvem a aplicação de políticas públicas e a avaliação da qualidade de sua execução. Primariamente, políticas públicas devem implementar direitos administrativamente. Na falha, por razões de inoperância, custeio ou insuficiência, a negativa de participação do Estado (por dever de ação ou inação) torna-se evidente e, portanto, exigíveis as ações e serviços nelas previstas (obrigação) em lide jurisdicional.

Para superá-los, exige-se o resgate dos vínculos insuprimíveis entre direito material e direito processual, afastando-o de seu caráter puramente abstrato e instrumental para descer ao conflito e à realidade da vida (BAPTISTA, 1995). Não por outro motivo, a preocupação atual do direito é a efetividade processual, por meio da resolução do conflito e da garantia da prestação jurisdicional (VENTURI, 2000).

Em lides complexas, sobretudo as estruturais, a perpetuação dos vícios e das falhas nas estruturas tende a reproduzir e perpetuar os conflitos individualmente tomados. Uma abordagem que não encare o litígio sob sua forma estrutural dificilmente promoverá a ruptura da estrutura orgânica defeituosa, não solucionando o caso. Essa dificuldade está diretamente relacionada com uma visão monocular dos conflitos: encarando-os de forma atomizada e individualista, fruto de uma tradição patrimonialista do processo civil brasileiro (CAPPELLETTI, 1991).

Há um custo-efetividade avaliado por parte do Estado *lato sensu* para a solução integral dos conflitos que depõe contra a lógica da eficiência da prestação jurisdicional. Solucionar lides complexas e estruturais é um caminho que, para gestões públicas de curto espaço temporal, apresenta-se mais custosa. A curva de eficiência do custo-benefício da solução de litígios estruturais é mais bem depurada a longo prazo, não se apresentando factível para orçamentos pensados quadrienalmente.

Fora isso, Pizzol (2019, p. 623-624) defende que ações coletivas podem conduzir à facilitação da solução consensual quando pensadas num plano jurisdicional a partir de um dever de solução do caso e de superação dos entraves práticos que geram as violações aos direitos dos cidadãos.

Gabronski (2016, p. 333) sustenta que, sob o vértice autocompositivo do Novo Código de Processo Civil, deve-se admitir que mesmo em lides coletivas (e, portanto, estruturais), admite-se a potencialidade dos atores processuais firmarem acordos, o que leva a doutrina a problematizar a representação processual adequada.

Inegavelmente, a abordagem despersonalizada do processo estrutural, atrelada com uma perspectiva de verticalização da Constituição Federal e dos princípios processuais que lhes são integrantes (DINAMARCO, 1999), romperia essa lógica, propondo uma solução para maior concreção dos direitos sociais prestacionais.

As dificuldades acima abordadas relacionam-se claramente do direito à educação. Nos termos do art. 203 da Constituição Federal, especialmente do §3º do art. 208 da CF/88, o ensino obrigatório e gratuito, inserido na garantia de educação básica (inciso I), é direito público subjetivo. Essa maior vinculação do direito à educação, sob a modalidade educação básica obrigatória e gratuita, ao caráter subjetivo e pessoal do cidadão, aproxima-o do caráter prestacional estatal e do dever dos Municípios (CF/88, art. 211, §2º) de efetivarem-no aos cidadãos individualmente.

Em outros termos, a declaração textual da Constituição incute no direito à educação, historicamente carente e deficitário no Brasil, um caráter individual e pessoal, na contramão da solução coletiva do litígio que se apresenta estruturalmente, dada a inação do Estado ao longo de décadas.

4 EXECUÇÕES ESTRUTURAIS: UM HORIZONTE POSSÍVEL?

A resolução de lides estruturais na prática é abordada pela doutrina processualista especializada a partir da pacificação da controvérsia estrutural subjacente. Isso porque a execução nada mais é do que o momento processual de satisfação do direito material declarado, constituído ou imposto por condenação. Arenhart, Osna e Jobim (2021, p. 187-228) propõem que litígios estruturais podem ser solucionados por três vias diferentes:

- a) soluções consensuais e negociadas;
- b) soluções adjudicadas ou impostas, a partir da atuação do Judiciário, da legitimidade de definição do objeto processual e do enfrentamento do problema de decisões em cascata;
- c) soluções compartilhadas.

