

**CAROLINA MARTINS MARINHO**

**Judicialização de direitos sociais e processos estruturais:  
reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Marcos Paulo Verissimo

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2018**

**CAROLINA MARTINS MARINHO**

**Judicialização de direitos sociais e processos estruturais:  
reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana**

Versão corrigida da tese de Doutorado apresentada, em setembro de 2018, à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2018**

Autorizo a reprodução e divulgação deste trabalho total ou parcial, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

### Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marinho, Carolina Martins

Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana / Carolina Martins Marinho; orientador Marcos Paulo Verissimo -- São Paulo, 2018.  
187 f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Processos estruturais. 2. Judicialização de direitos sociais. 3. Capacidade institucional. 4. Experimentalismo jurídico. 5. Elementos policêntricos, prospectivos e interesse público. I. Verissimo, Marcos Paulo, orient. II. Título

Nome: MARINHO, Carolina Martins

Título: Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana

Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof.Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

À memória de meu avô Leopoldo Veiga Marinho,  
que sempre acreditou no potencial transformador da educação.

## AGRADECIMENTOS

O trabalho de escrever seria muito solitário se eu não contasse com uma rede de apoios, amizades e carinhos ao longo dessa jornada. Nesse sentido, sou imensamente grata a todos que me ajudaram e deram suporte das mais diversas formas. Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que para mim está acima de todas as coisas e sempre me dá forças para continuar nessa caminhada da vida.

Ao meu orientador, Prof. Marcos Paulo Verissimo, agradeço pela ampla confiança depositada, por sua abertura ao diálogo e à divergência de pensamento, bem como por seus conselhos pragmáticos que muito me ajudaram e me inspiram. Agradeço também aos professores Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva, pelas constantes oportunidades de reflexão e aprendizado em grupo, seja por meio das monitorias, dos seminários de pesquisa ou mesmo pelos *Dialogues*, tornando mais rico e frutífero o processo de pesquisa e aprendizados na pós-graduação. Ao Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, agradeço por seu gentil apoio e ensinamentos. À Profa. Susana Henriques da Costa, agradeço por sua generosa disponibilidade para um diálogo, dando ótimos conselhos que tanto me ajudaram na finalização deste trabalho. Ao Prof. e colega querido, Daniel Wang, que, mesmo a distância e no corre-corre da vida, doou-me um pouquinho de seu tempo para dar preciosas dicas e reflexões, muitíssimo obrigada. Sou também muito grata à Profa. Siri Gloppen que gentilmente cedeu-me parte de seu tempo para dar importantes dicas; e à querida Lara Côrtes por seus preciosos comentários. Agradeço, também, nessa versão corrigida, aos membros da minha banca de doutoramento, Profa. Daniela Gabbay, Profa. Susana da Costa, Profa. Vanessa Elias, Prof. Diogo Coutinho e Prof. Paulo Eduardo da Silva, pelas preciosas considerações e reflexões sobre o trabalho.

Agradeço aos meus amigos e colegas da pós-graduação em direito e do grupo de Constituição, Política e Instituições, especialmente a Bonifácio José Suppes de Andrada, Cecília Barreto, Clio Randomysler, Filipe Gaspari, Hazenclever Cançado Júnior, Luiza Correa, Marcela Mattiuzzo, Rodrigo Nitrini, Tamara Brezighello Hojaij e Tulio Jales. Um especial agradecimento aos queridos Ana Clara Gonçalves Pamplona, Artur Pericles Lima Monteiro, Lívia Guimarães, Milene Cristina Santos, Natalia Langenegger, Natália Pires, Nikolay Henrique Bispo e Rafael Nunes que muito me ajudaram nessa etapa final, seja emprestando livros, trocando ideias ou mesmo me dando um importante apoio moral! Agradeço, também, aos colegas do grupo de discussões *Pos Debate*, em especial ao João Sgarbi que coordenou o grupo comigo no ano de 2016; aos queridos Isabel Barbosa, Santiago Neira e Vivian Rocha,

pela generosidade com que me ajudaram a obter parte do material bibliográfico. À querida Nubia Regina Ventura, pelos diálogos sobre processo coletivo.

Sou muito grata a Alessandra Gotti, João Faustinoni e Silva, Cisele Ortiz, Marcos Rogério de Souza e Vera Marzagão Ribeiro que gentilmente me cederam uma entrevista, muito me auxiliando nas reflexões deste trabalho. Agradeço, também, aos demais membros do comitê de monitoramento da ação coletiva que é estudada nesta tese; ao Des. Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa e aos demais servidores da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo.

À minha querida prima Julia Barbosa, à Paula Rabacov e ao Carlos Coelho, agradeço pela imprescindível ajuda técnica no aprimoramento desse trabalho!

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), agradeço pela concessão de bolsa no curso de doutorado.

Às minhas amigas Clarissa Kamiya, Juliana, Paula e Sarah Faleiros, Marta Antunes, Fábria Carvalho de Oliveira, Diana Dahdal, Akemi Kamimura, Julia Neiva, e ao querido Daniel Colombo: é um verdadeiro privilégio poder contar com a amizade, suporte e o carinho de vocês! Agradeço, especialmente, à minha querida amiga Fernanda Fernandes, que tanto me ajudou e me acolheu nessa (e em outras) etapa da vida.

Agradeço, também, à minha grande família tão querida, em especial à tia Helô, por todo apoio que sempre me foi dado. Por fim, minha imensa gratidão ao meu querido Marcus Vinícius, alicerce do meu coração, e à Frida (companheira canina inseparável).

É preciso amor pra poder pulsar,  
É preciso paz pra poder sorrir,  
É preciso a chuva para florir.

Renato Teixeira e Almir Sater



## RESUMO

MARINHO, Carolina Martins. *Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz a experiência norte-americana*. 2018. 185 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O objetivo desta pesquisa é analisar a judicialização dos direitos sociais, com enfoque na capacidade institucional de o Judiciário lidar com a efetivação desses direitos de cunho distributivo. A tese aqui sustentada é que a atuação do judiciário brasileiro por meio de processos estruturais dialogais parece melhor acomodar as restrições técnicas, policêntricas e prospectivas, vez que está em consonância com a natureza distributiva dos direitos sociais e, formalmente, apta a endereçar respostas às restrições da capacidade institucional em sua nuance substantiva. Essa tese está subdividida em três capítulos. No primeiro capítulo, recupera-se o conceito de capacidade institucional e seus possíveis sentidos na literatura norte-americana. Ainda nesse capítulo, é contrastado esse conceito com o debate proposto pela crítica experimentalista sobre os litígios estruturais. Em um segundo capítulo, analisa-se como o debate da judicialização de litígios estruturais foi trazido para o Brasil e como está sendo absorvido pela literatura processual pátria. Esse enfoque na literatura processual tem um propósito: a realização dos direitos pela corte se faz pela via jurisdicional. A abordagem das restrições apontadas pela crítica da capacidade institucional (efeitos policêntricos e prospectivos) nas ferramentas processuais é importante, pois viabiliza a resolução de questões distributivas levando em consideração a natureza desses conflitos. Por fim, em um terceiro capítulo, será feita a análise de um caso prático julgado no final de 2013 no Tribunal de Justiça de São Paulo: a criação de 150 mil vagas para acesso ao ensino infantil na cidade de São Paulo. Esse capítulo permitirá avaliar o quanto teoria e prática estão dialogando de forma a tecer reflexões sobre limites e possibilidades para os direitos sociais.

Palavras-chave: Processos estruturais. Judicialização de direitos sociais. Capacidade institucional. Experimentalismo jurídico. Elementos policêntricos, prospectivos e interesse público.

## ABSTRACT

MARINHO, Carolina Martins. *Judicialization of social rights and structural processes: reflections for the Brazilian jurisdiction in light of the North American experience*. 2018. 185 f. Thesis (Doctorate) – Department of State Law, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This research aims to analyze the judicialization of social rights, focusing on the institutional capacity of the Judiciary to deal with the implementation of these rights of distributive nature. The thesis supported here is that the Brazilian judiciary's action through dialogical structural processes seems to better accommodate the technical, polycentric and prospective constrictions, since it is in line with the distributive nature of social rights and formally able to address responses to constrictions of institutional capacity in its substantive nuance. This thesis is subdivided into three chapters. In the first chapter, I revisit the concept of institutional capacity and its possible meanings in the American literature. Still in this chapter, I contrast this concept with the debate proposed by the experimentalist critique on structural litigation. In a second chapter, I analyze how the debate on the judicialization of structural litigation was brought to Brazil and how it is being absorbed by this country's procedural literature. The focus on procedural literature has a purpose: the realization of these rights by the courts is done through the jurisdictional route. The approach of the constrictions pointed out by the critique of institutional capacity (polycentric and prospective effects) on procedural tools is important, since it allows for the resolution of distributive issues taking into account the nature of these conflicts. Finally, in a third chapter I analyze a practical case judged at the end of 2013 by the Court of Justice of São Paulo: the creation of 150,000 slots for access to early childhood education in the city of São Paulo. This chapter allows me to assess how much theory and practice are engaging in a dialogue so as to generate reflections on the limits and possibilities for social rights.

Key words: Structural processes. Judicialization of social rights. Institutional capability. Legal experimentalism. Polycentric, prospective elements and public interest.

## RÉSUMÉ

MARINHO, Carolina Martins. *Judiciarisation des droits sociaux et litiges structurels: une réflexion sur le pouvoir judiciaire brésilien à la lumière de l'expérience nord-américaine*. 2018. 185 f. Thèse (Doctorat) – Département de Droit Public de l'état, Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2018.

La recherche présentée dans ce mémoire a pour objectif d'analyser le phénomène de judiciarisation des droits sociaux au Brésil, et plus particulièrement la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire à rendre effectifs ceux de nature distributive. La thèse soutenue est que l'action du pouvoir judiciaire brésilien, par l'intermédiaire de litiges structurels en dialogue, semble mieux réconcilier les contraintes techniques, polycentriques et prospectives, puisqu'il est en accord avec le caractère distributif des droits sociaux et, formellement, capable de proposer des réponses aux contraintes de la capacité institutionnelle au sens matériel. Cette thèse est organisée en trois chapitres. Le premier chapitre reprend le concept de capacité institutionnelle et ses possibles interprétations dans la littérature nord-américaine. Il confronte ensuite ce concept au débat instauré par la critique expérimentaliste au sujet des litiges structurels. Le second chapitre étudie la manière dont le débat sur la judiciarisation des litiges structurels a été importé au Brésil, et la façon dont il est absorbé par la littérature procédurale nationale. Cette approche par la littérature procédurale est volontaire ; en effet, la réalisation des droits par la cour se fait par la voie juridictionnelle. L'analyse des contraintes soulevées par la critique sur la capacité institutionnelle (effets polycentriques et prospectifs) dans les outils procéduraux est essentielle, puisqu'elle permet la résolution de questions distributives en tenant compte de la nature de ces conflits. Enfin, le troisième chapitre fait l'analyse d'un cas pratique jugé à la fin de l'année 2013 au Tribunal de Justice de Sao Paulo : la création de 150 000 places à l'école maternelle dans la ville de São Paulo. Ce chapitre permet d'évaluer combien la théorie et la pratique dialoguent afin de développer des réflexions sur les possibilités et les limites des droits sociaux.

Mots-clés: Litiges structurels. Judiciarisation des droits sociaux. Capacité institutionnelle. Expérimentalisme juridique. Éléments polycentriques, prospectifs et intérêt public.

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Annual expenditure on early childhood education and care setting per child (2013).....	128
Gráfico 2 – População e matrículas em creche.....	129
Gráfico 3 – Crianças matriculadas em creche e demanda .....	130
Gráfico 4 – População e matrículas em pré-escolas .....	131
Gráfico 5 – Oferta e demanda de vagas em pré-escolas.....	131
Gráfico 6 – Matrículas na rede de ensino infantil de São Paulo.....	132
Gráfico 7 – Distritos mais vulneráveis em São Paulo .....	133
Gráfico 8 – Taxa de frequência líquida em creche (à esquerda) e na pré-escola (à direita) no ensino infantil em São Paulo em 2011 .....	134
Gráfico 9 – Distribuição de domicílios em São Paulo, segundo faixa de renda em 2010.....	134
Gráfico 10 – Matrículas de creches na rede municipal .....	154
Gráfico 11 – Matrículas de pré-escola na rede municipal .....	155

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 – Média de tempo de espera (em dias) no ensino infantil no ano de 2013.....	141
Tabela 2 – Metas.....	144
Tabela 3 – Plano de expansão de vagas.....	150
Tabela 4 – Comparação entre a meta planejada e realizada .....	153
Tabela 5 – Comparação entre a meta planejada e realizada (em valores).....	153
Tabela 6 – Evolução da rede.....	154

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
CAQ	Custo-aluno qualidade
CC	Código Civil
CDHEP	Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo
CEI	Creche de Educação Infantil
CEMEI	Centro Municipal de Educação Infantil
CF	Constituição Federal
CIJ/TJSP	Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP
CPC	Código de Processo Civil
DPE	Defensoria Pública do Estado de São Paulo
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EMEI	Escola Municipal de Educação Infantil
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação
FUNDEF	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério
GEDUC	Grupo Especial de Atuação em Educação do Ministério Público
GTIEI	Grupo de trabalho interinstitucional de educação infantil
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
MCT	Movimento Creche para Todos
MPE	Ministério Público Estadual
NAACP	Associação Nacional de Pessoas Negras de Topeka
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PMSP	Prefeitura Municipal de São Paulo
PME	Plano Municipal de Educação
PNE	Plano Nacional de Educação
SME	Secretaria Municipal de Educação
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCM	Tribunal de Contas do Município de São Paulo
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	15
1.1 PONTO DE PARTIDA DA PESQUISA: OS PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS DETECTADOS NA PESQUISA DE 2009 .....	22
<b>2 CAPACIDADE INSTITUCIONAL: DA COMPARAÇÃO AO DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL</b> .....	29
2.1 BREVE PANORAMA DO LEGAL PROCESS THEORY E A IDEIA DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL .....	33
2.2 O CASO BROWN VERSUS BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA E AS DISCUSSÕES SOBRE AS INTERVENÇÕES ESTRUTURAIS .....	45
2.3 A CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMPARADA .....	59
2.4 O EXPERIMENTALISMO JURÍDICO .....	64
2.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO .....	76
<b>3 CAPACIDADE INSTITUCIONAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS: ELEMENTOS PARA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA</b> .....	79
3.1 DISPUTAS SOBRE O BEM COMUM E O CONTENCIOSO DE DEMANDAS COLETIVAS .....	81
3.2 A MOLDURA TRADICIONAL E AS PROPOSTAS INICIAIS DE PROCESSOS COLETIVO-ESTRUTURAIS .....	87
3.3 REPENSANDO A JURISDIÇÃO BRASILEIRA .....	103
3.4 JURISDIÇÃO E LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS DA MOLDURA BIPOLAR.....	104
<b>3.4.1 Legitimidade, custos e representação processual adequada</b> .....	109
<b>3.4.2 O papel do magistrado, a negociação e a formulação do acordo</b> .....	115
<b>3.4.3 Flexibilidade e adequação procedimental</b> .....	118
3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO .....	121
<b>4 POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM SÃO PAULO E A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM 2013</b> .....	123
4.1 BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS E VALORES PÚBLICOS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA NO SEGMENTO INFANTIL E AS DISPUTAS POR ACESSO A CRECHE E PRÉ-ESCOLA.....	124
4.2 A DESESTABILIZAÇÃO INSTITUCIONAL .....	141

4.3 OS EFEITOS DA DESESTABILIZAÇÃO E OS DESAFIOS DE ACOMODAR AS QUESTÕES TÉCNICAS, POLICÊNTRICAS E PROSPECTIVAS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	150
4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO .....	158
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>166</b>
<b>ANEXO A – Movimento Creche para Todos.....</b>	<b>180</b>
<b>ANEXO B – Educação Infantil: déficit de atendimento no município de São Paulo .....</b>	<b>184</b>



# 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, é crescente o ativismo do poder judiciário<sup>1</sup>, redefinindo o que é prioridade para a administração pública, ampliando a arena de participação do judiciário nas decisões políticas (SADEK, 2012). Dentro desse contexto, a judicialização de direitos sociais é um tema conhecido e muito discutido nos dias atuais, não apenas nas faculdades de direito e ciências sociais (entre outras), como também nas mídias sociais. O seu escopo, via de regra, é a concretização de fins constitucionais e a garantia dos direitos fundamentais.

Em que pese esse não ser um tema novo na literatura brasileira e ser demasiadamente discutido<sup>2</sup>, há certas questões ainda muito pouco trabalhadas que se refletem em nossa jurisprudência de forma problemática e, por vezes, retarda possíveis contribuições da atuação das cortes<sup>3</sup> na efetivação desses direitos.

Uma dessas questões diz respeito à capacidade institucional das cortes lidarem com problemas de direitos sociais e seus efeitos distributivos. Em pesquisa desenvolvida em meu mestrado (MARINHO, 2009), pude observar que as críticas que tratavam da capacidade institucional de o judiciário lidar com os direitos sociais eram as que melhor apreendiam características intrínsecas da natureza desses direitos e que colocavam desafios concretos à judicialização de direitos sociais. A crítica apontava a limitação do poder judiciário brasileiro em sua moldura institucional tradicional para lidar com os direitos sociais. Assim, ao julgar individualmente o conflito de direito social, o judiciário não compreendia o problema como um todo, pois o caso pontual não retratava a falha estrutural da política pública, mas somente a violação individual da parte que reclamava um direito. Ademais, as dificuldades decorrentes da policentria, dos efeitos prospectivos dos direitos sociais, tampouco eram captadas nos processos

---

<sup>1</sup> No âmbito da educação, por exemplo, notícias relatam que, na cidade de São Paulo, a Defensoria Pública de São Paulo obtém cerca de 12 mil vagas por ano em creche e pré-escola por meio de ações judiciais. Conferir em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>>. Acesso em: 5 set. 2014.

<sup>2</sup> Para se ter uma ideia, em uma breve pesquisa por “direitos sociais” no catálogo bibliográfico do Dedalus, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foram apontados 296 registros. Se a busca for limitada pelo título, aparecerão 190 registros. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/>>. Acesso em: 21 nov. 2017. No sistema de bibliotecas integrado da Fundação Getúlio Vargas, apareceram 411 registros (a busca foi limitada para “Somente Repositórios FGV; somente texto completo, itens do catálogo, e dos Repositórios FGV”, pois a busca livre apontou 94.436 registros), conforme se pode verificar em: <<http://sistema.bibliotecas.fgv.br/>>, consulta feita em 21 de novembro de 2017. No campo da produção jurisprudencial, para ficar só no Tribunal de Justiça de São Paulo, a busca por “direitos a saúde” e medicamentos apontou 4.548 acórdãos e o termo “acesso ao ensino” apontou 871 ocorrências. Informação consultada no site do Tribunal de Justiça de São Paulo, na seção “jurisprudência”. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 29 set. 2017.

<sup>3</sup> O termo “cortes” é usado de forma livre, referindo-se ao poder judiciário e seus órgãos de primeira e segunda instância (varas e tribunais).

fragmentados como um gargalo da judicialização dos direitos sociais. Os problemas alocativos, de agenda, de carência de instrumentos e da intervenção na gestão do executivo só eram detectados (e afastados) pelas cortes quando se tratavam de pedidos que questionavam a política pública em sua estrutura, de forma coletiva.

Na última década, a literatura de direitos sociais brasileira tratou da judicialização sob os mais diversos aspectos teóricos e práticos. Abordou-se a força do caráter constitucional e exigível desses direitos, a legitimidade da intervenção judicial, as disputas entre mínimo existencial e reserva do possível, bem como o entendimento de nossa jurisprudência, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), reafirmando a constitucionalidade da intervenção judicial nas políticas públicas. O argumento da capacidade institucional<sup>4</sup>, no entanto, quando abordado, era rapidamente superado a partir de uma compreensão formal de competência institucional, sem um esforço concreto de analisar possibilidades de superação das constrições que o conceito apontava (VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2012).

Por mais de uma década, o judiciário vem entendendo os direitos sociais como direitos públicos subjetivos e garantindo-os juridicamente, especialmente no âmbito da saúde e da educação. Contudo, ao compreendê-los na mesma chave de leitura dos direitos individuais, os tribunais deixaram de perceber os impactos distributivos (jurídicos, políticos e econômicos) que a massificação desses direitos produz, realocando desordenadamente as verbas públicas ou mesmo tumultuando o desenvolvimento de políticas públicas.

Esse cenário levou a uma vasta judicialização individual e fragmentada dos direitos sociais<sup>5</sup>, especialmente no âmbito da saúde<sup>6</sup>, obrigando os órgãos públicos a buscarem novas soluções, abrindo-se para discussões coletivas do problema e às possibilidades de contorná-las.

---

<sup>4</sup> Verdade é que se encontram na literatura brasileira alguns estudos e discussões sobre a capacidade institucional dos litígios de interesse público norte-americano há mais de 10 anos, como os trabalhos de Salles (1999, 2003), Lopes (1998, 1999, 2006) e Verissimo (2006), por exemplo. No entanto, no presente momento, a abordagem coloca-se de outro modo, não mais acomodada às ferramentas jurisdicionais existentes no processo judicial brasileiro, mas questionando-as. Nesse sentido, conferir em Corrêa (2014) e em Ferraro (2015) reflexões sobre a abordagem coletiva estrutural dos direitos sociais e a ideia de capacidade institucional. Para se ter uma ideia, até 2016 não havia obra coletiva que abordasse o tema sobre essa perspectiva estrutural. Em 2017, duas obras foram lançadas pela Iuspodivm: Grinover, Watanabe e Costa; e Arenhart e Jobim.

<sup>5</sup> Em pesquisa recente publicada pela Sociedade Brasileira de Direito Público para o Conselho Nacional de Justiça (2017), uma das conclusões é que as ações coletivas têm sido utilizadas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou de direitos individuais.

<sup>6</sup> Os dados do Ministério da Saúde apontam que, de 2002 a 2017, foram cadastradas 19.751 ações judiciais demandando saúde em todo país. No ano de 2016, dados da União revelam que o gasto total com saúde foi de 246,1 bilhões de reais (3,9% do PIB brasileiro, para aproximadamente 150 milhões de habitantes). No entanto, os gastos da União com ações judiciais no mesmo período chegaram a 1,313 bilhões. Sendo que 90% destes gastos (1,1 bilhão) foram feitos com apenas 10 medicamentos mais caros da lista do SUS. E, entre estes medicamentos mais caros, os gastos com Solirium para atender à demanda de 414 pacientes com doenças raras chegou a 613 milhões de reais. Apresentação da “Plataforma E-NATJUS”. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

A literatura jurídica vem, então, estudando ações estratégicas para lidar com a judicialização de forma coletiva<sup>7</sup>; técnicas de aglomeração de demandas individuais<sup>8</sup>; ou mesmo possibilidades de o poder judiciário atuar em demandas que abordam os direitos sociais não apenas em sua faceta individual, mas no âmbito do delineamento da política pública, como verdadeiras reformas na estrutura de prestação destas políticas.

É no âmbito desta terceira abordagem que o problema de pesquisa desta tese se coloca. Especialmente influenciada pelas experiências de litígios de direitos públicos norte-americanos e da América Latina (Argentina, Colômbia, Equador, Peru), alguns trabalhos começaram a abordar os direitos sociais à luz de uma perspectiva coletiva-estrutural<sup>9</sup>. Estes conflitos vêm sendo chamados de “conflitos de interesse público” ou “processos estruturais” ou, ainda, “estado de coisas inconstitucional”<sup>10</sup>.

A dúvida que instiga essa tese é se o judiciário brasileiro pode ter capacidade institucional para lidar com os direitos sociais. A tese é que o judiciário brasileiro, por meio dos processos estruturais, pode ter capacidade institucional. No entanto, essa tese e sua dúvida de pesquisa merecem um refinamento, vez que o termo é amplo e pode levar a má-compreensões sobre o escopo desse trabalho.

A discussão sobre capacidade institucional<sup>11</sup> envolve tanto uma questão formal de (i) o judiciário normativa/institucionalmente ter poderes e meios para resolver questões políticas que, a princípio, deveriam ser decididas pelos poderes políticos; como uma questão de (ii)

---

<sup>7</sup> No âmbito de ações estratégicas para lidar com o problema da judicialização da saúde de forma coletiva, a obra de Bucci e Duarte (2017) traz diversas abordagens e iniciativas neste sentido.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Costa e Fernandes (2017) propõem técnicas de coletivização de pretensões individuais para sanar o problema da demanda fragmentada de direitos sociais (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 378). Em artigo próprio, Costa (2017, p. 407-414) destaca técnicas de coletivização de pretensões individuais e técnicas de agregação de demandas individuais já propostas.

<sup>9</sup> Owen Fiss (2004, p. 25) traz a seguinte definição para processo estrutural: “[...] processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”. Ao longo desta tese, diversos termos similares serão utilizados para se referir a processos estruturais: litígios de direitos públicos; litígios estratégicos; processos estruturantes; intervenção estrutural e medidas estruturantes.

<sup>10</sup> As duas primeiras terminologias advêm da experiência norte-americana de ações judiciais intervindo em políticas públicas delineadas pela administração pública ou pelo legislativo (CHAYES, 1976). O termo “estado de coisas inconstitucional” estaria mais ligado a experiências latino-americanas de judicialização da política pública (GARAVITO, 2011). Em todos os casos, a questão que está por trás é a intervenção do judiciário na política pública delineada pelos poderes políticos (legislativo ou executivo) com o intuito de aprimorá-la. A literatura latino-americana possui diversos exemplos de intervenções em políticas públicas que estão em forte diálogo com a ideia de processos estruturais desenvolvida nos Estados Unidos. No entanto, por uma questão de delimitação teórica, não serão abordados nesta pesquisa.

<sup>11</sup> Agradeço aos Profs. Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hubner Mendes, bem como ao colega Nicolay Henrique Bispo por terem me ajudado com essas reflexões.

habilidade, capacidade substantiva ou instrumental<sup>12</sup>, de as cortes conseguirem compreender determinado problema e darem uma resposta satisfatória a ele.

Na primeira acepção do termo, a ideia de capacidade institucional pode ser compreendida como delineamento formal das competências e ferramentas institucionais, estabelecidas nas Constituições e outros meios normativos, que possibilitam um controle jurisdicional das decisões políticas. Nesse sentido formal, a moldura institucional brasileira é dúbia. De um lado, prevê na Constituição Federal de 1988 (CF/88) diversos direitos sociais, bem como a possibilidade de controle jurisdicional. De outro, a jurisdição brasileira é operada na lógica comutativa e, em que pese a constitucionalização de diversos direitos de cunho distributivo, não temos em nossa jurisdição mecanismos para que os problemas inerentes à distribuição de bens comuns consigam ser apreciados adequadamente e acomodados na decisão judicial, apesar dos avanços normativos, como um microsistema processual coletivo<sup>13</sup> ou os amplos poderes do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil<sup>14</sup>.

Nesse entendimento, ao afirmar que o judiciário brasileiro, por meio dos processos estruturais, pode ter capacidade institucional para lidar com os direitos sociais pretendo demonstrar que mecanismos em consonância com a natureza distributiva dos direitos sociais começaram a ser adotados em nossa via jurisdicional viabilizando que as constrictões da capacidade institucional em sua nuance substantiva possam ser, eventualmente, contornadas.

Observo que a discussão sobre a capacidade institucional substantiva é importante para compreender as constrictões que a crítica endereça à judicialização estrutural de direitos sociais. Contudo, para avaliá-la, é preciso um estudo de impactos de resultados, o que não será feito no presente trabalho.

---

<sup>12</sup> Verissimo (2006, p.14-15) chama de capacidade instrumental a “invasão dos espaços políticos pelos órgãos do judiciário sob o ponto de vista da incapacidade de seus instrumentos para resolver esse tipo de disputa” (o autor usa o termo “instrumental” para diferenciar da abordagem institucionalista feita a partir do debate sobre as externalidades da ação judiciária e seus custos à luz do princípio da eficiência. Seguindo Verissimo, a abordagem institucionalista sobre o enfoque de suas externalidades e o princípio da eficiência não será o foco desta tese).

<sup>13</sup> Nesse sentido, o modelo jurisdicional brasileiro prevê um conjunto de normas materiais e processuais que permitem a proposição de ações em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo inclusive mencionada a existência de um “microsistema processual para a tutela coletiva”, composto pela Lei de Ação Civil Pública (L.7347/85), pelo Código de Defesa do Consumidor (L.8078/90), entre outras normas que dão organicidade ao processo coletivo no Brasil (DIDIER JUNIOR E ZANETTI JUNIOR).

<sup>14</sup> “Trata-se de regra que convida à reflexão sobre o CPC de 2015 ter passado a admitir, de maneira expressa, verdadeira regra de flexibilização das técnicas executivas, permitindo ao magistrado, consoante as peculiaridades do caso concreto, modificar o modelo preestabelecido pelo Código, determinando a adoção, sempre de forma fundamentada, dos mecanismos que se mostrem mais adequados para a satisfação do direito, levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro ‘dever-poder geral executivo’, portanto.” (BUENO, 2015, p. 165).

Nesse contexto, essa tese será desenvolvida a partir de três capítulos, além desse primeiro capítulo introdutório. Em um segundo capítulo, retomarei a origem da discussão sobre a capacidade institucional na literatura americana, com o intuito de melhor entender o papel que essa crítica atribui às cortes e como as discussões sobre os processos estruturais se colocam nesta compreensão.

É certo que há muitas diferenças históricas, culturais e operacionais que separam o sistema jurídico norte-americano do sistema jurídico brasileiro (SALLES, 2006). O sistema jurídico da *common law*, por exemplo, prevê em sua jurisdição (nos tribunais da *equity*) procedimentos de caráter investigativo, que contêm ferramentas (como o *special master*<sup>15</sup> e as *injunctions*<sup>16</sup>, por exemplo) mais flexíveis e que possibilitam dotar o juiz de informações e meios para apreciar determinadas situações fáticas (HAZARD; TARUFFO, 2006). Contudo, embora sejam sistemas distintos e atuem em bases históricas e operacionais diferentes (SALLES, 2006), as discussões teóricas, em decorrência das tensões interinstitucionais das funções políticas e jurídicas, enfrentam problemas bem próximos nos dois países. De modo que a recuperação desse debate norte-americano pode auxiliar, ampliando nossa percepção sobre alguns parâmetros “aptos a permitir uma melhor avaliação do direito nacional estudado, com a identificação de falhas e aporte de elementos para construção de alternativas viáveis” (SALLES, 2006, p. 19). Assim, acredito ser possível aproveitar um pouco da experiência norte-americana sobre as questões de capacidade institucional para refletir sobre possibilidades de aprimoramento na literatura de direitos sociais brasileira.

Nossa literatura ainda está tateando ferramentas e soluções que propiciem as melhores respostas para lidar com estes conflitos que intervêm na política pública. Já a literatura norte-americana possui muitos exemplos e avaliações sobre a intervenção das cortes no aprimoramento das políticas públicas, pois lida com processos estruturais desde 1953, com o caso *Brown versus Board of Education*.

O debate norte-americano é dividido, alguns considerando essa intervenção essencial à efetivação dos valores constitucionais (FISS, 2004), outros afirmando que as intervenções

---

<sup>15</sup> Segundo notas do tradutor em Fiss (2004, p. 62): “No processo norte americano o *special master* é designado como representante da corte para a prática de alguns atos ou transações específicas cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, às vezes com grande autonomia”.

<sup>16</sup> Como explica Salles em uma nota de tradução do texto de Owen Fiss (2004, p. 26): “[...] o termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que cesse de praticar, determinado ato ilícito ou lesivo. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar determinados atos futuros”. Na definição de Bauermann (2012, p. 29), “[...] as *injunctions* guardam enorme semelhança com as decisões denominadas ‘mandamentais’ do direito brasileiro, pois nada mais são que ordens determinando um fazer ou não fazer ao réu, sejam relacionadas à correção de violação a direito já verificada, sejam prevenindo a sua ocorrência”.

promovidas pelo judiciário distorcem a política pública, sem trazer os ganhos esperados pelas partes (HOROWITZ, 1977). Fato é que as avaliações sobre esses litígios não são simples e muito se questiona sobre o papel institucional das cortes por meio da intervenção estrutural, motivo pelo qual a melhor compreensão dos exemplos e contraexemplos que a literatura norte-americana fornece é especialmente relevante para que se tenha um pouco mais de clareza às propostas que estão sendo veiculadas pela literatura e pelas cortes brasileiras.

Nesse entendimento, buscarei, nesse segundo capítulo, recuperar o conceito de capacidade institucional, suas origens no *Legal Process*, suas críticas e estudos decorrentes, em especial aqueles que dialogam com os litígios estruturais.

Em um terceiro capítulo, tentarei traçar um recente “estado da arte” sobre o que vem sendo sugerido por processualistas que estão tratando de processos estruturais na literatura brasileira. O intuito é observar como os autores processualistas estão acomodando em nossa “jurisdição” as características e elementos dos processos estruturais.

Esse recorte processual tem um propósito: as definições do campo jurídico são condições de possibilidade e ação para determinada prática social (LOPES, 2004, p. 27-33), conforme abaixo será abordado. Nesse entendimento, refletir sobre as definições que estão (ou não) em nossa via jurisdicional, bem como sobre a forma de utilizá-las em nosso sistema processual é um meio de viabilizar a inteligibilidade das questões distributivas na via jurisdicional brasileira. Isto é, a existência de ferramentas e mecanismos para que os conflitos de direitos sociais possam ser compreendidos a partir de sua natureza distributiva são meios para que o sistema processual opere assegurando capacidade institucional em sua nuance formal.

Entre os processualistas brasileiros (VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2013; ARENHART 2013; PINHO; CORTEZ, 2014; FERRARO, 2015; VITORELLI, 2015; GRINOVER; WATANABE; COSTA, 2017; ARENHART; JOBIM, 2017), há hoje certa animação quanto aos processos estruturais ou litígios de interesse de público. A fonte de inspiração destes autores, via de regra, volta-se aos litígios estruturais norte-americanos, em especial o caso *Brown versus Board of Education of Topeka*. Autores como Owen Fiss e Abram Chayes são reiteradamente citados.

Contudo, a importação destes autores e ideias é feita sem aprofundar devidamente como os contra-argumentos presentes, em especial a crítica da capacidade institucional, poderiam ser superados (VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2013; PINHO; CORTEZ, 2014). Características relevantes para que o judiciário faça uma intervenção estrutural em políticas públicas (como a necessidade de conhecimento especializado e os efeitos prospectivos e

policêntricos) ainda são pouco abordadas. Muitos autores ainda se fixam em critérios já utilizados pela crítica e jurisprudência brasileiras (mínimo existencial, razoabilidade da pretensão em face do poder público; existência de disponibilidade financeira do Estado), dentro de uma perspectiva tradicional do processo, deixando em aberto lacunas importantes sobre como o judiciário deveria tratar essas questões distributivas.

A percepção dessa insuficiência na abordagem dos litígios de direitos públicos é captada por alguns autores, que começaram a dar foco a essas questões (especialidade, policentria e prospecção) e a refletirem sobre novos arranjos para o tratamento dos litígios estruturais na jurisdição brasileira. Assim, Ferraro (2015) e Vitorelli (2015) analisam as possibilidades de adaptação do processo civil brasileiro à luz dessas perspectivas estruturais e seus efeitos policêntricos e prospectivos, evidenciando as limitações da via jurisdicional tradicional.

Por fim, o quarto capítulo abordará a intervenção judicial na política pública de educação infantil em São Paulo, no caso de acesso ao ensino infantil. Como os resultados de um processo estrutural se protraem ao longo do tempo e o caso ainda está em curso, a abordagem restringe-se a identificar no caso prático os elementos que foram abordados nos capítulos antecedentes e a ponderar sobre as possibilidades de acomodação da via jurisdicional brasileira.

Desse modo, o propósito desse capítulo é duplo: primeiro, a partir do caso prático, analisar como algumas das constringências apontadas pela crítica da capacidade institucional podem ser acomodadas no processo estrutural dialogal (tal como sugerido pela crítica experimental), viabilizando que a desestabilização provocada pela corte possa contribuir concretamente no aprimoramento da efetivação de um direito social. Um segundo propósito é constatar, no caso concreto, como as limitações institucionais da jurisdição brasileira estão sendo contornadas, tendo em vista que os estudos abordados no terceiro capítulo claramente apontam uma contradição do discurso normativo com a prática jurisdicional, tal como acima mencionado.

Acredito que o olhar concreto para uma política pública específica e a tentativa de acomodá-la na teoria experimental auxiliam a visualizar, com mais clareza, os gargalos procedimentais da judicialização de direitos sociais, contribuindo com as propostas que estão sendo delineadas para a recepção das teorias estruturais no Brasil.

A proposta é que a análise conjunta das conclusões apontadas nestes três distintos capítulos forneçam subsídios para que a pergunta-problema que orienta essa tese seja respondida.

Contudo, antes de adentrar nessas discussões acima propostas, é preciso fazer alguns esclarecimentos metodológicos sobre os pressupostos que aqui serão adotados. É importante

deixar claro de onde eu parto, bem como explicitar algumas discussões relevantes para o campo processual que envolvem esse debate da judicialização de direitos sociais, mas que não serão o foco da discussão na presente pesquisa.

### 1.1 PONTO DE PARTIDA DA PESQUISA: OS PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS DETECTADOS NA PESQUISA DE 2009

A pesquisa desta tese de doutorado não sai do zero. É uma continuação de reflexões e questões que se iniciaram em minha dissertação de mestrado (MARINHO, 2009).

Esta pesquisa tinha como pressuposto a concepção de que o direito é um fato institucional, que vai se construindo e alterando de acordo com a prática social de determinada sociedade (LOPES, 2004, p. 19-63)<sup>17</sup>. Afirmar que o direito é um fato institucional significa dizer que, a partir do que se define e se aceita como um conceito operacional de determinado campo, determinadas ações passam a ser pensadas e percebidas como possíveis para aquele campo (LOPES, p. 2004). Esse campo teórico criado possibilita a construção de uma forma de pensar e agir a partir dos significados estabelecidos e utilizados intersubjetivamente, dado por meio do discurso (LOPES, 2004, p. 29).

Assim, as definições do campo jurídico possibilitam a construção de uma forma de pensar que é determinante para a ação humana: elas são condições de inteligibilidade, de alcance ou de sentido de determinada prática e são definidas de acordo com usos internalizados no campo jurídico (não sendo, portanto, arbitrárias) (LOPES, 2004, p. 27-33)<sup>18</sup>.

Seguindo o entendimento de Lopes, a pesquisa de mestrado compartilhava da ideia de que a positivação de direitos sociais nas Constituições contemporâneas gerou um problema ao reintroduzir questões distributivas na esfera jurídica, recolocando na esfera do direito brasileiro temas que, ao longo da modernidade, foram se afastando da esfera jurídica, como as discussões sobre o interesse público e bem comum (LOPES, 2004, p. 88-92)<sup>19</sup>.

Como esclarece Lopes (1994, p. 27),

---

<sup>17</sup> A tese de Lopes (2004, p. 19-63) é que o direito é constituído de acordo com a prática social compartilhada de determinada época. Ou seja, os conceitos jurídicos são formados por definições estipulativas (que delimitam como determinado termo deve ser usado) que criam seu próprio campo teórico (LOPES, 2004, p. 28).

<sup>18</sup> Ou seja, tal como as regras gramaticais, o direito, é lógico e preceptivo: para se conseguir aplicar, é preciso ter a ideia de finalidade (a direção, a forma de pensar).

<sup>19</sup> Lopes deixa claro que as questões distributivas são da tradição jurídica. Contudo, algumas categorias foram afastadas ao longo do pensamento moderno, sendo preciso recuperar “algumas categorias que se acham encobertas por grossa camada de esquecimento histórico e ideológico” (LOPES, 2006, p. 160-161).



Numa sociedade livre o bem comum não é a conservação da vida tal como ela é, mas a conservação da vida – coletiva e individual – com a possibilidade dinâmica de ser diferente. O bem comum é “um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente o(s) valor(es) em razão dos quais têm motivos para colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) numa comunidade”. Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas normativamente. Este conjunto de condições, possibilidades e instituições compõem o bem comum. A justiça distributiva é a regra – e a virtude da aplicação desta regra – segundo a qual os interesses particulares (de indivíduos, de grupos, de classes, de corporações) são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível.

A justiça distributiva é aquela que trata do bem comum<sup>20</sup> sob uma perspectiva deontológica-procedimental, que tem como regra e virtude a distribuição igual (proporcional) de acervos comuns: a) coisas que não são produzidas por ninguém (a natureza, por exemplo); b) produtos coletivos da ação humana (como a linguagem); c) finalidades comuns ou compartilhadas (a educação, por exemplo, é uma finalidade comum entre alunos e professores); ou d) bens coletivos de suprimento indivisível e consumo não exclusivo (como a paz ou a segurança pública) (Lopes, 2006, p. 142-143).

O autor destacava a importância de ter consciência de como o problema se coloca para que seja possível criar iniciativas para lidar com ele (LOPES, 2003, p. 98-99)<sup>21</sup>: se houve uma mudança na definição do conceito de direito em decorrência do reingresso das questões distributivas, é preciso ter clareza de algumas questões que estão envolvidas nessas discussões para que o campo jurídico possa reaprender a lidar com estas.

A partir desse pressuposto, busquei mapear os principais argumentos sobre a judicialização de direitos sociais que pautavam esse debate aqui no Brasil (MARINHO, 2009). Seguindo o entendimento de Lopes (2004) de que o pensamento jurídico contemporâneo ainda se apoiava em uma estrutura individualista de raciocinar o direito (utilizando as molduras, discursos e instituições do pensamento moderno para pensar os seus problemas jurídicos),

---

<sup>20</sup> Lopes (2006, p. 144) aponta que não há apenas “bens” comuns, mas também ônus que são partilhados em uma sociedade, como uma epidemia que atinge determinada sociedade, por exemplo.

<sup>21</sup> Segundo Lopes, o pedido em uma ação coletiva que abordava interesses públicos enfrentava três obstáculos institucionais: dificuldade para superar a tradição de lidar com direitos adquiridos; dificuldade ideológica, pois os juízes respondem ao censo comum, não são progressistas; e carência de meios, recursos e agenda. Desse modo, o autor destacava: “não descreio da possibilidade de honestamente pensar no interesse público. Acredito que se tivermos consciência do problema é possível pensar, criar e inovar. Mas então será com mais cuidado que cada um vai se apresentar como o representante da sociedade civil, porque a sociedade civil, parafraseando Hegel, é o campo das dissidências, não das convergências, e é também perigoso porque a sociedade civil é plural. Temos que pensar na possibilidade, e não descreio dessa possibilidade, de criar iniciativas” (LOPES, 2003, 98-99).

organizei as principais críticas que pautavam o debate, naquele momento, em três grandes blocos: críticas que apontavam problemas normativos (I), críticas que marcavam a carência de legitimidade e a discricionariedade do administrador (II) e críticas que tratavam das dificuldades de o judiciário efetivar decisões de direitos sociais, apontando falta de capacidade institucional para atuar naquele problema (III).

A crítica sobre os problemas normativos dos direitos sociais (I) subdividia-se em três pontos: a) estes direitos, por não serem dotados de sanção específica, não seriam direitos propriamente ditos, mas meras normas programáticas (KELSEN, 1979); b) o caráter genérico e indeterminado das normas de direitos sociais não permitiria a determinação da obrigação a que o Estado estaria sujeito, motivo pelo qual estas normas seriam ineficazes e não poderiam ser exigidas judicialmente, vez que não estabelecem deveres até que sejam regulamentadas e especificadas pela administração pública (FERREIRA FILHO, 1990; MORAES, 2002); c) o caráter prestacional dos direitos sociais geraria um custo de implementação, o que demandaria previsibilidade de verbas (BARROSO, 2000). Esse argumento é conhecido como “reserva do possível” e afirma que, diante de recursos públicos escassos, inexistiriam verbas para implementar o direito social reclamado (AMARAL, 2001).

Esses três argumentos normativos eram rebatidos da seguinte forma (MARINHO, 2009, 22-28): a) a carência de sanção não comprometeria a juridicidade da norma, pois elas estão integradas em um ordenamento jurídico válido e eficaz (BARROSO, 2001; COMPARATO, 2001; SARLET, 2001; BONAVIDES, 2002). Os direitos sociais seriam imperativos normativos, formando, inclusive, direitos públicos subjetivos (DUARTE, 2003); b) sobre o caráter genérico, afirmava-se que todos os direitos fundamentais eram restringíveis e regulamentáveis, não podendo o judiciário se furtar de analisar o direito social em questão (SILVA, 2005); c) sobre os custos do direito e a reserva do possível, sustentavam que todos os direitos tinham um custo, não podendo o judiciário afirmar genericamente a reserva do possível sem avaliar a situação (HOLMES; SUNSTEIN, 1999; ABRAMOVICH; COURTIS, 2002). Ademais, o princípio do mínimo existencial imporia ao judiciário uma ponderação sobre as normas conflitantes (SARLET, 2001; GOUVÊA, 2005).

O argumento da falta de legitimidade e da discricionariedade do administrador (II) era reconstruído a partir da tripartição clássica de poderes do Estado de Direito, no qual ao judiciário caberia apenas guardar e proteger a ordem e os direitos fundamentais individuais, sendo muito questionável a revisão de atos da administração pública e sua discricionariedade para estabelecer prioridades. A regra da maioria impunha ao judiciário respeitar e obedecer às decisões de representantes eleitos pelo executivo e legislativo (TEIXEIRA et al., 2004).

Contudo, os contra-argumentos aqui apontavam uma reformulação do princípio da legalidade, possibilitando uma análise do princípio da separação de poderes por uma dimensão orgânico-funcional que incorporasse conteúdos valorativos em sua interpretação (CAMPILONGO, 1991; CAPPELLETTI, 1999). Além disso, argumentava-se que o conceito de democracia não se sustenta apenas pelas decisões da maioria, mas deveria levar em conta a proteção aos direitos fundamentais de grupos minoritários e o ônus de o judiciário responder por meio de sentenças públicas e justificadas (CAPPELLETTI, 1999; VIANNA, 2003). A questão da discricionariedade e limite da apreciação das cortes do mérito do ato administrativo ainda encontrava resistência (CRETELLA JÚNIOR, 1998), mas já havia autores que expressamente acolhiam essa apreciação (DI PIETRO, 2007; NOHARA, 2006; GOUVÊA, 2005; FREIRE JÚNIOR, 2005), admitindo a judicialização de políticas públicas (MARINHO, 2009, p. 28-36).

Por fim, o argumento chamado de capacidade institucional (III) trazia breves reflexões sobre a judicialização de direitos públicos nos Estados Unidos (FULLER, 1978; CHAYES, 1976; ROSENBERG, 1993; FISS, 2004) e apontava um início de discussão sobre a capacidade institucional de judicializar direitos sociais aqui no Brasil. Os autores americanos citados salientavam tanto o embate valorativo em torno do papel e da função do judiciário como os problemas práticos decorrentes da intervenção do judiciário em questões políticas. No âmbito da literatura brasileira, os autores apontavam um problema adicional: a carência de instrumentos e cultura distributiva, presentes na *equity* da *common law* americana, em nossa “moldura jurídica institucional”. Isso fazia com que os direitos sociais fossem discutidos aqui no Brasil sob a lógica comutativa, bilateral, desconsiderando-se a natureza plurilateral e distributiva dos direitos sociais (LOPES, 1998, 2006; DURAN et al., 2004; VERÍSSIMO, 2006; TERRAZAS, 2008). Como consequência, o julgamento de questões de direitos sociais era feito de forma fragmentada, sem levar em conta os impactos econômicos da decisão, criando sérias distorções e privilégios na política pública (DURAN et al., 2004; LOPES, 2006).

A crítica da capacidade institucional parecia abordar de forma mais robusta os problemas enfrentados na judicialização dos direitos sociais, trazendo questões concretas, que transcendiam os problemas de interpretação sobre o justo ou o injusto, o devido ou não devido, mas apontando que os instrumentos presentes na moldura institucional brasileira não propiciavam a compreensão adequada do problema, o que inviabilizava o tratamento adequado da questão. Nesse sentido, propus-me a testar essas críticas da capacidade institucional por meio

de ações coletivas sobre direito à educação<sup>22</sup>, movidas na cidade de São Paulo, entre 1996 e 2006. Para tanto, formulei as seguintes hipóteses de pesquisa:

- a) A natureza plurilateral dos direitos sociais foi desconsiderada nas decisões judiciais e isso gerou problemas em relação ao princípio da igualdade formal;
- b) O Judiciário parece estar mais preparado para lidar com direitos adquiridos, voltados para o passado, e não se mostrou preparado para lidar com os direitos sociais que, em geral, são direitos presentes ou futuros;
- c) A satisfação de direitos sociais demanda remédios que o Judiciário não pode ou tem dificuldade de conceder. (MARINHO, 2009, p. 9-10).

