FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A judicialização em matéria de política pública à luz de recente experiência da procuradoria geral do estado na área da educação especial

TATIANA CAPOCHIN PAES LEME

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 31.10.2023

1. Tema, contextualização fática e delimitação de escopo

Muito se debate sobre a judicialização de políticas públicas, em especial quando se trata de saúde pública. Quando ingressei no mestrado profissional estava vivenciando – e ainda vivencio - em minha banca uma judicialização na área da educação especial que foi iniciada em meados de 2021.

Alunos da rede estadual de ensino que são portadores de alguma necessidade especial, insatisfeitos com a política de educação especial em vigor que não contempla um professor auxiliar em sala de aula, munidos de prescrição médica, passaram a pleitear perante o Poder Judiciário, que o estado fosse obrigado a lhes disponibilizar este profissional.

Liminares para que o Estado de São Paulo contratasse professor auxiliar passaram a ser deferidas sem qualquer questionamento. Em setembro de 2022, já eram 5.820 professores auxiliares contratados por ordem judicial em escolas estaduais paulistas. Até o final de 2022, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo já havia recebido 9.615 processos sobre esse tema.

Atento a este movimento, o Estado de São Paulo, ciente de que esta judicialização indicava algum reclamo social, começou a estudar aprimoramentos para sua política pública. Como resultado, o governo editou o Decreto n.67.635, de 06.04.2023 e a Resolução SEDUC n. 21, de 21.06.2023 para contemplar a presença de um profissional de apoio dentro das salas de aula, mas que não será um docente.

Tão logo este programa foi lançado, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo passou a divulgá-lo em suas contestações. Aguardava-se um arrefecimento do ímpeto do judiciário por determinar a designação de professores auxiliares, o que não ocorreu. A esta altura, um padrão decisório já estava sacramentado por um Judiciário apegado a uma visão distorcida do direito à educação de portadores de deficiência.

Vivenciar o início desta judicialização e a forma como ela se desenvolveu nos últimos dois anos, me fez refletir, sem ter a pretensão de oferecer uma resposta, sobre se existe limite para atuação

do Poder Judiciário no controle de políticas públicas que estejam em vigor – o que, inclusive, vem sendo objeto de muitos estudos -, mas, principalmente, se a atuação da advocacia pública tem alguma correlação com eventual elasticidade dos contornos desta intervenção.

Para tanto, este estudo utilizará como recorte esta recente judicialização da educação especial e assim o fará por duas razões bastante relevantes: Primeiro porque ela, de pronto, produziu um efeito positivo, que é um aspecto importante a ser pontuado em matéria de judicialização, qual seja, o de provocar alterações consideráveis na política pública da educação especial, com a inserção, em sala de aula, de um profissional não docente para prestar apoio aos alunos deficientes. Depois, porque ele será desenvolvido concomitantemente à efetiva implantação administrativa desta nova política, permitindo observação de todo o processo administrativo nela envolvido, mas, principalmente, do Poder Judiciário, a fim de comprovar a tese da correlação supra citada.

Venho observando que argumentos de violação de princípios, tais como o da separação de poderes, da discricionariedade administrativa, além da reserva do possível ou mínimo existencial, não são suficientes para conter a forma de ativismo judicial que se observa quando a temática é direito social. À toda evidência, estes conceitos não serão abandonados, mas sim, revisitados, para que a advocacia pública possa deles se valer, porém, sob um enfoque mais realístico, discutindo a eficiência da política pública em dada situação concreta e como instrumento para distribuição de justiça.

Com efeito, cada aluno portador de deficiência precisa ser inserido em um contexto de educação inclusiva (inciso III, do artigo 208, da Constituição Federal de 1988), mesmo com todas as barreiras e dificuldades que particularmente apresentam. Para tanto, o que a comunidade científica tem por consenso é que destinar um professor auxiliar para um aluno deficiente segrega-o do grupo, porque, na prática, o que acontece é que o professor regente de sala delega, em certa medida, a sua função e autoridade, descaracterizando a educação inclusiva.

É preciso convencer o Poder Judiciário a prestar deferência às suas escolhas, evitando a proliferação de decisões determinando a contratação de docentes sem qualquer critério sistêmico, comprometendo o próprio desenho da política.

Dito isto, a hipótese a ser comprovada, portanto, é a de que existe correlação entre a forma como a advocacia pública expõe e defende suas políticas sociais quando questionadas perante o Poder Judiciário e a elasticidade dos contornos da sua intervenção.