A proposição “execuções estruturais” utilizada nesse trabalho diz respeito às ações coletivas com provimento jurisdicional efetivo nas quais haja pretensão de cumprimento forçado por parte do exequente. Aproximam-se, portanto, das soluções

adjudicadas (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 201-202), mas não lhe encerrando a análise e a avaliação teórica.

O processo, sem dúvida, é e sempre foi estruturado para permitir que o Judiciário ofereça a solução final do problema, agindo, como diria Chiovenda, de modo secundário, ou seja, em substituição à atividade primária das partes. Essa é a finalidade precípua do processo de conhecimento e, assim, seria de se supor que os processos estruturais pudessem resolver os problemas que lhe são postos por meio de decisões judiciais impositivas. Todavia, se esse é o caminho comum do processo civil tradicional, no campo dos processos estruturais ele é a exceção. A complexidade dos casos estruturais recomenda que a sua solução seja, prioritariamente, a negociada, sobretudo porque uma solução judicial imposta corre o sério risco de tornar-se inexecúvel e, portanto, inútil (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 202).

A imposição do caminho a ser percorrido nos litígios estruturais para a superação dos estraves orgânicos da estrutura é, aparentemente, ineficaz como solução natural do processo estrutural, pois retira-lhe o principal ponto: a construção conjunta do percurso a ser realizado.

O papel do Judiciário está afeto à concretização de valores públicos (FISS, 1979) como instrumentos de efetivação da prestação jurisdicional e de garantia da democracia e da democraticidade dos espaços públicos, sobretudo aqueles afetos à fruição e concretização de direitos sociais.

O processo estrutural refuta a tese da falta de legitimidade política do Judiciário e do déficit de democraticidade da atuação judicial para reafirmar um papel pragmático e concretivista do magistrado (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 210). A concretização de direitos fundamentais estaria embutida na lógica da prestação jurisdicional e, portanto, integrada à própria justificativa de ser do Judiciário.

A conclusão é de que, em soluções adjudicadas, na sistemática do processo civil clássico, a solução concertada da forma de implementação do comando judicial parece ser o caminho mais adequada para justificar uma atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Por esse motivo, nem sempre uma única decisão judicial (e atuação jurisdicional) pode resolver o litígio estrutural. “Dada a sua complexidade, é impossível determinar *a priori* o alcance de uma decisão (ou de uma intervenção) sobre o problema” (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021, p. 216). Por isso, a tutela estrutural é progressiva, num processo com diversas decisões que se ligam e avançam em direção à eliminação dos entraves e dos vícios que maculam a estrutura.

Dada a maior interação entre as partes, é acertada a diretriz pontuando que soluções compartilhadas, ainda que não promovidas no mérito, tendem a ser a melhor solução para a implementação de sentença proferidas em litígios estruturais.

A despeito da imposição de determinada diretriz genérica no âmbito do processo de conhecimento, admite-se claramente a potencialidade de se estabelecer uma fase processual estrutural no cumprimento de sentença, permitindo-se uma maior interação das partes e a promoção de uma *agenda*, com diversos papéis às partes, para levar à implementação efetiva do comando jurisdicional exarado sob a lógica e as regras do processo civil tradicional.

Para se alcançar uma execução estrutural efetiva, Vitorelli (2021, p. 433-464) propõem sete requisitos mínimos a serem observados pelas partes.

Em um primeiro momento deve-se garantir conhecimento do grupo e participação adequada dos interlocutores.