E, de fato, pude constatar que a natureza plurilateral ou policêntrica dos direitos sociais havia sido desconsiderada nas decisões judiciais; o judiciário havia se mostrado pouco preparado para lidar com direitos presentes ou futuros, com poucos instrumentos para responder devidamente aos conflitos distributivos, sem capacidade de planejar ou computar os custos destas decisões judiciais, gerando certas distorções na política pública educacional da cidade de São Paulo (MARINHO, 2009, p. 105-113).

De forma um pouco mais detalhada, pude averiguar que quando o direito à educação foi pleiteado dentro da moldura de interesses individuais juridicamente protegidos, o julgador entendeu o conflito como violação de um direito subjetivo que deveria ser protegido. Assim, nos casos em que vagas no ensino infantil eram pleiteadas como interesses individuais homogêneos ou nos casos em que se questionavam o número de alunos em sala de aula ou o não cancelamento de matrículas, por exemplo, os conflitos foram tratados como bilaterais e a resposta do judiciário foi emitida como se determinada situação fosse pretérita e a garantia de vaga restaurasse determinado *status quo*.

Contudo, em situações em que a violação ao direito social era mais policêntrica, exigindo reparos na política pública delineada, o julgador intimidava-se e o argumento da discricionariedade da administração pública era utilizado. Foi possível observar que, por mais que o julgador tenha reconhecido problemas e violações normativas no direito reclamado, ele não se sentiu capaz de tentar resolver o problema jurídico colocado quando este tratava de situações policêntricas e complexas, que exigiam o conhecimento da política educacional como um todo, bem como informações técnicas e especializadas. Isso foi evidenciado nas ações de

---

<sup>22</sup> O pedido nestas ações coletivas abrangia tanto casos de interesses individuais homogêneos como interesses difusos ou coletivos propriamente ditos. Foi uma pesquisa quantitativamente pequena, mas, qualitativamente, possibilitou-me apontar a pertinência dos argumentos que apontavam a carência de capacidade do judiciário em lidar com as questões de direitos sociais.

construção de escolas, realização de censo educacional, organização do ensino público, reposição de aulas, turno e aplicação das verbas educacionais.

Essas decisões estudadas apontavam a dificuldade de o judiciário lidar com problemas distributivos: a carência de ferramentas técnicas (falta de conhecimento sobre o funcionamento da política pública, suas nuances e especificidades) e jurídicas (falta de procedimentos institucionais, como um *special master*, por exemplo) para enfrentar o tema e compreender as informações relevantes, os possíveis cenários e consequências. Mecanismos de intervenção estrutural ainda eram pouco conhecidos na literatura de direitos sociais brasileira, o que fazia com que magistrados decidissem o conflito na base do tudo ou nada, sem flexibilidade para negociar a implementação da decisão. A judicialização feita de forma fragmentada fazia com que o magistrado se inteirasse do problema de forma parcial, impossibilitando a organização de demandas de forma planejada (capacidade de agenda) ou a compreensão da política pública de forma global.

A questão dos custos dos direitos, por fim, também apareceu na pesquisa. Quando o conflito foi colocado como direito do indivíduo, como nos casos de acesso a vagas no ensino, o julgador não deu tanta relevância para a questão dos custos e de seu impacto na política como um todo, como se o custo pudesse ser absorvido sem impactar a política pública delineada. Contudo, no caso de pedidos coletivos, como a construção de escolas ou a aplicação das verbas educacionais, por exemplo, que questionavam a política pública como um todo, a questão dos custos apareceu por meio dos argumentos da reserva do possível e da discricionariedade da administração, afastando a apreciação do judiciário sobre os problemas distributivos (MARINHO, 2009, p. 100-101).

De forma geral, a pesquisa feita em 2009 apontava as dificuldades do judiciário em lidar com questões coletivas e difusas. Parte dos problemas da judicialização dos direitos sociais decorria do tratamento individual de uma questão coletiva, revelando a carência de ferramentas e da cultura do judiciário em lidar com um conflito distributivo, em que pese a existência de normas materiais e processuais voltadas aos interesses difusos e coletivos há mais de 20 anos no ordenamento brasileiro.

A regulamentação de normas de interesses difusos e coletivos traz para o bojo do judiciário disputas sobre o interesse público, o bem comum. Essa alteração de objeto processual impacta o contencioso de demandas coletivas (SALLES, 1999). Essas compreensões já estão presentes na literatura brasileira há algum tempo (LOPES, 1994; SALLES, 1999; VERISSIMO, 2006).

No entanto, um longo caminho jurisprudencial foi percorrido para que a abordagem do judiciário junto aos direitos sociais se desse por meio de um litígio estrutural. Em 2013, ao dar procedência a uma ação coletiva de acesso ao ensino infantil, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu um novo direcionamento ao tratamento do direito educacional, viabilizando a discussão da política pública em sua estrutura de prestação do serviço público e possibilitando a superação de parte das críticas da capacidade institucional que se colocavam à moldura bilateral do direito: o tratamento fragmentado.

Como será visto no capítulo quarto, esse julgamento trouxe uma série de ferramentas inovadoras e, junto com elas, uma série de desafios à capacidade institucional de o judiciário não apenas compreender o problema e suas nuances políticas, econômicas e sociais, como também o desafio (e o risco) de conseguir uma intervenção frutífera, que traga os resultados esperados, assegurando um aprimoramento na política pública que sofre a intervenção judicial.

Inúmeras dúvidas pairam sobre essa nova forma de atuação judicial: a judicialização estrutural de um direito social viabiliza o tratamento adequado das questões distributivas pelas cortes? É possível, a partir do modelo estrutural, enfrentar as constrações apontadas pela crítica da capacidade institucional? Como os processualistas acomodam em nossa via jurisdicional as adaptações necessárias para uma abordagem estrutural? Como esta transição da moldura bilateral para uma moldura plurilateral está sendo pensada em nossa via jurisdicional? Como os desembargadores conseguiram superar as limitações institucionais da moldura tradicional vigente?

Algumas dessas dúvidas subsidiam os capítulos e as ideias desenvolvidas na presente tese. Começarei a abordagem buscando uma compreensão mais precisa sobre a crítica da capacidade institucional no debate norte-americano com o intuito de compreender problemas e questões que se colocam à intervenção estrutural nas políticas públicas e podem nos auxiliar a refletir e a antecipar reflexões sobre a judicialização estrutural de direitos sociais.

## 2 CAPACIDADE INSTITUCIONAL: DA COMPARAÇÃO AO DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

A utilização do termo “capacidades institucionais” ou “capacidade instrumental” (VERÍSSIMO, 2006) em textos acadêmicos e teorias brasileiras é cada vez mais comum, seja “[...] para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas” (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 6). No entanto, como apontam Arguelhes e Leal, ainda há pouco esclarecimento conceitual na literatura sobre este conceito, o que torna o seu uso retórico e com pouca utilidade prática para a tomada de decisão.

O desafio de compreender o que se entende por “capacidade institucional”, suas nuances e contornos colocam-se como proposta de análise desse capítulo. O papel das instituições públicas e suas possibilidades de intervenção em determinada realidade é um tema complexo e multidisciplinar, que envolve questões controversas de uma sociedade, como poder, legitimidade, moralidade, liberdade e eficiência. A abordagem desse capítulo será a partir da literatura jurídica. Excepcionalmente, autores da ciência política ou da economia serão abordados para que o debate jurídico possa ser melhor compreendido.

A discussão sobre capacidade institucional das cortes implica uma discussão sobre a escolha institucional: a partir dos valores sociais eleitos por determinada sociedade e dos meios estruturados para a sua realização, qual a instituição mais apta para a tomada de uma decisão? O papel desempenhado pelas cortes, o que elas fazem bem e o que não deveria ser desempenhado por estas coloca-se a partir de uma avaliação relacional entre outras instituições que também poderiam realizar determinada tarefa, como os poderes políticos (executivo e legislativo) ou o mercado<sup>23</sup>. Essa abordagem envolve tanto uma questão de legitimidade (de o judiciário normativa/institucionalmente ter poder e conseguir resolver questões tradicionalmente de outros poderes públicos) como uma questão de habilidade e instrumentos (de as cortes conseguirem compreender determinado problema e darem uma resposta satisfatória a ele) (KING, 2012, 130).

---

<sup>23</sup> Há inúmeras instituições sociais em nossa sociedade, tais como: entidades do terceiro setor, imprensa, sindicatos, corporações, igrejas, entre outras. Contudo, para este capítulo, essas diversas instituições mencionadas serão consideradas a partir da categoria “mercado” e, portanto, a comparação institucional, quando mencionada, será em referência às três grandes instituições, propostas por Komesar (1994), que participam do processo de tomada de decisão: os poderes políticos (legislativo e executivo), as cortes e o mercado.

O delineamento institucional brasileiro resguarda a possibilidade de controle jurisdicional junto aos direitos sociais, o que não elimina o debate sobre a legitimidade, mas viabiliza que as cortes tenham “poder para” apreciar a questão (conforme será tratado no terceiro capítulo desta tese). No entanto, a questão da habilidade e dos instrumentos institucionais é um ponto que também envolve a discussão sobre legitimidade e que é pouco enfrentada no debate brasileiro da judicialização dos direitos sociais, motivo pelo qual gostaria aqui de focar na análise da capacidade instrumental das cortes.

No contexto mundial<sup>24</sup>, há inúmeros modelos e ideias competindo sobre o que é relevante para uma abordagem institucional<sup>25</sup>, destacando os méritos e dificuldades de o poder judiciário ser utilizado como um mecanismo institucional para a tomada de decisão política (KING, 2012, p. 121). Essas abordagens ligam-se a questões muito exploradas em teorias norte-americanas desenvolvidas, principalmente, no pós-segunda guerra mundial. Como marco inicial dessa discussão, é possível apontar uma escola de pensamento que ficou conhecida como “*Legal Process School*”<sup>26</sup> e foi muito influente nas décadas de 50 e 60 do século XX (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994)<sup>27</sup>.

Nesse capítulo, pretendo retomar a abordagem institucional comparativa iniciada pelo *Legal Process*. Essa discussão foi revigorada na década de 80 por Neil Komesar e questionada pela proposta institucional experimentalista de Sabel e Simon. No entanto, antes de abordar a proposta de Komesar ou a de Sabel e Simon, vou recuperar algumas discussões que destacam possibilidades e problemas de o judiciário intervir em questões políticas a partir de seu desenho

---

<sup>24</sup> O tema até hoje é debatido não apenas na literatura americana, bem como em diversos outros países como Colômbia (FRANCO; GARAVITO, 2010; GARAVITO, 2011), Argentina (VERBIC, 2017; PUGA, 2013; BERIZONCE, 2017), África do Sul (MBAZIRA, 2009), Inglaterra (KING, 2012; WANG, 2013a), Canadá (KLEIN, 2008), entre outros.

<sup>25</sup> Conferir em Wang (2013a, p. 267) uma tipologia de diferentes modelos de judicialização de direitos sociais, em que é analisado em cada tipo: “(1) capacidade institucional e legitimidade dos tribunais; (2) os benefícios diretos para os litigantes; e (3) os benefícios diretos para aqueles na mesma situação, mas que não participaram do processo judicial”. Já King, a partir das características gerais do institucionalismo, divide a literatura sobre capacidades institucionais em duas correntes conflitantes sobre o papel das cortes: abordagem restritiva e abordagem contextual. “Os institucionalistas restritivos acreditam que os juízes deveriam agir, sempre que possível, com grande restrição, rejeitando um papel para o balanceamento e preferindo aderir a linhas claras e contendo a expansão de precedentes. Por outro lado, institucionalistas contextualizados, acreditam mais na promessa do processo judicial e advogam uma ferramenta particular para endereçar problemas de ampla discricionariedade judicial sob condições de limitada competência institucional – princípios de restrição. Se os princípios de restrição incorporarem as considerações institucionais, e puderem ser trabalhados na adjudicação, as preocupações podem ser cumpridas sem rejeitar o papel das cortes previsto em muitas adjudicações de direito público contemporâneas” (KING, 2008a, p. 410).

<sup>26</sup> Kennedy e Fisher III (2006, p. 245) afirmam que o *Legal Process* foi mais uma coleção de ideias, questionamentos e atitudes do que um método preciso ou uma escola de pensamento.

<sup>27</sup> De acordo com Eskridge Junior e Frickey (1994), o curso *The Legal Process* foi ministrado de 1958 a 1990 (com raras interrupções) na Harvard Law School. E, em seu auge, o curso foi ministrado por, aproximadamente, 40 das 50 faculdades de direito existentes nos Estados Unidos na época avaliada. Cf. Eskridge Junior e Frickey (1994, n. 94-95). Conferir, também, Stevens (1983, p. 271).



institucional. Esse é um debate muito amplo, conforme abaixo será explicitado. Como recorte, busquei dois autores (Abram Chayes e Owen Fiss) que trazem argumentos favoráveis à ampliação da atuação das cortes em questões políticas e duas pesquisas empíricas que recomendam um papel mais contido em relação a essas intervenções (Donald Horowitz e Gerald Rosenberg).

Esse capítulo é subdividido em quatro partes. Começarei a abordagem com uma breve retomada das ideias jurídicas do início do século XX na sociedade americana, com o seguinte propósito: retratar as diversas disputas vigentes na arena jurídica no início do século, em especial as disputas sobre os campos público e privado<sup>28</sup>. Acredito que essas considerações possibilitarão uma melhor compreensão sobre a construção da abordagem institucional do direito, como a proposta de Hart Junior e Sacks, e, mais que isso, como o princípio institucional conseguirá, a partir de um arranjo formal, organizar a operabilidade das cortes, justificando a sua observância e aplicação.

Um segundo tópico será iniciado com o julgamento do caso *Brown v. Board of Education* (1954) (Caso Brown), seguido de discussões sobre o papel e a função das cortes. O caso Brown não só coloca em xeque, como leva a um declínio a proposta institucionalista de Hart Junior e Sacks. Nesse caso, a Suprema Corte Norte-Americana declara inconstitucional a política segregacionista vigente, bem como admite uma direta intervenção das cortes na política pública educacional delineada pelo executivo, questionando o papel da competência institucional atribuída às cortes, assim como os ideais procedimentalistas e racionalistas propostos como pilares pelos autores do *Legal Process*. A ideia deste tópico é trazer argumentos favoráveis à intervenção estrutural, bem como textos contrários que, à luz dos problemas políticos e econômicos da década de 70, reacenderam alguns temas do *Legal Process*, como as discussões jurídicas sobre eficiência e considerações consequentialistas das regras (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxii-cxxiii).

Esse segundo tópico se afastará um pouco da discussão institucional proposta por Hart Junior e Sacks, mas trabalhará questões que auxiliarão a compreender a retomada de ideais propostos pelos autores do *Legal Process* na década de 80, bem como a revigorada na ideia de

---

<sup>28</sup> Não se pretende investigar a fundo as causas, formação e alterações na cultura jurídica dos Estados Unidos, pois não é o propósito desse trabalho, mas apenas dar elementos para que se possa compreender como o material de Hart Junior e Sacks (1958) foi uma tentativa de responder aos principais conflitos jurídicos vigentes nos Estados Unidos no início do século XX (KENNEDY; FISHER III, 2006, p. 243-250). Embora superficial, acredito que essa recuperação auxilia a compreender a importância de uma análise institucional para o direito: ela organiza uma forma de pensar o direito e sua relação com as demais instituições sociais e, ainda que imperfeita, possibilita avanços ao criar possibilidades de diálogos e críticas em torno de elementos comuns.

capacidade institucional na academia jurídica, impulsionada pelo trabalho de Neil Komesar (1984, 1994), o que será abordado no terceiro tópico.

A proposta de Komesar (1994, p. 10) tem uma pretensão revisionista a uma das linhas de pensamento decorrentes das ideias trabalhadas pelo *Legal Process* e que aflorou na década de 80: a linha de *law and economics*<sup>29</sup> (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxii). No entanto, as críticas propostas pelo autor vão além de uma pretensão revisionista, sendo cabível para qualquer análise comparativa institucional sobre direito e política pública, voltando-se, assim, a outros autores que serão abordados no segundo tópico, como Chayes, Fiss e Horowitz, trazendo importantes considerações para o debate sobre a capacidade institucional da intervenção jurídica em políticas públicas.

Esse capítulo encerra as reflexões sobre a capacidade institucional com a proposta experimentalista de Sabel e Simon em um quarto tópico. A proposta institucionalista desses autores<sup>30</sup> questiona e reformula as relações entre o judiciário e os poderes políticos, buscando uma saída para as limitações institucionais que são colocadas pela ideia de capacidade institucional.

Ao final do capítulo, tentarei organizar uma compreensão sobre essa discussão que possa ser útil para refletirmos os problemas de intervenção do judiciário em políticas públicas de direitos sociais aqui no Brasil.

---

<sup>29</sup> Esta linha de pensamento compartilha com os autores do *Legal Process*, o “[...] desejo de que a sociedade maximize a satisfação coletiva de seus membros e o reconhecimento de que as regras jurídicas possam contribuir com essa meta”. Contudo, os autores do *law and economics* são mais céticos sobre as normas reguladoras e presumem uma economia estática (*public static pie*), ao contrário da proposta de Hart Junior e Sacks que presumiam uma possibilidade de crescimento econômico constante (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxii). A proposta de Komesar dialoga com alguns autores que foram organizados no terceiro tema dos teóricos do *New Legal Process*, de acordo com o esquema de Eskridge Junior e Frickey, mencionados em nota de rodapé no segundo tópico dessa tese. Essa discussão sobre as teorias de *law and economics* não será abordada nessa tese de forma direta, mas apenas de modo indireto, na crítica de Komesar.

<sup>30</sup> Nourse e Shaffer (2009), buscando categorizar autores institucionalistas para construir um mapa de autores do novo realismo jurídico, apontam três categorias: a) os comparativistas (abrangendo a teoria comparativa de Komesar analisada junto com as neoinstitucionais e as de microanálise), b) a teoria da nova governança (que abarca o experimentalismo jurídico de Sabel e Simon) e c) a teoria sobre sujeito e modelo de anti-dominação (focada em questões sobre feminismo e vulnerabilidade). Como esta última tem foco em questões que fogem do tema aqui proposto, a abordagem institucional será feita a partir das duas primeiras correntes mencionadas. É importante observar que essa proposta neorrealista de Nourse e Shaffer (2009, p. 124-125), em que pese se afastar de concepções formalistas deducionistas, não ignora a importância dos conceitos, teorias e da regra jurídica (“rule of law”) na reconstrução da interpretação.

## 2.1 BREVE PANORAMA DO *LEGAL PROCESS THEORY* E A IDEIA DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL

Segundo Mensch, nos Estados Unidos, nos períodos de 1776-1885 (denominado pela autora de “consciência pré-clássica”) e 1885-1935 (denominado de “consciência jurídica clássica”), a propriedade privada era vista como um princípio universal a ser sagradamente protegido (MENSCH, 1998, p. 25). A liberdade clássica era a garantia de que os direitos (privados) e os poderes (públicos) seriam protegidos como absolutos, sem que os poderes invadissem a propriedade alheia. O pensamento do direito público era dominado pelo direito individual do modelo lockeano<sup>31</sup>. Neste contexto, os juízes assumiram a tarefa de proteger e definir os limites dos direitos constitucionais, de forma objetiva e imparcial, por meio do exercício racional dedutivo. Essa suposta objetividade era sustentada pela crença na “regra jurídica” e em sua resposta objetiva para os conflitos (MENSCH, 1998, p. 24-32).

Por volta de 1920, o pós-guerra civil, a industrialização e a urbanização foram ampliando a relevância do papel do Estado e, especialmente, das agências administrativas, alterando as concepções de direito vigentes.

A fé na objetiva existência de direitos prévios e na força dos precedentes passou a ser questionada pelo movimento realista, que alegava que a decisão era uma escolha política e moral e não uma dedução racional<sup>32</sup> (MENSCH, 1998, p. 34).

Esse ceticismo dos realistas não comprometia apenas a força do deducionismo e formalismo da *rule of law*, mas questionava também a própria ideia de argumentação racional e legitimidade do direito para dar uma resposta a um conflito jurídico, levando muitos juristas a buscar respostas em outras áreas do conhecimento, como a sociologia, ciência política, psicologia. O problema foi que os argumentos políticos, os propósitos e necessidades sociais, bem como as sugestões de especialistas dessas outras ciências sociais não se mostraram uma métrica confiável para as decisões jurídicas, mas um convencionalismo pluralista de resultados imprevisíveis. Isso fez com que alguns realistas buscassem alternativas que assegurassem certa

<sup>31</sup> A referência aqui é a John Locke e sua teoria, que foi utilizada como substrato da doutrina liberal do século XIX, valorizando a autonomia privada e livre da intervenção estatal.

<sup>32</sup> O texto *The path of the law*, do juiz Oliver Wendell Holmes, foi interpretado por muitos como um ataque à neutralidade da dedução racional da *common law*, bem como uma concepção do direito como elaboração da política social e do balanceamento de valores conflitantes por critérios utilitaristas (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. Iv-lviii). Segundo Stevens (1983, p. 132), “A abordagem estrita da *common law*, característica dos Harvardianos do final do século XIX, estava desaparecendo. No lugar, a lei americana tornou-se associada a precedentes e não a princípios e a racionalizações *ad hoc*, já que os juízes mudavam de caso para caso”.

racionalidade ao direito, formando-se uma corrente de realistas centristas (ou novos racionalistas) (MENSCH, 1998, p. 35-36; KENNEDY; FISHER III, 2006, p. 244-247).

Os realistas centristas (ou novos racionalistas) concordavam com a crítica de que a dedução lógica de regras e precedentes não era objetiva, especialmente nos casos difíceis. Contudo, afirmavam que isso não significava uma completa perda de referencial jurídico para balizar a decisão. O direito pode fazer uso de outros parâmetros (como equidade e justiça) que possibilitem a resolução dos casos com base em princípios preexistentes, afinal, é a relação orgânica entre regras jurídicas, políticas sociais e princípios éticos que constitui a sua racionalidade. Os textos de John Chipman Gray (*The Nature and Sources of the Law*, 1909), Benjamin Cardozo (*The Nature of the Judicial Process*, 1921) e Roscoe Pound (*Law and Morals*, 1924) traziam essa compreensão orgânica do direito, mas não davam uma resposta à questão da indeterminação, frente à possível proliferação de princípios para justificar determinada decisão (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxiii).

No âmbito do direito público, as ideias realistas inspiraram uma reestruturação, possibilitando a elaboração de uma concepção “institucional” do Estado administrativo (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lix). Assim, por meio de seus votos na corte, Louis Brandeis<sup>33</sup> foi elaborando a ideia de que a corte estava mal equipada para fazer investigações ou para regulamentar complexos direitos constitucionais, de modo que estas tarefas deveriam ser deixadas para o Congresso ou para as agências administrativas, que detêm técnicas de apuração de fatos mais sofisticada para a correção normativa.

Junto com Felix Frankfurter<sup>34</sup>, Brandeis desenvolveu o conceito de especialização institucional, sustentando que um bom governo deveria não apenas elaborar a melhor política, mas descobrir qual era a instituição mais capacitada para tomar determinada decisão e como as diferentes instituições se inter-relacionam (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lix-lxii).

Frankfurter e James Landis<sup>35</sup>, por sua vez, complementaram esses alicerces institucionais respaldando a necessidade de elaboração de normas pelas agências regulatórias, por meio da ênfase às rápidas mudanças econômicas e sociais, à inabilidade do legislativo, dos partidos políticos e das cortes de darem uma resposta rápida e eficiente a tais mudanças (TUSHNET, 2011, p. 1569-1571). A legitimidade democrática do poder regulamentar das agências era atribuída ao arranjo jurídico institucional, procedimental. Assim, mais do que a

---

<sup>33</sup> Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1916 a 1939.

<sup>34</sup> Professor na *Harvard Law School* e Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos de 1939 a 1962.

<sup>35</sup> Foi assistente de Louis Brandeis em 1925 e, depois, tornou-se professor na *Harvard Law School*, sendo diretor desta faculdade de 1938 a 1946.

aplicação de uma regra substantiva, o papel do direito no Estado regulador seria garantir o *design* institucional, permitindo que as pessoas pudessem viver em relativa harmonia (TUSHNET, 2011, p. 1574-1575). Landis (1938, p. 530) afirmava, ainda, a independência das agências: sustentava que, em questões de fato em que a especialização administrativa e o devido processo foram respeitados, sequer é necessária a revisão pelas cortes.

Nas vésperas da segunda guerra mundial, eram intensas as disputas de pensamento jurídico entre realistas, racionalistas e positivistas. O ceticismo e relativismo dos realistas pareciam dar suporte às tendências totalitárias da época, sugerindo que o direito não era nada mais do que uma ação punitiva oficial, não constrangida pela moralidade. A suspeita era de que uma ordem jurídica procedimental legitimasse um regime totalitário, tal como ocorria na Europa (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxii-lxv).

Para responder a essas questões, os textos de Roscoe Pound (*Contemporary Juristic Theory*, 1940) e Lon Fuller (*The Law in Quest of Itself*, 1940) mostraram-se importantes contrapontos (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxv-lxviii). Evitando uma compreensão puramente instrumental ou consequencialista do direito, os autores buscaram modos de incorporar a política ao raciocínio jurídico, alertando para o caráter aberto e democrático dos princípios e razões que fundam o direito americano. Fuller, de forma consistente com o racionalismo orgânico, ressaltava que o fato não podia ser separado do valor, tal como o direito não poderia ser separado da avaliação moral. De modo que, no processo de constituição da interpretação dos fatos, o jurista agrega seus valores, elaborando o direito de forma orgânica e propositiva (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxv-lxviii).

No entanto, foi o material de Hart Junior e Sacks que sintetizou, em um só trabalho, três grandes eixos do pensamento jurídico que disputavam a compreensão do direito no pré-guerra: a elaboração racional e intencional do direito, o sistema institucional e a centralidade do processo (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxix-xcvii). A partir das questões jurídicas colocadas em 1930<sup>36</sup>, Hart Junior e Sacks vão refinar e desenvolver de modo muito particular suas próprias teorias sobre o direito público: seu papel, sua relação com a sociedade, sua estrutura institucional e interpretativa, estruturando o material do curso de ensino *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*.

---

<sup>36</sup> Segundo King (2008a), os problemas apresentados nas teorias positivistas e realistas do início do século XIX forjaram a criação da abordagem institucional (para o autor, as teorias positivistas sugerem que os juízes deveriam aplicar categorias formais do direito, afastando as apreciações políticas do direito. Já as teorias realistas ou as “abordagens não doutrinárias do direito”, sugerem que o “bom senso” do juiz seria suficiente para avaliar a deferência ou não em relação ao legislativo e ao executivo, independentemente de uma moldura conceitual).

O curso *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* foi um dos materiais mais influentes sobre uma abordagem integrada da competência institucional<sup>37</sup>, seja porque conseguiu articular de forma mais compreensiva os principais pressupostos metodológicos e fundamentos da teoria processual, seja porque dialogou com diversos professores e juristas de diversos centros universitários, ou mesmo porque o material de ensino foi utilizado por gerações de advogados, juízes e juristas durante quase três décadas.

Nesse material de ensino de Hart Junior e Sacks, o “princípio da solução institucional” é central, sendo abordado já na primeira seção do primeiro capítulo: *An Introduction to the Nature and Function of Law*. Hart Junior e Sacks descrevem o princípio institucional, destacando como as suas características (especialização, racionalidade e procedimentalismo) relacionam-se de forma estruturante e incondicional à própria natureza do direito em uma determinada sociedade.

Para os autores, uma das condições básicas da existência humana é a interdependência dos seres humanos e o seu agrupamento em comunidades. É essa interdependência entre os seres humanos que possibilita não apenas a satisfação das vontades humanas, como também gera a necessidade de agrupamento para a proteção e superação das vontades em comum, perseguidas pelo grupo (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 1-2).

Contudo, a interação da vida comunitária gera conflitos na satisfação das vontades e necessidades humanas. No intuito de compreender as condições que tornam possíveis a vida comunitária, regulamentando quais vontades serão satisfeitas e como o serão, Hart Junior e Sacks destacam o propósito do direito em uma comunidade e duas de suas condições essenciais: as pessoas que vivem na mesma comunidade devem ter um arranjo de entendimentos sobre os termos pelos quais elas vivem juntas. De forma ampla, indeterminada, deve haver um acordo sobre as condutas a serem evitadas ou condutas requeridas para o aprimoramento da vida comunitária. E, para que este arranjo de entendimentos seja observado e respeitado, faz-se necessária a institucionalização de procedimentos que acomodem o regular funcionamento destes arranjos. Procedimentos estes que possam sanar dúvidas, alterar substancialmente algum

---

<sup>37</sup> Segundo Eskridge e Frickey (1994), editores do material desenvolvido por Henry Hart Junior e Albert Sacks, este material não foi o primeiro a explorar o tema da competência institucional de forma integrada e aprofundada ao sistema jurídico vigente. O material de Willard Hurst e Lloyd Garrison, *Law in Society* (1941) foi o primeiro neste sentido. Sobre o material de Hart Junior e Sacks, apontam Kennedy e Fisher (2006, 243): “Durante quase vinte anos - da Segunda Guerra Mundial até meados da década de 1960 - as elites jurídicas americanas compartilharam um amplo consenso sobre as instituições legais, o raciocínio jurídico e o trabalho da profissão jurídica. Esse consenso do pós-guerra é mais diretamente identificado com um conjunto de materiais didáticos preparados por Albert Sacks e Henry Hart Junior, da Harvard Law School, para um curso que eles chamavam de *The Legal Process*.”

dos entendimentos do grupo (que não façam mais sentido frente à alteração da realidade) ou mesmo que apontem se algum destes entendimentos foi violado e o que deve ser feito.

Esse arranjo pode ser um padrão de comportamento costumeiro ou expresso na forma de um acordo, mas, conjuntamente com a institucionalização de procedimentos, são mais relevantes do que os entendimentos substantivos em si, pois a institucionalização é a fonte desses arranjos substantivos e o meio indispensável de torná-los efetivos (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 1-3).

Hart Junior e Sacks apontam que em sociedades modernas complexas, com inúmeras e diversas demandas, é preciso certa especialização procedimental e qualificação de habilidades para responder aos diferentes tipos de questões que são colocadas pela sociedade, o que leva ao desenvolvimento de instituições com procedimentos específicos. Uma sociedade desenvolvida tem um sistema institucional interconectado, com diferentes órgãos e autoridades munidos com procedimentos adequados para lidar com todo tipo de questão que a afeta, seja ela interna ou externa ao grupo (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 4).

O princípio subjacente do direito, desse modo, seria o “princípio da solução institucional”. Ele é central para o direito, informando a tomada de decisões, tanto na esfera pública como na privada. Ele possibilita o reconhecimento de uma moldura institucional que, procedimentalmente, leva a decisões justas que promovam os fins de uma dada sociedade. Desse modo:

O princípio da solução institucional expressa o julgamento de que as decisões que são devidamente alcançadas como resultado de procedimentos devidamente estabelecidos para este tipo de questão devem ser aceitas como vinculantes por toda a sociedade, a menos e até que elas sejam devidamente alteradas. (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 4, tradução nossa).

Essas primeiras ideias do material de Hart Junior e Sacks apontam que os autores viam o direito como uma ordem social intencional: organizar institucionalmente a sociedade, permitindo que seus membros se realizem harmonicamente, em fins comuns ou individuais, bem como evoluam enquanto sociedade.

Nesta concepção, o arranjo institucional e procedimental do direito é dinâmico e voltado a aprimorar os fins comuns desta sociedade. Este arranjo institucional estabelece um processo ordenado em que cada instituição é estruturada para atender problemas específicos, institucionalmente determinados.

Neste entendimento, todo o material de ensino do *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* foi organizado em torno deste princípio da solução

institucional e das tomadas de decisões em problemas da vida social que falharam em obter uma solução privada e serão resolvidos pela interação com a ordem pública (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994).

Assim, por exemplo, os problemas sociais que não podem ser resolvidos na ordem privada e chegam às instituições públicas, são tipificados por Hart Junior e Sacks (1994, p. 163) como problemas de duas ordens: busca de uma reparação, voltada a eventos passados; ou eventos que se voltam para uma colaboração futura para serem resolvidos. Na compreensão de Hart Junior e Sacks, esses problemas seriam direcionados a diferentes instituições, de forma que a instituição mais apta (a partir do delineamento formal proposto) possa lidar com eles.

No caso de disputas pontuais entre partes privadas, voltadas ao passado, os autores consideram as cortes como o local ideal para analisar o problema e dar a ele uma solução. Já no caso do segundo problema colocado, o legislativo parece ser a instituição mais indicada, pois é esse poder que estabelece as operações básicas do governo, quem cria as cortes, define o orçamento, autoriza gastos para a manutenção das instituições; define os poderes de outros arranjos, como as agências regulatórias (HART JUNIOR; SACKS, 1994, p. 164). O legislativo é definido por Hart Junior e Sacks (1994, p. 164-165) como o poder que tem discricionariedade para decidir onde e quando legislar, ou deixar algo sob a competência das agências reguladoras. No caso dessas agências administrativas, os autores apontam que o que está em jogo seriam os poderes subsidiários dos provimentos normativos, que se dão por meio da regulamentação administrativa. Na ausência de uma regulamentação mais específica sobre um assunto técnico, as cortes deveriam reconhecer a responsabilidade primária das agências no caso e ter um papel de deferência. (HART JUNIOR; SACKS, 1994, p. 166).

Hart Junior e Sacks vão apresentando casos jurídicos combinados com a legislação e outros materiais que propiciam aos alunos uma reflexão sobre os problemas de direito público e suas possibilidades de interpretação, sendo estas diretamente ligadas às finalidades do sistema jurídico, suas ferramentas institucionais e sua inter-relação com outras instituições e os processos de tomada de decisão do legislativo, das agências, do executivo ou da *common law*.

Em diálogo com essa ideia de instituições e competências, Lon Fuller escreveu o texto *Forms and Limits of the Adjudication*, um dos textos mais expressivos na época<sup>38</sup>, para tratar

---

<sup>38</sup> David Kennedy afirma que Lon Fuller colaborou com o material *The Legal Process*, de Hart Junior e Sacks e que o texto *The Forms and Limits of Adjudication* foi uma das contribuições independentes mais significantes para *Legal Process* (KENNEDY; FISHER, 2006, p. 216-217). A primeira versão desse texto de Fuller circulou em 1957 entre membros de seu grupo de discussão na Harvard Law School e, depois de refinamentos, a versão de 1961, elaborada para as suas aulas, foi publicada em 1978 (WINSTON, Kenneth, Nota do editor. In: FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, v. 92, p. 353-409, 1978).



dos problemas da adjudicação<sup>39</sup>, tendo sido, inclusive, citado por Hart Junior e Sacks no trecho em que abordam os problemas da adjudicação em seu material de ensino.

Para compreender o delineamento institucional das cortes, Fuller começa indagando: quais tarefas podem ser atribuídas para cortes? Como a adjudicação pode ser organizada e conduzida? Quais são as possíveis alterações na forma da adjudicação que não distorçam completamente a sua natureza? É com indagações deste tipo que Fuller (1978, p. 354-355) começa a refletir sobre os limites e as formas da adjudicação<sup>40</sup>.

Considerando que a adjudicação é uma forma de ordem social, que governa e regula a atuação das cortes, Fuller idealiza dois modelos de ordem social (organização por fins comuns ou organização por reciprocidade) com o intuito de compreender qual deles melhor descreve as formas e limites da adjudicação.

No primeiro modelo, de organização por fins comuns, as partes buscam propósitos, fins em comum. Assim, por exemplo, quando dois vizinhos se unem para conseguir retirar uma árvore que caiu e bloqueou a estrada de ambos. Eles juntam suas forças para alcançar um propósito em comum: a retirada da árvore (FULLER, 1978). Um típico exemplo apontado por Fuller de organização por fins comuns altamente formalizada e involuntária é o Estado.

Já no segundo modelo, organização por reciprocidade, as partes têm objetivos distintos e ações complementares, uma precisa do que a outra pode fornecer. A troca é útil e enriquecedora para ambas. Assim, por exemplo, vendedores de batatas que precisam de cebolas e vendedores de cebola que precisam de batatas (FULLER, 1978). Um exemplo típico mencionado por Fuller são as relações negociais ou contratuais.

Fuller observa que ambos os modelos apresentam formas tácitas e formas mais formalizadas, mas, de qualquer modo, as condições de efetividade destes dois princípios são diametralmente opostas entre si. Assim, se na reciprocidade cada parte busca seus próprios interesses (pois é justamente essa divergência de interesses que gera a troca) e deve saber

---

<sup>39</sup> O uso tradicional deste termo no Brasil está ligado tanto ao ato judicial em que é dada a posse ou propriedade a alguém de determinados bens; ou à atribuição de uma execução de obra mediante processo licitatório. No entanto, para efeito do presente trabalho, o sentido de adjudicação está ligado ao significado de “adjudication” na literatura de língua inglesa, designando a atividade das cortes para a solução de um litígio. Nos termos de Carlos Alberto de Salles, “[...] *adjudication* é a forma usual na literatura inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. [...] O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão” (FISS, 2004, p. 26). Tendo em vista que os conceitos jurídicos são dinâmicos e vão se alterando no sentido de uso prático, acredito não haver problemas nesta tradução, vez já incorporada na literatura que discute o tema, conforme se verifica também em Salles (2017, p. 194) e Jobim (2013, p. 93).

<sup>40</sup> Fuller (1978) usa este termo de forma ampla, podendo se referir tanto a disputas nas cortes, como a disputas em que um pai tenta arbitrar uma disputa entre os filhos ou mesmo o Senado arbitrando sobre o *impeachment* de um presidente. Para efeitos deste trabalho, o uso do termo é feito de forma mais restrita: possibilidade de solucionar conflitos jurídicos utilizada pelo poder judiciário.

exatamente o que a outra parte deseja e o que ele deseja (para conseguir obter sucesso na troca), na organização por fins comuns, é exatamente o oposto: sendo os propósitos os mesmos, não haveria interesse em troca, mas mútua colaboração para que os objetivos comuns sejam conquistados.

No mundo real, estas relações não são puras, mas o que viabiliza que estas formas de organização social continuem operando e não se deteriorem é a racionalidade institucional que as constitui. Assim, diz Fuller (1978, p. 359-360), ao se avaliar alguma instituição social em seu arranjo particular, é possível aceitar certos desvios, desde que estes não a descaracterizem completamente.

Definidos os modelos ideais de organização social e sendo a adjudicação também uma ordem social, Fuller indaga de qual desses modelos a adjudicação mais se aproxima. Para averiguar, analisa as características da adjudicação, suas “condições de otimização”, bem como suas “condições essenciais”, sem as quais essa forma de ordem social não funciona.

Segundo Fuller, a adjudicação é uma forma de solucionar conflitos. Diferentemente de uma relação contratual em que os fins são alcançados pela negociação das partes, ou de uma eleição que a participação se dá pelos votos, na adjudicação os fins são alcançados pela participação das partes no processo, por meio da apresentação de provas e argumentos fundamentados, para se obter uma decisão a seu favor (FULLER, 1978, p. 363-364). Quanto maior a participação das partes, mais próximo se está da ótima expressão desta ordem social. Por outro lado, tudo que diminui ou mina a participação, destrói a integridade da própria adjudicação (FULLER, 1978, p. 364).

É da natureza da adjudicação a participação fundamentada das partes, diz Fuller.

A participação das partes possibilita que o juiz atue imparcialmente. Os advogados das partes fazem com que o conflito entre argumentações opostas surja e precise ser decidido por um julgamento público de fatos e questões, o que garante a integridade do processo. Segundo Fuller (1978, p. 383-384), os advogados são verdadeiros guardiões do devido processo, exercendo um “[...] papel vital e essencial em um dos procedimentos mais fundamentais de uma sociedade democrática”.

A exigência de fundamentação, por sua vez, está na moldura institucional da adjudicação, diferenciando a decisão de um juiz de um Tribunal da de um árbitro em um leilão de artes. Este ônus de racionalidade faz com que a decisão, como produto de um argumento justificado, seja submetida ao teste da razão, no qual é possível verificar se os argumentos, as provas, as regras e/ou princípios apresentados pelas partes foram levadas em consideração. É a justificação que mantém a efetividade e justiça da decisão (FULLER, 1978, p. 387). Este tipo

de racionalidade não se espera de uma participação das partes por negociação ou por voto, ela é a “[...] força e a fragilidade da adjudicação como uma forma de ordem social” (FULLER, 1978, p. 367).

À luz de sua moldura institucional, o que se decide e o que é submetido à corte para decisão é convertido em reivindicações de direito ou acusação de culpa na qual as partes funcionam (FULLER, 1978, p. 368-369). A participação de advogados, neste entendimento, é parte desta moldura: ele garante a integralidade dos processos e procedimentos das instituições, ajudando a moldar o desenvolvimento de atitudes públicas voltadas a procedimentos justos e ao devido processo. Seu desafio, portanto, é criar uma estrutura jurídica que melhor atenda a esta meta em uma sociedade dinâmica e diversa (FULLER, 1978, p. 384-385).

A atuação dos advogados, portanto, faz com que as partes atuem de modo limitado e focado, representando apenas a si mesma e por meio de provas e argumentos endereçados ao juiz. No caso de princípios gerais compartilhados ou fins diretivos da sociedade apontados pelas partes, a função da corte é importante e pontual: desenvolver o que eles propõem no caso a caso, em uma particular situação de fato. A decisão do juiz deve ser congruente com o que foi apontado pelas partes, não sendo sua função criar novos propósitos para a sociedade ou impor a ela novas diretivas. Ela age retrospectivamente e este seria um de seus limites (FULLER, 1978, p. 392).

Levando em consideração que a adjudicação é fundada em algum contrato ou acordo, em que o interesse das partes é divergente e que há autointeresse de cada parte em participar e promover o processo para que a decisão seja proferida a seu favor, Fuller (1978, p. 381-393) afirma que esta ordem social se aproxima mais de uma organização por reciprocidade: partes têm interesses divergentes e são autointeressadas no resultado produzido.

Fuller passa, então, a demonstrar que certos tipos de relações humanas não são apropriados para um processo de decisão institucionalmente comprometido a agir com base no argumento fundamentado: a corte analisa conflitos retroativos e se move muito devagar para lidar com um cenário de rápidas modificações econômicas e sociais. Ela não consegue lidar com repercussões complexas que resultam de mudanças em tarefas policêntricas, ou seja, tarefas com múltiplos centros de tensão encadeados em que a alteração em qualquer dos centros repercute efeitos nos demais (1978, p. 394).

Um dos exemplos trazidos por Fuller para exemplificar a tarefa policêntrica é a doação de obras de arte deixada pela Sra. Timken, em partes iguais, para os museus *Metropolitan Museum* e *National Gallery*. Como fazer uma divisão igual de obras? A escolha de cada obra gera implicações nas demais obras disponíveis no legado. Assim, se o *National Gallery* obtém

um Renoir, desejará menos um Cézanne e mais um Bellows para a sua porção, por exemplo. Como fazer o rateio pela lógica da adjudicação? Seria complicado alcançar por provas e meios processuais um bom resultado, o que levaria o juiz a tentar solucionar o conflito por formas atípicas: agindo como um mediador ou permitindo que uma das partes fizesse a divisão e a outra a escolha (FULLER, 1978, p. 394).

Fuller aponta que quase todos os problemas submetidos à adjudicação apresentam algumas questões policêntricas, mas isto não é problema (FULLER, 1978, p. 393). O risco é que a própria essência da adjudicação seja deturpada, quando se tenta adequar a forma da adjudicação para acomodar problemas policêntricos, impedindo que ela solucione os problemas à luz de sua racionalidade institucional.

Ou seja, para Fuller (1978, p. 398), se o problema tiver elementos predominantemente policêntricos, como no caso da determinação de preços e salários, por exemplo, a adjudicação não é a melhor forma de solucioná-los. Para esses problemas policêntricos, Fuller (1978, p. 398-400) acredita que a esfera administrativa, por meio da negociação ou mesmo pela alocação de mercado, acomodem melhor estas questões.

Por fim, Fuller (1978, p. 398-401) afirma que a insistência em adjudicar problemas fortemente policêntricos pode levar aos seguintes problemas: a decisão da corte se torna impraticável, obrigando o tribunal a reformá-la ou afastá-la; o juiz adota meios não convencionais de decisão; ou reformula o problema, tornando-o acessível aos procedimentos adjudicativos, mas incapaz de atender o que foi solicitado pela parte. O risco é que, ao agir desta maneira, a corte dê soluções *ad hoc* e arbitrárias, perdendo sua função e legitimidade.

Essa compreensão de Fuller sobre a adjudicação é compartilhada por Hart Junior e Sacks, que sintetizam cinco elementos mínimos para esta tarefa institucional desenvolvida pelas cortes:

- a) é um método de resolução de controvérsia definitivo em que a disputa é apresentada a uma autoridade final e, de sua decisão, só cabe revisão para um tribunal superior;
- b) a autoridade responsável por decidir deve ser imparcial e independente de pressões políticas;
- c) a decisão do juiz substitui a das partes;
- d) o tribunal tem jurisdição para impor sua decisão às partes, independentemente do consentimento destas;
- e) a decisão é alcançada por meio de critérios impessoais de decisão, aplicáveis a casos semelhantes (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 642-643).

Hart Junior e Sacks (1958, p. 644-647) também sustentam que a decisão racional integra institucionalmente o conceito de adjudicação. Os litigantes participam na decisão do juiz por

meio dos argumentos e das provas. Do contrário, seria um julgamento *ad hoc*, perdendo seu significado institucional.

Na aplicação do processo decisional pelas cortes, seus arranjos institucionais monitoram e tornam exigíveis suas regras e princípios, determinando quem faz o que e possibilitando a aplicação de regras de modo uniforme em sociedades complexas. Subjacente a cada regra ou padrão, há ao menos uma política ou um princípio que pode guiar um julgamento, apontando o propósito de determinado arranjo, resolvendo incertezas sobre o seu significado (HART JUNIOR; SACKS, 1958, p. 167) e preservando a orientação institucional da adjudicação. As disputas policêntricas que não são possíveis de serem resolvidas por um critério geral aplicável à decisão ou que não consigam ser solucionadas por negociação devem, institucionalmente, ser resolvidas pelo voto majoritário, em sociedades democráticas.

Ou seja, no empreendimento de Hart Junior e Sacks, bem como no texto de Fuller, o arranjo institucional em que as cortes operam sua tarefa decisional deveria possibilitar uma averiguação sistemática não apenas de sua racionalidade, mas também de sua finalidade, à luz das intenções do direito e das políticas subjacentes aos princípios. Contudo, essa averiguação dava-se de forma procedimental: a legitimidade das ações das cortes era presumida em decorrência de sua observância institucional, afastando-se de uma avaliação substantiva<sup>41</sup>.

Do material de Hart Junior e Sacks e do texto sobre a adjudicação de Fuller, é possível afirmar um primeiro delineamento da ideia de capacidade institucional a partir dos seguintes pontos:

1. O princípio da solução institucional é a chave para compreensão desse modelo articulado pelo *Legal Process*. Assim, um primeiro requisito essencial para o conceito de capacidade institucional é que seja observado o delineamento institucional em que determinada sociedade opera: suas regras, seus procedimentos de alteração das regras e sua distribuição de poderes. Os procedimentos estruturados institucionalmente organizam e endereçam os cidadãos às instituições aptas a auxiliá-los.

2. Nos estados democráticos modernos, via de regra, os poderes são distribuídos em três grandes arranjos institucionais: poder executivo, poder legislativo e as cortes. Neste arranjo, as cortes têm forma e função próprias, bem definidas e delimitadas: solucionar litígios bilaterais de forma racional. Ou seja, os fatos apresentados pelas partes por meio de seus advogados

---

<sup>41</sup> Antevendo que, por vezes, o que foi decidido pela corte precisaria ser mudado, Hart Junior chegou a prever choques entre a moral e o princípio institucional, quando os procedimentos institucionais falhassem em produzir a mudança esperada pelo campo moral. Nesta situação, Hart Junior entendia que ficaria a critério da consciência do indivíduo respeitar ou não a decisão institucional (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. lxxxiv).

devem estar conectados a algum direito (ou à sua violação) expresso ou implícito (princípios) nos arranjos de entendimentos fundamentais desta sociedade. A capacidade institucional do judiciário resolver problemas vem encapsulada por este limite institucional: a decisão racional.

3. Se o judiciário tentar resolver problemas que ultrapassem os limites de sua resposta institucional (problemas fortemente policêntricos, por exemplo), diversas características que apontam a falta de competência para lidar com o problema despontam: limitação das cortes para compreender os problemas que lhe são postos e suas consequências; falta de conhecimento técnico para arbitrar campos vastos e desconhecidos; falta de flexibilidade para operar por meios e prazos que transcendem o procedimentalismo institucionalizado que tradicionalmente as cortes dispõem.