Comprovada esta hipótese, o trabalho prosseguirá para propor forma de litigância mais efetiva quando políticas públicas sociais são questionadas perante o Poder Judiciário, mas que esteja assentada mais em fatos do que teses. Para isso, é preciso melhorar a interlocução com a Secretaria da Educação que possui uma estrutura gigantesca, mas presta uma comunicação muito ineficiente.

2. Referencial teórico-normativo

Aferir medidas para um controle sobre políticas públicas envolvendo direitos fundamentais e que estejam em vigor - bom que se frise - é tarefa tormentosa. Há múltiplos valores que estão em jogo. De um lado, o reclamo do cidadão pelo atendimento universal – ao qual o Judiciário é extremamente sensível - e de outro, a necessidade do administrador público de fazer escolhas, estabelecendo prioridades.

Há consenso de que as normas constitucionais que preveem direitos individuais e sociais não são normas meramente programáticas, mas comandos de natureza impositiva e de eficácia plena, dotados de subjetividade suficiente para que o indivíduo possa postulá-los em juízo. Entretanto, tais postulações judiciais vêm sendo deferidas seguindo a lógica do tudo ou nada, sem qualquer preocupação sistêmica, o que, ao fim e ao cabo, produz outros tantos desequilíbrios sociais, seja porque nem todos os cidadãos têm acesso igualitário ao judiciário, seja porque algum setor social é que pagará a conta dessa judicialização.

Diante deste enorme descompasso entre o Poder Executivo, responsável pela estruturação de uma política pública, e o Poder Judiciário, responsável por dar a última palavra sobre estas escolhas, quando submetidas ao seu crivo, especialmente o de primeira instância, onde, contraditoriamente, pouco se debate sobre a política pública, a advocacia pública deverá exercer papel essencial no convencimento dos juízes a prestarem deferência às escolhas políticas.

Para tanto, é preciso superar uma argumentação generalista do interesse público que se limita apenas a expor a política pública, exaltando princípios da administração pública. A bem da verdade, convencer o Judiciário a apostar em uma política depende mais dos fatos do que das teses idealizadas, pois, na linha do que já foi afirmado por Celso Antônio Bandeira de Melo[1], “no fundo, todo o problema da discrição não passa de um problema de prova”.

Neste sentir, a informação que vem das diretorias das escolas assume vital importância para a prova da eficiência da política, mas elas, em geral, não são de boa qualidade.

Este trabalho buscará comprovar a correção entre a atuação da advocacia pública, compromete-se a olhar para os fluxos de informação prestadas pela Secretaria de Educação, bem como sobre a qualidade das mesmas, entendendo os seus gargalhos - porque eles existem, isso é fato.

Segundo o Ministro Roberto Barroso, em voto proferido no ARE 11455012/SP “as políticas públicas se situam em uma zona de interseção entre o direito e a política e, por isso, a atuação do

---

1 *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª edição, 12º tiragem, pag. 42.

2 Voto proferido no ARE1.145.501, disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5503058

Poder Judiciário em casos que envolvem prestações do Estado é questão que possui contornos peculiares. De um lado, a Constituição e as leis estabelecem comandos ao administrador, as finalidades a serem perseguidas na implementação de políticas públicas. De outro lado, a realização concreta dessas finalidades, a forma de implementar e prover as prestações sociais, envolve escolhas tipicamente políticas. A tarefa difícil é identificar até que ponto o Poder Judiciário exercerá um típico controle de legalidade e onde se situa a zona de escolhas políticas, com relação às quais a atividade judicial deve guardar deferência".

É preciso, portanto, ir além de discussões principiológicas que, a bem da verdade, podem mascarar a deficiência na produção de provas, especialmente nas demandas de massa, o que é bastante complexo e, até mesmo, custoso para a administração pública.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

Analisar se há correlação entre a forma como a política pública é exposta perante o Poder Judiciário e os limites do controle que ele exerce, permitirá propor litigância mais efetiva tendente a impulsionar o debate sobre políticas públicas.

O caráter inovador está em identificar qual a forma de litigância mais efetiva para a advocacia pública do estado de São Paulo, enquanto função essencial à justiça, analisando desde a forma de obtenção da informação junto aos órgãos de execução até a maneira como a prova é trabalhada no processo e como os argumentos são lançados, a fim de evitar ou reduzir ativismos judiciais, revisitando, como dito acima, conceitos clássicos do Direito Administrativo.

4. Familiaridade com objeto da pesquisa

Como Procuradora do Estado vinculada ao núcleo de políticas públicas do contencioso geral da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo atuo quase que exclusivamente em ações propostas por alunos especiais para designação de Professor Auxiliar que hoje somam quase nove mil processos em andamento.