Em um segundo momento, deve-se admitir a flexibilização parcial da coisa julgada, buscando amoldá-la às aplicações práticas da implementação da decisão adjudicada, sobretudo porque em processos estruturais habituais não há cisão absoluta entre fase de conhecimento e execução (VITORELLI, 2021, p. 434-436).

A terceira proposição diz respeito à *retainment of jurisdiction*, traduzida como retenção de jurisdição, avaliada a partir da perspectiva do art. 493 do CPC/15, para permitir o conhecimento ampliado do litígio, viabilizando ao órgão julgante a integração nos fundamentos da decisão de fatos que influam diretamente no julgamento. Em outros termos, a solução e o conhecimento do litígio estrutural são latentes: sempre pairando no ar para a solução do caso *a posteriori*, de forma prospectiva e com o enfoque da superação dos entraves. Dada essa premissão, não há que se falar em preclusão prejudicada em lides estruturais (DIDIER JR.; ZANETTI JR.; OLIVEIRA, 2017).

Isso porque, nessa perspectiva, a execução estrutural é uma ferramenta de controle social ativa, devendo ser garantido amplo acesso à informação, sempre aberta a pronta solução do caso (i.e., garantindo-se a primazia da tutela específica), com instrumentos de monitoramento e *report* (interno e externo, com a garantia da informação adequada dos interessados e da comunidade, interconectando-se às técnicas de *compliance*).

5 ESTUDOS DE CASO

5.1.ACP Nº 0039874-78.2013.8.24.0038, DE JOINVILLE: A PRIMEIRA ABORDAGEM E O LITÍGIO ESTRUTURAL SANITÁRIO

Em 2013, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública, com fundamento no art. 196 da CF/88 e no art. 1º, inciso IV, da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, objetivando determinar a reforma estrutural, sanitária e de acessibilidade de mais de 50 (cinquenta) Unidades Básicas de Saúde da cidade de Joinville/SC de uma só vez. A inicial foi instruída por inquérito civil, cujas provas externas remetiam substancialmente a matérias jornalísticas produzidas na cidade.

Após manifestação preliminar do Município, a decisão liminar datada de 09.05.2014, esgotou o objeto da lide e determinou:

a.1) comprove documentalmente a formação de cada equipe que atua nas UBS, indicando os profissionais que a integram, bem como trazendo aos autos cópia do cadastro atualizado dos profissionais no respectivo sistema de cadastro nacional; a.2) proceda à realização de vistoria em todas as Unidades Básicas de Saúde, por intermédio da Vigilância Sanitária, a fim de identificar as adequações sanitárias necessárias a garantir o integral cumprimento das regras atinentes a esse tipo de imóvel; a.3) comprove documentalmente que está disponibilizando à população fármacos que compõem a lista de Assistência Farmacêutica Básica; b) em 90 dias (este prazo poderá ser estendido, a requerimento do réu, por igual período, dê que comprovada eventual dificuldade na contratação/remanejamento de servidores): b.1) promova, por meio de contratação ou remanejamento de servidores, a regularização das equipes de saúde existentes nas UBS, as quais deverão atender, no mínimo, às regras da Portaria nº 2.488/2011; b.2) comprove o atendimento integral às exigências da Vigilância Sanitária, sob pena de interdição das UBS que não se encontrarem em conformidade com esses parâmetros; b.3) apresente o Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde PGRSS relativo a todas as UBS, obedecendo a todos os critérios técnico-ambientais, contemplando, em especial, o que consta da RDC nº 306/2004 da ANVISA, bem como da Resolução nº 358/2005 do CONAMA; c) em 120 dias, comprove documentalmente que as UBS atendem às condições de acessibilidade relativas a edifícios de caráter público, conforme definidos na NBR 9.050/2004. O descumprimento a este comando culminará no pagamento de multa de R\$ 500,00/dia/UBS (CPC, art. 461, § 5º) (TJSC, 2013).