Assim, o conceito de capacidade institucional trabalhado por esses autores do *Legal Process* diz respeito à habilidade, às ferramentas e ao procedimento das cortes para solucionar conflitos na forma como está institucionalmente preparada: emissão de decisões fundamentadas, com a devida participação das partes. Esse modelo institucional apresenta uma série de virtudes que podem ser perdidas quando o judiciário passa a atuar fora de suas competências. O limite das cortes, na proposta de Hart Junior, Sacks e Fuller, é a resolução de determinado problema por meio de provas e argumentos que levem a uma decisão racionalmente justificada. Questões técnicas, fortemente policêntricas e prospectivas colocam-se como um limite à atuação imparcial, racional e legítima das cortes.

No arranjo institucional e procedimentalizado projetado por Hart Junior e Sacks, o princípio da solução institucional funciona de modo formal. Na teoria, esse princípio consegue endereçar os problemas às instituições idealizadas para respondê-los, que, por sua vez, conseguem dar respostas satisfatórias para as necessidades dos cidadãos. Neste esquema, o aparato institucional e sua forma procedimental de resolver conflitos assumem mais relevância para a legitimação de uma decisão institucional do que o próprio direito substantivo ou o seu contexto social. Como colocam Eskridge Junior e Frickey (1994, p. xcvi), foram-se os ideais de racionalidade substantiva e democracia que pautavam o pré-guerra. O princípio da solução institucional levou a um positivismo procedimental que falhou em reconhecer e responder demandas latentes e divergentes que não correspondiam ao *status quo* dominante da sociedade.

As divergências e necessidades sociais reais mostraram-se mais problemáticas do que o consenso da teoria institucional projetada por Hart Junior e Sacks conseguiu responder e, com o passar do tempo, o que era consenso na década de 1950 foi-se mostrando incerto nas décadas seguintes; e, o que eram conceitos e campos claros, passaram a ser um borrão indefinido, como

no caso dos conceitos “esfera pública e esfera privada”, diz Mensch (1998, p. 36-39). Sintetizando essa questão, os editores do *Legal Process* comentam:

Sua maior fraqueza foi sua polarizada categorização (substância/procedimento), seu indevido otimismo sobre a competência e espírito público das instituições do estado, e sua falha em reconhecer a natureza ideológica e não neutra de suas posições. (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. civ).

O julgamento do caso *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), nesse sentido, abalou o tripé (argumentação racional, princípio institucional e procedimentalismo) da teoria do *Legal Process* e inaugurou um novo debate sobre o papel institucional das cortes nos processos estruturais. É o que será abordado no tópico abaixo.

## 2.2 O CASO *BROWN VERSUS BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA* E AS DISCUSSÕES SOBRE AS INTERVENÇÕES ESTRUTURAIS

Julgado em 1954 pela Suprema Corte Norte-Americana, o caso *Brown* representou uma quebra de paradigma no judiciário norte-americano, possibilitando, por vias indiretas, a superação do precedente criado em *Plessy v. Ferguson* (“separados, mas iguais”), então vigente na sociedade americana.

Baseando-se em uma lei de 1879, a secretaria de educação de Topeka, Kansas, mantinha um sistema de ensino básico segregado, separando alunos brancos de alunos negros. Em 1951, a Associação Nacional de Pessoas Negras de Topeka (NAACP) questionou judicialmente esse sistema segregacionista, alegando danos produzidos às crianças<sup>42</sup> em decorrência da violação à 14<sup>a</sup> emenda (que garantia a proteção igualitária a todos os norte-americanos desde 1868), por meio de 13 pais de 20 alunos que não conseguiram ingresso em escolas brancas. Em primeira e segunda instância, o caso foi julgado improcedente.

Contudo, em 1952, *Brown* e outros quatro casos semelhantes de outros estados (Carolina do Sul, Virgínia, Delaware e Washington, D.C.<sup>43</sup>) chegam à Suprema Corte. A corte presidida

---

<sup>42</sup> Analisando este caso, Puga sustenta que o caso obteve sucesso na Suprema Corte porque conseguiu operar a partir dos conceitos operacionais tradicionais, agregando a percepção subjetiva de “dano de autoestima” que o *status* discriminatório produzia nas crianças negras ao serem educadas em escolas separadas. Ou seja, ao conseguir mostrar um dano na autoestima das crianças, a argumentação afastou-se de considerações mais genéricas de danos sociais e impactos segregacionistas para se colocar na linguagem de um dano individual que aquelas crianças estavam sofrendo, e, portanto, mereciam a proteção da corte (PUGA, 2017, p. 108).

<sup>43</sup> Os quatro casos mencionados, além de *Brown*, são: *Briggs v. Elliott* (proposto na Carolina do Sul), *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (proposto em Virgínia), *Gebhart v. Belton* (proposto em Delaware) e *Bolling v. Sharpe* (proposto em Washington D.C.).

por Earl Warren acaba acolhendo a pretensão de que as leis segregacionistas violavam a autoestima das crianças e, conseqüentemente, a 14ª emenda da Constituição norte-americana. A decisão inicial limitou-se a declarar a violação à 14ª emenda, sem estabelecer um modo de como a segregação deveria ser limitada, abrindo espaço para que os Procuradores Gerais de cada Estado estabelecessem um plano para que a segregação fosse encerrada.

Dada a complexidade do caso, a corte proferiu uma nova decisão em 1955, *Brown II* (349 U.S. 294), transferindo a execução às instâncias jurídicas ordinárias, sugerindo que as escolas públicas deveriam, o mais rápido possível, tomar medidas para encerrar a segregação racial<sup>44</sup>.

Esse caso põe em xeque a teoria de Hart Junior e Sacks<sup>45</sup> de diversos modos. Ao decidir que o caso *Brown* violava a 14ª emenda, a Suprema Corte Norte-Americana possibilitou que sua interpretação sobre um princípio substituísse uma lei promulgada pelo legislativo. Além disso, ao autorizar que as instâncias ordinárias de justiça tomassem providências para encerrar a segregação, possibilitou a interferência na gestão do executivo em questões técnicas, fortemente policêntricas e prospectivas, redirecionando a política pública, violando o princípio institucional e as regras procedimentais do modelo proposto por Hart Junior e Sacks. A princípio, a corte não tem competência para analisar essas questões complexas e deveria ter sido deferente ao *status quo* vigente. Ainda, é possível alegar que a ideia de participação racional das partes na obtenção de uma decisão também foi violada, vez que a decisão tomada impactou diretamente o destino de muitos que sequer participaram do processo judicial.

Desse modo, a resolução do caso *Brown* pelas cortes americanas comprometeu fortemente os limites formais em que a teoria do *Legal Process* se respaldava. As decisões ativistas da Corte Warren priorizaram em sua interpretação os propósitos (os fins) da legislação

---

<sup>44</sup> Verificar em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/#annotation;http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/347/483.html>>; <http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment> e [https://en.wikipedia.org/wiki/Brown\\_v.\\_Board\\_of\\_Education](https://en.wikipedia.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education)>. Acesso em: 3 mar. 2018.

<sup>45</sup> Segundo Eskridge Junior e Frickey, o material de Hart Junior e Sacks negligenciou questões de justiça racial, mesmo após o caso *Brown*. A grande maioria dos seguidores de Hart Junior e Sacks, que escreveram sobre o caso *Brown*, defenderam o julgamento do caso de acordo com os entendimentos do *Legal Process*, ou seja, interpretaram *Brown* de forma consistente com a violação de um princípio previsto na 14ª emenda da Constituição Americana, possível de ser apreciado pelas cortes. Mas este é um ponto polêmico. Um dos autores que diretamente contribuíram com as discussões e textos do material de Hart Junior e Sacks, Herbert Wechsler, publicou *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* (*Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-35, nov. 1959), texto que criticava a decisão do caso *Brown* por entender que se fundamentava em argumento “político” e não sobre um princípio. Os próprios autores da crítica, Eskridge Junior e Frickey entendem esse julgamento como uma fraqueza da Suprema Corte que minou a efetividade de algumas de suas decisões (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cvii-cxi).



e os princípios constitucionais, em detrimento do princípio institucional, a regularidade procedimental ou da própria regra jurídica.

Incapaz de responder às diversas demandas de grupos divergentes e minorias da sociedade americana, o consenso que subsidiou certa estabilidade na década de 1950 desvaneceu na década seguinte (KENNEDY; FISHER III, 2006, p. 249-250).

A revolução dos direitos civis e os posicionamentos da Corte de Warren no caso *Brown* levaram a academia a produzir novos estudos e reformulações sobre o papel das cortes na adjudicação, com o intuito de compreender e respaldar teoricamente as considerações substantivas sobre os princípios gerais vigentes na Constituição americana que estavam sendo aplicadas pela Corte de Warren (ESKRIDGE JUNIOR, 1994).

Esckridge Junior e Frickey (1994, p. cxix) apontam que, no final da década de 1960 e até o início da década de 1980, o princípio do arranjo institucional e mesmo a teoria do *Legal Process* tornaram-se um anátema aos estudantes de direito. Neste período, muitas críticas sobre as falhas e as incoerências no formalismo da teoria da adjudicação proposta pelo *Legal Process* foram produzidas (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxix-cxxi).

No entanto, na década de 1980, há uma retomada das teorias trabalhadas no *Legal Process* (argumentação racional, princípio institucional e procedimentalismo), recuperando o “tripé” proposto por Hart Junior e Sacks como o referencial teórico que orientará o diálogo das discussões subsequentes sobre o papel e a função das cortes. Contudo, ao reavaliar e reacomodar alguns conceitos, os novos estudos acabam por revigorar os entendimentos sobre os arranjos institucionais vigentes, analisando o direito “[...] mais como um empreendimento hermenêutico, cultural ou político, do que uma ciência política neutra” (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxviii).

Esckridge e Frickey organizam o debate dos teóricos do *New Legal Process*<sup>46</sup> a partir de três grandes temas do direito público: a) a dinâmica propositiva do direito estatutário<sup>47</sup>; b) o

<sup>46</sup> Denominação atribuída por Esckridge Junior e Frickey sobre os teóricos que continuaram produzindo em diálogo com os pensadores do *Legal Process*, ainda que este diálogo não tenha sido feito de forma explícita com a produção de Hart Junior, Sacks, Fuller, Hurst ou Wechsler, mas que se propuseram “[...] a balancear forma e substância, a ver o sistema jurídico como um todo propositivo, e a explorar tanto funcionalmente como formalmente a competência institucional e o papel do processo” (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxviii).

<sup>47</sup> Na linha deste primeiro tema encontra-se a maior parte dos teóricos dessa nova geração, que é subdividida por Esckridge Junior e Frickey em três novos tópicos: (a) abordagens que enfatizavam a interpretação dada pelas agências, ao invés das cortes, como a proposta por Edward Rubin (*Law and Legislation in the Administrative State. Columbia Law Review*, v. 89, n. 3, p. 369-426, apr. 1989) ou a de Colin Diver (*Statutory interpretation in the Administrative State. University of Pennsylvania Law Review*, v. 133, n. 3, p. 549-599, mar. 1985); (b) teorias pós Hart Junior e Sacks sobre os efeitos dinâmicos na interpretação do direito estatutário que explicitamente consideravam as patologias do governo, como as propostas de Jonathan Macey (*Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model. Columbia Law*

ressurgimento do processo regulatório<sup>48</sup>; c) a revisão judicial e a república do direito<sup>49</sup> (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxviii-cxxxiv).

Nesse período, há uma grande produção de textos<sup>50</sup> discutindo o papel das cortes, os casos de intervenções estruturais nas cortes americanas, bem como retratando as dificuldades de concretização da decisão. Como o propósito aqui é recuperar e compreender o conceito de capacidade institucional e seus debates com o intuito de contribuir no debate brasileiro sobre

---

*Review*, v. 86, n. 2, p. 223-268, mar. 1986), Daniel A. Farber e Philip P. Frickey (*Law and Public Choice: A Critical Introduction*, 1991), William Eskridge (Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation. *Virginia Law Review*, v. 74, p. 275-338, 1988), Richard Stewart (The Reformation of American Administrative Law. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 8, p. 1667-1813, jun. 1975) ou Jonathan Turley (Transnational Discrimination and the Economics of Extraterritorial Regulation. *Boston University Law Review*, v. 70, p. 339-365, 1990); (c) teorias dinamicistas que enfatizam as normas substantivas, como a proposta de Ronald Dworkin (*Law's Empire*, 1986), Richard A. Posner (*The problems of Jurisprudence*, 1990), Michael S. Moore (A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review*, v. 58, p. 277-398, 1985), Dennis M. Patterson (Wittgenstein And The Code: A Theory Of Good Faith Performance And Enforcement Under Article Nine. *University Pennsylvania Law Review*, v. 137, n. 2, p. 335-429, dec. 1988), Cass R. Sunstein (Interpreting Status In The Regulatory State. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 2, p. 405-508, dec. 1989), entre outros citados pelos autores (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxx-cxxxii).

<sup>48</sup> Aqui os autores citam Stephen Breyer (*Regulation and its Reform*, 1982) sobre disfunções regulatórias; William M. Landes e Richard Posner (The Private Enforcement of Law. *Journal of Legal Study*, v. 4, n. 1, jan. 1975) para regulação econômica; Abram Chayes (The Rule of The Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, p. 1281-1316, 1976) e Owen Fiss (*The Civil Rights Injunction*, 1978), no campo dos direitos civis, apontando as intervenções estruturais para certos problemas regulatórios; Richard Stewart (Regulation, Innovation, and Administrative Law: a Conceptual Framework. *California Law Review*, v. 69, n. 5, p. 1256-1377, sept. 1981) e Jerry Mashaw (*Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, 1983), em que os autores se preocupavam com mecanismos procedimentais das agências de governo; Jeffrey M. Blum (The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending. *New York University Law Review*, v. 58, n. 6, p. 1273, dec. 1983) e Daniel Lowenstein (Political Bribery and the Intermediate Theory of Politics. *UCLA Law Review*, v. 32, p. 784, 1985), em que os autores analisam problemas democráticos, como corrupção, lobby, manipulação, representação proporcional e minorias, entre outras questões. (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxx-cxxxii).

<sup>49</sup> Neste ponto, os autores destacam teorias críticas ao trabalho de John Hart Ely (Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. *Valparaiso University Law Review*, v. 15, n. 3, p. 637-665, Spring 1981), tais como: Mark Tushnet (*Darkness on the Edge of the town: the contributions os John Hart Ely to Constitutional Theory*, 89, Yale L. J. 1037, 1980), Laurence Tribe (The puzzling persistence of Process-Based Constitutional Theories. *Yale Law Journal*, v. 89, p. 1063, 1980), Bruce A. Ackerman (*We the people*, 1992), Michel Perry (*The Constitution Policymaking by the Judiciary*, 1982), Frank I. Michelman (Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review? *Creighton Law Review*, v. 13, p. 487, 1979); bem como teorias de governo que enfatizavam a cidadania, valores públicos e a deliberação pelo bem comum na tomada de decisão, como as teorias de Owen Fiss (The Supreme Court, 1978 Term – Foreword: The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, 1-58, 1979); Kenneth Karst (*Belonging to America: Equal Citizenship and the Constitution*, 1989) e Frank Michelman (Law's Republic. *Yale Law Journal*, v. 97, p. 1493, 1988) (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxxxiii-cxxxiv).

<sup>50</sup> Segundo Eskridge Junior e Frickey, muitas críticas sobre direito público produzida na década de 70 ainda se inspiraram no trabalho de Hart Junior e Sacks, como, por exemplo, os textos de “David Schapiro, *The choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy*, 78 Harv. L. Rev. 921 (1965); Jack Davies e Robert P Lawry, *Institutions and Methods of Law* (1982); Melvin A. Eisenberg, *The Nature of Common Law* (1988); Owen M. Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978); Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. Law Rev. 1281 (1976)” (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxiv-cxv). No entanto, Eskridge e Frickey apontam que a maior produção de artigos se deu em torno da crítica de Wechsler (*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*), como os textos de Alexander M. Bickel (*The Last Dangerous Branch*, 1962) e Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously*, 1977). (ESKRIDGE JUNIOR; FRICKEY, 1994, p. cxvi-cxvii).

judicialização de direitos sociais, reconstituirei parte desse debate por meio dos seguintes textos<sup>51</sup>: *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, de Abram Chayes (1976), sobre as novas funções institucionais assumidas pelas cortes na concretização de direitos públicos; *The Courts and Social Policy*, o estudo de casos de Donald Horowitz (1977); *The Supreme Court, 1978 Term* e *The Social and Political Foundations of Adjudication*, de Owen Fiss (1979 e 1982); e *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, de Gerald Rosenberg (1991, 2008), sobre o impacto da atuação das cortes nessa nova função.

Em *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, Chayes (1976) afirma que a moldura da adjudicação, em sua concepção tradicional, não atende ao que está acontecendo nas cortes federais e afirma que o litígio de questões públicas impõe um novo modelo de adjudicação para atender não mais disputas privadas entre as partes, mas exigir políticas constitucionais ou legislativas.

Essa nova moldura institucional é descrita por Chayes como uma forma muito diferente da moldura do processo tradicional: a participação bilateral das partes é substituída por um processo plurilateral, amorfo, que pode ser alterado a qualquer momento do processo e conta com a colaboração de especialistas, *masters*, *amicus curiae* externos ao processo que auxiliam na produção de provas e argumentos. A investigação dos fatos não é mais histórica, mas preditiva e legislativa. O objeto do processo é a implementação de uma medida futura que deve ser flexível para adaptar-se às necessidades e imprevistos que forem surgindo, o que exige negociação em cada ponto e é bem distinto da decisão retrospectiva e na base do tudo ou nada em que as cortes estavam habituadas. A condução do processo pelo juiz não é neutra, passiva e inerte, mas assume um papel ativo, que guia, controla, fiscaliza e cria soluções para um pedido complexo que será implementado por um decreto afirmativo ao longo do tempo. (CHAYES 1976, p. 1286).

No que tange aos efeitos do litígio, aqui também há uma grande diferença ao caráter pontual e restrito da adjudicação tradicional: eles não se restringem às partes, mas se espalham inclusive a terceiros que não estavam representados perante a corte (CHAYES, 1976, p. 1284).

Para possibilitar que esta nova moldura institucional seja aplicada, Chayes aponta um conhecido instrumento de equidade da *common law*: a *injunction*. A *injunction* é uma ordem contínua de obrigações futuras em que, ao longo do tempo, as partes vão a juízo para modificar

---

<sup>51</sup> Os textos de Chayes e de Fiss são dois clássicos na literatura norte-americana sobre litígios públicos, sendo muito citados em publicações sobre o tema (SHAPIRO; PEARSE, 2012). Os trabalhos de Horowitz e Rosenberg estão em profundo diálogo com o debate que aqui se deseja travar, apontando as restrições e riscos de as cortes intervirem em decisões políticas. Alguns desses autores e textos aqui citados já foram utilizados em meu mestrado (MARINHO, 2009) e passam aqui por uma revisitação.

a ordem à luz da alteração das circunstâncias. Na *injunction*, os interesses conflitantes das partes podem ser ponderados, abrindo espaço para negociação sobre um arranjo de interesses ou um programa de ações, diferente do tradicional “tudo ou nada” (CHAYES, 1976, p. 1292-1294). Ao elaborar esse decreto, a função judicial assemelha-se à de um planejador de política pública ou administrador (CHAYES, 1976, p. 1302).

Essa nova moldura do litígio de direito público é constituída por mecanismos que foram comuns durante a prática dos tribunais de *equity* e já estavam previstos na tradição jurídica americana. Contudo, como o próprio Chayes (1976, p. 1304) afirma, o caráter *ad hoc*, as novas funções assumidas pelo juiz e a intensa disputa de interesses políticos envolvidos tornam as cortes um explícito fórum político, correndo-se o risco de cair na patologia parasitária que leva à perda de sua legitimidade, como apontado por Lon Fuller.

Chayes (1976, p. 1307) reconhece esse risco, mas afirma que certo parasitismo pode ser acomodado pelo litígio de direito público e que, em que pesem as características institucionais serem importantes, é preciso reconhecer que certa mistura de funções está presente na prática das três esferas do poder público.

O autor aponta importantes vantagens institucionais da efetivação do litígio de direito público pelas cortes:

- a) o processo é presidido por um juiz, o que possibilita certa proteção de fortes pressões políticas somadas à habilidade de um julgador para lidar com processo político e ampla gama de problemas de políticas públicas;
- b) o litígio permite intervenções *ad hoc* na política nacional, adaptando certas necessidades para o caso particular;
- c) o procedimento possibilita uma boa participação das partes por meio de seus representantes;
- d) as cortes podem ter vantagens no levantamento e obtenção de certas informações: por meio das partes, que têm interesse na produção da informação; por meio dos assistentes do juiz; por ser um processo restrito, obtém informações específicas e focadas, livres de enviesamento;
- e) ao ser obrigado a responder às injustiças colocadas no processo, o judiciário pode melhor balancear os interesses conflitantes, endereçando-os a uma situação específica, que o legislativo e o executivo, por vezes, não alcançam;
- f) o judiciário não atua por uma rígida estrutura burocratizada como o legislativo e o executivo, conseguindo montar uma força tarefa específica para responder a um problema (CHAYES, 1976, p. 1308-1309).

Contudo, Chayes reconhece que não há garantia alguma de que os juízes endossarão de forma qualificada o litígio de direito público, de modo que há contra-argumentos para cada uma das vantagens elencadas acima. No entanto, tendo em vista que a teoria democrática não dá respostas em seus resultados majoritários quando as vítimas são prisioneiras, pacientes de instituições mentais, moradores de guetos, ou outros grupos sociais e economicamente excluídos, Chayes acredita que, diante das circunstâncias, o melhor é se concentrar em aprimorar o desempenho do litígio de direito público.

Em diálogo com o texto de Chayes, no que tange à forma e ao alcance substantivo das normas, Fiss (1979, p. 2) sustenta que, em uma sociedade de massas, altamente burocratizada, a adjudicação é um processo social pelo qual os juízes atribuem significado aos valores públicos e a reforma estrutural é um tipo de adjudicação que responde às operações de larga escala dessas organizações.

No entanto, ao contrário de Chayes, Fiss entende que a função da adjudicação não pode ser compreendida em sua forma tradicional, como solucionadora de conflitos, pois isto seria muito pouco abrangente e não explicaria como os valores constitucionais do indivíduo ou grupos sociais poderiam ser protegidos ou reparados das ameaças do Estado moderno, de suas organizações de grande escala e de sua burocracia. Fiss (1979, p. 35-36) sustenta que a adjudicação é ligada ao arranjo organizacional e não a uma característica “pública” de certos direitos, pois todas as decisões da corte são públicas. Desse modo, Fiss entende que a função contemporânea das cortes abarca o processo estrutural que, por meio de suas *injunctons*, possibilita a proteção de valores constitucionais públicos e seus destinatários<sup>52</sup>.

No que tange às colocações de Fuller sobre a legitimidade da atuação das cortes nos processos policêntricos, Fiss afirma que a teoria do consentimento não depende do consentimento particular dado a cada instituição. O consentimento é dado ao sistema e a legitimidade das cortes depende de sua competência para assegurar uma boa qualidade da vida social, concretizando e atribuindo significados aos valores encorpados em arranjos normativos de determinada sociedade (FISS, 1979, p. 39).

Nesse entendimento, para Fiss, a legitimidade da adjudicação não decorre da participação das partes no processo, como afirma Fuller. Os interesses diversos podem ser representados nos processos estruturais: pelo argumento de um representante ou pela decisão de um juiz. Para Fiss, o problema na teoria de Fuller é que ele trata a participação como uma

---

<sup>52</sup> No texto *The ordinary and the extraordinary in institutional litigation*, Eisenberg e Yeazell (1980) endossam o entendimento de Fiss de que a novidade do processo estrutural não estaria em sua função, pois o procedimento e o remédio utilizados nos processos estruturais já eram mecanismos previstos na *common law*.

condição necessária, o que tornaria não apenas a reforma estrutural como ilegítima, como quase toda a adjudicação (da *common law* e outras normas constitucionais), na qual as cortes estão criando normas públicas. Essa concepção, extremamente individualista e que reduz a corte a uma forma de arbitragem, já não mais existe no mundo atual, complexo e massificado (FISS, 1979, p. 43).

Segundo Fiss (1979, p. 44), “[...] a concepção da adjudicação que honra estritamente o direito de cada indivíduo afetado a participar no processo parece proclamar a importância do indivíduo, mas, na verdade, deixa-o sem o suporte institucional necessário para se realizar”.

Fato é que as reformas estruturais iniciadas com o caso *Brown* foram ampliadas ao longo de 1960: intervenção na polícia, nas prisões, nas instituições mentais, nos hospitais, nas questões de moradia e emprego, entre outras, tornando bem amplo o escopo das reformas estruturais e questionável a capacidade das cortes para promoverem as mudanças desejadas (ESKRIDGE JUNIOR, 2006).

Com o propósito de fazer essa avaliação, Donald Horowitz examinou as qualidades e potenciais deficiências da capacidade dos juízes para promoverem reformas estruturais por meio da análise de quatro casos de intervenção das cortes nas políticas públicas.

Em *North City Area-Wide Council (AWC) v. Romney*, a corte é chamada a definir o significado da “participação dos cidadãos” em um programa de cidades-modelo na Philadelphia. Nesse caso, Horowitz aponta que a corte falhou não apenas em construir uma legislação de cidades-modelo que refletissem boas práticas com os problemas e capacidades de governar a cidade, como também ao deixar de garantir autonomia ao Departamento de Desenvolvimento Urbano e Moradia. A decisão final que interpretava a participação cidadã (como a AWC pretendia) foi praticamente inexecutável, dado que se passaram quase três anos de funcionamento do programa até que a corte estabelecesse essa interpretação. Os votos dos magistrados deram muita ênfase às questões jurídico-interpretativas, mas não ponderaram (ou não compreenderam) importantes aspectos políticos da política pública (HOROWITZ, 1977, p. 90). Assim, o autor questiona a habilidade das cortes em julgar a administração de um programa social nacional que está em andamento e cujas ações são futuras e não pretéritas.

Em *Hobson v. Hansen*, um juiz ordenou medidas interventivas no sistema escolar do Distrito de Columbia para reduzir a segregação racial ainda presente nas escolas. O sistema escolar obedeceu<sup>53</sup>, mas a corte não foi capaz de antecipar certos efeitos, como a falta de

---

<sup>53</sup> A ordem abolia um sistema de rastreamento e zonas opcionais que, supostamente, prejudicava os alunos negros. Ela facultava a integração de alunos negros em escolas brancas, incluindo um auxílio de transporte, aliviando a superlotação de escolas para negros. (HOROWITZ, 1977, p. 115).

recursos para os meios de transporte ou dificuldades de adaptação de professores com alunos que tinham níveis de aprendizado diferentes, o que gerou a necessidade de uma segunda ordem judicial. Esta segunda ordem obrigava o sistema de ensino a equalizar a distribuição de recursos em um mesmo distrito de acordo com um “gasto por aluno”. Contudo, a corte não decompôs o que significavam esses gastos por aluno em “[...] despesas com professor, gastos com professores de tópicos específicos, proporção aluno-professor. Era um montante fixo de recursos previamente distribuídos de forma desigual” (HOROWITZ, 1977, p. 124-125).

A implementação dessa segunda ordem gerou resultados perversos e imprevistos: a equalização foi obtida rompendo o planejamento de diversas escolas, o que gerou muitos problemas (diferenças orçamentárias, dificuldade de arcar com os custos de professores mais experientes, dificuldade de pagar professores especializados em certos temas, o que provocou a desintegração de diversas escolas). Segundo Horowitz (1977, p. 158-161), esses problemas decorreram, em parte, pela forma como foi definido o direito das partes: a equalização ocorreu na moldura do litígio e não por outro arranjo que levasse em conta importantes questões educacionais. Assim, para o autor, esse caso questiona a habilidade das cortes em ponderar a relação entre a ação a ser tomada e os resultados a serem alcançados, bem como a capacidade de as cortes analisarem os fatos averiguados e compreenderem a dimensão do problema colocado em uma área que não é de seu domínio.

O terceiro caso analisado por Horowitz é *In Re Gault*, no qual a Suprema Corte Norte-Americana exigiu que as cortes voltadas à juventude (“cortes juvenis”<sup>54</sup>) dessem aos adolescentes a mesma proteção procedimental garantida aos adultos, no que tange ao direito de ter um advogado e de não se incriminar. Nas cortes juvenis, a defesa por advogados era desencorajada por muitos juízes, pois os advogados, em geral, se comportavam de modo adversarial (questionando as alegações fáticas) e a ênfase da corte era em como “ajudar” os adolescentes e não em como “defendê-los”. A corte não se focava em estratégias de defesa, mas nas desculpas, nas justificações, nas circunstâncias mitigantes (HOROWITZ, 1977, p. 190). Segundo Horowitz (1977, p. 180), o pressuposto da teoria adotada pela corte é que, uma vez rotulado de delinquente, o adolescente ficaria marcado por seu meio social e passaria a agir como tal. Então, uma estratégia preventiva seria evitar ao máximo essa rotulação. Esse

---

<sup>54</sup> As “cortes juvenis” (“*juvenile courts*”) foram criadas em Chicago em 1899 e tinham como propósito adotar procedimentos criminais menos formais do que a justiça comum, para evitar estigmatizar o adolescente que cometesse ato infracional como “criminoso”. Assim, suas sentenças tinham um caráter mais terapêutico do que punitivo. A tradução literal soa estranha, mas acredito que ela mantém maior precisão à proposta americana do que utilizar “varas da infância e juventude”, que é um termo mais amplo, como equivalente. Conferir em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/American\\_juvenile\\_justice\\_system](https://en.wikipedia.org/wiki/American_juvenile_justice_system)>. Acesso em: 6 mar. 2018.

pressuposto advinha de argumentações de movimentos sociais, não havia bases científicas que o confirmassem (HOROWITZ, 1977, p. 184-185). Para o autor, ao homogeneizar o procedimento nos tribunais, reduzindo a distância entre os procedimentos tradicionais das cortes juvenis e os procedimentos criminais da corte adversarial (HOROWITZ, 1977, p. 203-205), a Suprema Corte erodiu a distância entre a delinquência e o crime, o que fez com que o estigma do caráter criminal tenha se tornado quase impossível de ser prevenido na adjudicação juvenil (HOROWITZ, 1977, p. 217). Assim, Horowitz afirma que esse caso tornou mais difícil sustentar o caráter terapêutico das cortes juvenis, tornando os tribunais juvenis mais anômalos a jovens que não cometeram crimes. Ademais, o autor afirma que esse caso gerou uma série de mudanças substanciais nas questões juvenis, como reformas estruturais no papel da corte e dos defensores; e a descriminalização de certos procedimentos, o que evidenciaria que as cortes não constituem um ambiente de reforma controlada, limitada às partes, quando atua em reformas estruturais (HOROWITZ, 1977, p. 218-219).

Por fim, o quarto caso analisado é *Mapp v. Ohio*. Neste caso, proibiu-se o uso de evidência ilegal em tribunais criminais, na esperança de que o comportamento ilegal da polícia fosse inibido. Segundo Horowitz (1977, p. 224), esse caso é muito debatido, pois a regra de exclusão aplicada foi elaborada sem levar em conta o modo de trabalho e a estrutura de incentivos que dele decorre, destoando o direito de sua prática. Os efeitos dessa regra de exclusão variaram de cidade para cidade. Ela nem sempre excluía a prova ilegal, mas por vezes intimidava o comportamento da polícia, o que, segundo o autor, gerou dois efeitos mais diretos: a regra encorajou um importante papel na negociação, na redução da sentença, e não a absolvição. E, nos casos em que a prova colhida era de baixa qualidade, ensejou a perseguição policial de suspeitos que não podiam ser condenados (HOROWITZ, 1977, p. 237-238). Ou seja, para Horowitz, analisando sob a ótica da correção comportamental da polícia, *Mapp* desapontou, pois diversas condições afetaram a implementação da regra (diferenças procedimentais, práticas e interpretativas entre as diversas cortes do país), o que evidencia a propensão judicial de ver as coisas em um todo homogêneo, quando, de fato, elas são fragmentadas e heterogêneas (HOROWITZ, 1977, p. 254).

A partir dos casos analisados, Horowitz mostra-se cético sobre a capacidade das cortes aturem na intervenção de políticas públicas. “Os problemas de visão, os problemas de informação, os problemas de administração e controle que emergem dos quatro casos estudados revistos são de considerada magnitude” (HOROWITZ, 1977, p. 255). Esses problemas apontam que as cortes têm limitada habilidade para monitorar e controlar consequências indesejáveis. Horowitz aponta que, eventualmente, é possível ampliar a capacidade judicial das cortes para



que elas atuem em políticas públicas. Contudo, o risco é que, além de as cortes sofrerem dos mesmos problemas presentes nas instituições reformadas, seja erodida a sua capacidade em contribuir na adjudicação tradicional (HOROWITZ, 1977, p. 298).

Analisando as críticas instrumentais de Horowitz, Fiss (1979, p. 31) se pergunta se as cortes deveriam se limitar à resolução de disputas e a abrir mão de reformas estruturais. O autor reconhece que o risco no processo estrutural é consideravelmente maior do que o risco na resolução de disputas. Contudo, faz diversos contrapontos. Primeiramente, pondera que as cortes não precisam se destinar a uma única e exclusiva função, podendo a solução de conflitos e a reforma estrutural atuar como funções independentes ou mesmo complementares.

Em seguida, afirma que a avaliação de sucesso de uma instituição é importante, mas essa avaliação deve ser feita comparativamente à possível alternativa. E, neste sentido, Fiss sustenta que a reforma estrutural, feita com diálogo e independência pelas cortes, é uma boa opção. As agências administrativas – opção apontada pela crítica instrumental – em que pese possuírem expertise, não possuem independência, sendo subordinadas a políticas majoritárias e a arranjos ideológicos (FISS, 1979, p. 35).

Desse modo, mesmo reconhecendo que as contradições internas da reforma estrutural e a visão privatista da vida social colocam em xeque a capacidade e a legitimidade de o judiciário atuar por meio dos processos estruturais, Fiss acredita que não se pode abrir mão dos valores públicos que pautam a sociedade, pois isso empobreceria nossa existência social e diminuiria arranjos institucionais importantes. Sem o processo estrutural, o judiciário ficaria sem meios de proteger indivíduos e grupos contra ameaças colocadas por burocracias do Estado moderno. A Constituição perderia sua força como corpo de moralidade pública, resumindo-se a um instrumento de organização política, distribuindo poderes e prescrevendo os procedimentos, o que, na visão de Fiss (1982, p. 128), deve ser enfaticamente resistido.

Com o intuito de analisar a intervenção da Suprema Corte Norte-Americana em políticas públicas, Gerald Rosenberg (1991, 2008) faz um estudo sobre cinco casos<sup>55</sup> de intervenção estrutural quase quinze anos após os estudos de Horowitz. Buscando avaliar quais teorias são mais fidedignas ao papel da corte de produzir mudanças sociais na realidade, o autor elabora dois modelos teóricos a partir dos argumentos sobre as cortes (corte limitada e corte

---

<sup>55</sup> Rosenberg examina casos de direitos civis, aborto e direito das mulheres, ambientais, casos criminais e casamento do mesmo sexo.

dinâmica)<sup>56</sup>. Com respaldo em dados empíricos<sup>57</sup>, busca compreender sob quais condições as cortes produzem mudanças políticas e sociais, bem como se faz sentido pressionar por uma mudança pela via do judiciário.

De modo geral, Rosenberg conclui que as cortes não têm grande capacidade para produzirem reformas sociais, vez que as forças institucionais, estruturais e ideológicas para as mudanças são fracas. Assim, ao contrário do que Fiss sustenta, Rosenberg afirma que as cortes não seriam capazes de assegurar, de forma independente, valores públicos contra majoritários.

Para Rosenberg, a atuação das cortes pode auxiliar a produzir reforma social se ultrapassados certos constrangimentos e somadas certas condições. Como constrangimentos, Rosenberg (2008, *Introduction*) aponta:

- a) contornar a natureza limitada dos direitos constitucionais (o autor afirma que a atuação gradual, por meio de uma lenta estratégia de mudança da realidade social, permite que o direito requerido seja compreendido como devido e encontre respaldo no judiciário);
- b) superar a falta de instrumentos do judiciário para fazer alterações políticas (o autor demonstra que quando a corte consegue apoio político do legislativo ou do executivo, torna-se bem mais fácil realizar a decisão);
- c) por fim, ultrapassar a falta de poderes coercitivos da corte para fazer valer suas decisões (se houver apoio político e popular da decisão, as cortes conseguem superar a inércia e fazer uma proposta de negociação).

Além de superar esses constrangimentos, para fazer a reforma social, a corte precisa contar com alguma das seguintes condições que induzam à mudança (Rosenberg, 2008, *Introduction*):

---

<sup>56</sup> Rosenberg (1991) divide os argumentos que tratam da intervenção na corte em dois grandes grupos: aqueles favoráveis à intervenção, que desejam uma “Corte Dinâmica” e os contrários, que apelam para uma “Corte Constrangida ou Limitada”. Em Marinho (2009, p. 47-48), sintetizei da seguinte forma estes argumentos: “[...] os argumentos da Corte Limitada (*Constrained Court*) afirmam que a corte não produz significativa reforma social por três razões: (i) os direitos constitucionais têm natureza limitada; (ii) o Judiciário não é independente dos outros poderes, seguindo opiniões majoritárias presentes na sociedade; e (iii) o Judiciário é carente de meios apropriados para implementar a sua decisão”; e : “[...] os teóricos da Corte Dinâmica contra-argumentam dizendo que as cortes não são tão limitadas como a teoria da visão constrangida sugere e que em alguns casos elas podem ser mais efetivas do que outras instituições governamentais em produzir significativa reforma social, atuando em interesses não captados pelas agências do governo, ou em causas impopulares. Seus argumentos são que: (i) as cortes são livres dos constrangimentos eleitorais e dos arranjos institucionais que impedem outras instituições políticas de agirem; (ii) atuando no caso a caso, as cortes não dependem de um cuidadoso arranjo institucional com grupos de interesse e patrocinadores financeiros, pois não precisam manter relações contínuas com estes; (iii) as cortes possibilitam um acesso ímpar a informações cruciais restritas ou de difícil acesso; (iv) as respostas das cortes são limitadas pela Constituição, estatutos e precedentes, o que faz com que os juízes respondam a todas as solicitações com argumentos legais e razões para suas opiniões.”

<sup>57</sup> O autor traz uma farta gama de dados empíricos para respaldar seus argumentos, baseando-se em revistas, jornais e informações estatísticas da época.

- a) houver incentivos positivos (financiamento, benefícios a certos setores, desenvolvimento de indústrias);
- b) custos forem impostos para a não observância da decisão;
- c) houver interesse do mercado em implementar a decisão;
- d) a decisão da corte for uma desculpa para implementar interesses latentes na política.

Ou seja, na melhor das hipóteses, as cortes podem auxiliar outros poderes para uma reforma social, mas problemas que não são resolvidos na esfera política dificilmente podem ser solucionados pela corte<sup>58</sup>. A partir deste entendimento, Rosenberg se questiona se vale a pena buscar a reforma social desejada pela via das cortes, em um mundo em que as escolhas têm custo que poderiam ser empregados mais eficientemente em outras estratégias, como marchas, manifestações, organização de protestos, entre outras. Para Rosenberg (2008, *Conclusion*), a corte serve a uma função ideológica, apenas propiciando ilusões de mudanças, desmobilizando forças importantes na sociedade.

De todo o exposto, é possível observar que, as teorias de Chayes e Fiss, acima abordadas, estão em direto diálogo com os três pontos centrais do *Legal Process*: a elaboração racional e intencional do direito, o sistema institucional e a centralidade do processo. Contudo, esse diálogo é feito priorizando os fins do direito, seus valores substantivos, o que obriga a uma compreensão do papel e função institucional das cortes mais ampla, abarcando a reforma estrutural e suas *injunctions* como procedimentos jurídicos legítimos para responderem às complexidades colocadas pela nova realidade do Estado moderno, de suas organizações de grande escala e de sua burocracia.

Já o estudo de casos de Horowitz e o estudo de Rosenberg não deixam de salientar como as restrições institucionais (questões técnicas, policêntricas e prospectivas, nos termos Hart Junior e Sacks) restringem a capacidade institucional das cortes para responder adequadamente aos problemas estruturais. Horowitz questiona a ampliação do papel institucional das cortes tendo em vista as dificuldades e problemas que surgem quando as cortes estão mal equipadas para calibrar ações futuras e não conseguem dar respostas apropriadas aos problemas estruturais postos. E afirma que capacitar o judiciário para que ele atue em casos coletivos gera o risco de que as cortes deixem de contribuir eficazmente em sua forma tradicional (HOROWITZ, 1977, p. 298). A pesquisa de Rosenberg (1991, 2008), por sua vez, sustenta que as cortes não têm grande

---

<sup>58</sup> Rosenberg não nega que as cortes possam produzir mudanças em situações em que os constrangimentos sejam ultrapassados e uma das condições esteja presente, ou que o uso das cortes possa ser útil para remover pequenos obstáculos, mas resistentes. Contudo, nestes casos, o litígio é uma operação final e defensiva, e não uma significativa reforma social. (ROSENBERG, 2008, *Conclusion*).

capacidade para produzirem reformas: os custos são altos e os resultados, quando positivos, pontuais, o que implica que, talvez, seja uma grande ilusão insistir na reforma estrutural.

As teorias sobre a reforma estrutural de Fiss e de Chayes não dão tanto enfoque às restrições institucionais (questões técnicas, policêntricas e prospectivas) apontadas, mas ressaltam os valores públicos que pautam o ordenamento de uma sociedade, bem como os limites da teoria democrática para dar respaldo a grupos vulneráveis econômico e socialmente.

Contudo, ao destacar as limitações institucionais das cortes para lidar com problemas prospectivos, que demandam planejamento e previsão; sua falta de flexibilidade e poder de correção de uma falha institucional; e, especialmente, sua inabilidade e falta de controle diante dos efeitos policêntricos, os estudos empíricos de Horowitz questionam a própria legitimidade das cortes para intervir nas competências institucionais dos órgãos políticos, vez que a intervenção estrutural, por vezes, não resolve a questão social e ainda gera uma piora na política pública que sofre a intervenção.

No entanto, é preciso fazer uma observação aqui. A pesquisa empírica de Rosenberg, posterior à de Horowitz, não deixa de reconhecer que alguns aprimoramentos podem, eventualmente, ser obtidos pelas intervenções estruturais das cortes (quando houver incentivos (ou ônus) para os poderes políticos (ou para o mercado) em implementar a decisão), em que pese reconhecer que as restrições são elevadas para que a reforma seja operada pelas cortes e os resultados modestos. Ademais, apesar de o autor apontar que são altos os custos para se operar a reforma pela corte, ele não traz em seu trabalho apontamentos sobre o quanto uma instituição civil (ou mesmo o governo) precisaria investir nas outras estratégias que ele considera mais eficientes (como marchas, manifestações e organização de protestos) para conseguir uma forte adesão social e obter a desejada mudança social. Desse modo, se é possível reconhecer que os custos da implementação pelo judiciário são muito elevados e os ganhos restritos, é complicado aceitar que outras formas de intervenção seriam mais eficientes sem uma robusta demonstração dos custos necessários para que o sistema seja provocado e dê uma resposta eficiente por esses outros meios<sup>59</sup>.

Essa observação não visa invalidar o estudo de Rosenberg que é relevante e deve ser levado em consideração quando se pensa nas ponderações sobre um litígio estratégico para obter avanços nas políticas públicas. O propósito aqui é apontar que, por vezes, dado o arranjo

---

<sup>59</sup> Em suas conclusões, Rosenberg aponta o quanto a corte gastou com relações públicas, afirmando que foi um gasto muito baixo. Contudo, não demonstra o quanto gastou com a atuação na justiça, e tampouco demonstra o quanto seria necessário de gasto para efetivar as estratégias alternativas que propõe. (ROSENBERG, 2008, *Conclusion*).

institucional e o cenário fático de uma dada sociedade, a busca pela via do judiciário pode ser um caminho que faça sentido para alguns movimentos sociais lutarem por valores públicos negligenciados pelos poderes políticos.

Analisando de forma mais ampla o debate sobre a capacidade institucional, Neil Komesar aponta que esse conceito está sendo negligenciado pelos autores que discutem constitucionalmente o papel das cortes, tanto aqueles favoráveis como os contrários ao caso *Brown* e às reformas estruturais. A crítica de Komesar reconfigura o debate sobre a capacidade institucional. No intuito de compreender essa crítica, abordarei o texto *Taking Institutions Seriously: Introduction to a strategy for Constitutional Analysis* (1984), passando por *A job for the judges: The judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society* (1988) até chegar a seus livros mais conhecidos, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy* (1994) e *Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights* (2001).

### 2.3 A CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMPARADA

Analisando teorias constitucionais que abordam a revisão judicial e o papel institucional das cortes no processo de alocação de autoridade na tomada de decisão interinstitucional, Komesar (1984, 1994) aponta que a maior parte das teorias jurídicas que abordam a capacidade institucional de intervenções judiciais na política pública o fazem de maneira unilateral, focando-se na falibilidade de apenas uma das instituições avaliadas, sem ponderar efetivamente nas forças e fragilidades das instituições envolvidas para avaliar corretamente qual a melhor instituição para decidir sobre determinada questão social (KOMESAR, 1984, p. 366).

Para uma análise institucional comparada (“CIA”), Komesar ressalta três características fundamentais que devem ser observadas:

- a) as formas de análise das capacidades das cortes e dos poderes políticos (executivo e legislativo) para resolverem questões substantivas são diferentes (e o grau e tipo destas diferenças podem variar significativamente);
- b) os dados das realidades sociais e políticas devem ser transformados em categorias analíticas para que as questões substantivas possam ser analisadas. No entanto, quanto mais ampla a questão social, maior a variação de sutilezas e detalhes, o que torna o enquadramento na categoria analítica inferior a uma abordagem institucional que possa acomodar as gradações e intersecções entre seus fatores básicos;
- c) a superação da presunção de constitucionalidade atribuída a instituições mais democráticas (executivo e legislativo) não deve se focar apenas na identificação da falha

do órgão político, mas ser submetida a uma análise comparativa. O legislativo e o executivo têm defeitos e vantagens em relação ao judiciário. Se e em qual extensão as cortes tomam a decisão no lugar desses poderes, o resultado dessa decisão deveria refletir essa ponderação interinstitucional (KOMESAR, 1984, p. 368).

Komesar (1988, p. 664; 1994, p. 255) critica diretamente teorias como a de Fiss, que se fundamentam na imagem idealizada de que o papel do judiciário é “[...] a busca pelo princípio protetor de direitos ou valores fundamentais”, pois esses tipos de abordagem não propiciam uma análise constitucional comparativa, mas se baseiam em argumentos (princípios e valores sociais) que nada dizem a respeito de uma escolha sobre direito e política pública. Para o autor, afirmar que a escolha das cortes é superior à dos poderes políticos, porque o processo deliberativo dos juízes propiciaria a descoberta de valores fundamentais, em nada contribui para a escolha da alocação de responsabilidade entre processo político e adjudicativo. Essa é uma abordagem incompleta, idealizada, que não avalia a vontade pública e a reação disponível no processo político (KOMESAR, 1994, p. 258).

O modelo de análise de Horowitz também é criticado por Komesar, pois não é comparativo, apenas focando na imperfeição e limitações do judiciário. Segundo Komesar, a tomada de decisão institucional sempre será imperfeita e, se Horowitz olhasse para as imperfeições dos outros poderes, encontraria problemas de especialização, acesso de informação e outras questões que talvez justificassem a intervenção da corte nos casos por ele estudados, mesmo com as imperfeições das cortes, afinal:

[...] de modo geral, a habilidade para responder sistematicamente à vontade popular é uma grande vantagem do poder político sobre o judiciário. Onde, contudo, a pressão política propicia uma figura distorcida da vontade pública com severa sub-representação de partes deste público, um processo fortemente atado a essas pressões pode estar em desvantagem relativa a um processo mais remoto e insulado como o judicial. (KOMESAR, 1988, p. 698).

Desse modo, Komesar sustenta que as habilidades ou defeitos institucionais são relevantes, contudo, isoladamente, não são decisivos. Quando chamados a agir, os juízes devem estar conscientes sobre o que eles podem fazer à luz de tantas reivindicações que competem por seus escassos recursos. A tomada de decisões sobre questões sociais para as quais, em abstrato, eles não estão bem equipados para fazer, bem como em situações em que o defeito político pode ser corrigido no próprio processo político, deveria ser afastada por meio das questões procedimentais, concentrando-se em questões onde eles operam melhor. De qualquer modo, um balanço sobre as habilidades relativas ainda é necessário (KOMESAR, 1988, p. 699-700).