Percebi na minha atividade profissional diária que decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios não podem ser combatidas com argumentos de defesa também baseados em princípios, tais como, os clássicos princípios da separação de poderes, discricionariedade e reserva do possível. Por outro lado, uma comunicação deficiente entre a PGE e a Secretaria da Educação, que não fornece subsídios de qualidade – e que, até mesmo, afirma que precisa do professor auxiliar - não deixou à

PGE outro caminho senão a argumentação principiológica como tese de defesa, o que pode ter contribuído para a formação de jurisprudência tão forte a favor da designação do professor auxiliar.

5. Modelo de pesquisa

O modelo de pesquisa selecionado será predominantemente exploratório, pois é o mais adequado para que se faça uma reflexão crítica sobre qual papel da advocacia pública na execução de políticas públicas.

Em um primeiro momento, será traçado o panorama atual dos contornos do controle de políticas públicas em direitos fundamentais efetuados pelo Supremo Tribunal Federal mediante a análise de decisões proferidas nos últimos anos.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já se debruçou sobre os limites do controle jurisdicional de políticas públicas ao julgar o RE657.718, que versou sobre medicamentos experimentais e ao julgar o RE684.612 – afetado à sistemática de julgamento de repercussão geral, (Tema 698), que tratou dos limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

Especificamente na área da educação, aguarda julgamento o Recurso Extraordinário com agravo n. 1145501/SP, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça estadual, que determinou a contratação de professor auxiliar para prestar apoio em sala de aula a aluno portador de deficiência.

Em um segundo momento, serão analisadas as atuações das advocacias públicas nos acórdãos selecionados para comprovar ou não esta hipótese.

Uma vez comprova a hipótese, será possível olhar para o recorte de estudo ora selecionado e traçar alguma estratégia de litigância ao longo dos próximos meses, com a implementação administrativa da nova política pública da educação especial.

6. Quesitos

1.) Noticiar a recente judicialização da educação especial do Estado de São Paulo.

1.1) O que é deficiência

1.2) Definir educação especial e correlacionar com as bases constitucionais

1.3) Panorama legislativo federal e estadual sobre educação especial

1.4) Relatar Nova Política de Educação Especial, enquanto produto positivo da judicialização

2.) Qual o estágio atual desta judicialização em primeira e segunda instância?

3.) Existe uma posição do STF sobre quais os parâmetros para o controle judicial em políticas públicas envolvendo direitos fundamentais que estejam em vigor, tais como o da educação especial?

3.1.) Distinguir situações nas quais há omissão do poder público daquelas nas quais há política pública implementada, mas sua efetividade está sendo discutida;

3.2.) Analisar decisões dentro de um período;

3.3.) Destacar decisões do Estado de São Paulo e identificar qual estratégia argumentativa da PGE/SP nestas ações; presume-se, como hipótese, que exista apenas argumentação de princípio, dado o receito de violação do óbice sumular para revolvimento de fatos;

4.) O problema da argumentação em princípios;

5.) Com base nos parâmetros de controle estabelecidos pelo STF, é possível afirmar que a discussão sobre a eficiência da política pública fundada em fatos configuraria litigância mais efetiva? Como fazer isso sem incorrer no óbice sumular;

6.) O problema da discussão sobre fatos considerando comunicação deficiente.

6.1.) proposta de comunicação;

7.) Conclusão

7. Fontes de pesquisa e formas de acesso

A principal fonte de pesquisa para identificar a prática geral na judicialização de políticas públicas serão as decisões judiciais. O acesso é possível através de buscas dos Tribunais. Também serão utilizados como fonte de pesquisa a legislação, a literatura jurídica nacional e estrangeira.

6. Bibliografia preliminar

Wang, Daniel Wei Liang. *Direito e Políticas Púbicas de Saúde. Reflexões para o debate público.* 2020, Ed. Letramento. pág108

CARLOS ARI SUNDFELD e ANDRÉ ROSILHO. DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS: DOIS MUNDOS? , http: ss.cursos.fgv.br/d2l/le/content/134345/viewContent/1774211/View

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Protagonismo do Poder Judiciário na Era dos Direitos. Revista de Direito Administrativo, v. 251, Editora FGV Direito Rio, 2009, p. 78.

6. Cronograma de execução

	2023			2024												
Atividade	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Horas
Revisão bibliográfica																82 h

Coleta e Fichamento de decisões																30 h
Versão preliminar																100 h
Versão Final																50 h
Revisão Final																40 h