A determinação judicial em caráter perfunctório foi, portanto, a da produção de provas por parte do Município para a compreensão do caso (mapeamento fático-probatório do caso) e a implementação de medidas estruturais nos prazos definidos

por parte do Juízo Fazendário a partir das sugestões temporais apresentadas pelo *Parquet* unilateralmente, no corpo da peça exordial da ação coletiva.

A contestação foi apresentada em 23.07.2014, abordando diversos temas aplicáveis aos processos estruturais dentre eles:

- a) dever de integração do Conselho Municipal de Saúde;
- b) necessidade de realização de audiência pública prévia (VITORELLI, 2021, p. 243-244);
- c) dever de construção coletiva da solução proposta, inclusive do ponto de vista orçamentário e do ponto de vista temporal, para a promoção e cumprimento *a posteriori* da decisão;
- d) outros elementos de defesa material do Município, inclusive o princípio da *reserva do possível* e a potencial restrição de cumprimento material da obrigação caso não fosse contruída conjuntamente por todos os atores processuais e sociais.

A baixa densidade da implementação prática da medida foi evidente. Após 12 (doze) meses a decisão não foi implementada, porque de difícil cumprimento, culminando na expedição de novo provimento decisional sobre o potencial descumprimento da liminar, datado de 08.07.2015. Nessa decisão, o magistrado determinou a apuração de crime de responsabilidade por parte do Chefe do Poder Executivo, sob o argumento de não ter promovido o cumprimento da decisão e ter potencialmente descumprido determinações judiciais e os princípios constitucionais de Direito Administrativo.

Abstraídas as situações que não dizem respeito a este processo às quais fiz referência apenas para historiar, nesses autos, as circunstâncias fáticas que permeiam essa decisão vinco no fato de que, apesar de todo o esforço, o réu não cumpriu a decisão liminar e, pior, veio aos autos solicitar a suspensão do processo (fls. 4.237/4.242), como se, num jogo de faz-de-conta, o fato de não se falar no já judicializado problema da saúde pública joinvilense viesse a fazê-lo desaparecer. Vencidos todos os meios de coerção possíveis e imagináveis, é chegada a hora de fazer-se cumprir, da forma que isso se fizer necessário, as decisões judiciais preclusas. Postas assim as coisas, indefiro o requerimento de remessa de cópia dos autos à 13ª Promotoria de Justiça na forma requerida à fl. 3.850 porque isso pode ser feito pela própria 15ª Promotoria desta comarca e, no mais, determino: a) a remessa dos autos ao Ministério Público para que avalie a pertinência da invocação, perante o órgão judiciário competente, do disposto no artigo 11, inciso IV, da Constituição Estadual (representação interventiva destinada ao cumprimento de decisões judiciais), bem como da apuração da prática prevista no inciso VI do artigo 69 da Lei Orgânica do Município de Joinville; b) a intimação do órgão autor para

que, em 10 dias, informe se persiste o interesse na análise do requerimento de afastamento coercitivo da atual Secretária de Saúde do Município de Joinville (fl. 3.850); e, c) a intimação do réu, via mandado, para que, em 48 horas, comprove documentalmente o efetivo cumprimento da decisão liminar, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 10.000,00. Ressalto apenas que, se por um lado "a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de multa diária para o descumprimento de decisão judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde" (STJ RMS nº 43.785/GO, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20.03.2014), por outro "a extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade" (STJ REsp nº 747.371/DF, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 06.04.2010). Nada obstante a isso, tratando-se de direito público e, portanto, indisponível cumprirá ao próprio ente público (sob pena de agir em censurável omissão, quiçá configuradora de ato de improbidade administrativa) requerer o ressarcimento, pelo responsável, dos valores eventualmente despendidos com o pagamento de multa pelo descumprimento de ordem judicial, o que deverá ser feito, entretanto, por meio de processo administrativo regular (TJSC, 2013).

Afastando-se das discussões processuais e individuais atreladas à lide, o feito foi julgado procedente em 12.08.2015, sem instrução processual, acolhendo-se integralmente os pedidos formulados pelo *Parquet* e resolvendo o caso com a confirmação da liminar, sem maiores digressões, avançando-se sobre a aplicação de pena pecuniária como solução à inação do ente público municipal.