Para Komesar, os elevados custos gerados para garantir independência, deliberação e uniformidade das decisões praticamente afastariam do judiciário áreas onde o interesse é muito disperso para um litígio. Mas, de qualquer modo, a tomada de decisão deveria ser definida por uma análise institucional comparada, e não baseada em um princípio moral (KOMESAR, 1994, p. 261).

Em seu modelo teórico de comparação institucional centrada no modelo de participação das partes<sup>60</sup> (a partir das interações entre influências majoritárias e minoritárias), Komesar evidencia o desempenho das diferentes instituições (mercado, judiciário e política) a partir da interação dos grupos de interesse que participam do processo de tomada de decisão, apontando em que situações uma instituição estaria em vantagem em relação a outra e, portanto, mais apta a decidir em dada situação (KOMESAR, 1994). Essa interação é avaliada por meio da análise dos benefícios da participação em dada instituição e dos custos de organização de informação (custos de conseguir compreender adequadamente a questão) ao transacionar, litigar ou participar na política.

Segundo Komesar, a análise pela participação das partes é um recorte simplificado, entre tantas possibilidades, de análise institucional, mas possibilita comparar e explicar comportamentos institucionais.

O autor demonstra, ainda, que as instituições caminham juntas (KOMESAR, 2001); quando uma está no seu melhor potencial, as outras também estarão. Ou seja, em dado cenário, os fatores que mudam a habilidade de uma instituição, mudarão também a habilidade da instituição alternativa. Assim, o aumento de complexidade das condições de funcionamento para uma instituição, ampliará a complexidade e os defeitos para as demais também, de forma que “[...] quando uma instituição está no seu melhor ou pior, as instituições alternativas muitas vezes estarão no seu melhor ou pior” (KOMESAR, 1994, p. 23).

O autor destaca que o custo da informação tem um papel essencial na determinação da participação institucional, sendo crucial para a análise de uma ampla variedade de assuntos, e, conseqüentemente, para o desempenho institucional (KOMESAR, 1988, p. 695). Esses custos dependem da facilidade com que as cortes conseguem avaliar uma atividade governamental como válida ou inválida, bem como na habilidade de os juízes formularem e analisarem testes (KOMESAR, 1988, p. 695). Os altos custos de participação em um processo, associados com a independência judicial e a escassez de recursos jurídicos, devem ser ponderados na avaliação

---

<sup>60</sup> Segundo Komesar (1994, p. 7), a abordagem centrada na participação é uma moldura que possibilita “[...] organizar dados, instituições e argumentos para viabilizar novas investigações”. O autor acredita que a interação de diversos atores (produtores, lobistas, consumidores, eleitores e litigantes) entre as diferentes instituições é um critério relevante para avaliar o desempenho interinstitucional. Enfim, essa moldura propicia a estrutura de análise do autor e é desenvolvida, especialmente, no capítulo 3 (KOMESAR, 1994, p. 65-75).

de desempenho e na potencialidade do processo adjudicativo, levando em conta tanto as habilidades limitadas do judiciário, os vieses sistêmicos e os conhecimentos limitados (KOMESAR, 1994, p. 149).

Komesar afirma que processos de massa e interativos são difíceis de reformar e as escolhas serão sempre imperfeitas. A comparação institucional possibilita analisar em que medida, em um dado contexto, um defeito pode ser corrigido pela instituição substituta. Desse modo, o autor não se opõe à revisão judicial, contudo sustenta que a análise institucional comparativa, para uma tomada de decisão mais robusta e realista, é imprescindível para que as cortes façam escolhas alocativas no lugar de outra instituição (KOMESAR, 1994, p. 273-274).

A teoria de Neil Komesar<sup>61</sup> aponta para a necessidade de uma efetiva comparação institucional dos méritos e fraquezas de ambas as instituições que estão disputando quem poderá dar a melhor solução para o caso concreto, pois só deste modo será possível afirmar que a intervenção das cortes, de fato, é a melhor resposta.

De forma geral, o modelo de análise de Komesar mostra como as limitações do poder judiciário vão tornando esse poder menos atraente na medida em que se aumentam os números e a complexidade das questões envolvidas, tendo em vista as imperfeições institucionais comparativas (KOMESAR, 2001, p. 173).

A proposta de Komesar assinala importantes desafios para uma teoria sobre a alocação da tomada de decisão pelo poder judiciário:

- a) não basta encontrar um valor constitucional que não está sendo observado ou apontar um defeito institucional do poder político avaliado. A opção por uma intervenção alocativa das cortes vai além da escolha de se proteger um valor ou uma ideologia, dizendo respeito aos meios para que essa reforma seja alcançada (KOMESAR, 1994);
- b) em que pese trabalhosa, é preciso ponderar sobre as características de ambas as instituições, ainda que se descarte a métrica proposta por Komesar e se opere a comparação institucional de outras formas.

Assim, para usar o texto do autor de forma coerente, levando a sério a capacidade institucional nos moldes propostos por Komesar, é preciso ou refutar suas considerações ou ir

---

<sup>61</sup> De forma expressa, o autor afirma que sua abordagem é diferente da proposta de Hart Junior e Sacks, pois, para Komesar, a concepção do comportamento institucional dada pelos autores do *Legal Process* não explora as dificuldades e riquezas da escolha institucional, sendo uma concepção muito idealizada das instituições, em que estas são apresentadas de forma “[...] contemplativa, deliberativa e com um tomador de decisão racional” (KOMESAR, 1994, p. 12). Ou seja, a concepção formal de Hart Junior e Sacks é bem diferente de uma concepção mais concreta, baseada na abordagem do comportamento institucional e na comparação defendida no livro de Komesar. De qualquer modo, o autor traz considerações relevantes para o conceito de capacidade institucional, pois questiona a aplicabilidade do conceito nas diversas teorias jurídicas que tratam do papel das cortes.



além da persuasão racional, elaborando evidências empíricas e ferramentas que propiciem suporte para demonstrar que a tomada de decisão do judiciário em determinada questão social pode ter sentido. Há aqui um claro ônus para a judicialização de direitos sociais em decorrência da capacidade institucional limitada do poder judiciário. Estas questões não podem ser ignoradas somente invocando “valores constitucionais”.

No entanto, como o próprio Komesar (1994, p. 274) afirma, a análise institucional comparada parece ser uma empreitada exigente e difícil. A independência e a imparcialidade do judiciário têm um preço elevado: impõem custos de participação nessa instituição tão altos que questões sociais importantes (e tratadas de forma ruim em outras instituições) não serão judicializadas. São exatamente essas regras e procedimentos que garantem a independência e imparcialidade que diminuirão a capacidade técnica dos juízes, restringindo o acesso das cortes a informações importantes (KOMESAR, 1994, p. 149-150).

Segundo Komesar (2001, p. 188),

[...] aplicadores do direito terão de abandonar formas de análise familiares e confortáveis e encarar o desafio da tarefa de empregar e mesmo construir novas ferramentas analíticas. A falha em fazer isso deixará a análise jurídica em um limbo. Eu tenho sugerido neste livro que, com os números e a complexidade crescentes e a escolha entre alternativas institucionais bem menos atrativas, haverá um desafortunado ímpeto circular entre uma panaceia geral e estratégias judiciais em particular.

Em que pese em seu discurso manter a afirmação de que a comparação institucional é necessária, no limite, Komesar parece não indicar a atuação das cortes em questões políticas de grande escala<sup>62</sup>, dado o elevado ônus comparativo imposto pelo argumento da capacidade institucional, o que sugere uma não intervenção em processos complexos, com questões técnicas específicas, policêntricas e prospectivas, tais como os litígios estruturais<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Sunstein e Vermeule (2003) examinam a interpretação normativa sob a perspectiva institucional na esfera micro, e não na alocação de competência de grande escala (como fez Komesar). Os autores sugerem que, dadas as características institucionais das cortes, as limitações físicas e de especialização dos juízes, bem como os efeitos dinâmicos de possíveis projeções empíricas de um caso, a ideia de comparação institucional parece indicar deferência às agências administrativas (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 47). Examinando os argumentos propostos por Sunstein e Vermeule (2003), Arguelhes e Leal (2016) afirmam que, em que pese haver espaço para a operacionalização do argumento da capacidade institucional em arranjos específicos, ele envolve dois ônus bastante difíceis de enfrentar: a) “a manipulação de informações difíceis de obter”; b) as condições futuras para “validade do argumento podem ser demasiadamente exigentes para que se diferencie um acerto casual de uma análise efetivamente rigorosa baseada nas capacidades institucionais” (ARGUELHES; LEAL, 2016, p. 577). Ou seja, tanto na microescala como na macro, o argumento da capacidade institucional é muito exigente, motivo pelo qual os autores optam pela deferência às competências institucionais tradicionalmente definidas pelo princípio da separação de poderes.

<sup>63</sup> Badin (2013, p. 116), ao analisar a proposta de Komesar, pondera que a análise institucional comparada é, talvez, “[...] tão difícil e subjetiva quanto a análise dos fins das políticas públicas”, motivo pelo qual o autor afirma em suas conclusões que “a escolha de quem escolhe pode ser a escolha do que se escolhe” (BADIN, 2013, p. 158).

A postura institucional deferente, contudo, deixa de fora a possibilidade de análise de valores públicos desconsiderados pelos processos burocráticos modernos, como coloca Fiss (1982, p. 128), o que empobrece a concepção de moralidade pública, bem como a ideia de justiça que pautam uma sociedade, pois exclui deliberadamente certos grupos vulneráveis da participação social.

Uma possibilidade de resposta é colocada pelo experimentalismo jurídico de Sabel e Simon (2004). A proposta teórica dos autores é institucionalista e não nega a importância da ideia de capacidade institucional na apreciação dos litígios estruturais. No entanto, os autores não apenas questionam a ideia de separação de poderes na forma tradicionalmente concebida por Hart Junior e Sacks, como também reformulam a ideia de capacidade institucional, apontando suas falhas e propondo novas possibilidades de abordagens, conforme abordado no próximo item.

## 2.4 O EXPERIMENTALISMO JURÍDICO

A proposta do experimentalismo jurídico é decorrente de uma teoria mais ampla, inspirada no pragmatismo (ou instrumentalismo) do educador John Dewey: o experimentalismo democrático. O experimentalismo democrático apoia-se em teorias de gestão e ideais democráticos, orientando-se pela ideia de confiabilidade, decorrente da capacidade de aprendizado e adaptação. O mecanismo distintivo desta teoria é o engajamento deliberativo entre governo e população interessada, visando alcançar aprendizado e coordenação (SABEL; SIMON, 2011, p. 55).

Críticos à concepção de separação dos poderes proposta por Hart Junior e Sacks, Sabel e Liebman (2003, p. 194) sustentam que esse modelo institucional apresenta um “ponto cego” comum: ao assumir que as características básicas das instituições são fixas, “[...] perde-se a possibilidade de inovação nas tarefas tanto do judiciário quanto da administração pública e na relação entre os cidadãos e seu governo”.

A objeção tradicional aos processos estruturais é que as cortes afrontariam a ideia de separação de poderes, sem se sujeitar ao mecanismo de prestação de contas dos poderes eleitos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1090). No entanto, apontam Sabel e Simon (2004, p. 1091), “[...] retratar a medida estrutural como usurpadora da discricionariedade do legislativo e do executivo ignora a complexidade da relação entre os poderes em diversos casos”. Assim, por exemplo, há certas falhas e recusas na estruturação de políticas públicas que, por vezes, não decorrem do órgão de base, que as executam, mas do responsável político (prefeito ou governador) que não

deseja a aprovação de determinada medida por ser politicamente impopular (por mais inadmissível que seja a falha apontada) (SABEL; SIMON, 2004, p. 1090).

O entendimento dos autores parte do pressuposto de que as atividades de cada um dos poderes públicos não estão rigidamente delineadas nas Constituições (Federal ou Estadual), o que possibilita uma forma de diálogo interinstitucional entre os poderes públicos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1090-1091). Diálogo esse que pode envolver uma atividade de elaboração e criatividade legislativas para o remédio estrutural, mas assegura maior discricionariedade e participação aos poderes eleitos e à população interessada na elaboração dessa medida estrutural, mitigando as preocupações com a separação dos poderes e capacidade institucional. Além disso, ao explicitar a política pública, seus mecanismos de avaliação e monitoramento, a intervenção estrutural possibilita que os mecanismos de prestação de contas do executivo junto à população, ao legislativo e às cortes sejam ampliados, dando condições para que a política possa ser publicamente acompanhada (SABEL; SIMON, 2004, p. 1092-1093).

Os autores sustentam que há certos grupos e temas que são “bloqueados”<sup>64</sup> nas instituições políticas, como as questões raciais ou de saúde mental, por exemplo, que geram essas falhas na prestação de serviços ou mesmo a recusa na elaboração de uma política pública. Esses bloqueios institucionais impedem que certos grupos participem em condições de igualdade de bens e acesso a valores públicos. A proposta experimentalista de Sabel e Simon é que as cortes atuem “desbloqueando” essas falhas institucionais.

Assim, o desbloqueio proposto pelo experimentalismo jurídico é feito de modo a mitigar a preocupação com o princípio de separação de poderes, atribuindo um papel às cortes que reforça a prestação de contas junto aos poderes eleitos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1090).

Outro ponto salientado por Sabel e Simon é que o modelo de litígio de direito público proposto por Chayes (1976) exagera a “descontinuidade” entre o modelo privado de adjudicação tradicional e os litígios de direito público.

Ao contrário de Chayes, que compreendia os litígios estruturais como uma nova forma e função de adjudicação em decorrência dos efeitos policêntricos apontados por Fuller (1978), Sabel e Simon (2004) minimizam essas diferenças, entendendo esses processos como uma continuidade de medidas e procedimentos já previstos na adjudicação tradicional da *common law*.

---

<sup>64</sup> Os autores constatarem três padrões de bloqueios: as minorias estigmatizadas (como prisioneiros ou casos de saúde mental); a lógica da ação coletiva, em que há baixo incentivo para o indivíduo participar de ações difusas; e o “dilema do prisioneiro”, casos em que o executor da política se beneficiaria da implementação, mas não consegue induzir investimentos na política pública (SABEL; SIMON, 2004, p. 1065).

No entendimento dos autores, a corte lida rotineiramente com problemas policêntricos, seja quando estabelece um precedente, estendendo seus efeitos para casos futuros para além das partes que participaram do processo; seja quando lida com casos de sucessão e divórcio ou antitruste e insolvência, em que a complexidade gera diversos efeitos em cascata; ou mesmo quando aloca fundos públicos para obrigar o cumprimento de suas ordens judiciais (SABEL; SIMON, 2004, p. 1058-1060).

Assim, por exemplo, em uma situação de insolvência, quando a corte atua protegendo as empresas de uma pressão destrutiva (que seria provocada pelo atropelo das cobranças de credores) e paralisa o risco de uma distribuição desordenada de créditos, evita a destruição de empresas potencialmente viáveis, resguardando o empreendimento contra a pressão desestabilizadora gerada pelos credores (que cobrariam seus créditos individualmente, sem coordenação). No entanto, a intervenção da corte terá também aspectos de reestabilização policêntricos. Assim que a competição do julgamento é estancada pela intervenção pública ou pelo acordo entre credores, a posição da empresa assumirá uma vantagem: ela terá a melhor informação sobre as condições e possibilidades do negócio, podendo coordenar a estratégia de recuperação sem as dificuldades que a coalizão de diversos credores gera. No entanto, com a intervenção da corte, finda-se a posição de estabilidade do dono ou gerente da empresa, impondo que este compartilhe informação sobre o negócio com a corte e auxilie na coordenação dos credores, sob pena de, no extremo, a corte destituir o seu mandante ou gerente (SABEL; SIMON, 2004, p. 1061).

Além desse exemplo de atuação policêntrica, Sabel e Simon salientam que as normas da *common law* tradicional têm um caráter regulatório, criador de normas e provisório (dada a abertura e a indeterminação da norma, de modo que sua interpretação estará sempre sujeita a revisão, modificação e reelaboração), cujos efeitos, ainda que indiretos, atingirão pessoas que não participam da decisão (como no caso dos precedentes que regulamentam indiretamente a conduta, influenciando a tomada de decisão de todos que se colocam em situação semelhante ao que foi firmado pela corte), tal como ocorre com os processos estruturais (SABEL; SIMON, 2004, p. 1061-1062).

Nesse entendimento, os autores propõem que, em que pese ser necessária uma expansão dos remédios (para se adequar à expansão das atividades administrativas do Estado), os processos estruturais não seriam algo tão inovador ao papel das cortes e ao modelo de separação de poderes norte-americanos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1090).

Desse modo, apesar das objeções, os autores apontam que o processo estrutural ainda hoje desempenha um papel relevante da atividade judicial em áreas centrais do direito público:

escolas, polícias, prisões, moradia e doenças mentais (SABEL; SIMON, 2004, p. 1018). E, assim, propõem o modelo experimentalista como a melhor opção para viabilizar a capacidade institucional das cortes para lidar com os processos estruturais.

Sabel e Simon salientam que, não obstante partir da ideia de processo estrutural delineado por Chayes, os remédios propostos no modelo experimentalista são diferentes em importantes aspectos. Evoluiu-se do modelo de *injunctions* “comando e controle” para uma proposta de intervenção experimentalista (SABEL; SIMON, 2004, p. 1019).

A regulamentação “comando e controle” é uma denominação estereotipada das atividades burocráticas em que uma autoridade central, por meio de um conjunto de regras fixas e específicas, regulamenta direitos e procedimentos operacionais das instituições em que atuam (SABEL; SIMON, 2004, p. 1019). No entanto, a falta de informação para a formulação da ordem judicial, bem como a resistência dos funcionários (que estão na base da política pública e são os responsáveis pela implementação das ordens judiciais), mostraram-se como óbices para implementação de certas ordens centralizadas do tipo “comando e controle”.

Buscando superar essas dificuldades, o modelo experimentalista orienta-se pelo diálogo colaborativo entre as partes, com a definição de metas a serem atingidas, medidas em relação aos compromissos iniciais das partes e comparadas em relação ao desempenho subsequente da instituição. Assim, após constatar um bloqueio institucional e a violação de direitos, a corte deixa de atuar de forma condutora e centralizadora do processo e passa a exercer o papel de uma facilitadora, uma mediadora, do acordo deliberativo que será elaborado pelas partes. O foco deste modelo são os resultados a serem atingidos e não os direitos que foram ou estão sendo violados. É um modelo que busca combinar mais flexibilidade e provisoriedade em relação às normas, com procedimentos que viabilizem a contínua participação das partes interessadas e medidas de prestação de contas. Ou seja, ao mesmo tempo em que especifica parâmetros e procedimentos que possibilitam avaliar a performance da instituição, deixa às partes substantiva discricionariedade de como atingir essas metas, institucionalizando um processo crescente de aprendizado e reconstrução (SABEL; SIMON, 2004, p. 1019).

Neste modelo, as cortes se envolvem menos no estabelecimento das metas de resultados, possibilitando que as partes interessadas atuem mais diretamente nesse sentido. Mas, ao mesmo tempo, as cortes ampliam seu envolvimento com o caso ao mediar um processo permanente e contínuo de revisão e reajuste de metas. Sabel e Simon (2004, p. 1019-1020) sugerem que a capacidade administrativa das cortes é ampliada e o risco de sua legitimidade política é diminuído por esse processo colaborativo. Para que este modelo seja operado e seja viabilizada a negociação das partes, Sabel e Simon sugerem que seja feita uma “desestabilização de

direitos”<sup>65</sup>. A desestabilização de direitos seria a abertura de “[...] instituições públicas que cronicamente falharam em cumprir suas obrigações e que estão substancialmente isoladas dos processos normais de responsabilização política” (SABEL; SIMON, 2004, p. 1020). Ou seja, faz-se um desarranjo na estabilidade da instituição pública quando esta falha em satisfazer o padrão mínimo<sup>66</sup> de desempenho adequado e, de algum modo, consegue se manter imune a mecanismos convencionais de correção (SABEL; SIMON, 2004, p. 1062).

Neste processo, a aposta é que a intervenção inicial das cortes desestabilizará as expectativas iniciais das partes, gerando um choque no *status quo* posto: ela reconhece que há interesses públicos sendo violados e que algo deve ser feito para que isso não continue. E, ao definir a responsabilidade, produzirá uma série de efeitos, viabilizando que partes adversárias tornem um acordo possível: a) *veil effect*; b) *status quo effect*; c) *deliberation effect*; d) *publicity effect*; e) *stakeholder effect*; f) *web effect*.

O *veil effect* é uma ideia elaborada a partir do conceito de “véu da ignorância” proposto por Jonh Rawls (2000)<sup>67</sup>. A partir desta concepção, Sabel e Simon (2004, p. 1075) propõem que a desestabilização tenha o efeito “véu”, qual seja, sem saber como pode ser configurada a decisão judicial, a desestabilização provoca o efeito de fazer com que a instituição desestabilizada se abra para o diálogo no processo judicial, alterando suas visões sobre as possibilidades de agir, buscando meios de reorientar suas metas, sua forma de colaboração e estratégias para obtenção de resultados.

O *status quo effect* tira a instituição da comodidade de “estar cumprindo a lei” e inverte essa presunção de legalidade. Ao reconhecer a violação de um direito, quebra-se o *status quo* vigente e reconhece-se que a instituição está falhando. Esse efeito, segundo Sabel e Simon, levaria a instituição a buscar saídas em estruturas não convencionais, buscando alternativas para reverter este quadro desfavorável. A condenação da corte já aponta que o regime anterior será modificado.

---

<sup>65</sup> Essa noção é emprestada da teoria *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, de Roberto Mangabeira Unger (1987).

<sup>66</sup> Por padrão mínimo, Sabel e Simon (2004, p. 1064) entendem tanto aqueles expressos normativamente, como a possibilidade de determinar esses padrões mínimos diretamente da norma constitucional ou de uma regulamentação. Neste ponto, os autores chamam a atenção para um ponto: ao contrário do que propõe Fiss (1979), a mera declaração de descumprimento de padrões mínimos não é suficiente para que a intervenção estrutural seja provocada, sendo importante constatar o bloqueio político (SABEL; SIMON, 2004, p. 1064) a alguns grupos.

<sup>67</sup> Em sucintas linhas, no intuito de arbitrar valores de uma forma justa em uma sociedade democrática, propiciando liberdade aos cidadãos para perseguir os fins que desejam e que acreditam que lhes darão uma boa vida, Rawls (1982, p. 160-170) sugere um acordo entre os cidadãos morais livres e iguais sobre o que é justo para governar uma sociedade bem-ordenada. Este acordo é construído à luz de um pressuposto: o véu da ignorância. Ou seja, os cidadãos devem deliberar sobre os melhores valores sem saber qual posição irão ocupar em dada sociedade (ou seja, não sabem qual será o seu padrão econômico, social, racial ou cultural; são todos indefinidos e possíveis a qualquer um dos participantes deste acordo).

Então, a vontade de considerar alternativas amplia-se (SABEL; SIMON, 2004, p. 1076).

O *deliberation effect* faz com que as partes negociem e busquem uma melhor alternativa para a situação, vez que a inércia não favorecerá a instituição violadora (SABEL; SIMON, 2004, p. 1076). Nesse sentido, a pressão para observar posições que validem razões fundadas em valores públicos faz com que as partes busquem se apoiar em razões e justificativas para certas práticas, o que as leva a perceberem que certas posturas são insustentáveis<sup>68</sup>.

O *publicity effect* é a ampliação da atenção pública ao caso. Aumenta-se o escrutínio público, gerando pressão para um comportamento responsivo, o que, dado o efeito deliberativo, levaria a um engajamento construtivo, tal como ocorreu nos casos das prisões norte-americanas, em que a publicidade sobre as péssimas condições facilitou a obtenção de certo progressos *nas injunctions* (SABEL; SIMON, 2004, p. 1077).

O *stakeholder effect* provoca três efeitos, reconfigurando a relação entre as partes:

- a) a relação entre autor e réu se altera, pois a condenação judicial legítima oficialmente a reivindicação do autor, o que expõe o réu a maiores riscos e incerteza (caso o autor não concorde com o remédio por ele proposto), o que gera incentivos às partes para produzirem um acordo;
- b) uma pressão interna é gerada nas partes (o autor fortalece-se com prestígio e honorário; e a instituição ré, em que pese receber mais recursos, será mais exigida, com treinamentos, contratação de novas pessoas e eventuais afastamentos);
- c) novas partes são motivadas ou empoderadas a participar desse processo (SABEL; SIMON, 2004, p. 1077-1080).

O *web effect* é o efeito mais policêntrico da desestabilização. Assim como as relações e práticas da instituição responsabilizada são desestabilizadas, os efeitos da desestabilização se ramificam a outras instituições e práticas, produzindo efeitos em rede. Esse efeito torna possível que reformas complexas sejam sequencialmente orientadas na resolução do problema como um todo, gerando um efeito positivo do policentrismo. Assim, no curso da intervenção experimentalista, o foco do problema tende a ir se alterando, modificando, consequencialmente, outras características da política pública. Na esfera da educação, a preocupação racial inicial levou a preocupações com a qualidade do ensino; nas prisões, a preocupação inicial com as condições dos presos, levou às questões sobre a duração do confinamento. Além disso, ao reconhecer a violação institucional e acenar para a possibilidade de uma intervenção, o *web*

---

<sup>68</sup> Um exemplo aqui foi a mudança de comportamento da patrulha de rodovias na Califórnia, em que, nas negociações, os policiais concordaram em abandonar algumas práticas raciais que não produziam evidências ou prisões (SABEL; SIMON, 2004, p. 1076).

*effect* repercute nas demais instituições e suas práticas sociais, ameaçando-as de uma possível intervenção (SABEL; SIMON, 2004, p. 1080-1082).

Segundo Sabel e Simon (2004, p. 1062-1063), em seu conjunto, esses efeitos induzirão a instituição à colaboração experimentalista, levando as partes a dialogarem uma possível solução para o caso, buscando construir parâmetros gerais e critérios de avaliação da situação, para que, de modo flexível e com contínua revisão, cesse o problema. Esse processo supervisionado de negociação e deliberação entre as partes e interessados propiciará a adaptação de regras contínuas ou provisórias, periodicamente revistas à luz de avaliações transparentes de sua implementação (SABEL; SIMON, 2004, p. 1069).

A meta da negociação é o consenso. Contudo, os autores preveem que nem sempre este será conseguido, de forma que a figura de um *special master* ou mediador é importante para auxiliar as partes a chegarem a um acordo. No caso de resistência, o magistrado pode impor multas ou formas de intervenções mais fortes ou mesmo, em casos extremos em que a atuação do gestor é muito insatisfatória, à substituição por um administrador judicial (*receivership remedy*). No entanto, a mera existência dessa possibilidade, em si, já reforça o limite de compromisso e respeito entre as partes, bem como possibilita que uma ação mais intrusiva ocorra de forma mais legítima (SABEL; SIMON, 2004, p. 1068-1073).

A transparência é uma característica importante neste modelo, em que as políticas e normas de desenvolvimento que operam no caso devem ser explícitas e públicas. Ela é tanto a medida de prestação de contas como o meio de aprendizado, que possibilita eventuais comparações com instituições semelhantes, mas os autores apontam que nem sempre é fácil a sua implementação (SABEL; SIMON, 2004, p. 1071-1072).

Sabel e Simon analisam intervenções estruturais em cinco temas do direito público (educação, polícia, prisões, moradia e saúde mental) com o intuito de demonstrar como as cortes têm migrado de um decreto “comando e controle” para um modelo experimentalista. Assim, medidas diretivas e minuciosamente descritas em um único decreto, bem como o modelo de avaliação de desempenho a partir da observância às prescrições do decreto, foram dando espaço para a elaboração de metas mais amplas e os resultados a serem atingidos. O papel diretivo das cortes e dos *masters* também, aos poucos, foi atenuando-se, abrindo espaço para uma maior participação das partes (SABEL; SIMON, 2004, p. 1021-1022).

Assim, por exemplo, no caso *Wyatt v. Stickney*, sobre saúde mental no Alabama, o decreto elaborado pela corte declarava diversos direitos e impunha diversas medidas objetivas e bem específicas (tais como: uma dieta nutricional específica, a quantidade de pacientes por quarto, o tamanho de cada quarto, a temperatura do ambiente e da água), o que comprometeu



sua exequibilidade e fez com que os casos mais recentes se orientassem por decretos com metas amplas, dando mais discricionariedade para que as partes estabeleçam como alcançá-las (SABEL; SIMON, 2004, p. 1030-1032).

No entanto, Sabel e Simon ponderam que as metas de resultados devem possibilitar que o aplicador e as partes consigam avaliar a progressão na política pública. Desse modo, os autores apontam que a abordagem ampla das metas de resultado pode ser muito desvantajosa, pois deixar a especificação dos resultados para implementação, onde já haverá muitas divergências possíveis, gerará problemas futuros. Nestes casos, a sugestão é que as metas de resultados sejam estabelecidas da forma mais precisa possível, para possibilitar a avaliação do cumprimento, bem como eventual revisão (SABEL; SIMON, 2004, p. 1069). Para os autores, a discricionariedade deve ser ampla na forma de concretização da meta, não no fim que se deseja atingir. Um exemplo dado por Sabel e Simon para evidenciar essas dificuldades de elaborar as metas de resultado pode ser encontrado nos casos de saúde mental. Por mais que os resultados desejados sejam o “bem-estar psicológico, a saúde física ou as habilidades para vida”, não é possível avaliar o cumprimento a partir desses resultados. Então, nestes casos, as metas devem ser elaboradas de modo procedimental, ou seja, se os serviços prescritos estão sendo prestados de acordo com certos procedimentos estabelecidos pelas partes, aprimorando a qualidade de vida dessa população (SABEL; SIMON, 2004, p. 1033).

A desestabilização impõe aspectos críticos das dimensões declaratórias e remediais dos litígios públicos (SABEL; SIMON, 2004, p. 1056). O delineamento do remédio não envolve a interpretação de textos, mas técnicas mais estratégicas de pensar sobre formas contextuais para o problema colocado (SABEL; SIMON, 2004, p. 1054).

Ademais, a participação é um elemento relevante na proposta experimentalista. Os autores sustentam que não necessariamente todos os grupos relevantes estarão presentes no início da intervenção desestabilizadora, mas há de ter abertura para que, ao longo do processo, os interessados se manifestem e participem da deliberação racional. Sabel e Simon observam que o intuito do processo deliberativo é a construção de uma proposta consensual e comprometida com a persuasão racional. Não seria, desse modo, uma barganha pluralista, mas uma aproximação de interesses comuns (SABEL; SIMON, 2004, p. 1099).

Sabel e Simon sugerem que a dimensão dos litígios públicos envolve uma virada metodológica nas duas fases do processo: a partir do momento em que o juiz constata a violação e determina a responsabilidade no processo, seu papel de centralizador e condutor abre espaço para o de um facilitador, para viabilizar a deliberação e negociação entre as partes interessadas. O remédio imposto é a desestabilização da instituição. No entanto, como essa determinação de

responsabilidade é feita em um campo contingente e com muitas incertezas, as habilidades do magistrado para determinações mais específicas são restritas, motivos pelos quais ele deve abrir às partes a negociação do remédio (SABEL; SIMON, 2004, p. 1055-1056). A proposta experimental, reconhecem os autores, é um otimismo cauteloso, mas não isento de riscos.

Analisando dois casos estaduais de intervenção estrutural em que houve a aplicação do modelo experimental (os casos *R. C. v. Walley*, julgado em 1992, do Alabama; e *David C. v. Leavitt*, julgado em 1992, em Utah, ambos encerrados em 2007), Noonan, Sabel e Simon (2009) apontam que esses estados produziram um modelo de gestão de bem-estar infantil amplo, estruturando reformas de longo prazo e com um monitoramento de diagnóstico inovador e que se mostrou muito eficaz: o *Quality Service Review* (QSR), que combinou a contextualização da tomada de decisão com a prestação de contas sistêmica (NOONAN; SABEL; SIMON, 2009, p. 534). Nesse modelo, evitou-se a associação à intervenção do tipo “comando e controle”, contornando, dessa forma, problemas associados à rigidez da decisão e à arbitrariedade da intervenção (NOONAN; SABEL; SIMON, 2009, p. 525).

Alabama e Utah produziram um modelo distinto de gestão do bem-estar infantil que incorpora algumas prescrições de reforma de longa data e adiciona uma forma inovadora de monitoramento de diagnóstico. Segundo os autores, esses casos judiciais possibilitaram enfatizar a capacidade do sistema de se autoavaliar e se autocorriger com o intuito de atingir o cumprimento substantivo do padrão proposto (NOONAN; SABEL; SIMON, 2009, p. 534). Além das características tradicionais, esses modelos mostraram que a opção pela compreensão contextual da norma é mais relevante do que a observância estrita da regra ou dos parâmetros fixados; que uma boa relação entre o centro administrativo e as unidades locais faz diferença na obtenção do resultado e que a abordagem deve ser incremental, ao longo do tempo (NOONAN; SABEL; SIMON, 2009, p. 536).

Avaliando esses dois casos, os autores concluem que eles apresentaram uma forte evidência de que “[...] o modelo é responsável pela melhoria dramática em ambos os estados e está se tornando influente em outros lugares” (NOONAN; SABEL; SIMON, 2009, p. 564). Assim, apontando que o modelo dá nova perspectiva aos debates e possibilita a prestação de contas por meio da administração local sem enrijecer o sistema, os autores acreditam que, em pese os riscos e dificuldades da intervenção estrutural, há um potencial na replicação desse modelo em outros locais, respeitadas as adaptações necessárias para outras realidades<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Klein (2008, p. 422) aponta diversas dificuldades na aplicação do modelo experimental na realidade canadense. Mas, ainda assim, reconhece ganhos na implementação de direitos sociais a partir desse modelo de intervenção.

O modelo experimentalista de Sabel e Simon, em que pese questionar a aplicação da moldura institucional delineada pelos autores do *Legal Process*, não prescinde da estrutura institucional para explicar e definir sua proposta experimental. Pelo contrário, entra em diálogo com esse modelo para apontar um ponto falho substantivo: ao assumir que as características básicas das instituições são fixas, deixa-se de pensar em alternativas institucionais de resolução de problemas muito caros à democracia e à ideia de justiça, como a possibilidade de inclusão de grupos subrepresentados na distribuição de bens e na participação nos interesses públicos de dada sociedade. A saída institucional proposta pelo experimentalismo parece conseguir acomodar, por meio do diálogo institucional, possibilidades alternativas da relação entre as cortes e os poderes políticos, especialmente quando se trata de viabilizar poderes públicos mais responsivos aos compromissos e expectativas democráticas, ampliando a capacidade das cortes para intervir nas políticas públicas.

No entanto, pensando nos conflitos à luz dos problemas de direitos sociais em uma sociedade com grandes desigualdades, um ponto me parece ser relevante de ser retomado. Ao aproximar as questões policêntricas dos casos tradicionais (privados) de atuação das cortes das intervenções estruturais (no intuito de respaldar o argumento de que as cortes já atuavam tradicionalmente em conflitos complexos e policêntricos, por meio dos tribunais da *equity*) (SABEL; SIMON, 2004, p. 1059), os autores parecem tirar um pouco o foco de questões relevantes nessa discussão: a capacidade das cortes para lidar com as questões policêntricas e seus efeitos decorrentes. De fato, é possível observar que o policentrismo estaria presente em quase todas as questões adjudicadas, como o próprio Fuller reconhece. Contudo, o autor também aponta que nem todas as questões colocariam para a corte o mesmo grau de complexidade junto às questões policêntricas, sendo o desafio determinar quando o policentrismo é significativo e predominante a ponto de atingir os próprios limites de uma atuação legítima das cortes (FULLER, 1978, p. 397-398).

Nos exemplos discutidos por Sabel e Simon (chamados de “casos tradicionais”, como os precedentes gerados, os casos de família ou insolvência), em que pese a complexidade dos casos, as cortes parecem conseguir acomodar em seu papel institucional as questões policêntricas. Nesses casos, os efeitos policêntricos das questões examinadas pelas cortes parecem recair, predominantemente, em relações privadas, sem entrar em atritos com questões de caráter técnico sobre uma política pública ou sobre a legitimidade para definir os investimentos públicos a serem priorizados.

Assim, no caso dos precedentes produzidos pela *common law*, por exemplo, é certo que os efeitos policêntricos geram ônus (ou bônus), ainda que indiretos, a terceiros que não

participaram da decisão, como afirmam os autores (SABEL; SIMON, 2004, p. 1058-1060). No entanto, as consequências dos efeitos policêntricos da decisão judicial parecem ser endereçadas às relações privadas entre indivíduos ou ao mercado, não produzindo consequências adversas na política pública e nem afetando diretamente as disputas sobre os recursos públicos disponíveis na sociedade. No exemplo sobre a responsabilidade civil (SABEL; SIMON, 2004, p. 1059), a responsabilização de uma empresa por negligência em relação a um produto, de fato, poderá implicar em diversos efeitos policêntricos a quem não participa da decisão (modificando a relação dos consumidores em relação a tal produto; ampliando ou reduzindo a demanda por bens e serviços dessa empresa; reduzindo ou aumentando os custos com gastos em tecnologias e aprimoramentos para essa empresa ou para suas concorrentes, entre outros efeitos em cascata). No entanto, nesse caso é possível observar que os efeitos policêntricos produzidos pela decisão da corte estão recaindo no mercado, que reacomodará a questão a partir de sua métrica: aumentando ou diminuindo os custos a partir da interpretação que foi dada às cláusulas de riscos e responsabilidades que foram imputados a determinada atividade. Também nos casos de família ou mesmo insolvência da empresa, a atuação mediadora das cortes não traz diretamente para o poder público os ônus (ou bônus) dos efeitos policêntricos. Assim, por maior e mais extenso que seja o número de credores em um processo de falência, por mais complexas que sejam as relações decorrentes das dívidas da empresa, a intervenção da corte na mediação de um acordo entre os credores, bem como nos efeitos em cascata e prospectivos dessa intervenção, via de regra, parecem não recair diretamente em questões que constroem a capacidade da corte para decidir e implementar a decisão.

Contudo, já no caso de uma intervenção estrutural do tipo “comando-controle”, a efetividade da decisão da corte depende não apenas da habilidade de um juiz em compreender o problema adequadamente, como também em elaborar uma *injunction* que viabilize uma adequada resposta às potenciais questões policêntricas, técnicas e prospectivas, que recaem não de forma indireta, mas de modo direto sobre as possibilidades de implementação da decisão judicial. Os exemplos trabalhados por Horowitz ilustram como pode ser problemática uma intervenção estrutural do tipo comando-controle em decorrência das dificuldades das cortes para lidar com os problemas policêntricos, técnicos e prospectivos. A proposta experimentalista parece dar conta de minimizar esses efeitos por meio do diálogo interinstitucional. Contudo, ainda assim, especialmente em uma política pública de direito social, a efetividade da decisão da corte parece não depender apenas da habilidade das partes em firmar um acordo sobre as possibilidades de intervenção na política pública que sofre a intervenção (coordenando as questões policêntricas, técnicas e prospectivas), mas, também, de o poder público conseguir

lastrear os compromissos acordados com os recursos públicos disponíveis, viabilizando a efetivação da decisão. Ou seja, diferentemente da adjudicação tradicional em que os efeitos policêntricos não impactarão diretamente a capacidade institucional da corte em compreender o problema e implementar a ordem judicial, os efeitos policêntricos do litígio estrutural afetam diretamente a capacidade institucional para lidar com esse tipo de problema, pois está conectada às limitações dos recursos públicos para efetivar a decisão judicial.

Nos casos tradicionais, a implementação da decisão tomada não fica constrangida pelas limitações dos recursos públicos (humanos ou econômicos) tal como nos litígios estruturais. Ainda que seja possível afirmar que a implementação de qualquer decisão judicial, por vezes, dependa do aparato de segurança pública disponível – e isso tanto para os casos tradicionais de direitos individuais quanto em decisões sobre direitos sociais (Silva, 2008) –, grosso modo, os gastos com segurança pública (contratação de policiais, instalações e aquisições de bens) já foram previamente definidos, estruturados e aprovados dentro do orçamento público para assegurar a prestação desse tipo de serviço, de modo que a atuação da corte não implica em interferências com novas alocações de fundos públicos.

Ao aproximar os conflitos policêntricos presentes nas questões privadas dos conflitos policêntricos presentes nos litígios estruturais, Sabel e Simon tiram o foco do fato de que as restrições decorrentes da capacidade institucional (policentrismo, especialização técnica e prospecção) são, também, limitadas pela disponibilidade de investimento dos recursos públicos, o que, eventualmente, maquia um problema na disputa de priorização do interesse público entre os subgrupos bloqueados.

Sabel e Simon não ignoram as disputas da alocação de interesses públicos e exigem, para uma intervenção legítima das cortes, que o bloqueio institucional seja comprovado (indo além da proposta de violação normativa colocada por Fiss), bem como que a implementação seja incremental, em diálogo com as possibilidades do poder executivo. No entanto, em uma sociedade altamente desigual, como a brasileira, em que o descaso com as políticas públicas sociais e distributivas é corrente, é possível pensar em diversos grupos populacionais que não conseguem acesso a direitos básicos, como saneamento público, acesso à educação, acesso aos meios de transporte, às políticas de saúde, no âmbito dos poderes políticos, colocando desafios adicionais aos litígios estruturais. No caso de um conflito entre interesses bloqueados, o que justifica a intervenção das cortes e a priorização de um interesse em detrimento do outro? A análise de descumprimento normativo somente pela previsão constitucional e seu bloqueio político podem se mostrar pouco esclarecedores, o que não impede, mas pode exigir razões adicionais para uma intervenção estrutural.

## 2.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Nesse primeiro capítulo busquei recuperar o delineamento do conceito de capacidade institucional a partir do princípio da solução institucional, elaborado no material de Hart Junior e Sacks. Esse princípio, em que pese ter sido elaborado a partir de uma visão idealizada sobre o papel e a interação das instituições sociais (cortes e instituições políticas), é relevante na medida em que propicia um arranjo organizacional vigoroso para o aprimoramento da vida comunitária, definindo o que deve ser desempenhado por cada uma dessas instituições à luz de suas virtudes institucionais, apontando os limites operacionais dessas instituições.

O caso Brown, os textos sobre os litígios estruturais e as outras discussões subsequentes aqui apresentadas possibilitam observar que as formas e funções institucionais do judiciário admitem certa plasticidade, a partir do que se define como papel institucional das cortes. No entanto, os elementos abordados por Hart Junior, Sacks e Fuller como restrições à judicialização de litígios estruturais (a carência de especialização técnica, os efeitos policêntricos e prospectivos gerados por esses litígios) tencionam a capacidade institucional das cortes atuarem em litígios estruturais, ainda que se considere um conceito institucional mais abrangente, que compreenda as funções estruturais como institucionalmente pertinentes às cortes. Esses problemas são evidenciados pelos estudos de caso de Horowitz e Rosenberg.

A retomada da discussão institucional comparada proposta por Komesar salienta não apenas a imperfeição das instituições para dar conta de responder às complexidades colocadas pela realidade na realização de seus fins, como também os elevados custos de informação e operacionalização para intervir em situações complexas, o que faz com que a substituição da instituição vocacionada para a realização de determinada tarefa por uma decisão das cortes seja desestimulada, em que pese a necessidade da comparação institucional.

Nesse contexto, a proposta experimentalista coloca-se como uma alternativa interessante para enfrentar um dilema democrático então colocado pela crítica da capacidade institucional comparada. Ao harmonizar a proteção de valores públicos de grupos vulneráveis bloqueados pelas instituições políticas com uma atuação mais responsiva e eficiente das instituições públicas (por meio do diálogo institucional), o experimentalismo jurídico amplia a capacidade institucional das cortes para atuar com questões técnicas, policêntricas e prospectivas. A capacidade institucional de atuação das cortes nesses casos estruturais não viria de forma direta, mas, justamente, do papel colaborativo da instituição política com a participação de interessados.

À luz da literatura americana acima abordada, acredito ser possível compilar alguns elementos à ideia de capacidade institucional para que esse conceito possa ser operacionalmente útil para uma reflexão sobre direitos sociais aqui no Brasil.

A ideia de capacidade institucional está tradicionalmente vinculada às limitações institucionais das cortes para atuar em uma política pública, ainda que se reconheça que a função e o papel da corte devam ser ampliados para proteger certos valores fundamentais dos cidadãos em uma sociedade democrática. Apesar da nomenclatura distinta e dos pontos de vista divergentes, a literatura acima discutida aponta as seguintes restrições institucionais de o judiciário atuar em conflitos estruturais: a) a falta de conhecimento técnico para intervir em dada realidade fática; b) o caráter prospectivo da intervenção; e c) a existência de efeitos policêntricos decorrentes da medida estrutural.

Nesse cenário, para que uma intervenção das cortes na política pública tenha possibilidades de ser bem sucedida, é preciso um modelo de intervenção estrutural que não ignore as restrições acima apontadas, mas observe e leve a sério os riscos institucionais envolvidos, nos moldes propostos pela desestabilização experimentalista de Sabel e Simon.

Assim, a contribuição de trazer a literatura sobre capacidade institucional e processos estruturais norte-americanos para a literatura jurídica brasileira está em, justamente, observar quais foram os problemas que foram enfrentados por lá na judicialização de questões políticas e quais foram as possibilidades encontradas para tentar superar esses gargalos institucionais.

Ainda que se reconheça que são muitas as diferenças institucionais e culturais entre o Brasil e os Estados Unidos, os problemas decorrentes judicialização de questões distributivas em uma esfera tradicionalmente desenhada para lidar com problemas comutativos colocam-se de forma bem semelhante, quando a questão política judicializada é tratada à luz de sua natureza.

No Brasil, contudo, esse parece ser um primeiro entrave. Por muito tempo e de forma predominante em nossa literatura jurídica, a natureza distributiva dos direitos sociais não foi considerada na resolução dos litígios jurídicos. Lidamos com direitos sociais exclusivamente na chave comutativa, como direitos públicos subjetivos. Os litígios de direitos sociais, tradicionalmente, são julgados na lógica bilateral aqui no Brasil, sendo ignorados os impactos da decisão individual na política pública atingida. Esse entendimento está começando a ser alterado aqui no Brasil. Cada vez mais, vemos discussões e trabalhos jurídicos apontando a necessidade de repensar a judicialização de direitos sociais, a partir de um enfoque coletivo, por meio de litígios estruturais, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos.

No próximo capítulo, pretendo analisar como está sendo trabalhada a ideia de litígios estruturais na judicialização de direitos sociais no Brasil. Como já mencionado, refletirei a partir da literatura processual, pois, além de observar como está sendo proposta a utilização do processo estrutural em nossa jurisdição, desejo observar se os elementos apontados como relevantes para avaliar a capacidade institucional de atuação das cortes junto aos litígios estruturais estão sendo ponderados em nossa via jurisdicional. As propostas de judicialização estrutural feita pelos processualistas brasileiros dão reais condições para que a judicialização de direitos sociais enfrente as constrações que esse segundo capítulo apontou?



### 3 CAPACIDADE INSTITUCIONAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS: ELEMENTOS PARA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA

No capítulo anterior, a ideia de capacidade institucional apontou que o perfil institucional das cortes (imparcialidade, generalidade, racionalidade) coloca-as em desvantagem institucional perante outras instituições para tratar de litígios complexos, que envolvem questões policêntricas, prospectivas e técnicas que realocam a verba pública. No entanto, foi também ponderado que o diálogo institucional poderá, eventualmente, acomodar essas restrições e viabilizar a atuação das cortes nessas questões, minimizando os conflitos entre os poderes públicos e aprimorando a participação democrática.

Neste capítulo, pretendo analisar como está sendo proposta a intervenção das cortes em políticas públicas aqui no Brasil, observando especificamente se a literatura está endereçando respostas que possibilitem superar as restrições apontadas pela crítica da capacidade institucional. A observância das restrições apontadas pela crítica da capacidade institucional é imprescindível, como foi visto, para que se possa pensar em uma intervenção em política pública com perspectivas de sucesso, que consiga, efetivamente, trazer modificações substantivas na estrutura da política pública. Nesse entendimento, a dúvida que aqui se coloca é se o modelo brasileiro de jurisdição possibilita, dá ferramentas, para que essas restrições possam ser superadas.

Ao contrário do modelo norte-americano, conforme foi ponderado na introdução deste trabalho, não temos em nossa tradição jurisdicional ferramentas presentes nos processos da *equity*. Para tanto, irei averiguar na literatura de direito processual<sup>70</sup> quais as adaptações, as ferramentas que estão sendo sugeridas para que nosso modelo jurisdicional possa atuar com problemas policêntricos, prospectivos e técnicos.