À luz do exposto, JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido veiculado nesta AÇÃO CIVIL PÚBLICA proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra MUNICÍPIO DE JOINVILLE, confirmando a ordem liminar proferida às fls. 597/603. Torno sem efeito a multa diária vencida no período compreendido entre a decisão liminar e aquela proferida às fls. 4.474/4.478. Por outro lado, confirmo a multa aplicada à fl. 4.477, a qual vigorará entre 13.07.2015 e a intimação do réu acerca do teor desta sentença. O montante das astreintes deverá ser atualizado pela variação do INPC/IBGE desde a intimação do réu acerca desta sentença e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a serem computados a partir do décimo sexto dia após o referido ato (CPC, art. 475-J c/cart. 520, inc. VII e c/c LACP, art. 14). Considerando o teor do ofício nº 0383/2015/15PJ/JOI (fls. 4.647/4.655), encaminhe-se cópia desta decisão ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina (endereço à fl. 4.647). Oficiem-se, via malote digital, aos relatores dos recursos de Agravo de Instrumento nº 2014.037876-2 e nº 2015.049341-4, comunicando-se o julgamento deste processo.

O desfecho do caso, dado o caráter adjudicante do objeto sentencial, foi a remessa do feito à repreciação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, levando à entabulação de um Termo de Ajustamento de Conduta, com sentença homologatória em 2019, diante da baixa densidade e especificação das medidas propostas para a solução do litígio estrutural sanitário e urbanístico.

Apesar da intervenção judiciária, a forma de implementação da decisão e o monitoramento do cumprimento deram-se exclusivamente fora da via judicial.

Nessa primeira abordagem, verificou-se que tanto o Poder Judiciário Catarinense quanto o próprio Ministério Público de Santa Catarina promoveram uma análise do conflito sob a perspectiva puramente coletiva (difusa), adotando-se ao processo a roupagem clássica adversarial, sem espaço para a solução e discussão coletiva da lide, com outros interlocutores sociais.

Fora isso, a solução imposta judicial não buscou a construção, o debate e o acompanhamento do conflito subjacente, cujo instrumento de efetivação cingiu-se à imposição de multa sancionatória e à adoção de técnicas coercitivas atípicas para a tutela coletiva, a exemplo da responsabilização pessoal do titular do mandato eletivo.

5.2.ACP Nº 0905644-43.2017.8.24.0038, DE JOINVILLE: A SEGUNDA ABORDAGEM E O LITÍGIO ESTRUTURAL EDUCACIONAL

O segundo caso de litígio estrutural sob análise diz respeito à garantia da implementação de vagas suficientes em educação básica obrigatória, na modalidade creches, para os municípios de Joinville/SC, especificamente na ampliação da rede com adicionais 30 (trinta) estabelecimentos/centros de educação infantil (CEIs) no prazo máximo de 180 dias.

Na pretensão exordial, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, não houve abordagem estrutural. O foco cingiu-se na obtenção de título executivo judicial para impor ao ente municipal o dever de implementação prática da solução que compreendesse conveniente (novamente com a delegação da solução prática do conflito à esfera administrativa) no prazo fixado na liminar, a ser confirmada posteriormente por sentença, sob pena de fixação de multa pecuniária. A demanda foi ajuizada em 28.07.2017.

A contestação foi apresentada em 09.05.2018, pontuando a necessidade de validação da opção democrática adotada pelo Município em planejamento estratégico, a inexistência de omissão estatal e a adequação da eleição do critério de vulnerabilidade como priorização de atendimento.

Na sentença de mérito de 29.06.2021, não houve debate sobre o litígio estrutural e sob forma de perfectibilizá-lo, determinando:

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido deduzido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra o MUNICÍPIO DE JOINVILLE - resolução do mérito [CPC, artigo 487, inciso I] -, para, em consequência, DETERMINAR que o MUNICÍPIO, dentro do prazo de 3 [três] anos: "(a) disponibilize vaga em unidade de educação infantil, em período parcial ou integral, de acordo com a necessidade declarada e comprovada pelos pais ou responsáveis, para todas as crianças de até 5 (cinco) anos de idade cadastradas nas listas de espera ou que venham a requerer a matrícula, em unidade escolar o mais próximo possível da residência da criança, observado o limite máximo de 5 quilômetros. (b) não sendo possível, por motivo justificável, a disponibilização de vaga em local próximo à residência, forneça transporte adequado, com acompanhantes e adaptações nos veículos em que estas se fizerem necessárias, haja vista a tenra idade dos alunos, nos termos da lei. (c) forneça a vaga em unidade próxima ao local de trabalho do pai ou da mãe ou responsável, com quem reside a criança, se assim necessitarem e não houver vaga na unidade mais próxima da residência. (d) garanta que a demanda a ser gerada com a oferta das vagas seja atendida em ambientes físicos regulares e com número de crianças por sala adequados, inclusive disponibilizando profissionais correspondentes à quantidade de infantes inseridos na turma, e (e) inclua no orçamento anual o valor necessário para a manutenção e administração das vagas, inclusive com a equipe de profissionais legalmente adequada." [TJSC, AI n.º 5016865-72.2020.8.24.0000 - Evento 85]. Não há sucumbência [LACP, art. 18]. Há duplo grau de jurisdição [LACP, art. 19 e CPC, art. 496, inciso I]. Transitada em julgado, archive-se. Sem custas (ECA, art. 141, §2º).

Houve apelação cível interposta em 10.08.2021, ainda não apreciada ou julgada por parte do Tribunal de Justiça Catarinense. Não obstante, o *Parquet* buscou estabular, novamente, de forma extrajudicial e na pendência da apreciação do mérito recursal, um de Termo de Ajustamento de Conduta nos moldes clássicos, inclusive com a integração de multa diária e demais condicionantes da composição civil.

A segunda abordagem ignora o caráter irradiado e policêntrico da lide. Passa ao largo do debate de representatividade adequada, tanto quanto da construção coletiva da solução do litígio e da participação dos interessados para a superação dos entraves em decisões abertas, sem a restrição da coisa julgada *pro judicato*. A solução jurisdicional imposta não tenciona à superação da estrutura conflituosa da lide; tampouco busca a construção coletiva da solução, a partir de uma lógica de monitoramento.

Apesar disso, a abertura dos atores processuais para a utilização de um TAC estrutural, nos moldes propostos por Vitorelli (2021, p. 179-204) pode resgatar uma adequada resolução do litígio, viabilizando a reabertura do espaço de negociação e diagnóstico do problema e a definição de um plano a ser colocado em prática de forma monitorada, inclusive com a adoção de mecanismos de *compliance*.

6 RESULTADOS

Um dos primeiros resultados apresentados a partir da identificação baixa densidade prática das decisões judiciais exaradas em demandas que discutiam litígios estruturais subjacentes, tramitados sob a perspectiva de ações civis públicas coletivas, é a absoluta inadequação do modelo clássico.

A bem da verdade, a inadequação desse modelo está atrelada à potencial restrição do acesso à justiça (ARAÚJO, 2021, p. 1151-1154). A baixa representatividade dos integrantes legitimados para a tutela coletiva a partir da compreensão da Ação Civil Pública restringe o debate democrático que necessariamente deve ocorrer em lides estruturais.

Um controle sobre a ampla participação e a abertura de espaço para fala e promoção da construção dialógica do objeto e da solução em litígio parecem ser soluções mais adequadas aos problemas complexos enfrentados em processos estruturais, como aqueles dois avaliados nos subtópicos acima.