---

<sup>70</sup> Como foi colocado na introdução, é vastíssima a produção de artigos, trabalhos e produções acadêmicas na temática de direitos sociais e direitos coletivos. Não tenho a pretensão aqui de fazer um amplo levantamento da literatura processual que trata de direitos coletivos, pois fugiria do escopo de meu trabalho. Minha busca é por autores que abordam mecanismos que possibilitam que a jurisdição brasileira atue com direitos sociais sob a perspectiva estrutural, observando as restrições da capacidade institucional. Nesse entendimento, busquei entre os processualistas aqueles que abordaram a perspectiva “coletivo-estrutural”, ou seja, a abordagem de direitos coletivos feita como um todo, sob a perspectiva de direitos coletivos e difusos, e não como um direito singular (exigido como direito público subjetivo). Ela ainda é pouco abordada no Brasil e a maior parte dos trabalhos que encontrei têm suas origens em São Paulo (Salles) e no Paraná. Após fazer uma busca em bases de dados públicas (Capes, Senado Federal, Scielo e na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), selecionei alguns trabalhos específicos sobre a abordagem estrutural dos direitos coletivos e, no final, priorizei a abordagem monográfica de teses e dissertações que se dispuseram a enfrentar esse tema sob a perspectiva policêntrica, técnica e prospectiva.

Observo, no entanto, que esta é uma tese no campo do direito constitucional e, portanto, não entrarei em debates específicos e aprofundados pertinentes à seara processual. Minha proposta aqui é fazer uma análise instrumental das ferramentas e técnicas que o campo processual está trazendo para lidar com os conflitos estruturais. Meu interesse em analisar as ferramentas e técnicas utilizadas pelos processualistas está ligado à discussão que é objeto desta tese: a capacidade institucional das cortes para apreciar, julgar e implementar conflitos distributivos, que exigem conhecimentos técnicos, com impactos policêntricos e prospectivos na alocação de interesses públicos.

Antes de entrar na discussão sobre as ferramentas, técnicas e adaptações que estão sendo sugeridas pelos processualistas para acomodar a jurisdição aos litígios de direito público, é preciso esclarecer o que está em jogo com a alteração do objeto processual e como a ideia de interesse público ou bem comum pode ser traduzida para o contencioso de demandas coletivas.

Entendo ser importante pontuar essa questão porque essa concepção está em constante tensão com abordagens que tentam individualizar interesses e vontades, negando a concepção da indivisibilidade dos interesses transindividuais e, por consequência, da ideia de interesse público ou bem comum.

Nesse sentido, abaixo, retomarei a proposta de Salles (1999, 2003, 2017) sobre os litígios de direitos públicos para apontar a importância da concepção de bens comuns para esse debate, bem como para refletir sobre uma proposta recente que prescinde desse conceito: a proposta de Edilson Vitorelli (2015). A escolha por esse autor não é aleatória. O trabalho de Vitorelli é um dos poucos que trabalha as ferramentas e técnicas da jurisdição brasileira na perspectiva que nesta tese me interessa: à luz de problemas policêntricos, técnicos e prospectivos. As discussões sobre litígios de direitos públicos, conforme já mencionado, vêm sendo feitas no Brasil desde a década de 1990 (LOPES, 1994, 1998, 1999, 2006; SALLES, 1999, 2003; VERÍSSIMO, 2006). No entanto, há uma diferença. Antes, o tratamento dos litígios públicos dava-se por meio de processos bilaterais, dentro da moldura tradicional do judiciário (LOPES, 2006; VERÍSSIMO, 2006; SALLES, 2009).

No presente momento, o que se discute é, exatamente, uma nova forma de abordagem desses litígios de direitos públicos no judiciário (ARENHART, 2015; CORRÊA, 2014; FERRARO, 2015; VITORELLI, 2015). Nesse contexto, Vitorelli traz considerações sobre mecanismos processuais que são relevantes para esta tese e serão discutidos em tópico próprio. Contudo, é preciso, antes, esclarecer em que medida é possível fazer uso da proposta desse autor sem contradizer algumas compreensões que são aqui abordadas.

### 3.1 DISPUTAS SOBRE O BEM COMUM E O CONTENCIOSO DE DEMANDAS COLETIVAS

As ações coletivas que tutelam os direitos sociais e difusos previstos constitucionalmente ou em normas infraconstitucionais trazem para o contencioso de demandas coletivas uma disputa sobre os interesses públicos, o que faz com que a atividade judicial migre da justiça corretiva para o campo da justiça distributiva, relacionada à alocação e apropriação de recursos comuns (SALLES, 1999, p.61; 2017b, p. 209). Ou seja, o objeto da adjudicação recairá sobre interesses indivisíveis da coletividade e não em objetos de interesse individual.

Nesse entendimento, os litígios de direitos sociais não se colocam em face da administração do mesmo modo que aqueles que versam sobre interesses de particulares afetados pela atividade estatal. Embora tenham por base a atividade reguladora do Estado, o objeto desses litígios coletivos é o cumprimento dos objetivos sociais presentes na Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro. Assim,

[...] a tutela jurisdicional pode dirigir-se tanto à implementação direta daqueles objetivos, exigindo de particulares o cumprimento de determinadas posturas legais, ou como ao próprio Estado, para que atenda a obrigações legais de realizar determinada providência ou de exercer seu poder de polícia [...]. (SALLES, 1999, p. 58-59).

O cumprimento dos objetivos sociais é realizado por meio de políticas públicas, elaboradas pelos poderes políticos de acordo com o interesse público. Esse é o critério balizador da atividade administrativa, por meio do qual é possível avaliar a validade e a legitimidade da atuação estatal (SALLES, 2017b, p. 210-211). No entanto, entre tantas possibilidades e tantos interesses públicos concorrentes, a definição de interesse público é, necessariamente, discricionária<sup>71</sup>:

[...] Realisticamente, nós devemos também considerar que a lei representa mais interesses privados do que públicos, por causa da indevida influência de grupos de interesses especiais. Alternativamente, uma lei pode deixar de representar qualquer interesse “público” identificável porque o público em si é fragmentado demais para gerar qualquer política pública coerente. (FARBER; FRICKEY, 1991, p. 1).

<sup>71</sup> A dificuldade de definição do interesse público é muito discutida no âmbito de teorias econômicas norte-americanas de *Public Choice*, que fazem uso da metodologia econômica para estudar a política (MUELLER, 2004). Em *Social choice and individual values*, Kenneth J. Arrow (1963) demonstrou como o processo decisório pode ser aleatório, de acordo com preferências individuais. O interesse público, como um valor “neutro, transcendente”, provavelmente não existe. O interesse público seria o resultado de preferências existentes no procedimento de tomada de decisão na esfera política. (FARBER; FRICKEY, 1991, p. 55-59).

Nesse entendimento, não seria possível obter uma métrica confiável pela análise do interesse público para a formulação das políticas públicas, motivo pelo qual as sociedades modernas adotam critérios procedimentais para a seleção dos interesses públicos.

A formulação processual do interesse público coloca em evidência a necessidade de que qualquer decisão estatal seja adotada a partir de técnicas aptas a permitirem incorporar o que a sociedade entende por relevante com respeito às regras de uma divisão justa do produto social e conducentes aos resultados finais preferidos pela maioria e afastando, ao mesmo tempo, o perigo de decisões incoerentes. (SALLES, 2017b, p. 214).

No entanto, não sendo neutros os interesses selecionados, mas influenciados por interesses de grupos especiais, por vezes, podem refletir más preferências ou resultados distorcidos, motivo pelo qual o critério puramente procedimental para a escolha do interesse público nem sempre é confiável, pois, a despeito de proveniente do procedimento previsto, o resultado mostra-se injusto (FARBER; FRICKEY, 1991, p. 60).

Para uma tomada de decisão racional entre interesses divergentes, é preciso averiguar razões substantivas, fundantes do contrato social que vincule a toda sociedade. É preciso “escapar da análise dos interesses e tentar descobrir um bem comum” (LOPES, 1994, p. 26), que torna possível uma vida social entre cidadãos livres. Ou seja, tal como já afirmado na introdução dessa tese, é preciso uma definição substancial de interesse público que sirva de base para a alocação de recursos sociais que, no caso dos bens coletivos, traduz-se na indivisibilidade que os define. É importante salientar essa característica: a ideia de “bem comum fundante” é traduzida pela indivisibilidade.

No caso das políticas públicas prestacionais, como a de saúde e educação, a perspectiva deontológica-procedimental do bem comum levaria a uma análise da política pública como um todo, seus fins sociais, à luz de sua funcionalidade e possibilidades de aprimoramento, e não à análise de questões particulares, específicas de cada grupo, separadamente, que não levam em conta o delineamento institucional disposto na política pública.

O contencioso de demandas coletivas que trata de questões coletivas<sup>72</sup> distributivas gera diferentes repercussões jurídicas e processuais se comparado às ações civis públicas que tratam de questões individuais homogêneas. Se nestas as preocupações com a participação do lesado, a extensão e compatibilização da coisa julgada, colocam-se como centrais, nas demandas

---

<sup>72</sup> Previstas no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo único, nos incisos I e II; no artigo 1º da Lei n.º 7347/85 e no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Como bem distingue Zavascki (2009, 43-47), não se deve confundir a “defesa de direitos coletivos” com a “defesa coletiva de direitos”.

coletivas, dada a indivisibilidade do objeto, as implicações individuais seriam secundárias (Salles, 2017b).

Esse esclarecimento é importante, pois, o “dogma da indivisibilidade” dos direitos transindividuais é constantemente questionado<sup>73</sup>. Em recente tese em que discutiu o devido processo legal coletivo, Vitorelli (2015) sustenta que a literatura de processos coletivos no Brasil foi pragmática, priorizando a tutela de direitos sem fazer uma investigação profunda sobre a titularidade dos direitos transindividuais, o que levou a doutrina a pressupor uma vontade coletiva uniforme, representada pelo legitimado coletivo, mas que não corresponde à realidade (VITORELLI, 2015, p. 23-24). Para o autor, a “[...] indivisibilidade dos direitos transindividuais atua para mascarar a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade” (VITORELLI, 2015, p. 62). O impacto dos conflitos transindividuais, nessa compreensão, é sentido de forma diferente pelos titulares dos direitos transindividuais e isso deve ser considerado. Desse modo, exemplifica o autor:

[...] não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC. Também parece pouco razoável pretender que a redução da vazão do Rio Doce, no município de Aimorés/MG, decorrente da construção de uma usina hidrelétrica, interesse igualmente aos habitantes da referida localidade e aos municípios de Passo Fundo/RS. Somente seria possível argumentar que existe interesse de todos na proteção do ecossistema planetário se se pretendesse trazer para o Direito os postulados da teoria do caos. (VITORELLI, 2015, p. 62).

No entendimento de Vitorelli, a indeterminação da titularidade só seria aceitável se a lesão fosse indivisível. No entanto, essa concepção da indivisibilidade seria incompatível quando se percebe que, na realidade, alguns grupos são mais gravemente impactados, dependendo das características da lesão (VITORELLI, 2015, p. 66).

---

<sup>73</sup> Vale observar que a questão da indivisibilidade dos direitos transindividuais é muito discutida entre os processualistas, como se pode ver em: Antonio Gidi (Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003), Grinover et al. (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007), Rodolfo de Camargo Mancuso (*Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006), Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014), por exemplo. No entanto, aqui se faz um debate mais direto com Vitorelli porque esse autor entra em discussões que interessam para a presente tese e serão utilizadas no terceiro capítulo: a abordagem estrutural de direitos coletivos à luz de seus aspectos policêntricos, técnicos e prospectivos. O autor traz considerações sobre mecanismos processuais que são relevantes para esta tese e serão discutidos em tópico próprio. Contudo, é preciso, antes, esclarecer em que medida é possível fazer uso da proposta desse autor sem contradizer algumas compreensões que são aqui abordadas.

Assim, o autor propõe um novo conceito para os litígios transindividuais, sob o prisma da lesão e de sua complexidade e conflituosidade<sup>74</sup>, pois entende que é a partir da violação de direitos que se define e se limita a titularidade nos conflitos transindividuais (VITORELLI, 2015, p. 74-78). Para o autor, “[...] quando vistos sob o prisma do litígio, os direitos transindividuais pertencem não ‘à sociedade’, ou ‘a todos’, mas a acepções distintas de sociedade, definidas a partir de parâmetros sociológicos”<sup>75</sup> (VITORELLI, 2015, p. 77).

No âmbito da política educacional, por exemplo, Vitorelli (2015, p. 608) aponta que o problema da falta de vaga em escolas públicas afeta diversos interesses divergentes que devem ser considerados: o dos alunos que desejam uma vaga; o de alunos já matriculados, que não desejam a superlotação da sala de aula; o de professores, que serão sobrecarregados com salas mais cheias; e o dos munícipes que contribuem para o custeio das creches e serão impactados pela necessidade de ampliação dos serviços.

Em que pese ser inegável a existência de diferentes interesses que tangenciam os litígios transindividuais (como Salles e a literatura processual também reconhecem), a análise da questão da titularidade do conflito transindividual pela lesão e sua complexidade e conflituosidade, como propõe o autor, dispondo da ideia de “indivisibilidade” do interesse ou bem público, é incompleta e, mais que isso, pode ser problemática para esse tipo de conflito.

Isso porque, quando se está diante de um conflito distributivo, a abordagem por grupos de interesses pode tornar inviável a resolução do conflito. Ao buscar os titulares dos interesses transindividuais e negar a indivisibilidade que os caracteriza como um “bem comum” (de todos), Vitorelli deixa de reconhecer que alguns bens são produzidos e usufruídos coletivamente, sob uma perspectiva deontológica-procedimental (LOPES, 1994, p. 27). E, com isso, deixa de dar foco a um problema muito relevante que se traz para o bojo da justiça quando o judiciário passa a atuar com os direitos sociais, em especial aqueles realizados por meio de

---

<sup>74</sup> Entende o autor que “[...] complexidade é um elemento que deriva das múltiplas possibilidades de tutela de um direito” e a conflituosidade é “[...] um elemento que deve ser avaliado a partir da uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio” (VITORELLI, 2015, p. 76).

<sup>75</sup> Vitorelli propõe três categorias de litígios transindividuais: a) litígios transindividuais de difusão global: “[...] situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa”. Essa categoria seria a que mais se aproxima de uma concepção coletiva indivisível, pois não interessa a ninguém especificamente, mas interessa a todos os cidadãos. O exemplo dado pelo autor é um vazamento pequeno de óleo no meio do oceano (VITORELLI, 2015, p. 79-81); b) litígios transindividuais de difusão local: “das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades [...] grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno”. Aqui os exemplos são as comunidades indígenas, quilombolas, grupos com interesses em comum, como as feministas (VITORELLI, 2015, p. 83-84); e c) litígios transindividuais de difusão irradiada, em que a “[...] lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio”, em que o autor dá como exemplo a construção de uma hidrelétrica, um sambódromo, entre outros (VITORELLI, 2015, p. 88-89).

uma política pública prestada pelo estado: a distribuição de bens comuns. A capacidade de nos organizar e distribuir de forma justa o produto social da coletividade enquanto sociedade é inerente a esses conflitos (LOPES, 1994). Não se pode perder isso de vista. Quando se está tratando de uma intervenção em uma política pública prestacional de serviços em que se questiona justamente a falha dessa prestação, o olhar para o todo, para os interesses indivisíveis daquela comunidade é imprescindível para se arbitrar “o que é devido a cada um” naquela política pública.

A análise sob a perspectiva de “bem comum” reconfigura os conflitos de interesses individuais apontados por Vitorelli e os coloca como um conflito social, coletivo, da própria comunidade: que tipo de política educacional desejamos? Quais os parâmetros mínimos de qualidade? Quanto custa financiar essa política? Quanto de investimento nesse bem público é preciso para que possamos realizá-lo de forma universal, tal como previsto em nossos parâmetros normativos? É esse o conflito transindividual que é deflagrado cada vez que se pleiteia uma vaga na escola. O olhar somente para os grupos de lesão e conflituosidade, como propõe Vitorelli, não será suficiente. O pleito do processo que trata da concretização de um direito social, inevitavelmente, interferirá diretamente no planejamento e na execução de políticas públicas de uma dada comunidade, atingindo a alocação de recursos públicos. Daí sua indivisibilidade.

A reflexão somente pela ótica dos grupos lesionados não resolverá o problema da política pública e, em alguns casos, impede-o de ser resolvido, bloqueando avanços na solução da política pública como um todo. Assim, no exemplo da política educacional, proposto por Vitorelli, por mais que se reconheça e dê representação aos diferentes e divergentes grupos de interesse mencionados pelo autor, se não se olhar para a totalidade da política pública delineada e para as possibilidades de realocação da verba pública que viabilizará a sua expansão ou reacomodação, para acoplar os interesses distintos, não será possível resolver o conflito. A chave para enfrentar o conflito do quanto é devido a cada um não se furta de um olhar para o interesse de todos, a política pública em tela como um todo indivisível, o “bem comum” em disputa em determinado local e a realidade.

A judicialização individual massiva pleiteando acesso à educação infantil em São Paulo, conforme será abordado no capítulo quarto, não conseguirá dar respostas individuais a todas as crianças que pleiteiam esse direito, mas poderá sim propiciar um aprimoramento na política pública educacional quando pensada como um bem comum.

Desse modo, entendo que, tal como colocado por Salles (e por Lopes), a concepção da indivisibilidade dos interesses coletivos e difusos é uma noção relevante, especialmente junto aos direitos sociais, e não deve ser ignorada.

É preciso reconhecer, no entanto, uma nuance importante que me aproxima de algumas considerações feitas por Vitorelli: a concretização da política pública gera conflitos de interesses que transcendem os interesses transindividuais indivisíveis que aqui me refiro. Averiguar os diferentes interesses que tangenciam as disputas na concretização da política pública, sem dúvida alguma, auxilia a pautar o aprimoramento dessa política pública, indicando as falhas e apontado nuances que precisam ser consideradas. Nesse entendimento, é possível concordar com o autor que a ideia de representação coletiva, na forma hoje adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, padece de uma inadequação, não abrindo espaço para que os diferentes conflitos de interesse que surgem no processo de partilha e acesso ao “quinhão” da política pública devido a cada um possam ser adequadamente representados.

No entanto, é importante observar, mesmo diante do rompimento do conflito, a indivisibilidade do bem comum não se perde, como propõe Vitorelli. Pelo contrário, interesses transindividuais, da comunidade como um todo, continuarão presentes sempre que ocorra uma eventual interferência no planejamento e na execução de uma política pública previamente aprovada pelos poderes públicos, ainda que seja possível reconhecer o surgimento concomitante de interesses individuais ou coletivos de pessoas diretamente afetadas por essa falha na prestação de um serviço público.

Nesse sentido, a proposta de Vitorelli será utilizada no limite dessa compreensão: o contencioso coletivo que tem como objeto um bem comum indivisível deve buscar meios para que sejam captadas as diferentes nuances implícitas em uma política pública, tornando a decisão judicial mais responsiva à realidade que será aplicada. Mas não deve dispor da noção de indivisibilidade.

Esclarecido esse ponto, retorno à literatura processual que trata da perspectiva coletivo-estrutural (SALLES, 2009, 2017a, 2017b; CANELA JÚNIOR, 2009; VIOLIN, 2011; JOBIM, 2013; BAUERMAN, 2012; ARENHART, 2013, 2015, 2017; COSTA; FERNANDES, 2017; ARENHART; MARINONI, 2014; GRINOVER, 2012, 2017; VITORELLI, 2015, 2017; FERRARO, 2015). Esses autores são unânimes em reconhecer que as diferenças entre o processo tradicional e o processo estrutural não são apenas formais, mas substantivas.

O processo “tradicional” orienta-se por uma relação preestabelecida entre direito e remédio judicial, havendo certa “[...] correspondência previamente determinada entre a violação do direito e a medida judicial oferecida para sua solução” (SALLES, 2009, p. 623).



Contudo, no caso dos direitos coletivos e difusos, essa correspondência entre direito e remédio é colocada em xeque, pois não há remédio prévio suficiente que abarque a complexidade, a especificidade e as necessidades colocadas pelos direitos sociais, sendo amplas as possibilidades que envolvem a concretização desse direito. A questão dos custos processuais, do necessário conhecimento técnico e científico para operar em políticas públicas, da disponibilidade de informações, dos interesses de grupos divergentes, da representatividade de numerosos interessados, da pluralidade dos efeitos que as decisões alocativas implicam, são temas centrais para avaliar a capacidade de o judiciário responder adequadamente ao conflito distributivo, o que sugere a necessidade de repensar a atividade jurisdicional, dando-lhe mais flexibilidade no desenvolvimento do processo para que as medidas necessárias sejam, de fato, efetivas (SALLES, 2017b).

Alguns autores entendem que é possível manejar essas alterações no bojo do processo tradicional hoje vigente no Brasil e propõem alguns reajustes pontuais e adoção de certas técnicas para ampliar a capacidade de atuação do judiciário (CANELA JÚNIOR, 2009; VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2013; ARENHART, 2013; PINHO; CÔRTEZ, 2014). No entanto, esse entendimento vem sendo alterado. Há autores que sustentam a necessidade de um novo modelo jurisdicional para abarcar essas características centrais das questões distributivas e possibilitar procedimentos mais adaptados (ARENHART, 2015; VITORELLI, 2015; FERRARO, 2015; GRINOVER, 2017; COSTA; FERNANDES, 2017; COSTA, 2017).

Desse modo, a análise dessa literatura será dividida em dois grandes blocos. No primeiro bloco, reuni os autores em que observei um esforço inicial no sentido de atribuir competência ao judiciário para atuar nas políticas públicas de forma estrutural e ampliar sua cognição, mas o foco, contudo, ainda não está na superação das constrictões apontadas pela crítica da capacidade institucional. No segundo bloco, no entanto, essa orientação se modifica e alguns autores já propõem adaptações no modelo jurisdicional em diálogo com as questões policêntricas, prospectivas e técnicas.

### 3.2 A MOLDURA TRADICIONAL E AS PROPOSTAS INICIAIS DE PROCESSOS COLETIVO-ESTRUTURAIIS

Um primeiro obstáculo que a literatura que lida com judicialização coletiva-estrutural de direitos sociais enfrenta é a possibilidade de controle jurisdicional de atos e funções que, tradicionalmente, competem ao executivo e ao legislativo. Tal como foi mostrado no trabalho

de mestrado que abre a introdução (MARINHO, 2009), os casos coletivos que questionavam falhas na estruturação da política pública eram afastados da apreciação do poder judiciário, que entendia não ser cabível a intromissão do judiciário no delineamento da política pública.

Dessa forma, os processualistas aqui estudados começam examinando o controle de constitucionalidade a partir dos exemplos do sistema norte-americano<sup>76</sup> (CANELA JÚNIOR, 2009; VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2013), que lidam com processos estruturais desde a década de 1950. Um primeiro apontamento desses autores é que as chamadas “questões políticas” sempre geraram uma tensão constante entre o controle de constitucionalidade e o princípio da separação de poderes.

No entanto, identificando a possibilidade de controle jurisdicional com a competência formal estabelecida na Constituição Federal de 1988, esses autores passam a sustentar que o exercício do controle jurisdicional pelos magistrados seria a “salvaguarda pró-ativa do bem comum” (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 59), decorrente do poder soberano vinculado pela Constituição.

Desse modo, sob a perspectiva de analisar o cumprimento dos fins do Estado (art.3º da CF), respeitando o equilíbrio de constitucionalidade entre os poderes, os autores entendem que o judiciário possuiria, de forma residual, legitimidade para assegurar a efetivação dos direitos constitucionais (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 73-85; VIOLIN, 2011, p. 60-92), satisfazendo os interesses públicos. Afinal, além da missão de pacificar conflitos, o judiciário deve “garantir aos cidadãos o recebimento de seus direitos” (BAUERMANN, 2012, p. 159). Violin (2011, p. 60) complementa esse raciocínio afirmando que imparcialidade e o dever de motivar a decisão seriam “[...] fatores institucionais que conduziriam o juiz a não expressar suas crenças pessoais acerca do que é certo ou justo, tampouco as preferências populares, mas a conferir substância aos valores positivados na Constituição”.

Para Violin (2011, p. 64), atividades do legislativo, pautadas por preferências majoritárias, “[...] não legitimam quaisquer escolhas políticas, sobretudo se elas desconsideram valores constitucionais”. Desse modo, o autor pondera que o controle jurisdicional asseguraria de forma mais efetiva a participação de grupos minoritários, não apenas por dar voz a esses grupos, como também, por meio do contraditório, garantir a participação e influência na decisão processual, possibilitando uma análise mais robusta dos argumentos colocados pelas partes (VIOLIN, 2011, p. 68-69).

---

<sup>76</sup> Autores como Owen Fiss e Abram Chayes são, invariavelmente, citados por quase todos os autores brasileiros aqui mencionados, com exceção de Canela Júnior (2009).

Esses autores partem de concepções da argumentação racional e da decisão fundamentada para delinear os limites dos valores que informam o ordenamento (princípios), que deve ser coerente com as provas produzidas, contraditadas e devidamente justificadas (que leve em conta razões consequencialistas) (VIOLIN, 2011, p. 71-84). Os autores não ignoram a possibilidade de arbitrariedade do judiciário, mas entendem que a apreciação jurídica afastaria o risco de arbítrio dos poderes políticos, bem como possibilitaria a discussão de argumentos que, por vezes, são desconsiderados na esfera política, garantindo a proteção aos direitos fundamentais, sem comprometer o Estado Democrático de Direito (VIOLIN, 2011, p. 71-84). Na compreensão desses autores, o argumento da “reserva do possível” não seria “oponível à realização do mínimo existencial” (BAUERMAN, 2012, p. 154), vez que, como um poder contramajoritário, exercendo a função de freio dos demais poderes, o judiciário deveria atuar na materialização do princípio democrático.

Jobim (2013, p. 112-113) elenca doze motivos que, individualmente e em conjunto, garantiriam ao STF poder democrático para proferir sentenças normativas estruturais<sup>77</sup>:

(i) o limite da sentença normativa está adstrito aos sentidos do texto da Constituição da República Federativa do Brasil; (ii) o Poder Judiciário somente poderá proferir sentenças normativas na omissão ou comissão dos demais poderes; (iii) somente poderá ser ministro do Supremo Tribunal Federal um cidadão nato; (iv) a sabatina pelo Senado é uma via indireta da democracia representativa; (v) a nomeação pelo Executivo também é uma via indireta da democracia representativa; (vi) existe a possibilidade de impeachment dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos membros do Legislativo; (vii) a democracia participativa está assentada no processo com a possibilidade de *amicus curiae*; (viii) as audiências públicas são outra forma de democracia participativa no processo; (ix) existe legitimação processual nos controles difuso e abstrato que abarcam o Executivo, o Legislativo e o cidadão; (x) existe a possibilidade de nova lei pelo Poder Legislativo após o julgamento do Supremo Tribunal Federal; (xi) a motivação e a publicidade das decisões são outra forma de controle democrático; e (xii) há o controle externo do Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça.

Desse modo, em termos de delineamento institucional (ou competência constitucional formal), esses autores são unânimes em atribuir competência jurisdicional para que o judiciário possa, legitimamente, averiguar se a constituição e suas políticas públicas estão sendo observadas. Mas, mais que isto. Ao discutirem que a argumentação racional propiciaria razões substantivas para a tomada de decisão, parecem justificar a intervenção jurisdicional não apenas

<sup>77</sup> Segundo Jobim (2013, p. 183), a abertura do direito brasileiro para as medidas estruturantes se daria por três meios: artigo 10 da Lei n.º 9882/99, que trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); a subsidiariedade e a fungibilidade da ADPF; e o princípio da efetividade, previsto na Constituição Federal.

em decorrência do delineamento constitucional, como também em razão das próprias funções institucionais desempenhadas pelas cortes.

Mas, se assim for, é preciso observar, a partir da argumentação racional, como podem ser enfrentadas as dificuldades junto às questões técnico e científicas para operar as políticas públicas; a limitação de informações; a pluralidade de interesses; bem como as questões de custo e de alocação da verba pública. Enfim, quais os mecanismos e técnicas que possibilitam a efetivação de uma sentença estrutural superando as constrictões da capacidade institucional? Quais são as ferramentas ou técnicas processuais que possibilitariam avaliar de forma mais ampla os fatores endógenos ou exógenos<sup>78</sup> do processo coletivo?

Sustentando que as políticas públicas seriam um dever do poder judiciário, nos termos do princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV), estes autores passam a analisar as possibilidades de efetivação dos processos estruturais.

Canela Júnior (2009, p. 102), reconhecendo que há uma desconexão entre o direito constitucional e o direito processual (em decorrência de uma compreensão individual e liberal do processo, o que dificulta o tratamento coletivo dos direitos sociais), afirma que esta desconexão vem sendo superada com o reconhecimento “[...] de um Estado de bem-estar social, expressamente encampado pelo art. 3º da Constituição Federal”.

Assim, na hipótese de violação de um direito social, Canela Júnior (2009, p. 122) propõe que o “[...] fato narrado na petição inicial deverá demonstrar uma correspondência lógica entre as políticas públicas desenvolvidas (ou não) pelo Estado e a lesão causada ao direito fundamental postulado”, sendo a causa de pedir composta pelas políticas públicas. O autor conclui que para “[...] a solução da questão, o magistrado deverá utilizar núcleos constitucionais de irradiação”, reconstruindo “[...] toda a cadeia lógica normativa ao nível subconstitucional, até chegar à imputação de responsabilidade”, podendo estabelecer um prazo para concretização do serviço, tendo em vista que se trata de normas programáticas (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 124).

O autor sustenta que os magistrados deveriam exercer “[...] atividade criativa, sempre em busca da supressão das desigualdades” (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 120), à luz da plasticidade, da flexibilização de prazos e, até mesmo, da relativização da coisa julgada em

---

<sup>78</sup> Salles (1999, 40-41) avalia a efetividade das tutelas judiciais não apenas à luz de sua coercibilidade, mas também por sua capacidade de mediar conflitos, sustentando a necessidade de que sejam consideradas as consequências produzidas pela decisão e pelo processo decisório. Nesse entendimento, divide os argumentos jurídicos entre “argumentos de produção ou endógenos”, que seriam os mecanismos decisórios preocupados com o custo e a duração do processo, analisando o resultado gerado com o menor gasto de recursos; e “argumentos de qualidade ou exógenos”, cujos benefícios gerados por determinado procedimento são avaliados em vista dos fins que visa atingir em uma situação concreta.

algumas circunstâncias (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 127-128). Em seu entendimento, a necessidade de exequibilidade imediata da decisão poderia, até mesmo, levar ao uso da “força coativa do Estado-juiz” intervindo diretamente no orçamento do ente público (CANELA JÚNIOR, 2009, p. 128) para se garantir a efetividade da decisão.

As considerações de Canela Júnior, contudo, em que pese propor mais plasticidade, flexibilidade e criatividade ao juiz, ainda não enfrentam de forma mais direta como se daria essa “adaptação” do processo tradicional aos desafios colocados pela capacidade institucional ao processo estrutural.

Avançando um pouco mais neste sentido, Violin tenta fazer essa apreciação. No intuito de buscar meios de viabilizar a adaptação jurisdicional ao processo coletivo-estrutural, repensando algumas categorias do processo tradicional, o autor analisa: a) o objeto de controle do processo coletivo; b) a legitimação coletiva e a representação adequada; c) a garantia de contraditório; d) a atividade probatória; bem como alguns pontos críticos da tutela (multa e intervenção judicial).

Em apertada síntese, o autor traz as seguintes reflexões: a ponderação (pela proporcionalidade e razoabilidade) de valores constitucionais e a ideia de mínimo existencial imporiam a realização dos direitos fundamentais de forma gradual, por meio do estabelecimento de planos de ação elaborados pelos poderes políticos, que poderiam ser avaliados a partir de um controle dos meios e de resultado de dado contexto cultural, econômico e social da política pública questionada (VIOLIN, 2011, p. 95-102).

A reserva do possível é um limitador importante, contudo não impede que seja feito um “[...] controle da insuficiência do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais” (VIOLIN, 2011, p. 108), quando não foi assegurado um mínimo reconhecido constitucionalmente. Ou seja, o objeto de controle do processo coletivo se daria sobre a insuficiência do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais.

E, para avaliar a possibilidade desse controle pelo judiciário, um primeiro ponto a ser apreciado por Violin é quanto à legitimação coletiva e a representação adequada. O autor afirma que, tendo em vista que a parte processual e a material não coincidem em um processo coletivo, a representação adequada é um pressuposto processual de validade, que garante o regular desenvolvimento do processo. E, desse modo, essa averiguação deve ser feita no curso do processo, à luz do caso concreto (VIOLIN, 2011, p. 119-120), por meio da análise da adequação do devido processo legal (VIOLIN, 2011, p. 127-129).

Em seguida, o autor passa a apreciar o princípio do contraditório, à luz de suas garantias (“informação, reação e influência”) e de seus deveres (“colaboração e participação”), de forma

a possibilitar a participação das partes na motivação da decisão, bem como assegurar que as razões de ambas sejam consideradas em cada etapa do processo (VIOLIN, 2011, p. 130). E, neste ponto, o autor reconhece inúmeras dificuldades e complexidades de se garantir a informação e participação à coletividade. No entanto, sendo o autor da demanda coletiva um porta-voz dos interesses do grupo (e não de interesses individuais) e tendo sido avaliada a sua representação adequada, esta questão seria resolvida, não sendo necessária notificação individualizada, mas apenas por amostragem a entidades civis ligadas ao tema ou por meio de comunicação de massa, sugerindo o autor que a entidade civil arque com esse custo (VIOLIN, 2011, p. 134).

No que tange ao direito de reação ou legitimação coletiva passiva, Violin afirma que o contraditório pleno, exercido por todos os interessados, inviabilizaria o próprio processo coletivo. No entanto, sendo direitos metaindividuais, a intervenção individual sequer seria admissível, exceto no caso dos interesses individuais homogêneos ou da participação de terceiros interessados. Nessa hipótese, contudo, o autor pondera que a entidade pública pode assumir a representação adequada dos interesses processuais passivos ou mesmo o polo passivo pode ser representado por dois entes coletivos (VIOLIN, 2011, p. 135-136).

Em relação aos efeitos da coisa julgada, o autor avalia que ela poderá operar normalmente, se os interesses foram adequadamente representados (VIOLIN, 2011, p. 138).

Em relação ao direito de influir na decisão judicial, Violin pondera que a atividade das partes possibilitaria controlar e limitar judicialmente as decisões políticas. A participação das partes permitiria um debate público sobre as razões de cada parte, reaproximando o cidadão do “centro de decisão política” e contribuindo para o “amadurecimento das instituições democráticas” (VIOLIN, 2011, p. 140). O direito substancial de influência estimularia um comportamento cooperativo entre juiz e partes a partir de um diálogo processual, orientado pela finalidade conjunta de buscar a melhor decisão possível (VIOLIN, 2011, p. 142).

Como decorrências lógicas do princípio da cooperação processual, os deveres de colaboração e participação possibilitariam às partes um processo leal e coparticipativo (VIOLIN, 2011, p. 142), em que o autor coletivo apontaria as falhas do poder público, para que a decisão pudesse ser reavaliada e, eventualmente, aprimorada. O dever de participação não apenas qualificaria o direito de influência, como também possibilitaria que o juiz buscasse a solução de “maior racionalidade prática” (VIOLIN, 2011, p. 145-147).

Em relação aos meios probatórios, Violin pondera que a demanda coletiva exige a demonstração de fatos complexos, que não se restringem à reparação, mas também a ações positivas. Nesse sentido, para o efetivo controle das políticas públicas, reconhece que ao Estado

caberia fornecer informações confiáveis sobre dados que reflitam a realidade, podendo-se recorrer à técnica de exibição de documentos, se necessário (VIOLIN, 2011, p. 158-162), ou técnicas não tipificadas de acordo com a configuração fática mais efetiva (VIOLIN, 2011, p. 164).

Por fim, o autor analisa o uso de dois recursos para induzir o cumprimento da tutela pelo poder público: a multa coercitiva e voltada ao administrador, a fim de induzir a um comportamento desejado (VIOLIN, 2011, p. 168); e a nomeação de um interventor, figura prevista na Lei n.º 8884/99 (Lei Antitruste), no artigo 69 e seguintes. Esses dois recursos seriam dotados de plasticidade, visando à adaptação ao caso concreto (VIOLIN, 2011, p. 171).

Em que pese Violin já trazer alguns mecanismos relevantes para o tratamento de processos estruturais sobre a perspectiva da capacidade substantiva para lidar com esses conflitos, como a adequada representação de interesses, a necessidade de um contraditório bem informado e colaborativo, as dificuldades junto à obtenção da prova e aos mecanismos de tutela, sua proposta ainda está conectada a uma versão idealizada da argumentação racional, não evidenciando como o judiciário conseguiria implementar sua decisão, superando a carência de recursos e as contingências de uma política pública. Ademais, a proposta do autor sobre a participação, legitimidade e representação adequada da parte pouco exploram mecanismos mais amplos de participação já previstos em nosso ordenamento, como o *amicus curiae* e as audiências públicas<sup>79</sup>. Ainda, em relação aos meios probatórios e à obtenção de informações, o autor dá elevado crédito ao princípio da cooperação processual e aos meios coercitivos previstos em nosso ordenamento. No entanto, esses pontos representam grandes desafios para a intervenção do judiciário nas políticas públicas: às vezes, os dados são inexistentes; ou, quando existentes, são detidos unilateralmente pelo poder público e, por vezes, manipulados por este órgão, o que gera um ônus enorme para que a outra parte consiga obtê-los ou produzir, por si mesma, indícios de que a informação está equivocada<sup>80</sup>.

Ao contrário do enfoque de Violin, que buscou no desenvolvimento do processo tradicional a adaptação para o processo coletivo-estrutural, Bauermann (2012) se focou na

---

<sup>79</sup> Ao longo do texto, o autor demonstra que tem ciência dessa técnica e a aponta quando está discutindo controle de meios e de resultados (VIOLIN, 2011, p. 103), mas não faz qualquer observação sobre o seu uso quando está discutindo legitimidade e representação adequada ou mesmo contraditório.

<sup>80</sup> Como exemplo, pode-se pensar no caso de acesso ao ensino infantil em São Paulo, em que a prefeitura passou a contar como “matriculadas” vagas em creches que ainda estavam em construção, gerando uma informação imprecisa das vagas que estavam, efetivamente, disponíveis no sistema de ensino infantil, conforme se confere em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educaçao/2018/01/1948467-gestao-doria-faz-matricula-de-criancas-com-creche-ainda-em-construcao.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

possibilidade de ingerência do judiciário nas políticas públicas do executivo por meio das obrigações de fazer e não fazer, previstas no artigo 461, § 5º do CPC<sup>81</sup>.

Tal como Canela e Violin, Bauermann (2012, p. 108) também entende que o sistema processual brasileiro já está preparado para manipular os processos estruturais por meio das cláusulas abertas do artigo 461, § 5º do CPC, trazendo efetividade às decisões judiciais e “[...] permitindo que o juiz molde o procedimento ao caso concreto, adequando-o ao direito submetido à sua apreciação”. A autora entende que o judiciário deve agir com parcimônia, porém, sem se furtar de julgar um caso que lhe foi submetido.

Assim, Bauermann sustenta que o magistrado deverá avaliar a possibilidade de ingerência nas políticas públicas por meio dos seguintes critérios<sup>82</sup>: um primeiro passo é avaliar se a obrigação de fazer ou não fazer é ou não devida. Se devida for, o magistrado deverá analisar as características particulares da obrigação, sua natureza jurídica e os meios aptos a garanti-la (BAUERMAN, 2012, p. 175), de forma que a discricionariedade do juiz seja limitada pela “[...] legislação, a qual exige que a medida imposta seja necessária e adequada para atender ao direito vindicado” (BAUERMAN, 2012, p. 179). Em alguns casos, Bauermann (2012, p. 171) defende que a ingerência nas políticas públicas pode ser feita pela técnica da intervenção judicial, nos moldes da Lei n.º 8884/94. No entanto, a autora propõe que esta medida só será cabível se não houver outra possibilidade menos drástica para se atingir o fim buscado e se o cumprimento da decisão judicial justificar a mitigação do princípio da separação de poderes e de outros valores, devendo a medida ser limitada às atividades necessárias para o cumprimento da decisão (BAUERMAN, 2012, p. 170).

A autora aponta que essas medidas do artigo 461 afastam o princípio da tipicidade. No entanto, sendo o único meio de dar concretude às obrigações constitucionais, entende que a segurança jurídica deve ser medida pela estabilidade de sua finalidade (BAUERMAN, 2012, p. 109). E, portanto, admite o uso de medidas criativas e atípicas para que o processo atinja a finalidade a que se propõe (BAUERMAN, 2012, p. 193), vez que a motivação adequada e os princípios da adequação, da proporcionalidade e da razoabilidade garantiriam a legitimidade de uma decisão fundamentada e contraditada (BAUERMAN, 2012, p. 182-187).

Em relação a outros mecanismos previstos na legislação americana que também são abordados pela autora, Bauermann (2012, p. 127) entende que a multa civil já é prevista no

---

<sup>81</sup> Essa referência é ao antigo CPC (Lei n.º 5869/73), revogado pela Lei n.º 13105/2015. No CPC atual, o artigo equivalente é o artigo 536 e parágrafos.

<sup>82</sup> A autora observa que os parâmetros delineados pela jurisprudência são fluídos, não havendo como delineá-los com nitidez (BAUERMAN, 2012, p. 173).



ordenamento brasileiro, podendo, inclusive, ser aplicada a terceiro, quando houver provas de que o terceiro tinha ciência da decisão e a descumpriu. No que tange à prisão civil, prevista no *civil contempt* americano, a autora sustenta que, no contexto brasileiro atual, esta medida seria inconstitucional. No entanto, pondera que deve haver uma mudança de mentalidade, pois, sendo a dívida por descumprimento de um encargo público (e não em decorrência do patrimônio), esta seria uma medida adequada para sanar o descumprimento e deveria ser repensada em nossa sociedade (BAUERMANN, 2012, p. 134).

Bauermann observa que o ingresso do judiciário nas políticas públicas não é isento de riscos, devendo a corte se abster em certas situações de elevada incerteza, vez que os custos e a inexperiência dos juízes em situações muito complexas ampliam as possibilidades de que os resultados sejam malsucedidos (BAUERMANN, 2012, p. 143). Ademais, o judiciário poderia interromper a descontinuidade do serviço público, comprometendo a eficiência no atendimento, sem garantir que sua intervenção traga um resultado mais benéfico para a coletividade (BAUERMANN, 2012, p. 146-147).

Desse modo, Bauermann traz certos limites para a intervenção judicial, como: a carência de verbas para custear o direito pleiteado (desde que devidamente demonstrado); ou na hipótese em que “[...] o orçamento previu o atendimento de outro direito naquela competência, diante da impossibilidade de atender amplamente a todos os direitos sociais”; ou, ainda, quando “[...] o direito reclamado não se mostra razoável” (BAUERMANN, 2012, p. 150).

Bauermann está atenta a certas restrições institucionais. No entanto, sua proposta ainda está muito arraigada à lógica tradicional, bipolar, de lidar com os conflitos estruturais, não explorando elementos e técnicas que propiciariam às partes lidar com o conflito jurídico de forma distinta. A proposta da autora ainda é muito centrada na criatividade do juiz e em possíveis técnicas de execução indiretas, apoiando-se em meios coercitivos de observância das medidas e menos em técnicas dialógicas do processo.

Propondo-se a compreender “[...] as condições de possibilidade de efetivação do novo direito criado pela sentença normativa”, Jobim (2013) defende que já há no ordenamento jurídico brasileiro normas aptas a abarcar as “medidas estruturantes”<sup>83</sup>. E, neste entendimento, volta sua análise do controle de constitucionalidade de questões políticas ao STF<sup>84</sup>, instituição que, segundo o autor, deveria prever as formas de “[...] estruturar condições de possibilidade

---

<sup>83</sup> Jobim (2013, p. 30) faz uso deste termo, entendendo-o mais apto para o propósito de sua obra. Mas usa o termo no sentido das “reformas estruturais” ou “ações estruturais”, tal como proposto por Owen Fiss.

<sup>84</sup> A análise de Jobim (2013, p. 37) prevê a “[...] possibilidade de existir a doutrina das medidas estruturantes nas decisões emanadas do controle de constitucionalidade de leis, tanto no modelo abstrato como no difuso em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, e como poderia isso se concretizar em solo brasileiro”.

para um resultado prático” de suas decisões (JOBIM, 2013, p. 148), o que poderia ser feito por meio das tutelas previstas no artigo 461, § 5º, do CPC<sup>85</sup>, tal como proposto por Bauermann (2012)<sup>86</sup>.

Jobim especula a possibilidade de utilizar medidas estruturantes no Brasil a partir de três casos paradigmas decididos pelo STF: o caso das células-tronco<sup>87</sup>; a união de pessoas do mesmo sexo<sup>88</sup>; e o caso do feto anencefálico<sup>89</sup>, bem como analisa as recomendações nos votos nos casos Raposa Serra do Sol<sup>90</sup> e no direito de greve dos servidores públicos civis<sup>91</sup>.

No caso das células-tronco, foi questionada a inconstitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), que permitia o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, observados os requisitos legais. Alegou-se no caso que a previsão do artigo 5º da Lei n.º 11.105/05 contrariava a inviolabilidade do direito à vida. O STF julgou o caso improcedente e manteve o artigo 5º em sua íntegra. Neste caso, Jobim (2013, p. 160) criticou o fato de que o STF não tenha feito uma releitura para que a “[...] efetividade da decisão se torne exequível ao cidadão no plano do direito material”. Questiona o autor:

[...] declarar que o artigo 5º em sua totalidade está em conformidade com a Constituição Federal e deixar, portanto, uma regra abstrata como a que está transitando pelo ordenamento jurídico brasileiro não é tão perigoso quanto deixar um vácuo pela declaração de sua inconstitucionalidade? (JOBIM, 2013, p. 160).

E complementa citando a decisão do Tribunal de Justiça europeu, que concedeu aos embriões humanos maior proteção do que a concedida pelo STF (JOBIM, 2013, p. 161).

Já na questão da união de pessoas do mesmo sexo, o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido e declarou a possibilidade de união civil entre pessoas do mesmo sexo, superando o conceito de casamento e união estável, previstos no artigo 226, §3º da CF/88 e no artigo 1723 do CC, respectivamente. Ponderando sobre uma ação proativa das cortes, Jobim (2013, p. 163) questiona:

---

<sup>85</sup> Essa referência é do antigo CPC (Lei n.º 5869/73), revogado pela Lei n.º 13105/2015. No CPC atual, o artigo equivalente é o artigo 536 e parágrafos.

<sup>86</sup> Jobim (2013, p. 202-203) vai além da proposta de Baumann e entende que é possível a prisão no caso de inobservância da decisão judicial, tal como previsto no *civil contempt* americano.

<sup>87</sup> Análise da inconstitucionalidade do artigo 5º da lei de biossegurança, discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510/DF.

<sup>88</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132.

<sup>89</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54.

<sup>90</sup> Ação Popular n.º 3388, voto do Ministro Menezes Direito.

<sup>91</sup> Mandado de Injunção n.º 708, voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

[...] não poderia, desde já, o Supremo Tribunal Federal, por meio das medidas estruturantes, conseguir dar condições de possibilidade de efetividade máxima da sentença normativa prolatada, uma vez que, ao reconhecer a possibilidade da união estável homoafetiva, num país no qual o cidadão é contrário a ela, não existirão alguns segmentos da sociedade que tentarão impedir a concretização da decisão?.

Por fim, no caso do feto anencefálico, o STF possibilitou a realização de abortos às gestantes que possuem essa má-formação no feto, identificadas por um médico habilitado. Também neste caso, Jobim (2013, p. 165) ponderou que a decisão deveria ter sido “[...] melhor aproveitada no plano do direito material”.

Nos casos Raposa Serra do Sol e direito de greve dos servidores públicos civis, Jobim (2013, p. 165) apontou que a recomendação feita pelo STF “[...] trouxe elementos para que fossem cumpridas de uma forma mais efetiva, estruturando as condições de cumprimento da sentença normativa”.

O caso Raposa Serra do Sol trata da demarcação de terras indígenas, estabelecida pela Portaria n.º 534/2005 e homologada pelo Decreto Presidencial em 15 de abril de 2005. Estas normas foram impugnadas por uma ação popular promovida por dois senadores da república<sup>92</sup>. Jobim relata que o voto do ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em que pese ter declarado válidos tanto a Portaria como o Decreto, impôs dezenove restrições relacionadas à “pesquisa, lavra de riqueza minerais, exploração de potenciais energéticos e questões de segurança nacional” (JOBIM, 2013, p. 166)<sup>93</sup>, sendo esta uma verdadeira medida estruturante.

<sup>92</sup> Augusto Affonso Botelho Neto e Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti.

<sup>93</sup> Em síntese, as restrições impostas pelo ministro Menezes Direito, são as seguintes: “(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da

No caso do direito a greve dos servidores públicos civis, Jobim relata que o STF declarou que, na ausência de uma regulamentação para o direito previsto no artigo 37, inciso VII da CF, as normas destinadas ao setor privado, previstas na Lei n.º 7783/89 poderiam ser utilizadas para a greve no setor público. O autor sustenta que o voto divergente, ministro Ricardo Lewandowski<sup>94</sup>, impondo dezesseis condições traz, entre suas recomendações, uma medida

---

Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Pet%24%2ESCLA%2E+E+3388%2ENUME%2E%29+OU+%28Pet%2EACMS%2E+ADJ2+3388%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/a9vfyzn>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

<sup>94</sup> “Assim sendo, asseguro o exercício do direito de greve aos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, desde que atendidas as seguintes exigências: 1) a suspensão da prestação de serviços deve ser temporária, pacífica, podendo ser total ou parcial; 2) a paralisação dos serviços deve ser precedida de negociação ou de tentativa de negociação; 3) a Administração deve ser notificada da paralisação com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas; 4) a entidade representativa dos servidores deve convocar, na forma de seu estatuto, assembleia geral para deliberar sobre as reivindicações da categoria e sobre a paralisação, antes de sua ocorrência; 5) o estatuto da entidade deve prever as formalidades de convocação e o quórum para a deliberação, tanto para a deflagração como para a cessação da greve; 6) a entidade dos servidores representará os seus interesses nas negociações, perante a Administração e o Poder Judiciário; 7) são assegurados aos grevistas, dentre outros direitos, o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os servidores a aderirem à greve e a arrecadação de fundos e livre divulgação do movimento; 8) em nenhuma hipótese, os meios adotados pelos servidores e pela Administração poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem; 9) é vedado à Administração adotar meios para constranger os servidores ao comparecimento ao trabalho ou para frustrar a divulgação do movimento; 10) as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa; 11) durante o período de greve é vedada a demissão de servidor, exceto se fundada em fatos não relacionados com a paralisação, e salvo em se tratando de ocupante de cargo em comissão de livre provimento e exoneração, ou, no caso de cargo efetivo, a pedido do próprio interessado; 12) será lícita a demissão ou a exoneração de servidor na ocorrência de abuso do direito de greve, assim consideradas: a) a inobservância das presentes exigências; e b) a manutenção da paralisação após a celebração de acordo ou após a decisão judicial sobre o litígio; 13) durante a greve, a entidade representativa dos servidores ou a comissão de negociação, mediante acordo com a Administração, deverá manter em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a prestação de serviços essenciais e indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da coletividade; 14) em não havendo o referido acordo, ou na hipótese de não ser assegurada a continuidade da prestação dos referidos serviços, fica assegurado à Administração, enquanto perdurar a greve, o direito de contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal ou a contratação de serviços de terceiros; 15) na hipótese de greve em serviços ou atividades essenciais, a

estruturante, ao vedar “[...] à administração que se utilize de qualquer meio de constrangimento para obrigar o servidor a retornar ao trabalho ou ainda para frustrar a divulgação do movimento” (JOBIM, 2013, p. 171).

Nos cinco casos testados por Jobim, vale observar, as possíveis “medidas estruturantes” sugeridas pelo autor em momento algum adentraram um pouco mais nos conflitos distributivos, nas questões técnicas ou nos efeitos policêntricos que, em geral, as medidas estruturantes envolvem<sup>95</sup>. Tampouco trataram das dificuldades de alocar recursos para, eventualmente, cumprir a decisão proferida pelo STF. Para ser justa com o autor, é possível afirmar que, talvez, esses questionamentos estivessem fora de seu escopo de apreciação. Contudo, se uma de suas propostas iniciais é, justamente, responder à questão “[...] de que adianta um processo judicial sem que se tenham condições de efetivar o direito a que se propôs?” (JOBIM, 2013, p. 37), o que aqui se coloca é: é possível discutir medidas estruturantes sem avaliar a capacidade institucional de o judiciário lidar com os conflitos inerentes a uma política pública? Como implantar medidas estruturantes sem ponderar sobre os meios de se efetivar a decisão?

Nos três casos paradigmas analisados por Jobim, ele criticou a corte por não ter tido um papel mais ativo, perdendo a oportunidade de delinear sentenças normativas. Contudo, o autor pouco explorou a operacionalidade e efetividade de uma eventual regulamentação dos meios pelo próprio STF, deixando, ao menos de forma implícita, que esse não seria um problema, como se a decisão judicial, por meio de sua coercitividade, já fosse suficiente para operar seus efeitos, o que pesquisas no âmbito da saúde (FERRAZ; VIEIRA, 2009; WANG et al., 2014) e da educação (RIZZI; XIMENES, 2014; CORRÊA, 2014) têm contestado.

No caso das células-tronco, ao garantir a constitucionalidade do dispositivo da lei de biossegurança, o STF nada mais fez do que concordar com a opção política, possibilitando que o próprio executivo regulamentasse a operacionalidade e os limites do artigo 5º da lei por meio de normas infraconstitucionais. No entanto, Jobim (2013, p. 161) sustenta que o STF deveria ter ido além e “[...] se valido de uma sentença normativa mais perto da realidade que a discussão merecia”. No caso da união civil homoafetiva, em que pese o STF já ter sido proativo ao superar conceitos jurídicos tradicionais como “família” e “casamento”, garantindo o direito de minorias

---

paralisação deve ser comunicada com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas à Administração e aos usuários; 16) a responsabilidade pelos atos praticados durante a greve será apurada, conforme o caso, nas esferas administrativa, civil e penal.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

<sup>95</sup> O autor chega a questionar a questão dos custos ao tratar dos fetos anencefálicos (JOBIM, 2013, p. 165), mas não desenvolve maiores reflexões sobre o tema.

sub-representadas, Jobim (2013, p. 163) afirma que a corte poderia ter ido além e já regulamentado minimamente a operacionalidade desta questão:

[...] o Supremo Tribunal Federal poderia ter elencado um rol de instituições públicas e privadas para que atendem para a nova ordem vigente após a sentença normativa. Seguradoras, sociedades que trabalham com planos de saúde, instituições financeiras públicas e privadas, aliados aos demais órgãos públicos, como o Instituto Nacional de Seguro Social, Receita Federal, Cartórios de Registros, entre outros, deveriam ser cientificadas sob pena de sofrer consequências oriundas da própria decisão, o que será alvo de reflexão futura.

No caso dos abortos anencefálicos Jobim (2013, p. 165) considerou que

[...] o Tribunal deveria se manifestar sobre a política de proteção à saúde da mulher em razão do aborto, e mais, se a concessão deste tipo de procedimento irá reforçar o sentimento de planejamento familiar e, por fim, se é o Estado que deverá suportar os custos dos procedimentos.

No entanto, o ponto que aqui observo é: qual é a capacidade da corte para averiguar, analisar, sopesar e implementar esses casos? Os doze motivos elencados por Jobim dão conta de assegurar essa garantia? As audiências públicas e a participação de *amicus curiae* seriam suficientes para, em uma moldura processual tradicional do direito, possibilitar que as cortes não só decidam a questão política divergente, mas também imponham a medida de correção necessária?

No caso da união civil homoafetiva, o principal efeito da medida é a efetivação da união entre os casais e esse efeito será alocado para os Cartórios de Registro que, em que pese a natureza pública em decorrência do serviço prestado, submetem-se ao regime de direito privado (quanto à administração e ao funcionamento)<sup>96</sup>. Ou seja, os efeitos policêntricos e técnicos não recairão sobre as escolhas do poder público, mas sobre o mercado, que tem mais flexibilidade e estímulos econômicos para se adequar à demanda. Isso propiciará às cortes maior capacidade para efetivar a decisão, ainda que estas não se atentem para esses problemas (de custos, de alocação de verbas públicas, envolvendo questões técnicas, de efeitos policêntricos e prospectivos).

No caso dos fetos anencefálicos, como já há uma rede de hospitais privados e públicos estruturada e os procedimentos médicos necessários já estão organizados na operacionalidade desses hospitais, os efeitos técnicos, policêntricos e prospectivos dessa decisão conseguirão ser absorvidos, ainda que isso possa causar certo impacto na alocação de recursos públicos. De

---

<sup>96</sup> Artigo 236 da Constituição Federal.

modo que, também nesses casos, a corte conseguirá efetivar suas decisões e os problemas estruturais, eventualmente, podem não ser percebidos como problemáticos.

Nas possíveis medidas estruturantes estudadas por Jobim, é interessante notar que:

- a) no caso da Raposa Serra do Sol, as dezenove condições impostas pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito limitam-se a impor obrigações de “não fazer” aos índios ou a reservar ao Estado possibilidades futuras de ingressar e, eventualmente, explorar a área. Não há a imposição de medidas positivas aos entes públicos ou questões que envolvem a realocação de recursos públicos (que continuam na esfera do administrador ou legislador público);
- b) no caso do direito de greve dos servidores públicos, entre as dezesseis medidas sugeridas pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a medida destacada por Jobim “[...] veda à administração que se utilize de qualquer meio de constrangimento para obrigar o servidor a retornar ao trabalho ou ainda para frustrar a divulgação do movimento” também é uma medida de abstenção, em que não há discussões sobre os meios técnicos para o poder público efetivá-la.

A proposta apresentada por Jobim, sem dúvida, tem o mérito de trazer a discussão sobre questões estruturais de políticas públicas para o centro do debate. Contudo, não traz reflexões mais aprofundadas sobre os riscos de interferir na decisão dos poderes políticos (legislativo e executivo), realocando as prioridades de investimento do poder público, tal como ocorre nas políticas públicas de educação, por exemplo. O exercício feito pelo autor de especular ou buscar experiências estruturantes no judiciário brasileiro apontam para uma compreensão de processos estruturais muito mais contida e restrita do que a comparação com a experiência internacional aborda (*Brown v. Board of Education*) (JOBIM, 2013, p. 100-105).

De modo geral, o trabalho de Jobim, assim como os demais trabalhos acima citados (CANELA JÚNIOR, 2009; VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012), propõe-se a analisar o controle de decisões políticas mediante ação coletiva, por meio de processos coletivo-estruturais. No entanto, os autores estudados ainda estão analisando o processo estrutural na moldura tradicional do direito<sup>97</sup> (LOPES, 2004). Como pondera Arenhart (2017, p. 478), a “[...] lógica individualista do processo coletivo é tão forte que muitas vezes sequer se percebe a submissão desse tipo de processo à mesma principiologia dos processos individuais”<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Conferir também os trabalhos de Pinho e Côrtes (2014) e Reichert (2015).

<sup>98</sup> Arenhart (2013, p. 404), em textos mais antigos, entendia que: “[...] o direito nacional tem condições de utilizar as medidas estruturais, como técnica para a mais adequada tutela de interesses, tanto em relação ao Poder Público como em certos casos de interesses regulados pelo direito privado”. Em textos posteriores, contudo, o autor mudou sua posição: “Conclui-se, portanto, que o processo coletivo brasileiro, embora adaptado para

Em que pese esses autores (CANELA JÚNIOR, 2009; VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2013) já trazerem preocupações com questões pertinentes à intervenção nos moldes de um processo estrutural (como a adequada representação de interesses, a necessidade de um contraditório bem informado e colaborativo, as dificuldades junto à obtenção da prova e aos mecanismos de tutela), as propostas de litígios estruturais feitas por estes autores ainda estão dialogando com a moldura tradicional de adjudicação, buscando meios e ferramentas de encaixar o processo estrutural dentro do modelo bipolar em que o judiciário brasileiro opera, sem se atentar efetivamente para algumas características centrais pressupostas por esses litígios: são disputas de alocação do interesse público, que envolve questões técnicas, com efeitos prospectivos e policêntricos.

Assim, problemas inerentes à intervenção estrutural de políticas públicas pelo judiciário, tais como a capacidade de o poder judiciário lidar com técnicas abrangentes de representação de interesses divergentes, os efeitos policêntricos decorrentes da realocação na tomada de decisão, os efeitos prospectivos decorrentes dos direitos sociais<sup>99</sup> ou mesmo técnicas que possibilitam a discussão dos interesses coletivos de formas mais amplas (como por meio da realização de uma audiência pública) ainda não estão no centro do debate, o que dificulta o uso prático das propostas apresentadas por essa literatura.

Tal como coloca Arenhart (2017, p. 477), a tutela coletiva brasileira,

[...] grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. E, mais grave, mesmo a dita “representação” feita pelo legitimado para a tutela coletiva é mais aparente do que real.

No entanto, esse panorama vem mudando. Em que pese não serem poucos os desafios a serem enfrentados para que a abordagem tradicional bipolar seja superada, Arenhart (2017)

---

atender a algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e, portanto, não é capaz de servir de cenário para o debate de políticas públicas” (ARENHART, 2017, p. 479).

<sup>99</sup> Bauermann (2012) direciona algumas preocupações em relação aos custos e às possibilidades de insucesso nas intervenções, contudo explora pouco estas questões. A autora coloca como limite absoluto à intervenção somente as hipóteses constitucionais previstas nos artigos 34 a 36, deixando as demais possibilidades abertas à ponderação judicial.



propõe que a literatura brasileira repense conceitos clássicos do processo civil, como a legitimação, a jurisdição, a coisa julgada e a execução da sentença, para romper a visão dicotômica do processo e possibilitar que interesses plurais e multifacetários sejam considerados, de forma a incorporar mais flexibilidade aos mecanismos processuais. Isso pressupõe não só que os princípios da demanda e da congruência sejam atenuados, permitindo que contingências e necessidades das partes sejam melhor acomodadas no processo, mas também que se abra mais espaço para técnicas dialogais e prazos mais maleáveis, que possibilitem à administração cooperar para a obtenção de resultados (ARENHART; MARINONI, 2014).

Alguns trabalhos começaram a endereçar respostas aos problemas centrais colocados pela judicialização estrutural de políticas públicas, como abaixo será abordado.

### 3.3 REPENSANDO A JURISDIÇÃO BRASILEIRA

Um primeiro ponto alegado por autores que estão buscando implementar o processo estrutural aqui no Brasil, observando as restrições da capacidade institucional, aponta para a dificuldade que o conceito tradicional de jurisdição vigente estabelece para lidar com esse processo: a necessidade de segurança jurídica (coisa julgada) e a garantia da “marcha processual” (que impõe a estabilização da demanda, bem como um sistema de preclusões), incompatibilizam-se com a necessária plasticidade das políticas públicas e seus direitos distributivos. Como Costa (2013, p. 102) pondera: “O modelo processual civil brasileiro, no seu atual desenho, não se mostra apto a tutelar da melhor forma os direitos sociais, pois não fornece técnica processual adequada ao tratamento de questões de justiça distributiva”.

Em 1999, em estudo focado na execução judicial, Salles já afirmava que a dicotomia entre cognição e execução enfraquece-se frente aos problemas práticos colocados pelos litígios de direito público (SALLES, 1999, p. 237)<sup>100</sup>. Nesse sentido, sustentava o autor,

Tomada em consideração, portanto, a natureza dos efeitos da atividade jurisdicional, é possível constatar que, na atual configuração de nosso ordenamento processual, deixa de existir uma clara segregação, nos processos de conhecimento e de execução, entre os efeitos constitutivos e executórios. (SALLES, 1999, p. 239).

Grinover (2011, p. 139) já reconhecia a limitação da jurisdição tradicional para lidar com as políticas públicas, advogando que, na fase de conhecimento,

---

<sup>100</sup> Costa (2012) também trabalha a execução do processo estrutural sob a perspectiva aqui abordada.

[...] o processo deverá obedecer a um novo modelo, com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública.

No entanto, a discussão atual é colocada não apenas no âmbito de conhecimento ou da execução e suas medidas de fazer ou não fazer, mas do processo como um todo, voltado à “[...] alteração substancial, para o futuro, de determinada prática ou instituição”, como afirma Arenhart (2017, p. 480). No mesmo sentido, Vitorelli (2017, p. 405) aponta a dificuldade de adaptar o sistema brasileiro, que “[...] cinde completamente cognição e execução e não tem tradição de mecanismos efetivos para imposição de ordens judiciais” à técnica de sentenças abertas, que possibilitam ao juiz indicar apenas um objetivo final, sem fixar os meios pelos quais o fim pode ser obtido, o que pode levar a um fracasso. Como coloca Ferraro (2015, p. 119), “[...] o modelo de processo é outro, e o procedimento tem de variar conforme as necessidades concretas”.

Ferraro (2015) trabalha a limitação do conceito tradicional de jurisdição a partir das críticas da capacidade institucional. A autora propõe que parte dessas críticas possa ser superada ou amenizada se o conceito de jurisdição abranger mecanismos que levem em conta a complexidade, a policentria e o caráter prospectivo dos litígios estruturais. Vitorelli (2015), em que pese ter como foco de seu trabalho a questão da titularidade e legitimidade da representação nos processos coletivos, também aborda os litígios estruturais à luz das questões policêntricas, técnicas e prospectivas, como já foi mencionado e será abaixo abordado.

Desse modo, recuperarei os apontamentos de Ferraro e Vitorelli, entrelaçando com considerações específicas de outros autores em determinados pontos, para observar o que está sendo proposto para aprimorar as ferramentas institucionais e viabilizar a atuação do poder judiciário em processos estruturais.

### 3.4 JURISDIÇÃO E LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS DA MOLDURA BIPOLAR

Recuperando reflexões nacionais e estrangeiras sobre as dificuldades institucionais de o judiciário atuar em questões estruturais<sup>101</sup>, Ferraro busca demonstrar como a moldura

---

<sup>101</sup> Para cada característica institucional, a autora compila as críticas mais frequentes sobre a capacidade institucional de o judiciário lidar com as políticas públicas: A. “O Judiciário não está aparelhado e já tem muito trabalho, então seria sobrecarregá-lo ainda mais com casos estruturais”; B. “Os casos estruturais são muito complexos, implicando altos custos, especialmente de informação, seja para decidir, seja para implementar e monitorar o cumprimento da decisão”; C. “O Judiciário, míope, gera quebra da isonomia”; D. “O Judiciário

institucional da jurisdição brasileira (estruturada a partir de uma concepção tradicional do processo bipolar), impõe limitações à judicialização de questões distributivas. A racionalidade individual que orientou a estruturação institucional de nossa via jurisdicional inviabiliza que o caráter policêntrico, técnico e prospectivo dos litígios estruturais possam ser adequadamente manejados pelo judiciário (FERRARO, 2015, p. 42-49).

Nesse entendimento, a autora propõe que algumas críticas da capacidade institucional podem ser superadas, sem que seja desnaturada a atividade jurisdicional. Para tanto, passa a analisar características institucionais do judiciário que ficariam comprometidas pelos processos estruturais dialogais: (1) a independência; (2) a inércia e os princípios da demanda e da congruência; (3) a imparcialidade; (4) o perfil generalista e a formação jurídica dos magistrados; (5) o “devido processo legal”; (6) a emissão de decisões racionais a partir de regras e princípios; (7) a necessidade da participação pessoal das partes; (8) a via jurisdicional estreita, triangular; (9) o processo fragmentado (demanda individual); (10) a decisão retrospectiva (voltada a restaurar o *status quo ante*); (11) a formação de coisa julgada; (12) a sentença *inter partes*; (13) a estrutura e os recursos limitados (FERRARO, 2015, p. 65-66).

Em relação às características institucionais de independência e imparcialidade, a autora entende que é inevitável o maior envolvimento do juiz com a causa nos processos estruturais, dadas as perspectivas de análise (de um lado, possibilitam que o judiciário seja independente e imparcial; por outro, afetam a possibilidade de as cortes alargarem seu escopo de cognição, bem como ampliam os custos de atuação; ou seja, se o isolamento do juiz é importante para preservá-lo de influências e pressões políticas, sob o aspecto do litígio estrutural, esse isolamento pode comprometer a aptidão do magistrado para lidar com as questões policêntricas e complexas). Ferraro pontua que este é o dilema e o risco que o magistrado deverá enfrentar em um cenário de alta complexidade, que visa efetividade e transformações concretas, pois o não envolvimento com as questões estruturais também é uma tomada de posição, vez que possibilita a perpetuação do *status quo* vigente, beneficiando a parte contrária e implicando uma parcialidade. A própria

---

não tem aptidão para lidar com questões técnicas, com fatos sociais ou outras questões que não lhe são familiares, como as orçamentárias e (re)distributivas, envolvendo diversos interesses”; E. “Os casos estruturais exigem regulação prospectiva, e o Judiciário não consegue lidar com isso, levando em conta o regime de prova”; F. “Há distorção do conflito quando se tenta encaixá-lo no processo bipolarizado”; G. “Os problemas policêntricos e complexos têm uma dinâmica incompatível com o devido processo legal”; H. “Como as reformas estruturais acabam muitas vezes exigindo prolongado monitoramento, o juiz pode envolver-se demais e comprometer sua imparcialidade, prejudicando o exercício da jurisdição”; I. “O ensino jurídico é deficitário, e isso terá implicações no tratamento das questões estruturais por juízes e advogados”; J. “Quando o Judiciário trabalha com casos estruturais, não é possível a participação de todos os afetados, além de haver problemas de representação ou representatividade”; K. “Haverá fracasso, isto é, o Judiciário não conseguirá efetivar a decisão, porque (i) encontrará resistência, (ii) não é apto para trazer mudança social; ou (iii) terá problemas no monitoramento” (FERRARO, 2015, p. 66-67).

dinâmica processual, com participação plurilateral e certos mecanismos de um processo estrutural (como a figura de um *special master* ou um grupo de assessoramento do juízo<sup>102</sup>), possibilitam que o magistrado mantenha certa imparcialidade junto ao caso (FERRARO, 2015, p. 69-70).

A questão da imparcialidade também se conecta diretamente à inércia judicial e aos princípios da demanda e da correlação, tornando a moldura institucional hoje vigente impeditiva de abordar adequadamente uma questão distributiva, policêntrica e prospectiva:

[...] justamente porque é inerte, o juiz não pode conhecer daquilo que não lhe foi trazido como uma demanda. Não pode ampliar, não pode fugir, tampouco ficar aquém. Consequentemente, terá de prolar uma sentença de acordo com a demanda ajuizada (congruente), caso contrário ela será nula, se não inexistente. (FERRARO, 2015, p. 79).

A necessidade de estabilização da demanda e a marcha processual do “devido processo legal” (com seus atos preordenados) impõem uma rigidez incompatível com a complexidade e policentria dos processos estruturais. O caráter prospectivo, as informações e técnicas necessárias à devida apreciação do conflito vão se configurando ao longo do processo, de modo que os princípios do devido processo legal e da estabilização da demanda levam o magistrado a um engessamento comprometedor: obrigam-no a analisar o conflito tal como foi colocado, deixando marginalizada sua apreciação global. Como sustenta Ferraro (2015, p. 82)

[...] uma das características dos casos estruturais é a prospectividade e pretender tal estabilização só é possível quando se está olhando retrospectivamente. Impedir que a apresentação dos fatos e a articulação do objeto do processo se dê em outra dinâmica (ou de forma dinâmica) seria forçar outra distorção e, em grande medida, isso sim condenar a prestação jurisdicional à infactibilidade.

Para a autora, a ideia de devido processo legal vai além de um procedimento ordinário estabelecido em lei, mas deve observar técnicas processuais adequadas e idôneas, sem violar garantias, de acordo com necessidades concretas. Assim, sustenta que a rigidez e o formalismo do processo bipolar não se justificam em todos os casos, podendo ser flexibilizadas em determinadas situações.

---

<sup>102</sup> Ferraro cita a experiência da ação civil pública n.º 93.80.00533-4/JFSC, da 1.ª Vara Federal de Criciúma/SC, conhecida como “ACP do Carvão”. Esta ação foi proposta em 1993, pelo Ministério Público Federal contra o Estado de Santa Catarina, a União, empresas carboníferas da região e seus diretores ou sócios majoritários. Esta ação encontra-se em fase de execução. Antes era mantido um link no site da Justiça Federal para relatar sobre a ação (<<https://www.jfsc.jus.br/acpdocarvao/>>), mas este link não funciona mais, motivo pelo qual sugiro a consulta no blog: <<https://blogdomarcelocardozo.com/2016/06/29/acao-civil-publica-do-carvao-iv/>>. Acesso em: 8 mar. 2018.

Em relação aos custos elevados e recursos limitados das cortes para lidar com problemas complexos e de solução diferida ao longo do tempo, Ferraro pondera que essa é uma preocupação relevante para que o processo seja efetivo. Essa questão dos custos é ampla e vai além da obtenção de informação, abrangendo também a compreensão de questões técnicas e específicas, o que esbarraria no perfil generalista dos magistrados<sup>103</sup> e na carência de especialização das cortes para atuarem em questões técnicas específicas, com elevada complexidade.

A autora aponta que, de fato, esses custos, por vezes, mostram-se como limitadores para a atuação do judiciário, sob pena de que sejam produzidas decisões distorcidas ou inexequíveis pelas cortes. No entanto, a autora propõe que essas questões não afastem o judiciário *a priori* de apreciar os litígios estruturais, pois os problemas estruturais trazem questões importantes e necessárias ao judiciário além de, em questões de massa, mostrarem-se mais eficientes para tratar do problema do que a abordagem individual de um problema que é coletivo. A autora também observa que o magistrado não irá decidir isoladamente o caso. A possibilidade de ampla participação e produção coletiva de informações em um processo dialogal podem atenuar certas dificuldades, viabilizando que o magistrado considere vários aspectos, atue de modo experimental e incremental, com base na técnica de erros-e-acertos. A carência de interdisciplinaridade na formação dos profissionais jurídicos e os custos informacionais não seriam, isoladamente, argumentos capazes de afastar as cortes de apreciarem outras questões para as quais não foram treinados, devendo esse limite ser examinado no caso concreto (FERRARO, 2015, p. 71-78).

No que tange à necessidade de participação individual, a autora aponta que o sistema processual brasileiro já possui diversas técnicas que afastam a participação individual na formação da decisão, tais como o “[...] julgamento liminar de improcedência (art. 285-A do CPC/73), os recursos repetitivos (art. 543-B e 543-C do CPC/73) ou a decisão monocrática do relator do recurso (art. 557 do CPC/73)”, que criam normas públicas a inúmeras pessoas que não participaram do processo. De modo que o importante na questão da participação é que os interesses estejam adequadamente representados, para que o contraditório seja adequadamente formado com os múltiplos interesses que tangenciam determinada questão, conforme abaixo será abordado (FERRARO, 2015, p. 83).

---

<sup>103</sup> Em uma visão mais cética sobre a judicialização de litígios de direito público, Nunes (2011) argumenta que a falta de especialização e conhecimento técnico não estariam apenas na cultura jurídica do magistrado, mas dos diversos operadores (partes, advogados, órgãos do Ministério Público, auxiliares do juízo) que também atuam junto à corte.

Em relação aos meios probatórios, Ferraro ressalta que, diferentemente do sistema tradicional que se volta a proteger o *status quo ante* e é marcado pela retrospectividade, nos litígios estruturais, orientados para uma situação futura e dinâmica, a certeza é complicada, sendo mais factível falar-se em probabilidade. Desse modo, a autora aponta que essa também é uma limitação institucional que pode ser repensada, abarcando formas de análise mais compatíveis com o interesse a ser protegido, como dados de pesquisas empíricas, prova estatística, amostragem, por exemplo (FERRARO, 2015, p. 86-89).

No que tange à coisa julgada, precisamente por conta do caráter prospectivo, incerto e dinâmico do processo estrutural, a ideia de “certeza” e “segurança”, tão caras à moldura tradicional do processo bipolar, mostram-se concepções problemáticas no bojo do processo estrutural, pois não é possível saber de antemão todos os contornos de uma intervenção em uma política pública. Ferraro aponta que, ao contrário do processo tradicional (que encerra a fase de conhecimento com resolução da lide e, conseqüentemente, forma a coisa julgada, atribuindo segurança ao processo), nos processos estruturais, não é possível distinguir completamente a fase de conhecimento da de execução, o que torna o conceito de coisa julgada de difícil aplicação. No entanto, nos litígios estruturais, sustenta a autora, o objetivo não é a certeza e o desafio é saber como isso se dará (FERRARO, 2015, p. 89).

Observando comparativamente as imperfeições do executivo<sup>104</sup>, a autora argumenta que os problemas policêntricos geram um problema de cognição epistêmico: compreendê-los, por vezes, é muito difícil para qualquer instituição (judicial, política ou mercado) (FERRARO, 2015).

A partir dessas considerações, Ferraro propõe o abandono do modelo jurisdicional tradicional, individualista e bipolar para resolver questões estruturais e, passa a propor uma reconfiguração dos procedimentos judiciais à luz do método pragmático<sup>105</sup>, de colaboração experimentalista<sup>106</sup> (baseado no modelo de Sabel e Simon), para que as exigências materiais tenham uma resposta do direito processual (FERRARO, 2015, p. 122).

---

<sup>104</sup> A possibilidade de captura do agente público; as distorções regulatórias; a carência de verbas e de recursos humanos; que, na prática, também tornam imperfeita essa alternativa institucional.

<sup>105</sup> Citando a tese de doutorado de Vicente de Paula Ataíde Júnior (*Processo Civil Pragmático*. 2013. 278 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013), afirma a autora: “[...] o pragmatismo ajuda a pensar um processo que funcione, que dê certo, cuja prática seja exitosa, inclusive lançando mão de técnicas e soluções processuais não previstas expressamente na legislação” (FERRARO, 2015, p. 120).

<sup>106</sup> A colaboração experimentalista, como abordado no primeiro capítulo, parte da ideia de que, constatada a violação estrutural de um direito, o magistrado deve reconhecê-la e provocar uma desestabilização na instituição violadora, para que esta possa colaborar para cessar a violação sistemática. Nesse modelo, o magistrado participa do processo mais como um gestor, que determina certos fins a serem observados, mas que permite às partes elaborarem e implementarem a decisão de uma forma mais flexível.

Tal qual Ferraro, Vitorelli (2015) aponta a insuficiência do modelo jurisdicional tradicional para lidar com os conflitos estruturais, deixando claro que esses litígios precisam de mais flexibilidade na via jurisdicional, vez que as rígidas diferenças entre a fase de conhecimento e execução faz com que o julgado se aplique em uma realidade que não mais existe: “[...] o cenário do processo não se expressa como uma fotografia estática, mas como um filme em permanente movimento” (VITORELLI, 2015, p. 630). No entanto, no entendimento do autor, o modelo *town meeting*<sup>107</sup> (proposto por Stephen Yeazell) seria a melhor proposta para lidar com os processos estruturais. Esse modelo se inspira em órgãos administrativos e legislativos, prevendo a realização de diversas audiências e eventos públicos que possibilitem a maior participação direta e informal de interessados, tanto para captar de forma mais ampla insatisfações e falhas à medida delineada como para propor alternativas, possibilitando a reapreciação do conflito (VITORELLI, 2015, p. 571-572).

Tanto para Ferraro como para Vitorelli, um novo modelo de jurisdição é necessário para que a moldura institucional brasileira possibilite maior amplitude e flexibilidade, viabilizando a acomodação da decisão às contingências fáticas e a superação das constrictões institucionais, permitindo a operacionalidade do conflito estrutural. As propostas são próximas, mas apresentam algumas singularidades. Abaixo serão especificados três pontos trabalhados por Ferraro, Vitorelli e outros processualistas como relevantes para o processo estrutural. Estes pontos propiciam a construção de um contraditório real e dinâmico para a decisão, ampliando a cognição do processo: a) legitimidade, custos e representação processual adequada; b) o papel do magistrado, a negociação e a formulação do acordo; c) flexibilidade e adequação procedimental.

### **3.4.1 Legitimidade, custos e representação processual adequada**

A questão da legitimidade para a defesa de interesses públicos no judiciário, como já afirmava Salles (1999), traz consigo dois problemas: um processual, de alargamento de acesso à justiça; e outro, de política institucional, para dar condições de possibilidade para que os interesses sejam, efetivamente, representados (2017a, p. 239).

Em relação ao problema processual de acesso à justiça, Salles o relaciona com os custos de informação, que envolveria não apenas os custos de patrocínio da causa (despesas com

---

<sup>107</sup> Neste modelo proposto por Yeazell (1977), é o juiz quem dirige o processo, delimitando quais seriam as questões relevantes e as provas que serão discutidas em eventos públicos com a sociedade impactada (VITORELLI, 2015, p. 571).

preparação do processo, custas judiciais, honorários), mas também lidar com diversas questões relacionadas à defesa da causa, como conhecimentos específicos sobre determinado tema; superar as dificuldades de obtenção de informações sobre processos políticos complexos e seus canais de influência; a diversidade dos interesses em disputa; e os riscos decorrentes dos efeitos distributivos da demanda. Esses seriam os “custos de informação” para que a jurisdição consiga atuar como importante produtora de decisões sociais (SALLES, 2017a, p. 240-241). E, tal como acima já foi abordado, a abertura para um processo estrutural dialogal, eventualmente, possibilitará superar esses constrangimentos, o que só poderá ser avaliado em um caso concreto.

Já o problema de política institucional, envolve um problema de comensurabilidade<sup>108</sup>: os interesses dispersos ficam sub-representados em todas as instituições (mercado, política ou judiciário). A Lei da Ação Civil Pública (L.7347/85) ao contemplar em seu rol de legitimados<sup>109</sup> para a propositura de ações civis públicas tanto as instituições públicas (Ministério Público, Defensoria Pública), entidades e entes governamentais despersonalizados, como as organizações não governamentais que atendam aos requisitos legais<sup>110</sup>, viabilizou que o problema da dispersão e sub-representação, característico dos interesses difusos, de certo modo, fosse contornado.

A opção normativa brasileira (legitimação *ex lege*), no entanto, vem sendo apontada por alguns autores como insuficiente. Arenhart (2017, p. 426), Ferraro (2015, p. 158-160) e Vitorelli (2017, p. 395-396) ao ponderarem sobre o caráter policêntrico dos conflitos estruturais (com suas múltiplas tensões envolvidas), interesses superpostos e, por vezes, autoexcludentes, sustentam que o conceito de ampla participação dos processos estruturais não se encaixa na bilateralidade do processo civil tradicional, que deixa de captar diferentes e importantes considerações de interessados (que, de modo mais direto, são afetados pela questão coletiva),

---

<sup>108</sup> A questão da comensurabilidade é colocada pela Teoria Política dos Grupos de Interesse, que sustenta a tendência a sub-representação dos interesses difusos, pois a relação custo-benefício inviabilizaria qualquer iniciativa individual em sua defesa, dado o elevado custo de participação e o baixo benefício individual. Salles, por meio da análise do “modelo de duas forças”, de Neil Komesar, critica esta teoria afirmando que ela trata os agentes somente pela ótica da racionalidade de mercado, desconsiderando qualquer motivação ideológica nas ações coletivas e nos processos de tomada de decisão estatal. O autor sustenta que é preciso ampliar o espectro de análise dos grupos de influência, para averiguar a consideração de outras forças que atuam na formação das políticas públicas: “as diferenças no prevalectimento de um ou de outro interesse podem ser explicadas conforme o tamanho do grupo, a parcela cabível a cada um de seus membros, a distribuição dos impactos de uma determinada medida entre os sujeitos e a sua capacidade de organização, tendo em vista um amplo número de fatores, inclusive a sua habilidade em utilizar de recursos retóricos e de mecanismos institucionais que estejam disponíveis.” (SALLES, 2017a, p. 245-246).

<sup>109</sup> Prevista na Lei 7347/85, art. 5º e na Lei 8078/90, no art. 82. Salles sustenta que a exclusão da iniciativa individual nos processos estruturais possibilita melhor controle da idoneidade e seriedade das ações civis públicas (SALLES, 2017a, p. 248).

<sup>110</sup> Requisitos: ser legalmente constituídas há pelo menos um ano; e tenha finalidade institucional compatível com o interesse defendido.



bem como tem uma estrutura inadequada para lidar com grandes quantidades de sujeitos participantes.

Para esses autores, ao privilegiar que o interesse das partes seja representado pela vontade do autor coletivo, que conduzirá todo o processo, sem possibilitar a intervenção de interessados, o processo torna-se “descolado da realidade”, gerando um desalinhamento entre os vários interesses conflitantes. Assim, sustentam que a participação dos interessados deve ser ampla e direta, para que se amplie a cognição da demanda sobre os diversos interesses envolvidos (FERRARO, 2015, p. 158) (ARENHART, 2017, p. 426; FERRARO, 2015, p. 128-129; VITORELLI, 2015, p. 390-413).

Arenhart observa que a ampliação da participação no processo leva a um dilema: por um lado, a atuação direta dos interessados traz maior grau de legitimidade à discussão, mas pode inviabilizar o processo em circunstâncias muito amplas e complexas; por outro, possibilitar que os interesses dos grupos sejam representados por um ente no processo, racionaliza a participação, mas não necessariamente garante identidade entre os anseios do grupo e a coletividade. Com o desafio de equilibrar a ampla participação com a operacionalidade do processo (possibilitando o maior número de participações, sem inviabilizar o próprio processo), o autor sugere que essa questão seja decidida em concreto, tendo em vista a complexidade do conflito (ARENHART, 2017, p. 429-430).

Ferraro (2015, p. 158) pondera que, minimamente, o processo estrutural deveria contemplar os seguintes atores:

[...] os indivíduos, grupos ou organizações (i) afetados, (ii) responsáveis pela adoção das medidas para realizar a mudança necessária, (iii) possuidores de conhecimento relevante ou (iv) em uma posição que lhes permite bloquear a realização do remédio, sendo que esses participantes no mínimo poderiam apresentar fatos, falar sobre fatos apresentados e propor soluções ou manifestar-se sobre as propostas.

Como já mencionado no item anterior, a autora entende que a participação deve ser ampla, mas, mais importante do que a participação individual é que os interesses estejam adequadamente representados. Nesse sentido, Ferraro compartilha com Arenhart o entendimento de que, em que pese não haver previsão legal para este mecanismo, o controle da “representatividade adequada” é importante para controlar a pertinência entre o representante do grupo e a tutela pretendida<sup>111</sup>, devendo ser concebidos critérios para avaliar a representação

---

<sup>111</sup> Arenhart aponta que esse mecanismo já é previsto em nossa legislação. Para a admissão de *amicus curiae* é exigido o requisito de representação adequada, conforme artigo 138 do Código de Processo Civil.

adequada<sup>112</sup>. Arenhart sugere que essa avaliação seja feita a partir de três balizas: a) controle constante, ao longo do processo; b) demonstração de motivação entre o representante e o interesse representado, bem como entre o procurador e o interesse representado; c) prudência, para que o controle não inviabilize o próprio processo (ARENHART, 2017, p. 446).

A ideia de ampla participação, na concepção de Ferraro, deve levar à formação de uma multipolaridade, para que se possa conhecer devidamente o problema, bem como para que os diversos interesses sejam representados, sejam eles participantes como “partes” ou terceiros (FERRARO, 2015, p. 158)<sup>113</sup>. A autora aponta que a necessidade de flexibilidade impõe aos participantes fluidez nas posições da demanda em relação ao polo processual, o que possibilitaria, inclusive, a transpolaridade<sup>114</sup>.

Ferraro e Arenhart assinalam que a figura do *amicus curiae*<sup>115</sup> e a audiência pública<sup>116</sup> são ferramentas fundamentais para a ampla participação nos processos estruturais, não apenas possibilitando a participação de grupos e interesses diversos (que representam a luta social),

---

<sup>112</sup> O autor cita como modelo de “representatividade adequada” o Código modelo de processos coletivos para Ibero-América, em seu art. 2º, § 2º, “Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a - a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b - seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c - sua conduta em outros processos coletivos; d - a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” O §. 3º complementa, assegurando que o controle ocorra a qualquer tempo, e em qualquer procedimento. A *Federal Rules of Equity* regulamenta essa questão (regra 23 (a)) e a jurisprudência americana a interpreta segundo quatro critérios: “a) ausência de conflito de interesses entre o representante e a classe; b) a natureza representativa da pretensão individualmente formulada pela parte que representa a classe; c) a habilidade e a vontade do representante em levar adiante a pretensão da classe; d) a competência do advogado representante”. O representante deve guardar essa condição de adequação até a solução do litígio. (ARENHART, 2017, p. 440-442).

<sup>113</sup> Ferraro entra em uma minuciosa distinção sobre o enquadramento dos participantes em alguma figura típica conhecida, como *amicus curiae* ou terceiro prejudicado (art. 499 do CPC/73). No entanto, dada a flexibilidade necessária do processo coletivo, entende que não é tão relevante o título que confere legitimidade de representação a esses interesses diversos (FERRARO, 2015, p. 160).

<sup>114</sup> Tal como previsto no artigo 6º, § 3º na Lei de Ação Popular, a transpolaridade é uma técnica que possibilitaria melhor alinhar os participantes a um interesse específico e retiraria a lógica da culpabilização, para não incrementar a litigiosidade do conflito (FERRARO, 2015, p. 164).

<sup>115</sup> De forma sintética, Costa (2013, p. 115) define: “O *amicus curiae*, como se sabe, é o terceiro que ingressa no processo civil objetivando a tutela de um interesse institucional com o objeto da demanda. Ele busca representar um grupo ou uma coletividade que será afetada pela decisão e, para tanto, amplia e aprofunda o debate travado no processo. A adoção dessa técnica tem a aptidão de melhorar a qualidade da tutela jurisdicional, pois faz com que ela seja fruto de uma discussão mais complexa e refletida”. A autora aponta a presença desta figura em diversos diplomas legais brasileiros, como: “[...] a Lei 6385/76 (CVM), em processos individuais envolvendo direito societário; a Lei 9868/99 (art. 7º, §2º), que define o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC); a Lei 8884/94 (CADE), em processos em que se questione a aplicação da lei; e o próprio Código de Processo Civil, nos procedimentos voltados ao reconhecimento de repercussão geral nos recursos extraordinários e o julgamento de recursos repetitivos, perante o STJ e o STF”.

<sup>116</sup> Tanto Costa (2013) como Vitorelli (2015, p. 526) apontam que as audiências públicas têm diversas limitações (seja pela impossibilidade de colher todas as informações qualificadas, quando há grande número de pessoas; ou mesmo quando há falta de interesse na participação, por eventual falha na organização da audiência pública), mas podem se mostrar adequadas para algumas situações.

como também ampliando a cognição sobre o litígio, colhendo a opinião de técnicos e especialistas. Ferraro (2015, p. 160), ainda, sustenta a realização de uma “chamada pública” para que seja dada publicidade ao processo e aos problemas debatidos.

Vitorelli (2015), como acima foi mencionado, propõe que a ampliação da participação nos conflitos estruturais seja feita a partir da técnica *town meeting*. Essa ideia de participação coloca a demanda estrutural em um patamar totalmente novo: despolarização da demanda, em uma lógica bem distinta da triangulação (autor, réu ou terceiros intervenientes e juiz) do processo bipolar (VITORELLI, 2015, p. 611-615), pois cada interesse teria pontos de convergência e divergência com os demais, devendo haver espaço para um diálogo mais horizontal (VITORELLI, 2015, p. 612).

Para Vitorelli, o envolvimento da comunidade atingida pelo litígio estrutural é imprescindível: o juiz e o autor da ação devem conhecer o grupo beneficiado da decisão e os subgrupos que a compõem, o que pode ser feito por diversos métodos dialógicos: “[...] reuniões, audiências públicas, inspeções *in loco*, pesquisas quantitativas e qualitativas com os integrantes da sociedade civil” (VITORELLI, 2017, p. 404). As pessoas são afetadas de modo diferente: quanto mais próximo do “[...] epicentro da lesão, mais as suas perspectivas e interesses devem ser consideradas e valorizadas” (VITORELLI, 2015, p. 613). Assim, o autor propõe que, tanto na fase de conhecimento como na fase de execução, sejam realizados eventos públicos que permitam a participação direta e informal de diversos interessados (direito de ser ouvido), pois o caráter mutável dos direitos sociais (em decorrência do policentrismo e da prospectividade) torna necessário que os fatos sejam constantemente reanalisados. A aplicação da técnica *town meeting*<sup>117</sup> é proposta por meio de cinco níveis de participação no processo: a) informação; b) consulta; c) envolvimento; d) colaboração; e) empoderamento.

No nível mais básico, a “informação” possibilita ao público delinear a extensão do problema e apontar possíveis alternativas de solução. As técnicas indicadas para este nível são: reuniões abertas, disponibilização da informação em *websites*, distribuição de panfletos sobre a questão (VITORELLI, 2017, p. 404). Em seguida, deve-se fazer uma “consulta” para obter um retorno sobre o que foi coletado na primeira etapa, com o intuito de averiguar se as pretensões e pontos de vista dos interessados foram captados. As técnicas nesta etapa são: grupos focais, pesquisa de opinião, recepção de comentários públicos, bem como reuniões públicas com segmentos específicos de interessados (VITORELLI, 2017, p. 404). A terceira etapa é o “envolvimento com a população destinatária do processo”. Nesta fase, o autor sugere

---

<sup>117</sup> A questão da participação é amplamente trabalhada por Vitorelli (2015) em sua tese de doutorado. Para uma compreensão mais detalhada da técnica *town meeting*, os itens 6.4.5 e 6.4.6 podem ser consultados.

um diálogo com um grupo menor, de forma mais qualificada, para analisar se os pontos mais relevantes foram considerados e estão refletindo no resultado final, o que pode ser feito por meio da participação de líderes, consultas deliberativas ou oficinas de trabalho (VITORELLI, 2017, p. 404). Posteriormente, haveria a fase da “colaboração”, em que se busca definir, conjuntamente com o público, quais as decisões que serão tomadas em razão das propostas encaminhadas na terceira etapa. Vitorelli (2017, p. 405) destaca as seguintes técnicas nesta etapa: “[...] composição de comitês consultivos de cidadãos, a tomada de decisões participativas e a construção de consenso são adequadas nesse nível”. Por fim, na fase de “empoderamento”, as decisões obtidas na fase anterior são submetidas ao público, que decidirá, por voto, o que será implementado (VITORELLI, 2017, p. 405). Para que seja possível lidar com estes tipos de conflitos, o autor sugere que a competência jurisdicional seja fixada de modo distinto, à luz do grupo mais próximo do epicentro do litígio.

Vitorelli (2015, p. 627) pondera que o processo de *town meeting* é limitado, seja porque envolve um elevado tempo de dedicação do juízo, seja porque a participação dos interessados pode não ocorrer como pretendido. No entanto, para o autor, o problema é mais cultural do que de inviabilidade material (VITORELLI, 2015, p. 628).

Como se vê, diversas técnicas estão sendo sugeridas para a ampliação da cognição processual. A figura do *amicus curiae*, o controle da representação adequada, a realização de audiências públicas, chamadas públicas e outros meios de divulgação mostram-se como ferramentas importantes para colher diferentes nuances de um processo estrutural, tornando-o mais responsivo à realidade, conforme apontado por Arenhart, Ferraro e Vitorelli.

As técnicas de multipolaridade e *town meeting* propostas por Ferraro e Vitorelli, respectivamente, estão em diálogo com a necessidade de maior participação para que interesses múltiplos sejam considerados na intervenção do judiciário. Contudo, há duas objeções que aqui podem ser colocadas em relação à técnica do tipo *town meeting* no campo do judiciário, para além dos custos de tempo, recursos humanos e materiais que envolve (e que, talvez, imponha um ônus muito elevado para ser operada pelo judiciário).

Ao analisar os interesses das partes pela ótica de suas convergências e divergências com os demais interesses, o modelo proposto por Vitorelli afasta-se da ótica da indivisibilidade presente nas políticas públicas de prestação estatal (acima abordada), com seus ônus e bônus impostos a toda a sociedade. Captar as diferentes nuances que cercam a questão estrutural é relevante, sem dúvidas. Contudo, não se pode perder de vista que a realização dos direitos sociais se dá por meio da distribuição do produto social da coletividade e, portanto, a análise

do todo se coloca de modo fundamental para o conflito, para a própria viabilidade da continuidade da política pública.

Além disso, a técnica *town meeting* faz sua tomada de decisão, em última instância, por meio de voto, independentemente das razões discutidas pelos diferentes atores. A crítica da capacidade institucional vista no primeiro capítulo aponta como pode ser problemática a imposição de ordens do judiciário aos demais poderes públicos sem que haja uma adesão mínima do executor à racionalidade da ordem emanada. A formação de um processo deliberativo e o comprometimento com a persuasão racional mostram-se relevantes para que o consenso ocorra e a ordem judicial possa ser viabilizada. Ainda que não se chegue a um consenso, a proposta experimentalista insiste na ideia de persuasão racional do argumento para que a tomada de decisão seja feita em bases concretas, garantindo que as demandas de grupos vulneráveis e minoritários não fiquem, novamente, bloqueadas pelo sistema de participação.