O segundo problema evidenciado relaciona-se com a ausência de especificação de um plano de ação acertado e concreto para a solução da lide estrutural. De acordo com Vitorelli (2021, p. 398-403), as dificuldades da implementação de decisões estruturais estão atreladas à tomada de decisão, à heurística e à existência de vieses cognitivos. A definição da forma de implementação das decisões demanda uma análise do caso sob uma perspectiva de disponibilidade do objeto, de representatividade das pessoas escolhidas para a construção da solução e, por fim, de uma ancoragem e ajustamento das medidas, autorrefletidas.

A solução estrutural é, portanto, autopoietica e autofágica, referindo-se a si mesma, buscando justificativa interna para se autoafirmar e se autoaperfeiçoar (LUHMANN, 2016). Por esse motivo, solucionar esses problemas demanda essencialmente cinco tomadas de posição:

- a) adotar técnicas de consciência e autoconsciência dos problemas;
- b) perceber os limites das reformas passíveis de implementação;
- c) definir expectativas temporais realistas;
- d) adotar um método dialógico de construção da decisão, possivelmente atrelado a formulação de audiência pública e a integração da sociedade (*town meeting*);

e) ter conhecimento do objeto da reforma e dos dados e resultados vinculados a medida implementada (VITORELLI, 2021, p. 411-424).

A autorreferência é um dos aspectos possíveis de interconexão dos litígios estruturais ao *compliance*. Programas de *compliance* exigem a criação de um canal de denúncias, de um comitê de *compliance* e da adoção de matrizes de risco para regular o apetite dos gestores. O *compliance* determina a avaliação e monitoramento de atividades, buscando garantir a aplicabilidade de leis e decisões judiciais incidentes. Não por outro motivo, se a execução estrutural busca referendar uma decisão judicial pretérita já exarada, reavaliando-se a progressão das medidas já implementadas, naturalmente a execução desse tipo de sentença exigirá a criação de programas de *compliance* internamente aplicados aos litígios estruturais em cumprimento de sentença. Não raras vezes, o cumprimento de sentenças estruturais exige a criação de órgãos administrativos de monitoramento, com diversas atribuições, a exemplo do que ocorreu na Suprema Corte Constitucional da Colômbia no caso dos *desplazamientos forzados* e da atuação da Defensoria Del Pueblo.

Evidentemente, a genericidade da decisão judicial proferida em demandas envolvendo litígios estruturais tramitados sob a lógica processual civil comum está diretamente relacionada à consciência do problema por meio de diagnósticos, dos limites da intervenção e da adequada escolha daqueles que comporão o time de legitimados que construirá a proposta a ser aplicada.

Em outras palavras, a remessa da proposição da solução à Administração Pública Municipal, falando-se de creches, sem a participação de Conselhos de Comunidade, Conselhos Municipal e Estadual de Educação, Defensoria Pública, Ministério Público, Judiciário e outros interlocutores públicos desconsidera o caráter policêntrico e irradiado do litígio estrutural na educação básica obrigatória.

A Defensoria Pública Estadual possui um papel primordial na construção de soluções dialogadas em litígios estruturais. Primeiro por representar ativamente e coletivamente a parcela de pessoas físicas vulneráveis afetadas pelo litígio estrutural e que detenham direitos sociais violados. Segundo porque, em matéria de creches, o debate do mínimo existencial está em voga, direcionando-se a prestação, em grande medida, às pessoas que detenham incapacidade financeira de custear educação infantil privada. Em terceiro lugar porque, de fato, a instituição que possui a

representatividade adequada para compor soluções coletivas estruturais é exatamente a Defensoria Pública Estadual para os casos de creches.

Por esse motivo, a despeito das demandas coletivas em estudo terem sido propostas pelo Ministério Público Estadual, defende-se a tese da ilegitimidade processual estrutural do *Parquet* para a definição sozinho, ou por imputação exclusiva ao ente municipal, do plano de ação e da forma de superação dos vícios orgânicos da estrutura em exame.