### 3.4.2 O papel do magistrado, a negociação e a formulação do acordo

O papel do magistrado, a negociação e a formulação da decisão nas intervenções estruturais também é um ponto de divergência entre Ferraro e Vitorelli. Enquanto Vitorelli entende que o juiz deve ter um papel mais diretivo e especificar alguns detalhes do cumprimento da intervenção, Ferraro sustenta que esse processo deve ser descentralizado, tendo o juiz mais um papel de coordenador que viabilizará a negociação entre os interessados, para obter um acordo de metas gerais e resultados a serem buscados.

Seguindo o modelo *town meeting*, Vitorelli sugere que o juiz dirija o processo, delimitando as questões relevantes e as provas a serem produzidas, para que o diálogo com a sociedade impactada ocorra de modo orientado. Ou seja, as audiências e eventos públicos permitirão a participação ampla, direta e informal de diversos interessados, bem como possibilitarão o registro de insatisfações, falhas, possibilidades alternativas e a reanálise de questões previamente delimitadas como relevantes pelo juiz (VITORELLI, 2015, p. 575-576).

Na proposta de Vitorelli (2015, p. 571), o juiz tem uma posição central no processo estrutural, “[...] avaliando o impacto dos resultados de dentro do tribunal na distribuição de influência fora dele”<sup>118</sup>. É ele que “[...] faz análises de conveniência e de custo-benefício que são típicas da atividade legislativa”. É quem vai “[...] estabelecer e efetivar direitos materiais

---

<sup>118</sup> É interessante observar que Vitorelli (2015, p. 574) reconhece a “[...] necessidade de que processos estruturais sejam resolvidos, em grande medida, por elementos de consenso e não pela imposição de ordens [...]”, mas ainda assim, julgue mais produtivo uma ordem centralizada no magistrado.

cujos contornos são obscuros e os limites fáticos de implementação são pronunciados” (VITORELLI, 2015, p. 576), resolvendo sobre o litígio estrutural como um todo.

Em relação à elaboração do acordo, Vitorelli sugere a transformação das audiências judiciais em *town meetings* para que o conflito possa ser decidido em bases mais abrangentes, a partir das concessões que cada segmento está disposto a fazer, no intuito de construir uma solução aceitável para todos. No entanto, Vitorelli (2015, p. 587) acredita que “[...] no mundo real, as partes têm objetivos processuais que não serão facilmente abandonados em nome de um ideal de colaboração processual”, motivo pelo qual entende que a ampliação da participação é mais instrumental, no sentido de propiciar ao juiz obter mais informações, argumentos que tornarão a decisão mais aderente à realidade, motivo pelo qual sugere outras técnicas para que a participação seja mais efetiva: a) nomeação de um *special master* para apontar os aspectos problemáticos ou omissos, tornando o processo menos vulnerável a ataques de insatisfeitos (VITORELLI, 2015, p. 588); b) remuneração de terceiros para que apresentem objeções processuais relevantes; c) análise do acordo por agências, na área de expertise ao qual o assunto se vincula; d) revisão do acordo por um órgão privado, antes de sua submissão ao juiz, como uma “auditoria externa” (VITORELLI, 2015, p. 591).

É na implementação da decisão, contudo, que se dará concretude aos valores fixados na sentença, exigindo o realinhamento do comportamento da instituição. Nessa situação, o envolvimento do juiz “[...] no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento” (VITORELLI, 2015, p. 578) seria necessário para afastar a ineficácia da decisão. Vitorelli (2015, p. 579) sugere que o estabelecimento genérico de objetivos ao administrador não seria suficiente para alcançar resultados desejados. É a realidade do momento da execução que irá influenciar e definir o direito que será possível de ser implementado, apontando as limitações fáticas entre os valores estabelecidos e a imposição da realidade (VITORELLI, 2015, p. 581-582).

Ferraro, como já mencionado, respalda-se no modelo de Sabel e Simon e discorda de uma abordagem centralizada no magistrado. Assim, propõe um modelo que reconhece a importância da participação do judiciário para desbloquear determinada situação, mas não ignora os seus limites cognitivos junto às questões técnicas, policêntricas e prospectivas, possibilitando uma constante avaliação e repactuação de metas e resultados. Desse modo, constatada violação de direitos, o magistrado deve provocar a desestabilização por meio de uma decisão judicial que fixe a responsabilidade e desestabilize o *status quo*, apontando que algo deve ser feito para cessar a violação de direitos (FERRARO, 2015, p. 132). No entanto, a definição sobre esse “algo” será negociada entre os interessados e a instituição desestabilizada,

que deverão entrar em um diálogo colaborativo para deliberar (de modo fundamentado) as metas e os resultados que desejam atingir (FERRARO, 2015, p. 114-117).

A ideia é que haja um diálogo aberto, contando com ampla participação de diferentes interessados para contribuir com material e informações para o delineamento da questão estrutural. A autora sugere a designação de um *special master* ou um mediador para auxiliar a formação de um consenso, com a fixação de objetivos gerais e o estabelecimento de critérios e procedimentos de avaliação, bem como para averiguar se as metas estão ou não sendo atingidas, de modo que seja possível um acompanhamento e monitoramento concomitantes, aferindo o resultado do desempenho institucional (FERRARO, 2015, p. 181).

A proposta sugerida por Ferraro (2015, p. 127) é concretizada por meio de decisões cíclicas, que vão sendo implementadas e complementadas aos poucos, corrigindo aspectos inadequados e alterando metas que já não fazem sentido, dada a alteração da realidade. Como a relação é continuativa, com posteriores revisões, as determinações podem ser menos intrusivas, quebrando aos poucos as resistências da administração pública, acomodando o problema estrutural (FERRARO, 2015, p. 115-117). Ferraro (2015, p. 136) salienta que a perspectiva prospectiva dos processos estruturais coloca a ênfase na solução dos problemas, nos resultados, e não na ideia de culpa, multa ou indenizações.

O papel do magistrado e o processo de tomada de decisão, como se percebe, é outra divergência entre as propostas de Ferraro e Vitorelli. A crítica da capacidade institucional, como foi vista no primeiro capítulo, impõe restrições sérias à tomada de decisão do judiciário nas políticas públicas em decorrência das limitações institucionais das cortes. A carência de informações e resistência de funcionários do executivo tornam a proposta de litígio estrutural trabalhada por Vitorelli mais problemática. A regulamentação “de cima para baixo”, centralizada no papel do juiz, por vezes é muito estreita para conseguir antecipar fatos futuros e policêntricos, gerando uma rigidez indesejável no processo, comprometendo seus resultados. Além dos riscos de não adesão por ser uma proposta do “tipo comando-controle”, crítica já apontada no primeiro capítulo, a concepção de consenso proposta por Vitorelli respalda-se na disputa de forças e estratégias entre os litigantes e não por uma adesão racional a uma ideia de bem comum, o que pode comprometer os grupos mais vulneráveis. A proposta experimentalista de Sabel e Simon, que foi trabalhada por Ferraro, parece melhor acomodar não apenas o princípio da separação de poderes, como também as razões institucionais para que os poderes eleitos se disponham a tentar um diálogo colaborativo com os demais atores interessados na questão estrutural.

Sob um viés pragmático, ambos autores reconhecem que o consenso pode falhar e a corte, eventualmente, terá de adotar medidas mais centralizadas para serem observadas pelas partes. Especialmente em questões sociais complexas em que não haja um consenso sobre os interesses públicos, os interesses divergentes podem gerar desequilíbrios entre os participantes, o que torna mais difícil a orientação por um consenso. Nesses casos, a figura de um *special master* pode ser essencial para que se afine, por meio da persuasão racional, a ideia de “bem comum”, o interesse público indivisível, que poderá auxiliar a pautar a intervenção estrutural no caso prático.

### 3.4.3 Flexibilidade e adequação procedimental

O processo estrutural é complexo e dinâmico, precisando ser alterado e complementado de acordo com as alterações e as necessidades fáticas. Dentro desse contexto, tanto Ferraro como Vitorelli sustentam que é preciso repensar o processo civil para que a capacidade institucional do judiciário seja aprimorada, abrindo espaço para técnicas mais flexíveis, que possibilitem recalibrar ou revisar os objetivos a serem alcançados. No entanto, ambos os autores apontam que é difícil delinear um modelo geral de jurisdição para casos de elevada complexidade.

Nesta perspectiva, Vitorelli se propõe a delinear alguns parâmetros de atuação a partir das características dos processos estruturais. Um primeiro ponto que o autor aponta é a necessidade de ampliar a cognição dos interesses divergentes por meio de uma ampla participação, com audiências, debates públicos ou sessões de mediação, de modo que o legitimado coletivo que propôs a demanda consiga promover “[...] um diálogo significativo com a sociedade e entre seus membros, esclarecendo-os quanto ao objeto do litígio, as estratégias possíveis e, ao mesmo tempo, ouvindo suas considerações” (VITORELLI, 2015, p. 631)<sup>119</sup>. Para que esta ampliação de participação seja possível o autor sugere várias estratégias: comunicação com a classe, *websites*, correspondências, panfletos, rádio, televisão, dependendo dos recursos disponíveis e da complexidade do conflito (VITORELLI, 2015, p. 631).

Um segundo ponto que Vitorelli aponta diz respeito às questões litigiosas. Como os contornos do conflito vão sendo construídos ao longo do tempo, dado o caráter prospectivo da demanda, não é possível separar o processo em rígidas fases processuais, tal como ocorre nos

---

<sup>119</sup> Neste ponto, o autor faz uma série de considerações sobre os interesses divergentes de minorias e o interesse da sociedade, sugerindo novos diálogos até que se consiga certo consenso em relação à pretensão (VITORELLI 2015, p. 631).



litígios tradicionais. Inclusive na fase de cumprimento de sentença, algumas questões deverão ser reapreciadas à luz das ocorrências fáticas (VITORELLI, 2015, p. 632).

Outro ponto abordado por Vitorelli diz respeito à fluidez do conflito em contraposição ao conceito de coisa julgada. Para ele, devem ser abrangidas pelo trânsito em julgado apenas as questões adequadamente representadas, sob a perspectiva de que foram avaliadas no contexto fático e social levado em consideração. O autor salienta que a ideia da coisa julgada se relaciona com o interesse na pacificação social e que, em uma situação complexa e mutável, não se pacifica se o provimento proposto for inadequado, de modo que, nesses litígios, deve haver constante revisão da decisão e de sua implementação. O autor sugere, inclusive, a fixação de um prazo de vigência para a decisão.

A ideia de flexibilidade, para Ferraro (2015, p. 137), está relacionada tanto com a revisão dos resultados estipulados quanto com a configuração do próprio procedimento, cuja prospectividade e policentria exigem ajustes, aprendizado e reconstrução constante. Nesse entendimento, a revisão dos procedimentos e técnicas processuais deve ser analisada sob dois aspectos: a) a necessidade de diferentes institutos processuais; b) “[...] a renovação das diferentes técnicas processuais, para o delineamento dinâmico e casuístico do procedimento a ser seguido” (FERRARO, 2015, p. 136).

Um primeiro ponto que Ferraro (2015, p. 142-143) chama a atenção é que a ideia de “parte” bipolar (autor e réu) e “demanda” não se encaixam nos processos estruturais, vez que o conflito multipolar não apresentará contornos prévios definidos desde seu início. Ferraro propõe uma inversão da lógica, pois a ideia de “parte, pedido e causa de pedir” são elementos que vão ser definidos com precisão ao longo do processo, após a discussão com os demais interessados. No início, há apenas uma ideia parcial e incompleta de uma violação institucional que está sendo operada. (FERRARO, 2015, p. 143-154).

Aliás, para Ferraro, exigir que a demanda seja desde logo determinada ou que haja determinação é uma inadequação, vez que, nos processos coletivos, trabalha-se com a ideia de representação de interesses e não com a participação individual dos titulares. Desse modo, a demanda não é baseada na ideia de autonomia e vontade das partes.

Ferraro (2015, p. 153-156) aponta que a técnica da preclusão e o princípio da congruência também não fazem muito sentido nesses processos estruturais, sendo imprescindível reconhecer a plasticidade no processo coletivo estrutural. Os casos estruturais não “chegam prontos”, vão sendo delineados em juízo, de modo que as técnicas processuais devem ser disponibilizadas de forma interativa e funcional, para viabilizar a tutela do litígio estrutural (FERRARO, 2015, p. 167).

A autora destaca que boa parte do conhecimento é deixada para a fase de execução, em decorrência das características do conflito, mas que não há regras nesse sentido. Assim,

[...] pode haver casos em que a “fase de conhecimento” tenha de ser mais extensa do que em outros, com ampla participação para que se possa desenhar o caso estrutural e verificar os inúmeros interesses envolvidos. Em outros, pode ser que uma decisão seja proferida ou até mesmo uma negociação em termos gerais adotada desde logo em razão da evidência do problema, desestabilizando então o *status quo* e deixando para a “execução” quase toda a cognição. (FERRARO, 2015, p. 181).

A autora salienta que uma execução prolongada é inevitável, pois mudanças culturais e institucionais não são instantâneas, havendo inúmeras possibilidades de se operar a reestabilização: uma ordem genérica com um plano posterior para sua realização; a apresentação de vários planos para comparação; uma decisão no estilo “comando e controle”; ou a negociação entre partes e interessados para uma decisão colaborativa conjunta. Ferraro sustenta que, nesse modelo, “cognição” e “execução” andam concomitantemente, sendo um processo de constante aprendizagem, que vai ganhando seus contornos com o tempo, a partir das experiências exitosas e, também, dos erros, tal qual o ciclo de implementação de uma política pública. (FERRARO, 2015, p. 183).

Segundo Ferraro, os casos estruturais apresentam contornos muito próprios e específicos, de modo que a construção procedimental é casuística, não sendo predeterminada, delineada a partir do caso concreto. O problema colocado pela lide estrutural é complexo e, portanto, não será resolvido em um curto intervalo de tempo, mas isso não significa desrespeito à celeridade, mas observância aos fins que se pretende obter. A autora destaca o papel das audiências públicas, da inspeção judicial ou de um grupo de assessoramento, cabíveis em diversos momentos processuais e com diversas utilidades: da instrução processual, passando pela coleta de provas e informações, auxiliando as negociações e servindo como mecanismo de publicidade e prestação de contas, elas são centrais no processo estrutural, sendo essenciais à gestão processual (FERRARO, 2015, p. 169-173).

Para a autora, a sentença, no contexto do processo estrutural é o pontapé inicial, com ciclos de decisões ou negociações posteriores. E a ideia de coisa julgada, inadequada aos casos estruturais, pois o processo estrutural não pode ser voltado à segurança ou à imutabilidade, vez que sua função é justamente a de articular soluções dinâmicas para problemas prospectivos, voltados para o futuro. Assim, Ferraro sustenta que, para que o judiciário amplie sua capacidade institucional, deve revisar não apenas algumas de suas concepções básicas, como também readaptar algumas de suas técnicas processuais para procedimentos mais dinâmicos e flexíveis,

refletir sobre novos instrumentos que ampliem sua cognição. Desse modo, para que a tutela jurisdicional funcione, é preciso que o processo dialogue com os fins desejados e, portanto, em um processo estrutural os procedimentos precisam se adaptar para ao objeto da tutela coletiva. Dentro dessa compreensão, Ferraro assinala quatro elementos para o processo estrutural adequar-se à complexidade e à dinamicidade dos casos estruturais: a participação, o foco nos resultados, a flexibilidade e a transparência (FERRARO, 2015, p. 185-200).

Ferraro e Vitorelli apontam que a complexidade e amplitude dos casos que envolvem os processos estruturais tornam difíceis delinear um modelo geral de jurisdição. Ambos são enfáticos em sustentar a necessidade de repensar o processo civil, à luz da flexibilidade e da adequação procedimental, vez que as ferramentas jurisdicionais disponíveis no sistema brasileiro inviabilizam o tratamento adequado dos processos estruturais. Ambos os autores destacam a utilização de um moderador ou *special master*<sup>120</sup> como um mecanismo para auxiliar a negociação das partes ou ao próprio juiz na formulação do acordo.

### 3.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Ao longo desse capítulo busquei observar como está sendo construída a ponte com a literatura norte-americana que trata de processos estruturais e se as propostas de aperfeiçoamento jurisdicional estavam levando em conta as constrictões institucionais apontadas pela crítica da capacidade institucional, apresentada no segundo capítulo. A dúvida que provocou esse capítulo foi se o modelo jurisdicional brasileiro possibilita, dá ferramentas, para que essas constrictões da capacidade institucional pudessem ser superadas por meio de um processo estrutural, nos moldes propostos por Sabel e Simon.

Conforme foi visto ao longo desse capítulo, a moldura jurisdicional brasileira delinea um devido processo legal estreito para lidar com direitos de cunho distributivo, como os direitos sociais. A literatura processual que trabalha a abordagem do processo estrutural observando as constrictões da capacidade institucional aponta que a jurisdição brasileira não está adaptada para atuar com direitos sociais à luz de sua natureza distributiva. Os conceitos operacionais vigentes em nossa jurisdição (demanda, inércia, congruência, imparcialidade, participação das partes, coisa julgada) impossibilitam a inteligibilidade da lógica distributiva, fazendo com que a

---

<sup>120</sup> O *special master* envolver-se-ia mais diretamente com a busca de informações e dados, possibilitando ao juiz manter certa imparcialidade. Esse mecanismo, como os autores apontam, não é previsto no sistema jurisdicional brasileiro, em que pese ser muito relevante para auxiliar o juiz. Por analogia, Bauermann (2012) sugere a figura de um interventor, previsto na Lei 8884/99.

questão seja resolvida sob o viés comutativo. O modelo processual adotado no Brasil foi pensado e estruturado sob uma perspectiva bipolar. Sua inteligibilidade volta-se a solução de questões comutativas. Suas ferramentas, seus ritos e procedimentos, voltam-se à proteção do *status quo* e ao ideal de segurança jurídica, o que torna muito difícil a adoção de técnicas e ferramentas mais adaptadas para lidar com a judicialização de políticas públicas.

Ferraro e Vitorelli apontam a necessidade de repensar o processo civil. De fato, repensar o nosso modelo processual e a nossa jurisdição sob a perspectiva da natureza de seus problemas é dar condições de possibilidade para que o conflito distributivo possa ser compreendido e, eventualmente, operado à luz de seus fins, assegurando que, ao menos em sua nuance formal, o judiciário possa dar respostas condizentes com a natureza do conflito em que está atuando. No entanto, Ferraro e Vitorelli bem observam que a complexidade e amplitude dos casos que envolvem os processos estruturais tornam difíceis de delinear um modelo geral de jurisdição. E essa é uma observação relevante. A proposta do experimentalismo jurídico de Sabel e Simon que aqui se adota, como o seu próprio nome diz, é uma experiência, uma tentativa. São ciclos de decisões deliberadas racionalmente que são testadas, no intuito de obter um aprimoramento na política pública. Nesse entendimento, antes de se pensar em uma proposta de alteração normativa do processo coletivo, talvez, um primeiro desafio que a proposta de processo estrutural aqui nos coloca seja a de refletir sobre as questões distributivas no âmbito de nossa jurisdição, tornando essas questões inteligíveis a um jurista.

Afinal, em que pese a carência de instrumentos e técnicas, bem como um déficit cultural para lidar com os processos estruturais, o Tribunal de Justiça de São Paulo, de modo inovador, interviu na política pública municipal de educação infantil para condenar a administração pública a implementar a política pública. Como isso foi possível dadas as limitações de nossa jurisdição? Como foram superadas as formalidades e procedimentos de nosso modelo processual? Como foi operada essa transição da moldura bipolar para a moldura estrutural? O processo estrutural formado é capaz de superar as constrictões da capacidade institucional nos moldes propostos por Sabel e Simon? No próximo capítulo, pretendo analisar essa intervenção e averiguar como as constrictões da capacidade institucional, bem como as limitações jurisdicionais do processo brasileiro colocaram-se no caso prático.

#### 4 POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO INFANTIL EM SÃO PAULO E A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM 2013

No presente capítulo pretendo analisar um caso de intervenção estrutural na cidade de São Paulo. A proposta, aqui, é dupla: (a) buscar no caso concreto os elementos que foram apontados pela crítica experimentalista com o intuito de avaliar uma possível resposta às constrações institucionais apontadas pela capacidade institucional; (b) compreender como os limites jurisdicionais do modelo tradicional bipolar foram contornados.

É importante salientar que esse caso não está encerrado e sequer transitou em julgado. Foi julgado em dezembro de 2013 e ainda está operando seus efeitos na política pública educacional da cidade de São Paulo. Desse modo, não é possível uma avaliação de impactos, por meio de dados sistematizados. Além disso, quando o julgamento foi estabelecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), a gestão administrativa recém-eleita (Prefeito Fernando Haddad, 2013-2016)<sup>121</sup> dava particular atenção para a política pública de educação e para as vulnerabilidades da cidade<sup>122</sup>. Ainda assim, acredito que uma reflexão sobre esse caso concreto auxiliará a dar mais clareza ao debate que está sendo feito sobre litígios de direitos públicos, bem como subsidiará ponderações sobre o que está sendo sugerido pelos processualistas brasileiros, em termos de adaptação jurisdicional de ferramentas processuais que viabilizem o tratamento de processos estruturais aqui no Brasil, confirmando, refutando ou complementando o que vem sendo sugerido por eles.

Em dezembro de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o município de São Paulo a uma decisão coletiva-estrutural: criar 150 mil novas vagas em creches e em pré-escolas, assegurando a qualidade do ensino, e a apresentar um plano para essa ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil.

Para analisar como foi possível operar a transição para moldura estrutural, a legitimidade desse processo (à luz dos critérios sugeridos no segundo capítulo) e as possibilidades de superação das constrações apontadas pela capacidade institucional, o capítulo abaixo será subdividido em três seções. Na primeira seção, buscarei, no caso prático e nos dados públicos

---

<sup>121</sup> O Programa de Metas da PMSP da gestão 2013 – 2016 (Programa de Metas) teve como “orientação territorial” a redução expressiva das desigualdades socioespaciais, visando especificamente resgatar a cidadania das áreas de maior vulnerabilidade social.

<sup>122</sup> Hoje é possível ter uma ideia mais concreta dos índices de desigualdade existentes na cidade de São Paulo. A Rede Nossa São Paulo publicou em 2017 um índice comparando fatores que impactam na qualidade de vida dos diversos distritos da cidade. Assim, por exemplo, no índice “remuneração média e emprego formal”, é possível constatar uma desigualdade de 7,83x, ou seja, a remuneração média do emprego formal varia 7,83x entre os diferentes distritos da cidade de São Paulo. Disponível em: <[http://nossasaopaulo.org.br/portal/mapa\\_2017\\_completo.pdf](http://nossasaopaulo.org.br/portal/mapa_2017_completo.pdf)>. Acesso em: 3 mar. 2018.

disponíveis, elementos que subsidiem observar a ocorrência de bloqueios institucionais em conjunto com a violação de valores públicos. Em uma segunda seção, buscarei elementos do caso prático que subsidiem a ocorrência de uma desestabilização institucional. Por fim, a partir de alguns resultados da intervenção judicial, tento observar como a corte está acomodando as questões técnicas, policêntricas e prospectivas em sua atuação jurisdicional.

Para compreender esses elementos no caso concreto, suas nuances e parte de seus resultados, precisarei ir além dos elementos propriamente jurídicos (as normas, petições e decisões judiciais) que constituem esse caso. Como destaca Coutinho (2013, p.193), “[...] tão importante quanto dizer o que é o direito é compreender o que ele faz, o que requer um método de investigação minimamente adaptado à complexidade dessa empreitada empírica”. Assim, buscarei na atuação política de grupos sociais que operaram na cobrança e exigibilidade do aperfeiçoamento da política educacional e nas respostas institucionais do poder público alguns elementos que auxiliem a compreensão do jurídico. Meu intuito nessa última seção é evidenciar o caráter complexo e intricado que as normas de direitos sociais colocam ao operador do direito, dado o seu caráter técnico, policêntrico e prospectivo e as possibilidades de o judiciário lidar com essas questões a partir do diálogo estrutural. Nesse entendimento, o recorte que tentarei fazer é aquele que subsidiará a entender, por meio dos critérios da proposta experimentalista de Sabel e Simon, como o caso concreto julgado pelo TJSP está contornando as restrições da capacidade institucional.

#### 4.1 BLOQUEIOS INSTITUCIONAIS E VALORES PÚBLICOS: UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A POLÍTICA PÚBLICA NO SEGMENTO INFANTIL E AS DISPUTAS POR ACESSO A CRECHE E PRÉ-ESCOLA

O Brasil é signatário de diversos diplomas internacionais<sup>123</sup> que afirmam a “absoluta prioridade” da criança. A própria Constituição Federal de 1988 (CF) em seu artigo 227, e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também afirmam essa prioridade. No entanto, no âmbito das normas educacionais, de forma até contraditória, não foi esse o entendimento que prevaleceu.

---

<sup>123</sup> Em especial, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; o artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Entre as normas Constitucionais, o direito à educação infantil foi inicialmente previsto às crianças de até seis<sup>124</sup> anos de idade, em creches e pré-escolas (artigos 205 e 208, inciso IV da CF), sendo as creches fornecidas às crianças de zero a três anos e a pré-escola às crianças de quatro a seis<sup>125</sup> anos. No entanto, ao contrário da pré-escola (que em 2009 passou a ser considerada obrigatória e assegurada como um direito público subjetivo, nos termos do artigo 208, § 1º, da CF), as creches não receberam o mesmo tratamento constitucional<sup>126</sup>, a despeito de estudos do campo educacional evidenciarem a importância do ensino infantil para o desenvolvimento físico, cognitivo e social das crianças desde 1970 (CAMPOS; HADDAD, 1992; KRAMER, 2006; CAMPOS, 2006).

Na cidade de São Paulo, as creches ficaram sob a competência da Secretaria de Assistência Social (SAS) até 2001 (Memória Documental da SME), refletindo preocupações mais assistenciais do que educacionais<sup>127</sup>, marcadas por um fornecimento desorganizado e precário. Quando a Constituição Federal de 1988 regulamentou o acesso ao ensino infantil, as creches já eram uma realidade na cidade de São Paulo, fornecidas às famílias mais pobres, sem programação pedagógica alguma e de forma descontínua, administradas por entidades filantrópicas ou conveniadas com o poder público<sup>128</sup> (CAMPOS, 2006, p. 94).

A integração das creches na Secretaria Municipal de Educação (SME) ocorreu dentro de uma conjuntura de municipalização do ensino fundamental, que se iniciou na década de 1990 (OLIVEIRA, 2009), a partir do estímulo decorrente do controle da verba advinda do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). Com a municipalização das redes de ensino, as creches passaram a integrar a SME e os municípios passaram a estruturar suas redes de ensino voltadas à educação infantil e ao ensino fundamental (artigo 211, § 2º da CF), sendo obrigados a investir, no mínimo, 25% de

---

<sup>124</sup> As normas constitucionais sobre educação infantil sofreram algumas alterações relevantes desde sua promulgação. Assim, até 2006, o ensino infantil abrangia as crianças até os seis anos de idade. Com a EC n.º 53, de 2006, restringiu-se às crianças de até cinco anos de idade. Em 2009, com a promulgação da EC n.º 59, a Constituição passou a se referir à educação dividindo-a entre ensino básico (abrangendo a etapa infantil, fundamental e médio) e ensino superior. Como essa emenda constitucional tornou obrigatório o ensino básico a partir dos quatro anos de idade e a pré-escola deixou de ser facultativa.

<sup>125</sup> Nos termos do artigo 30, incisos I e II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Com a EC n.º 53/06, a pré-escola passou a ser ofertada às crianças de quatro e cinco anos; e as crianças de seis anos passaram a ser matriculadas no ensino fundamental.

<sup>126</sup> E, por mais que se justifique deixar aos responsáveis pelo bebê a opção de matriculá-lo (ou não) em estabelecimentos de ensino, a falta de uma garantia normativa a esse segmento não deixa de revelar uma desvalorização a essa etapa de ensino.

<sup>127</sup> Segundo Campos e Haddad (1992, p. 18), ainda prevalecia na cidade de São Paulo o tratamento subdividido entre creches, voltadas às camadas trabalhadoras e com cunho mais assistencial, e as escolas maternais, também conhecidos como “jardins da infância”, voltados a educar crianças de camadas altas e médias da população.

<sup>128</sup> ROSEMBERG; CAMPOS; HADDAD (1991) narram a luta dos movimentos sociais pela implantação de creches nas regiões periféricas da cidade desde a década de 1970.

sua receita arrecadada com impostos e com as transferências constitucionais, na manutenção e no desenvolvimento do ensino (artigo 212 da CF).

A rede municipal foi estruturada com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (artigo 211, §§ 1º e 4º da CF), articulada por meio do plano nacional de educação (artigo 214 da CF). Contudo, essa sistematização<sup>129</sup> e apoio interfederativos observavam explicitamente a priorização do ensino fundamental, contando com verbas do Fundef desde 1996 (proporcional ao número de matrículas, o que estimulou a universalização dessa etapa de ensino).

Diferentemente, o segmento infantil só passou a ser contemplado a partir de 2006, com a substituição do Fundef pelo Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), por meio da Emenda Constitucional n.º 53, de 2006 (OLIVEIRA, 2009).

A articulação dos entes federativos no sistema público de ensino foi estruturada normativamente por meio do Plano Nacional de Educação (PNE/01) (Lei n.º 10.172/01), de vigência decenal. O artigo 2º da lei que instituiu o plano previu expressamente que municípios e estados deveriam elaborar planos de ensino decenais para organizar os seus sistemas de ensino. A partir de um diagnóstico inicial da educação no Brasil, o PNE/01 estabeleceu diretrizes, objetivos e metas aos diferentes segmentos e etapas do ensino, bem como definiu competências e estratégias colaborativas de financiamentos entre os entes federativos, para viabilizar a concretização de suas propostas.

Uma diretriz importante a ser destacada é a orientação para que

[...] a oferta pública de educação infantil conceda prioridade às crianças das famílias de menor renda, situando as instituições de educação infantil nas áreas de maior necessidade e nelas concentrando o melhor de seus recursos técnicos e pedagógicos. (PNE/01).

Entre as 26 metas voltadas à educação infantil pelo PNE/01, a meta 1.3.1 estabelecia: “[...] atender, em cinco anos, a 30% da população de até 3 anos de idade e 60 % da população de 4 a 6 anos (ou 4 e 5 anos) e, até o final da década, alcançar a meta de 50% das crianças de 0 a 3 anos e 80% das de 4 a 5 anos”<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> A Constituição do Estado de São Paulo assegura a educação no artigo 237, bem como estabelece a organização de sistema de ensino, atribuindo ao município competência para organizar seus sistemas de ensino e para atuar com prioridade no ensino fundamental e pré-escolas (art. 240). E, no âmbito municipal, a Lei Orgânica do Município de São Paulo dispõe sobre a educação infantil nos artigos 200, 201 e 203, também priorizando o ensino fundamental.

<sup>130</sup> A partir de 2006, a pré-escola restringiu-se a crianças de até cinco anos de idade, conforme já mencionado.



Em diversas metas, o PNE/01 orientava o poder público municipal a estruturar a rede de ensino infantil<sup>131</sup> a partir de parâmetros de qualidade, tanto na infraestrutura das escolas<sup>132</sup>, como na prestação do serviço para a população<sup>133</sup>, bem como propunha a adoção progressiva de “atendimento em tempo integral para as crianças de 0 a 6 anos” (meta 18), vez que o direito de acesso ao ensino infantil está, também, profundamente interligado às possibilidades de trabalho dos pais, como previsto no art. 7º, inciso XXV da CF.

Contudo, o investimento no segmento infantil sempre foi deficitário na maior parte dos municípios brasileiros (CAMPOS, 2006, p. 97). E a função redistributiva e supletiva exercida pela União (estabelecida na CF e em diversos objetivos e metas do PNE/01), até os dias atuais, é abaixo do necessário, gerando disparidade de investimentos no seguimento infantil.

Dados recentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontam que o investimento brasileiro por aluno no ensino infantil gira em torno de US\$ 3,768<sup>134</sup>, enquanto que o investimento na educação superior estaria em torno de US\$ 11,7 mil. Ao contrário do padrão “europeu”<sup>135</sup> (FERNANDES, 2017) nos gastos com ensino superior, o Brasil é um dos países que menos investem no ensino infantil, se considerados o gasto por aluno, conforme gráfico da OCDE<sup>136</sup>:

<sup>131</sup> Meta 8 do PNE: “Assegurar que, em dois anos, todos os Municípios tenham definido sua política para a educação infantil, com base nas diretrizes nacionais, nas normas complementares estaduais e nas sugestões dos referenciais curriculares nacionais”.

<sup>132</sup> Meta 2 do PNE: “Elaborar, no prazo de um ano, padrões mínimos de infraestrutura para o funcionamento adequado das instituições de educação infantil (creches e pré-escolas) públicas e privadas”.

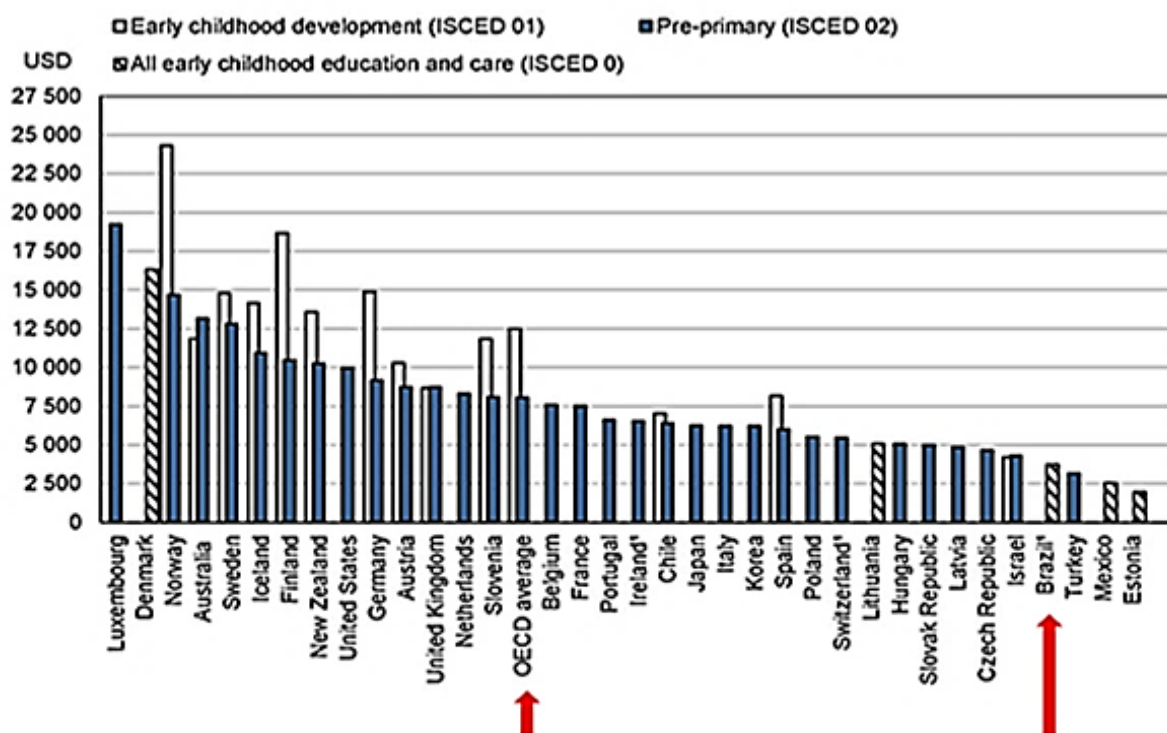
<sup>133</sup> Meta 10 do PNE: “Estabelecer em todos os Municípios, no prazo de três anos, sempre que possível em articulação com as instituições de ensino superior que tenham experiência na área, um sistema de acompanhamento, controle e supervisão da educação infantil, nos estabelecimentos públicos e privados, visando ao apoio técnico-pedagógico para a melhoria da qualidade e à garantia do cumprimento dos padrões mínimos estabelecidos pelas diretrizes nacionais e estaduais”; e meta 19 do PNE: “Estabelecer parâmetros de qualidade dos serviços de educação infantil, como referência para a supervisão, o controle e a avaliação, e como instrumento para a adoção das medidas de melhoria da qualidade”. Esta meta 19 expressamente prevê o apoio da União para sua realização.

<sup>134</sup> *Education at a glance 2017, OECD Indicators*. Disponível em: <[https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/education-at-a-glance-2017\\_eag-2017-en#page273](https://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/education/education-at-a-glance-2017_eag-2017-en#page273)>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 271.

<sup>135</sup> No ensino superior, os investimentos brasileiros aproximam-se aos gastos de países europeus, como Portugal, US\$ 11,8 mil, e Espanha US\$ 12,5 mil.

<sup>136</sup> *Starting Strong 2017: Key OECD Indicators on early childhood education and care*. Disponível em: <[http://www.oecd.org/education/starting-strong-2017-9789264276116-en.htm?utm\\_source=Adestra&utm\\_medium=email&utm\\_content=Students%20Well-Being&utm\\_campaign=OECD%20Education%20and%20Skills%20Newsletter%3A%20June%202017&utm\\_term=rec%20m-divulgadopelaOCDE](http://www.oecd.org/education/starting-strong-2017-9789264276116-en.htm?utm_source=Adestra&utm_medium=email&utm_content=Students%20Well-Being&utm_campaign=OECD%20Education%20and%20Skills%20Newsletter%3A%20June%202017&utm_term=rec%20m-divulgadopelaOCDE)>. Acesso em: 3 mar. 2018. p. 89. Na legenda do gráfico, traduz-se: *early childhood development* é o desenvolvimento da primeira infância, o equivalente às creches aqui no Brasil; *Pre-Primary* equivale às pré-escolas; e *all early childhood education and care* equivale ao investimento total na educação infantil, englobando as creches e pré-escolas.

Gráfico 1 – Annual expenditure on early childhood education and care setting per child (2013)



Note: Countries are ranked in descending order of annual expenditure per student by educational institutions for pre-primary education.

1. Public institutions only.

Source: OECD (2016), Education at a Glance 2016: OECD Indicators, Table C2.3, <http://dx.doi.org/10.1787/cag-2016-en>.

StatLink <http://dx.doi.org/10.1787/888913487319>

Fonte: Starting Strong, 2017, fig. 3.1, p. 89.

Especificamente para a cidade de São Paulo, o valor anual de gastos por aluno em 2016 foi de, aproximadamente, US\$ 3.200,00<sup>137</sup>.

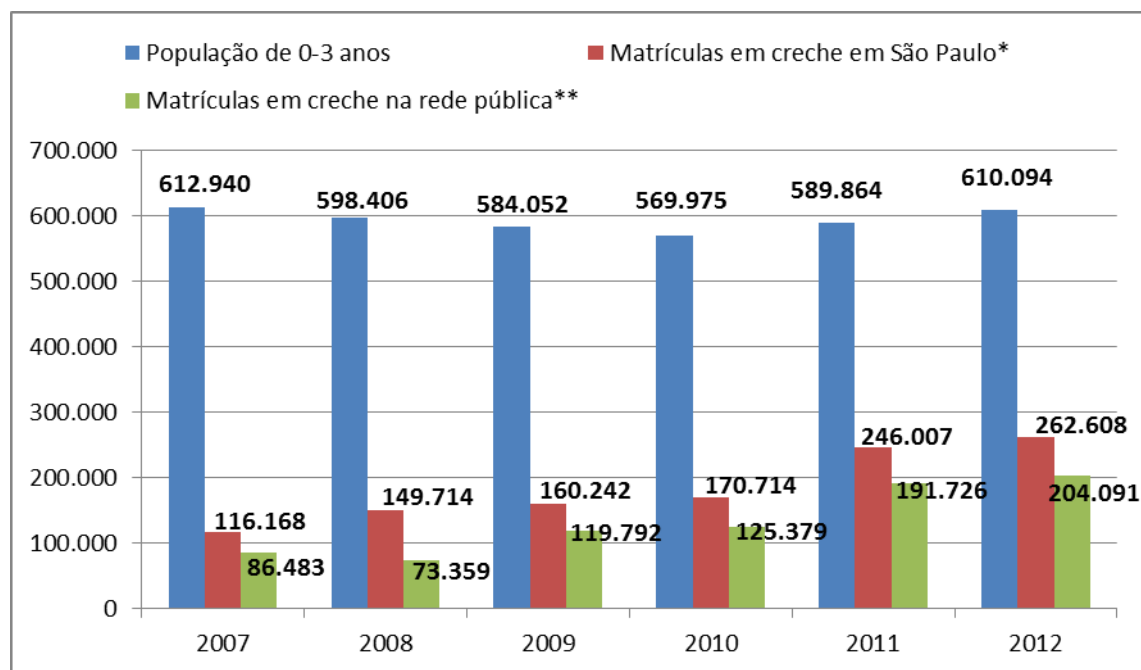
A não priorização do ensino infantil nas normas e nos investimentos públicos educacionais, bem como a falta de planejamento e estruturação da política pública de ensino infantil, fizeram com que se perpetuasse tanto o caráter informal e desorganizado da constituição das creches na cidade de São Paulo como a baixa oferta de vagas públicas nesse

<sup>137</sup> Em 2016, o total de gastos diretos na educação em São Paulo foi de R\$ 10.242.868.169,00, conforme informações do Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, p. 282. Disponível em <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso?buscaSimplificada=true>>. Acesso em: 26 mar. 2018. Se esses custos forem divididos pela totalidade de alunos (da rede pública e conveniada) matriculados nesse segmento (974.328), tem-se que o investimento foi de R\$ 10.512,75 por aluno. Convertendo esse valor para o dólar do dia 26/03/2018 (US\$ 1,00 = R\$ 3,3025), chega-se ao valor de US\$ 3.183,27. Nas definições metodológicas da OCDE é possível observar que o cálculo é feito por segmento de ensino. Contudo, como a Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura de São Paulo englobou em um único programa vários outros que existiam em 2013, não foi possível obter a informação só dos gastos do ensino infantil. Mais informações sobre a metodologia da OCDE podem ser acessadas em <[http://www.oecd.org/els/soc/PF3\\_1\\_Public\\_spending\\_on\\_childcare\\_and\\_early\\_education.pdf](http://www.oecd.org/els/soc/PF3_1_Public_spending_on_childcare_and_early_education.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2018.

segmento na rede municipal, para além dos prazos e compromissos normativos assumidos no PNE/01, conforme se pode observar a partir de alguns dados do município de São Paulo.

No gráfico abaixo é possível observar os dados de matrícula e da demanda<sup>138</sup> para creche e pré-escola na rede municipal de ensino infantil de São Paulo, no período de 2007 a 2012:

Gráfico 2 – População e matrículas em creche



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Infocidade e da Fundação Seade.

\* Inclui as matrículas em estabelecimentos públicos, conveniadas e privado.

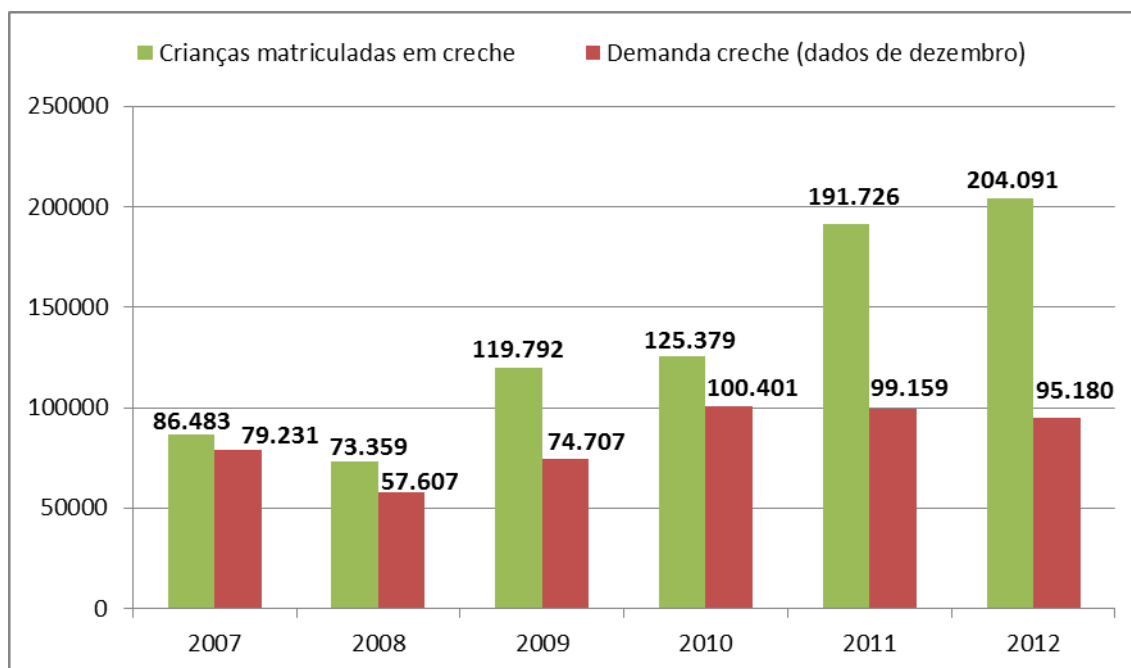
\*\*Inclui as matrículas na rede pública (federal, estadual e municipal) e conveniadas.

Conforme se pode notar, em 2007, a rede municipal de ensino infantil público abrangia apenas 19% da população de zero a três anos. Em 2012, essa porcentagem de matrículas se ampliou para 43%. No entanto, ainda que a oferta de vagas tenha se ampliado consideravelmente, a análise do gráfico abaixo possibilita observar que a demanda por vagas em creches também estava em expansão no município. Isso ocorreu porque a matrícula das crianças de 0 a 3 anos é facultativa aos pais e o município nunca fez uma “busca ativa” por crianças com interesse em vagas nessa faixa etária, de modo que as informações sobre a demanda nesse segmento ainda são imprecisas<sup>139</sup>.

<sup>138</sup> Buscar informações sobre a matrícula e a demanda de ensino infantil em São Paulo ainda hoje é um desafio. Seja porque as informações sobre a demanda variam bastante ao longo do ano (e, dependendo do período em que foram aferidas, o registro da demanda pode variar bastante, o que dificulta a comparação da evolução desses dados), seja pela forma como as informações são organizadas pelos diferentes órgãos públicos que as disponibilizam.

<sup>139</sup> No Plano Municipal de Educação de São Paulo, aprovado em 2015, esta medida foi aprovada e consta expressamente na meta 5, item 5.8. No entanto, essa busca ativa ainda não ocorreu no município.

Gráfico 3 – Crianças matriculadas em creche e demanda



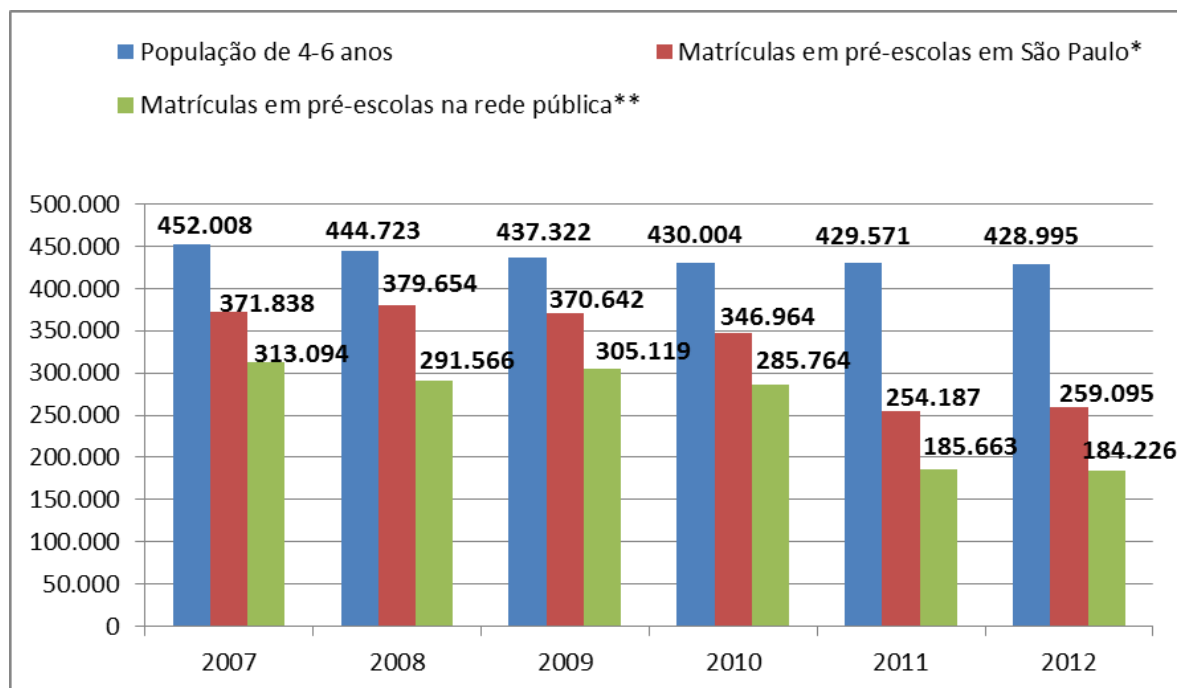
Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Infocidade e da Fundação Seade. Inclui as matrículas na rede pública (federal, estadual e municipal) e conveniadas. Não inclui as matrículas em estabelecimento privado.