Desta forma, toda execução estrutural de casos coletivos de creches, ainda que não componham a lide processual de origem, exige a integração da Defensoria Pública Estadual como instituição inata para a discussão e validação do projeto a ser colocado em prática pelas partes.

A execução estrutural é uma execução coletiva, não porque beneficia um grupo plural de pessoas, mas porque demanda a integração, participação e adoção de medidas ativas e resolutivas por todas as partes interessadas, num modelo não adversarial e cooperativo.

Na implementação das medidas, um passo anterior e pressuposto é a liquidação coletiva, podendo resolver casos omissos e não avaliados preteritamente dada a retenção de jurisdição acima abordada (FARIA, 2021, p. 191-210).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou confirmar, sob uma perspectiva hipotético-dedutiva, a insuficiência do modelo clássico de execução civil à solução dos litígios estruturais envolvendo prestações estatais em direitos sociais, com enfoque ao direito à educação.

Partindo-se da concepção de um direito à educação interconectado à educação básica obrigatória e ao caráter subjetivo da prestação, compreende-se que a solução coletiva das demandas educacionais, sobretudo das creches, apesar de não estarem naturalmente afetas ao texto constitucional, sob uma perspectiva de verticalização do processo civil à luz da Constituição e dos princípios incidentes e, ainda, diante do incentivo do uso de soluções coletivas negociadas para a superação eficiente de entraves nas organizações públicas de prestação de serviços de educação parece ser o melhor caminho a ser seguido.

A sugestão decorre justamente da insuficiência dos provimentos jurisdicionais liminares e definitivos nos casos jurisdicionais estudados, oriundos do Estado de Santa Catarina. A inadequação do modelo, confirmou a hipótese de que a execução civil não tensiona a resolver efetivamente os problemas, cuja solução prática têm sido perseguida extrajudicialmente, por meio de Termos de Ajustamento de Condutas firmados perante o *Parquet*, apesar da tramitação processual de ações coletivas. A baixa produção probatória nos autos e o parco diálogo intersubjetivo (*town meeting*) demonstram que a adoção de processos estruturais em demandas envolvendo creches pode levar a uma maior performance da implementação do direito à educação na jurisdição civil brasileira.

Por fim, as conclusões do presente estudo direcionam-se a uma maior participação e a maior envergadura da atuação Defensoria Pública Estadual em litígios coletivos estruturais como órgão de representação processual adequado dos particulares para a definição e implementação do programa de superação dos estraves organizacionais.

Em outros termos, sua participação legitima as soluções estruturais e é condição *sine qua non* de validação da proposta de superação dos entraves.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vanessa Mascarenhas de. A sentença estruturante e o pleno acesso à justiça. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1135-1149.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991.

CNJ — Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020**. Brasília, DF: CNJ, 2020.

COSTA, Susana H. da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade?: uma análise do Litígio sobre Creche e pré-escola no Município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). **O Processo Para Solução de Conflitos de Interesse Público**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 449-473.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Raphael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturais. **Civil Procedure Review**. v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (coord.). **Processos estruturais**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 191-210.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, Nov. 1979.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *In*: ZANETI JR. Hermes (coord.). **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333-361.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 45, jan./mar. 1982.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes, 2016.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela Coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização de decisões judiciais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Embargos em Recurso Especial 1.192.577-RS**. Corte Especial. Ministra Laurita Vaz. Data do Julgamento: 21.10.2015. Data da Publicação: 13.11.2015.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 888.081-MG**. Quarta Turma. Ministro Raul Araújo. Data do Julgamento: 15.09.2016. Data da Publicação: 18.10.2016, REVPRO volume 265, p. 490.

STJ — Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1.854.842-CE**. Terceira Turma. Ministro Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 02.06.2020. Data da Publicação: 04.06.2020.

STF — Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 341.717-SP**. Pleno. Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 10.06.2002. Data da Publicação: 07.08.2002.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e Prática**. Salvador: Juspodivm, 2021.