A partir desses gráficos é possível afirmar que a meta do Plano Nacional de Educação vigente até 2011 (que previa a matrícula de, ao menos, 30% das crianças de 0 a 3 anos após 5 anos de vigência do plano; e 50% das crianças de 0 a 3 anos no final do período) não foi alcançada em nenhum de seus dois marcos temporais.

No âmbito da pré-escola, a oferta pública de vagas é mais ampla e a demanda mais reduzida<sup>140</sup>, conforme se observa nos gráficos.

<sup>140</sup> Em relação à pré-escola é importante observar que a faixa etária incluída na amostra é um pouco mais ampla do que a do segmento de ensino para os anos de 2010, 2011 e 2012, pois inclui as crianças de 6 anos. A Fundação Seade disponibiliza informações sobre a população em idade pré-escolar de 4 a 5 anos: <<http://www.fde.sp.gov.br/?AspxAutoDetectCookieSupport=1>>. Acesso em: 26 mar. 2018. No entanto, como a projeção da faixa etária de 4 e 5 anos foi estipulada com base no censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e estava dando uma inconsistência em relação ao ano de 2010 (283.400 crianças), apontando uma população menor do que o número de matrículas e demanda, optei pela utilização do dado mais amplo (4-6 anos) para todo o período pesquisado.

Gráfico 4 – População e matrículas em pré-escolas

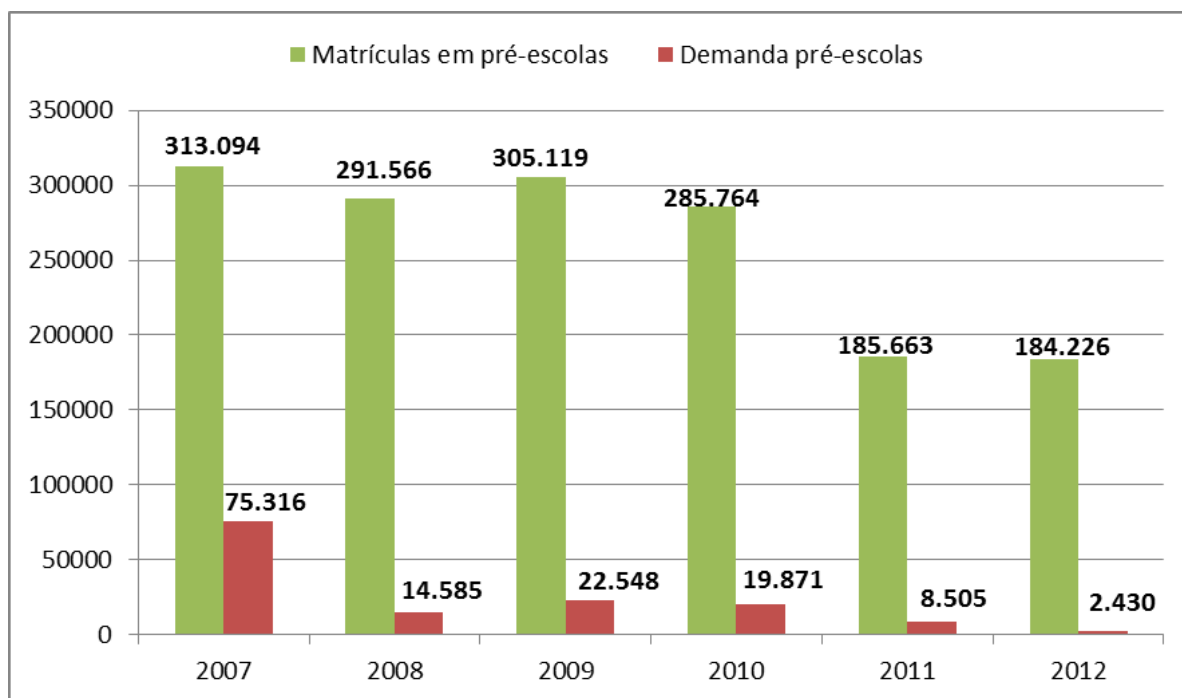


Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Infocidade e da Fundação Seade.

\* Inclui as matrículas em estabelecimentos públicos, conveniados e privados.

\*\*Inclui as matrículas na rede pública (federal, estadual e municipal) e conveniadas.

Gráfico 5 – Oferta e demanda de vagas em pré-escolas



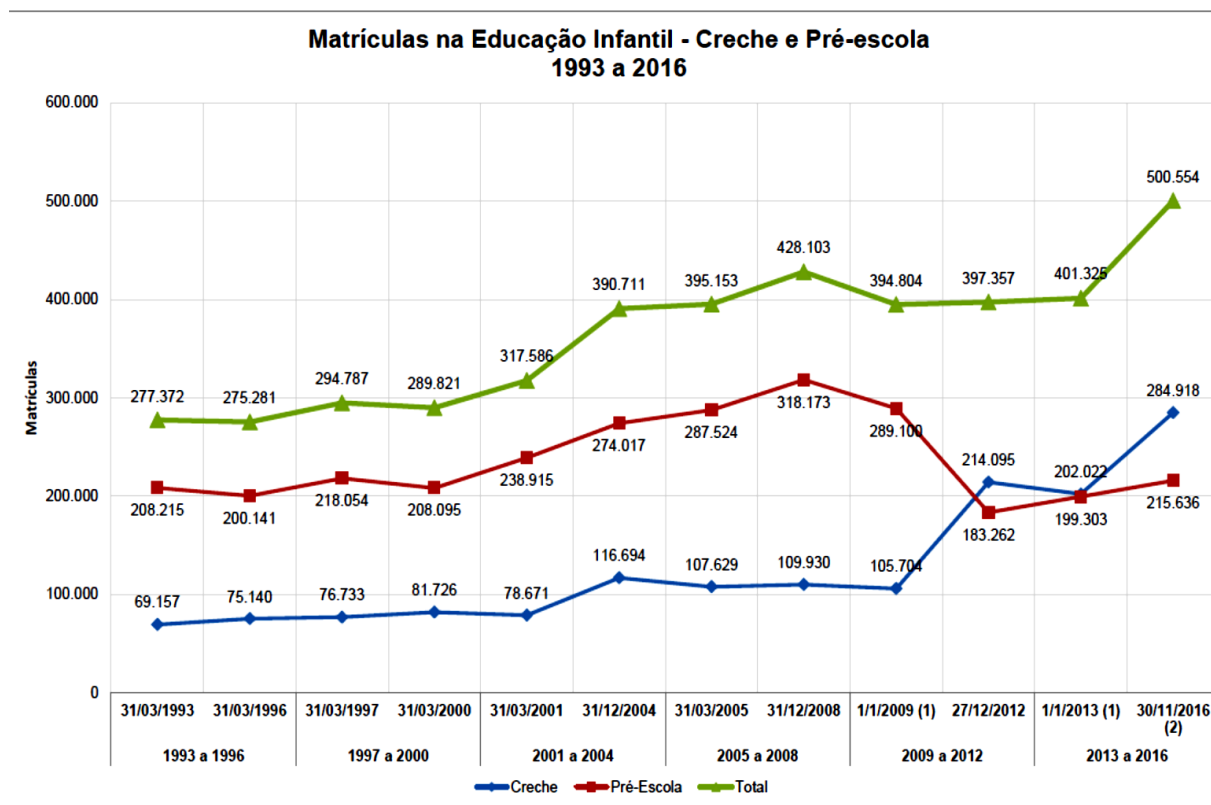
Fonte: Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Infocidade e da Fundação Seade. Inclui as matrículas na rede pública (federal, estadual e municipal) e conveniadas. Não inclui as matrículas em estabelecimento privado.

Gotti e Ximenes (2012) atribuem a maior oferta e menor demanda na pré-escola a dois fatores decorrentes da reorganização do ensino: a) a obrigatoriedade da oferta de ensino na pré-escola, independentemente de eventual cadastro, em decorrência das alterações da EC n.º 59, de 2009<sup>141</sup>; b) a redefinição da idade de ingresso no ensino fundamental, que fez com que as crianças de seis anos (que antes frequentavam a pré-escola) liberassem mais cedo suas vagas e se matriculassem no ensino fundamental (EC n.º 53, de 2006).

Ademais, a readequação na educação infantil fez com que as crianças com mais de três anos e menos de quatro anos permanecessem nas creches, o que explica o equivalente aumento de matrículas nas creches e redução da pré-escola no gráfico abaixo.

De modo geral, vale observar que a rede de ensino infantil (creches e pré-escolas) foi se ampliando lentamente, com expansões significativas em alguns períodos, conforme se observa no gráfico abaixo:

Gráfico 6 – Matrículas na rede de ensino infantil de São Paulo



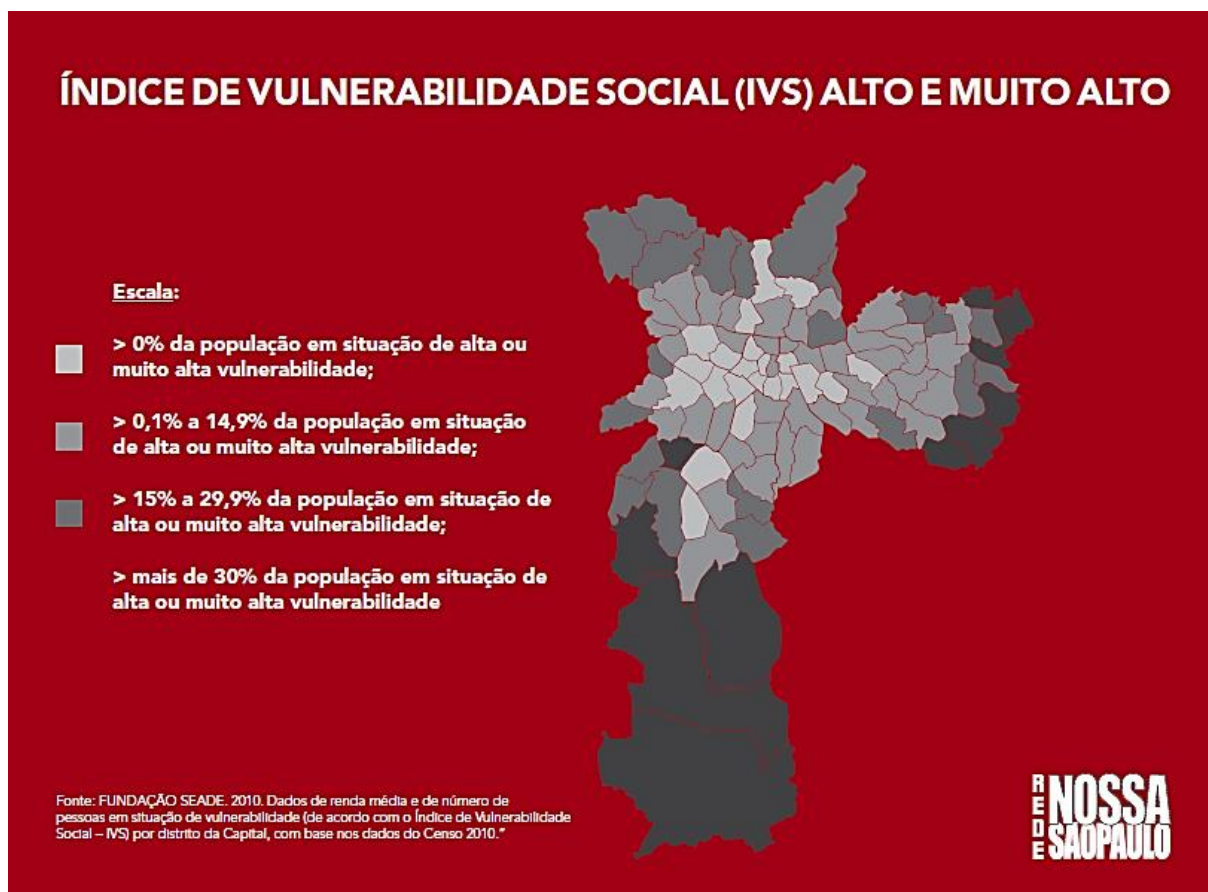
Fonte: *Diário Oficial da Cidade de São Paulo*, v. 61, n. 245, Suplemento, 30 dez. 2016.

<sup>141</sup> No entanto, em que pese a redução na demanda da pré-escola, Rizzi e Ximenes (2014) advertem que a oferta de pré-escolas em turno integral ainda é reduzida (meta 18 do PNE/01).

As considerações até aqui feitas sobre a oferta e demanda de vagas no ensino infantil esclarecem que, de fato, havia um déficit de prestação de serviço público nesse segmento quando a ação civil pública foi proposta, em 2008. Tanto em relação às creches como em relação à pré-escola<sup>142</sup>, as metas previstas no PNE/01 não foram observadas.

No entanto, analisando outros dados da cidade disponíveis (que deveriam pautar a formulação da política pública infantil, segundo a diretriz do PNE/01), é possível observar que a diretriz da vulnerabilidade social tampouco foi observada. Nesse sentido, abaixo trarei gráficos que possibilitam comparar diretamente a não observância dessa diretriz e evidenciar a negligência em relação às crianças das famílias de menor renda, situadas nas áreas de maior necessidade.

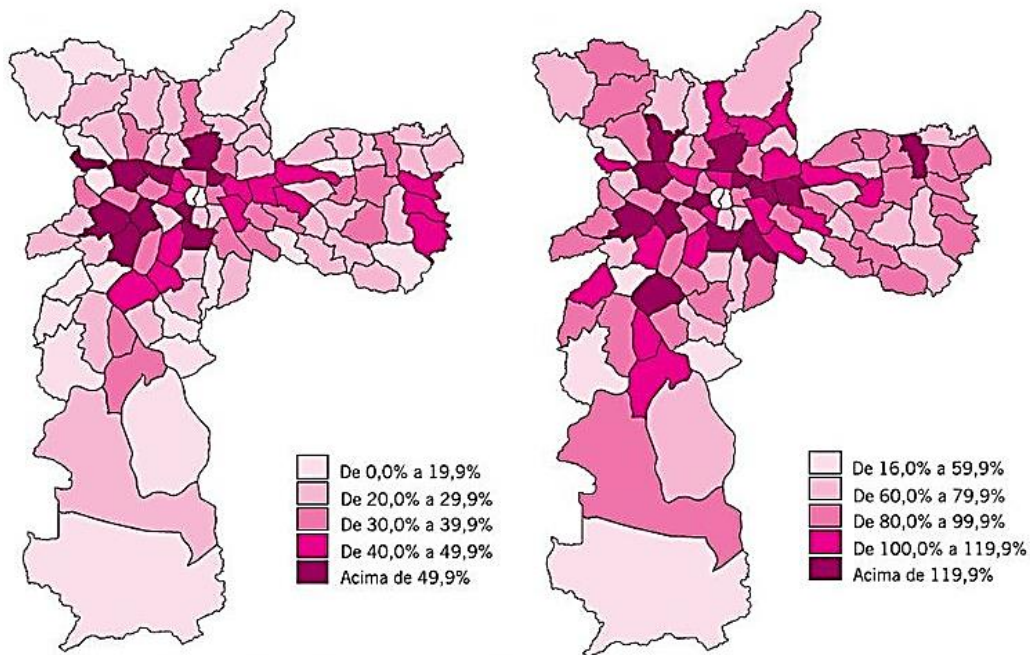
Gráfico 7– Distritos mais vulneráveis em São Paulo



Fonte: Mapa da Desigualdade 2017, Rede Nossa São Paulo.

<sup>142</sup> Em 2007, o poder público conseguiu superar o marco legal previsto no PNE/01 para a pré-escola (60% das vagas). No entanto, com a obrigatoriedade da pré-escola, a obrigação do Município passou a ser a de ampliar a rede municipal para que 100% das crianças passassem a ser atendidas.

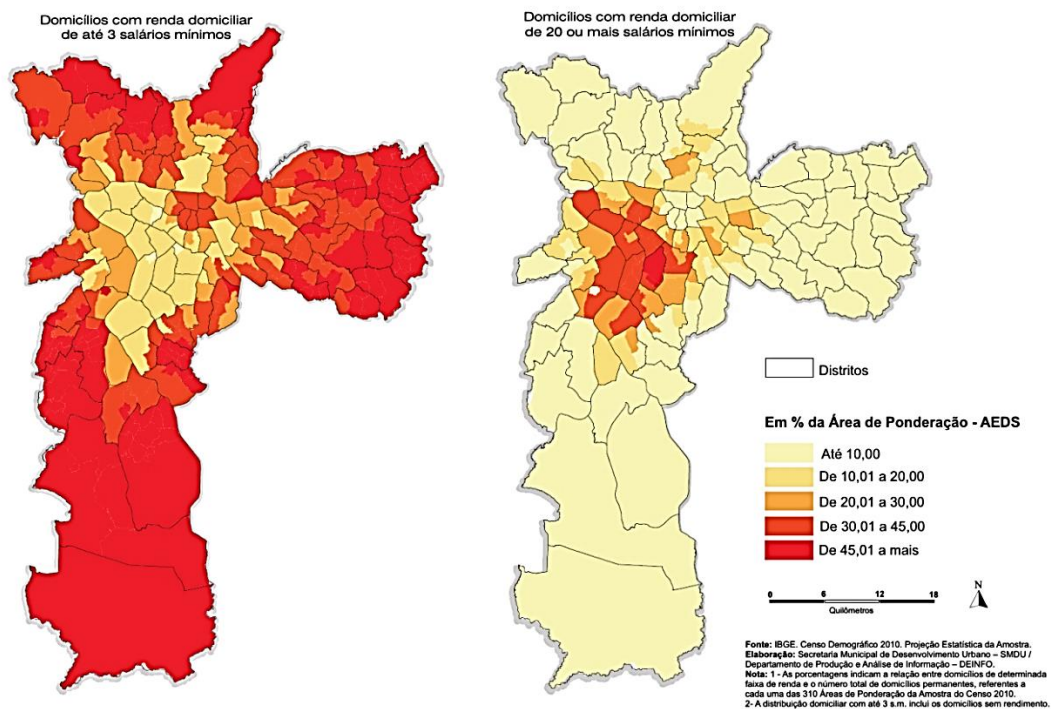
Gráfico 8 – Taxa de frequência líquida em creche (à esquerda) e na pré-escola (à direita) no ensino infantil em São Paulo em 2011



Fonte: SEADE, Sistema de Projeção Populacional, 2011; Microdados do Censo Escolar, 2011

Fonte: Ação Educativa (2013, p. 52).

Gráfico 9 – Distribuição de domicílios em São Paulo, segundo faixa de renda em 2010



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010, Projeção Estatística da Amostra. Elaboração: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU / Departamento de Produção e Análise de Informação – DEINFO. Nota: 1 - As porcentagens indicam a relação entre domicílios de determinada faixa de renda e o número total de domicílios permanentes, referentes a cada uma das 310 Áreas de Ponderação da Amostra do Censo 2010. 2 - A distribuição domiciliar com até 3 s.m. inclui os domicílios sem rendimento.

Fonte: Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano – SMDU/ Departamento de Produção e Análise de Informação – DEINFO. Notas: 1 – As porcentagens indicam a relação entre domicílios de determinada faixa de renda e o número total de domicílios permanentes, referentes a cada uma das 310 áreas de ponderação da amostra do Censo 2010. 2 – A distribuição domiciliar com até 3 s.m. inclui os domicílios sem rendimento.



Como os gráficos e tabelas acima apontam, a população mais pobre e vulnerável é coincidente com a que tem menor acesso às creches e pré-escolas, ao contrário da diretriz normativa do PNE/01.

Os dados e informações hoje disponíveis possibilitam observar uma falha na prestação de serviços educacionais infantis justamente com a população mais vulnerável. Contudo, essa transparência de dados sobre a oferta e demanda de matrículas no ensino infantil, bem como as diversas informações educacionais que hoje estão públicas no site da Prefeitura<sup>143</sup>, antes não eram divulgadas pelo poder público, o que tornava muito difícil aferir a demanda real por vagas no segmento infantil, cuja matrícula não é obrigatória aos pais<sup>144</sup>. E foi justamente por meio da exigência de mecanismos de transparência pública na prestação de serviços que a sociedade civil conseguiu embasar a falha na prestação da política pública educacional e desencadeou uma série de ações que culminaram na decisão estrutural que aqui será abordada.

Nesse sentido, em 2006, com a promulgação da Lei municipal n.º 14.124/06, a SME ficou obrigada a disponibilizar relatórios trimestrais na internet (com dados estatísticos organizados por distrito) sobre a oferta e demanda do ensino infantil na cidade. Contudo, tendo em vista a reiterada inobservância do município em relação à publicação desses dados, bem como a constante denúncia de carência de vagas em creches e pré-escolas às organizações da sociedade civil, essas entidades se articularam e criaram, em 2007, o Movimento Creche para Todos (MCT), com o intuito de lutar pela inclusão educacional de qualidade de todas as crianças em unidades de educação infantil (RIZZI; XIMENES, 2014; CORRÊA, 2014).

Junto com a Ação Educativa: Assessoria, Pesquisa e Informação (Projeto Ação na Justiça), o movimento era composto pelas seguintes instituições: Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; Casa dos Meninos<sup>145</sup>; Instituto Lidas; Fórum Jardim Irene e Associação Internacional de

---

<sup>143</sup> Em março de 2018, a Prefeitura de São Paulo disponibilizou, de forma ampla, informações sobre o ensino público e outros dados de interesse dos cidadãos sobre a cidade de São Paulo. Esses dados estão disponíveis em: <<http://dados.prefeitura.sp.gov.br/organization/educacao1>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

<sup>144</sup> A estimativa da demanda era feita por registros de mães e pais nos Conselhos Tutelares da cidade de São Paulo (GRACIANO; MARINHO; OLIVEIRA, 2006) ou por meio dos dados estatísticos fornecidos pelo IBGE e pelo Censo Educacional do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), o que também gerava imprecisão, pois os parâmetros de avaliação desses institutos não dialogavam com precisão (por exemplo, o IBGE computava o número de crianças de 0 a 4 anos. O Censo Educacional já trabalhava com a faixa etária de 0 a 3, que é correspondente à faixa etária das creches).

<sup>145</sup> Em entrevista concedida no dia 07/02/2018 (“ORTIZ, 2018”), Cisele Ortiz relatou que a ONG Casa dos Meninos promoveu uma verdadeira “busca ativa” na zona sul da cidade, indo de casa em casa para colher informações sobre o interesse em vagas no ensino infantil (produzindo, inclusive, um estudo georreferenciado sobre a carência de vagas na região).

Interesses à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene (RIZZI; XIMENES, 2014)<sup>146</sup>. Juntas, estas organizações passaram a mapear a carência de vagas na educação infantil<sup>147</sup> e a promover diversos atos de mobilizações sociais e incidências políticas na cidade de São Paulo em prol dos direitos educativos infantis, como reuniões com a SME, “[...] manifestações públicas nos arredores dos prédios da administração municipal, audiências e debates na Comissão de Educação, da Criança e do Adolescente e de Direitos Humanos da Câmara dos Vereadores de São Paulo” (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 13) (Anexo A).

O MCT buscou resolver a carência de vagas no ensino infantil por meio de petições administrativas junto à Prefeitura<sup>148</sup> (Anexo B). Contudo, sem respostas satisfatórias, passaram a judicializar a questão (RIZZI; XIMENES, 2014; CORRÊA, 2014). Assim, o MCT propôs um mandado de segurança (MS) para que o município cumprisse a Lei n.º 14.124/06, em junho de 2008 e divulgasse a demanda por creche. Sendo um ano eleitoral, o MCT somou à estratégia judicial o uso da mídia e divulgou a informação sobre o mandado de segurança por meio da assessoria de imprensa da Ação Educativa. Pressionada, a SME divulgou as informações sobre o cadastro de demandas no ensino infantil antes mesmo que a justiça se manifestasse sobre o mandado de segurança<sup>149</sup>. Segundo Rizzi e Ximenes (2014, p. 14-15),

“O efeito político esperado foi imediato. A partir da publicação dos dados, potencializados pela controvérsia pública que envolveu a ação, diferentes reportagens foram publicadas na grande mídia, visibilizando o fato de faltarem oficialmente “146.834 vagas na educação infantil” e abrindo espaço para as críticas das organizações às políticas públicas municipais. Ao tempo que os candidatos passaram a ser questionados sobre suas propostas para resolver a questão, o Movimento passou a cobrar a formulação de um plano público de expansão de vagas que fosse capaz de atender não somente a demanda oficial, mas aquela determinada pelo PNE”.

---

<sup>146</sup> O movimento foi se expandindo e ganhando adesões ao longo do tempo, como consta no “posicionamento público” de 2009 (anexo 1), em que assinam o documento (além das já mencionadas): Marcha Mundial das Mulheres; GT de Educação do Fórum para o Desenvolvimento da Zona Leste; Associação Cultural e Educativa Ética e Arte na Educação; CEERT - Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades Aliança pela Infância no Brasil; Grupo Itápolis Ação e Reintegração Social.

<sup>147</sup> Corrêa (2014, p. 73) relata que o primeiro levantamento de pais que desejavam matricular a criança e não obtinham vaga, na zona sul da cidade de São Paulo, apontou mais de mil crianças sem vagas.

<sup>148</sup> Sob a ótica do poder executivo, Corrêa (2014, p. 60-61) destaca alguns gargalos no procedimento de abertura de vagas no ensino infantil: lentidão nos processos de desapropriação de áreas para a construção de novos equipamentos ou nos procedimentos burocráticos; carência de terrenos apropriados para a construção de escolas infantis; carência de entidades qualificadas para que a PMSP possa celebrar um convênio; falta de interesse aos cargos de ensino infantil, em decorrência da baixa remuneração. Esses gargalos, sem dúvida, possibilitam compreender em parte as dificuldades que envolvem a elaboração de uma política pública. Contudo, por si só não justificam os descumprimentos normativos em relação à política de educação infantil.

<sup>149</sup> No trimestre seguinte, a Prefeitura voltou a descumprir a Lei n.º 14.124/06 e, novamente, o MCT ajuizou novo MS para que a lei fosse observada. A justiça não concedeu o pedido liminarmente. No entanto, a partir desse segundo MS, a Prefeitura se organizou e passou a disponibilizar as informações de acordo com a previsão normativa (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 15).

Com as informações de 736 crianças da zona sul da cidade que estavam aguardando uma vaga no ensino infantil, bem como com a publicação da demanda oficial pelo município, o Movimento Creche para Todos continuou pressionando o município para a expansão do ensino na cidade. No entanto, o município não apresentava nenhum planejamento ou proposta de expansão da rede para remediar a situação. À luz desse contexto, em 2008, o Movimento Creche para Todos ajuizou uma ação coletiva (Processo n.º 0150735-64.2008.8.26.0002), na Vara da Infância e Juventude do Fórum Regional de Santo Amaro, cujo pedido abrangia, além da construção de unidades de educação para atender às 736 crianças arroladas na inicial (e outras que constavam na lista de espera da Prefeitura), a apresentação de um

[...] plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) no Município de São Paulo, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei n.º 10.172/2001), a serem alcançados até 2011 [...]. (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 14).

A petição inicial destacava a carência de vagas na região sul da cidade, a não priorização das áreas mais vulneráveis da cidade, trazendo: a) gráficos (da Prefeitura sobre a zona de vulnerabilidade), tabelas (sobre a oferta e a demanda do ensino em SP) e estimativas populacionais para a região, para fundamentar a peça; b) a violação das normas educacionais previstas na CF (artigos 205 e 208, VI), na LDB (artigo 30, incisos I e II), no PNE/01 (artigo 2º e meta 1.3.1), ECA (artigo 4º, 53 e 54) e nos tratados internacionais, acentuando os problemas de qualidade do ensino e equidade de acesso; c) as omissões municipais em planejar, expandir e qualificar sua rede pública de ensino infantil; e, especialmente, d) o descumprimento dos investimentos mínimos previstos para o ensino infantil, desviando a verba inicialmente prevista para esse segmento para o cumprimento de outras obrigações, conforme constatado em parecer do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM) no Processo TC n.º: 72.000.815-08\*65.

Nesse parecer do TCM, vale destacar, entre outras questões orçamentárias, foi apontado a não aplicação de R\$ 159.166.852,00 (cento e cinquenta e nove milhões, cento e sessenta e seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais) de recursos do Fundeb, que deveriam ser aplicados durante o exercício de 2008; a quantia estimada de R\$ 215.611.087,00 (duzentos e quinze milhões, seiscentos e onze mil e oitenta e sete reais) que faltou para completar o mínimo necessário dos 25% da receita de arrecadação de impostos a serem investidos pelo município na manutenção e desenvolvimento do ensino, bem como a baixa execução dos programas

voltados à construção de novos equipamentos de educação infantil, em total inobservância do plano plurianual do município. A petição inicial explorou esses aspectos do parecer do TCM, salientando que havia um problema de gestão na oferta de ensino infantil e na não estruturação de um planejamento dessa política pública.

Ao analisar o pedido, a magistrada entendeu pela “impossibilidade jurídica do pedido” e extinguiu a ação sem julgamento de mérito. Rizzi e Ximenes (2014) relatam que, após a apelação, onde foi reconhecida a possibilidade de promover a referida ação judicial, a ação regressou à primeira instância em 2010. No entanto, em 2012, foi julgada improcedente em seu mérito por ter a magistrada entendido haver discricionariedade do poder executivo na questão. Os autores apelaram novamente, insistindo que o município de São Paulo fosse condenado a “[...] a apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender, com garantia de qualidade, toda a demanda oficialmente cadastrada” (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 14).

Além desta ação judicial de 2008, Rizzi e Ximenes (2014) apontam que, em 2010, uma nova ação coletiva foi proposta pelo Movimento Creche para Todos, na Vara da Infância e Juventude do Fórum Regional do Jabaquara (Processo nº 0018645-21.2010.8.26.0003, em 2010). Nessa ação, além de pleitear vagas às crianças arroladas e àquelas que constavam em listas oficiais da Prefeitura ou em listas de outras instituições, houve a solicitação de que a Prefeitura apresentasse um plano de expansão da política de educação infantil, observando parâmetros de qualidade do PNE/01, bem como que fosse incluída “rubrica específica na Proposta de Lei Orçamentária Anual e em Plano Plurianual para os exercícios subsequentes ao julgamento da ação, com valores suficientes para assegurar a realização do plano” (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 15). A decisão determinou a concessão de vagas às crianças que estavam arroladas na inicial, mas julgou improcedentes o pedido coletivo de expansão da política pública (por entendê-lo genérico) e o de inclusão na rubrica orçamentária da PMSP (por julgar que seria uma ingerência indevida do judiciário na administração pública). As entidades foram, inclusive, condenadas a pagar custas nessa ação de Jabaquara. Em sede de apelação, a multa foi excluída, mas a improcedência foi mantida em relação ao pedido coletivo e de inclusão na rubrica orçamentária. Houve a interposição de agravo regimental.

As considerações que foram trazidas sobre a política de educação infantil na cidade de São Paulo possibilitam afirmar que o caso prático abordado pode se configurar em uma situação de bloqueio institucional e violação normativa, como apontado por Sabel e Simon. Alguns elementos corroboram para demonstrar essa situação:

- a) a violação orgânica das normas educacionais: não apenas no âmbito constitucional, por meio do artigo 208, inciso IV (fornecimento insuficiente de vagas às crianças na creche e em pré-escola), do artigo 212 (aplicação indevida da verba educacional, assinalada pelo TCM) e do *caput* do art. 214 (inobservância do planejamento e sistematização do ensino); como também infraconstitucional (em especial as metas e prazos do PNE/01 apontadas na inicial);
- b) a evidência de que o grupo econômico e socialmente mais vulnerável na cidade (pais e alunos das regiões mais pobres) não conseguia, pela via política, mobilizar os poderes eleitos para que a política pública educacional pudesse abrangê-lo;
- c) a falta de um planejamento que respaldasse a proposta do poder público em modificar a expansão desordenada da oferta de vagas no ensino infantil (muitas vezes atuando apenas de modo responsivo ao elevado número de ações individuais movidas pela Defensoria Pública do Estado (DPE), pelas ações coletivas ou pelos termos de ajustamento de conduta celebrados com o Ministério Público Estadual (MPE).

Ao trazer elementos que evidenciavam as falhas na prestação de serviços educacionais a populações mais vulneráveis, como também a ausência de um planejamento que viabilizasse a alteração desse panorama, a ação coletiva movida pelo Movimento Creche para Todos apontava a desconsideração de critérios públicos de distribuição de bens coletivos: o serviço estatal era prestado de forma aleatória, excluindo justamente a população mais vulnerável da distribuição de bens comuns ofertada aos demais municípios.

Em sua perspectiva deontológica procedimental, a noção de indivisibilidade do bem público traduz-se na universalidade da política pública, destinada a todos que se encontram na situação que a política pública visa atingir. Uma política pública de prestação de serviços deve ser acessível aos seus destinatários. Se, de antemão, em abstrato, determinado grupo se encontra “estruturalmente excluído” de um serviço público que deveria prestado de forma universal, há aqui um problema. Tanto o princípio da igualdade formal (*caput* do artigo 5,º da CF), quanto a ideia de justiça distributiva<sup>150</sup>, implicam que uma política pública não seja operada de forma arbitrária e sem critérios, concedendo bens públicos de forma diferenciada aos cidadãos. Exceto quando se está diante de uma situação específica, em que o tratamento diferenciado se justifica (como é o caso das ações afirmativas para minorias, por exemplo), a regra é que a política pública seja de prestação universal, sem excluir grupos dessa distribuição.

---

<sup>150</sup> Lopes (2006, 127) aponta que o conceito de justiça distributiva imputa a ideia de proporção, medida ou o *quantum* devido a cada um na repartição de bens comuns feita pelo Estado por meio de suas políticas públicas.

No entanto, no caso de escassez, a distribuição do acesso à política educacional, conta com um critério expresso: a diretriz é que se priorize o grupo mais vulnerável. E, conforme se observa nos gráficos apresentados, a política pública educacional destinada a população infantil era falha nesse sentido.

Assim, a inexistência de um planejamento transparente para a expansão da política pública de ensino infantil; a falta de estrutura para a realização dessa política nas áreas mais vulneráveis da cidade; a desconsideração das orientações normativas vigentes; a indevida aplicação de recursos públicos para o segmento infantil, enfim, todos esses elementos evidenciavam que a política de ensino infantil estava sendo ofertada sem critérios, gerando um tratamento desigual entre os cidadãos. E a ausência de critérios e de planejamento para a política pública tornava inviável qualquer possibilidade de mudança, perpetuando a exclusão dos mais vulneráveis.

Desse modo, a inobservância dos critérios de distribuição dos bens públicos reforça a demonstração de um bloqueio institucional e a violação de normas públicas, fornecendo uma justificativa racional que, à luz da ideia de justiça distributiva, parece autorizar uma intervenção na política pública educacional, a despeito de o magistrado não ter sido eleito, pois é inaceitável que o poder público opere tratando desigualmente seus cidadãos, mantendo estruturalmente um ciclo de exclusão social. E, mais que isto. As previsões normativas deveriam ser levadas em conta no planejamento e execução governamental. Elas são uma métrica para a alocação dos recursos públicos e não podem ser ignoradas pelos representantes eleitos, por mais que eles tenham discricionariedade para decidir sobre os investimentos públicos e as decisões orçamentárias sejam contingentes.

No entanto, como foi apontado no terceiro capítulo, a jurisdição brasileira não tem em sua estrutura institucional mecanismos e hábitos culturais que possibilitem a apreciação e o julgamento de questões distributivas. E, tal como foi mencionado na introdução do trabalho, essa ausência de conceitos operacionais e ferramentas distributivas no campo jurisdicional faz com que os julgadores utilizem suas molduras comutativas para julgar a questão, impedindo que a inteligibilidade distributiva possa operar e auxiliar na tomada de decisão.

Nesse entendimento, é preciso esclarecer como se operou essa mudança da chave interpretativa no presente caso, viabilizando uma abordagem estrutural dessa ação civil pública.

## 4.2 A DESESTABILIZAÇÃO INSTITUCIONAL

No âmbito da política pública de educação infantil, em que pese a pressão política dos movimentos sociais e da grande mídia (RIZZI; XIMENES, 2014), bem como as inúmeras ações judiciais movidas, é possível afirmar que o segmento infantil continuava invisível<sup>151</sup>, com pequena expansão ao longo dos anos<sup>152</sup>, como demonstra o gráfico 6.

Além disso, a estruturação de um planejamento, com atenção às áreas de maior vulnerabilidade tampouco ocorreu (seis distritos com altos índices de população em alta vulnerabilidade estão entre os que têm as maiores médias de tempo de espera em creches e pré-escolas), conforme tabela abaixo.

Tabela 1 – Média de tempo de espera (em dias) no ensino infantil no ano de 2013

Posição	Distrito	Zona	Média Geral	Índice de vulnerabilidade alta ou muito alta
1°	Cidade Ademar	Sul	211	<b>15% a 29% da população</b>
2°	Água Rasa	Leste	201	0% da população
3°	Jardim Paulista	Sul	194	0% da população
4°	Pedreira	Sul	191	<b>15% a 29% da população</b>
5°	Capão redondo	Sul	187	<b>15% a 29% da população</b>
6°	Sé	Central	188	0,1% a 14,9% da população
7°	Jardim Ângela	Sul	185	<b>Mais de 30% da população</b>
8°	Vila Andrade	Sul	182	<b>Mais de 30% da população</b>
9°	Liberdade	Central	181	0% da população
10°	Jaguará	Oeste	178	<b>15% a 29% da população</b>

Fonte: Mapa da desigualdade 2017 e SME.

Desse modo, paralelamente a atuação da sociedade civil organizada, outras instituições continuavam a propor ações para a exigibilidade da educação infantil na cidade de São Paulo (RIZZI; XIMENES, 2014; CORRÊA, 2014).

O MPE já vinha pressionando a Prefeitura desde a década de 1990 a expandir o ensino público infantil na cidade de São Paulo, seja por meio de ações civis públicas de interesses individuais homogêneos, por meio da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)

<sup>151</sup> Cisele Ortiz, representante do Grupo de Trabalho da Rede Nossa São Paulo, sustenta que a educação infantil é um tema tratado com grande invisibilidade na Câmara de Vereadores de São Paulo, sendo muitos os projetos de lei que não observam questões educativas relevantes ou de formação dos seres humanos que serão destinatários da política ofertada (ORTIZ, 2018).

<sup>152</sup> É importante ressaltar, para que não haja equívocos. A “expansão” na oferta de creches na segunda gestão de Gilberto Kassab (2009-2012), em que pese registrar um elevado crescimento no número de matrículas em creches, não significou uma efetiva expansão de vagas no período, sendo somente uma readequação da educação infantil, o que fez com que as crianças com mais de três anos e até os quatro anos permanecessem nas creches (aproximadamente, cem mil matrículas de “pré-escola” se transformaram administrativamente em matrículas de creches).

ou pela simples abertura de um inquérito civil, como apontado na introdução da tese. Entre 2005 a 2008, o MPE assinou reiterados TACs com a Prefeitura de São Paulo para que fossem criadas 15 mil vagas na rede de ensino infantil, como relatam Rizzi e Ximenes (2014). Contudo, como a administração pública se recusava a se comprometer com critérios qualitativos na oferta de ensino, os TACs deixaram de ser assinados em 2009 e novas ações civis públicas voltaram a ser propostas pelo MPE<sup>153</sup>.

Também a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, criada em 2006, judicializava sistematicamente o direito à educação infantil, interpondo entre 120 (RIZZI; XIMENES, 2014) e 70 ações judiciais individuais (CORRÊA, 2014) por dia.

Em 2012, com o intuito de pensar possibilidades estratégicas alternativas para a situação da demanda latente do ensino infantil na cidade de São Paulo e buscar uma tática para pressionar o poder público a fornecê-lo com qualidade, Dr. Rubens Naves convidou a Dra. Alessandra Gotti para um diálogo junto com a Ação Educativa. A Ação Educativa convidou outros atores-parceiros, com quem já atuava e tinha contato, para discutirem conjuntamente as questões do ensino público infantil em São Paulo (RIZZI; XIMENES, 2014; CORRÊA, 2014; GOTTI, 2016<sup>154</sup>).

Assim, foi organizado, informalmente, o Grupo de trabalho interinstitucional de educação infantil (GTIEI), formado por especialistas, membros do poder público e associações da sociedade civil (a ONG Ação Educativa, representada por Dr. Salomão Ximenes e Dra. Ester Rizzi; o Escritório Rubens Naves, Santos Júnior e Hesketh Escritórios Associados de Advocacia, representado por Dr. Rubens Naves e Dra. Alessandra Gotti; o GEDUC/MPE, representado por Dr. João Paulo Faustinoni e Silva; a DPE, representada por Dr. Luis Raskovski, Dr. Peter Schweikert e Dr. Alvimar de Almeida; e o Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo, representado pela educadora e psicóloga Dra. Cisele Ortiz) (RIZZI; XIMENES, 2014, p. 17; ORTIZ, 2018).

Constatando que já havia uma elevada propositura de ações individuais e coletivas requerendo acesso ao ensino infantil no judiciário, Dra. Alessandra Gotti sugere ao GTIEI a propositura de um litígio estratégico estrutural, tal como já realizado em experiências internacionais, para que fosse feita uma ampla intervenção na política pública. O grupo fica reticente em relação a essa possibilidade (GOTTI, 2016).

---

<sup>153</sup> Corrêa (2014, p. 71) destaca que a temática educacional ganhou espaço no âmbito do MPE, com a criação do Grupo Especial de Atuação em Educação do Ministério Público (GEDUC) e do Centro de Apoio à Educação, para tratar de forma específica esse tema e fortalecer a atuação nesse segmento.

<sup>154</sup> Entrevista concedida por Alessandra Gotti no dia 13 de outubro de 2016.



Para aprofundar os conhecimentos sobre essa estratégia alternativa e melhor esclarecer os seus propósitos, Dr. Salomão Ximenes e Dra. Alessandra Gotti decidem elaborar um parecer sobre o tema. Nesse parecer, os autores contextualizam o déficit de vagas no segmento infantil no município de São Paulo. Apontam que o padrão de litigância individual é insuficiente, ineficiente e injusto, pois não provoca alterações na política pública educacional e, desse modo, propõem a possibilidade de resolução do conflito por meio de uma estratégia diferente: o litígio estrutural. Gotti e Ximenes (2012), ao contextualizarem as deficiências na política educacional ofertada pelo município, ressaltam alguns problemas críticos constatados em pareceres do TCM, como a expansão de vagas em creches por meio da contratação de redes conveniadas, sem supervisão técnico-pedagógica ou critérios qualitativos; o investimento insuficiente do município, abaixo do mínimo previsto constitucionalmente<sup>155</sup>; ou, ainda, o descumprimento do plano plurianual (PPA 2006-2009) que estabelecia um planejamento de expansão das unidades de educação infantil (GOTTI; XIMENES, 2012, p. 8) (GOTTI, 2016).

Em novembro de 2012, foi organizada uma oficina temática com o GTIEI, promotores e defensores para criar um arcabouço mais sólido sobre o litígio estratégico, discutir a política pública educacional, o orçamento, as estratégias alternativas de exigibilidade e o padrão decisório do TJSP (GOTTI, 2016; CORRÊA, 2014, p. 95). E, em 2013, tendo em vista que uma nova gestão política assumiu a Prefeitura Municipal de São Paulo (PMSP), o GTIEI decidiu fazer uma interlocução com a SME da nova gestão executiva para sensibilizar sobre a questão do déficit crescente de vagas no ensino infantil, em especial as creches (GOTTI, 2016; CORRÊA, 2014, p. 95).

A nova gestão política eleita tinha como prefeito Fernando Haddad (Haddad), ex-ministro do Ministério da Educação. Havia uma expectativa de que se desse especial atenção à temática educacional (GOTTI, 2016). E, de fato, essa expectativa se confirmou. O Programa de Metas da PMSP da gestão 2013 – 2016 (Programa de Metas), em sua versão participativa, buscou alinhar os compromissos da gestão às sugestões da população (PMSP, 2013)<sup>156</sup>. E, desse modo, previa quatro metas especificamente voltadas à educação infantil. A educação foi prevista no plano como o segundo objetivo estratégico: “Melhorar a qualidade da Educação e ampliar o acesso à Educação Infantil com a expansão da rede de equipamentos e a criação de

---

<sup>155</sup> Gotti e Ximenes (2012, p. 8) relatam que “[...] o Município aplicou apenas 24,12% em 2010 (TC 72.000.923/11-24) e 23,55% em 2007 (TC n.º 72.002.112 815.08-56)”.

<sup>156</sup> O Programa de Metas foi apresentado à população após a realização de 35 audiências públicas realizadas em abril de 2013. Os três eixos temáticos “compromisso com os direitos sociais e civis; desenvolvimento econômico sustentável com redução das desigualdades e gestão descentralizada, participativa e transparente” foram subdivididos em 20 objetivos estratégicos e 123 metas, em atenção às sugestões mais votadas pela população. Os dez temas mais demandados foram: saúde, mobilidade, educação, moradia, meio ambiente, zeladoria urbana, cultura, esporte e lazer, segurança e desenvolvimento econômico.

150 mil novas vagas” (sendo 105 mil vagas para creches e 45 mil para a pré-escola). Esse objetivo era composto por seis metas, sendo que quatro delas eram diretamente voltadas à expansão do segmento infantil, conforme abaixo se observa:

Tabela 2 – Metas

Meta	Descrição	O que vai ser entregue?	Custo orçado (R\$)	Cronograma
16	Ampliar a Rede CEU em 20 unidades, expandindo a oferta de vagas para a educação infantil.	20 unidades da Rede CEU implantadas	620.000.000,00	1 CEU em 2013/2014 e 19 CEUS em 2015/2016
17	Obter terrenos, projetar, licitar, licenciar, garantir a fonte de financiamento e construir 243 Centros de Educação Infantil (CEI).	243 CEIs implantados	1.280.547.630,00	31 creches em 2013/2014 e 212 em 2015/2016 <sup>157</sup>
18	Construir 65 Escolas Municipais de Educação Infantil (EMEIs) e um Centro Municipal de Educação Infantil (CEMEI)	65 EMEIs e 1 CEMEI implantados	295.714.464,00	18 EMEIs em e 2013/2014 e 47 EMEIs e 1 CEMEI em 2015/2016 <sup>158</sup>
19	Expandir a oferta de vagas para educação infantil por meio da rede conveniada e outras modalidades de parcerias	52 mil novas vagas para educação infantil na rede conveniada e parcerias	306.263.135,00 (custo anual)	22 mil vagas em 2013/2014 e 30 mil vagas em 2015/2016 para a creche e pré-escola

Fonte: Programa de Metas da Gestão 2013-2016.

O Programa de Metas (2013-2016) foi atrelado ao Plano Plurianual 2014-2017, com o intuito de viabilizar a sua concretização. Além disso, para realizar as metas previstas no Plano, a PMSP estava contando com o estabelecimento de parcerias com os Governos Estadual e Federal (Programa Brasil Carinhoso), bem como acordos e parcerias com empresas privadas (em observância ao estabelecido no artigo 389 § 2º da CLT), além dos recursos arrecadados pelo município, conforme expresso no programa.

Por uma coincidência, em abril de 2013, as duas ações acima mencionadas (movidas pelo Movimento Creche para Todos) foram pautadas para julgamento no TJSP: a apelação (da ACP de Santo Amaro, de 2008) e o agravo regimental (da ACP de Jabaquara, de 2010). O GTIEI, que já estava há algum tempo amadurecendo a proposta de mover uma ação coletiva estrutural, percebeu nesses recursos uma possibilidade de intervenção estrutural, pois os pedidos, conforme acima mencionados, já solicitavam a organização de um planejamento na política pública de expansão do ensino infantil (GOTTI, 2016).

<sup>157</sup> Serão criadas 53 mil novas vagas para creches.

<sup>158</sup> Serão criadas 30 mil novas vagas para creches e pré-escolas.

No entanto, o próprio GTIEI não estava com muita expectativa sobre esses recursos, pois o desembargador relator dos dois recursos, Dr. Samuel Alves Jr., já havia se manifestado monocraticamente sobre o agravo regimental, negando o seguimento da ação de Jabaquara por entender que o pedido era genérico (GOTTI, 2016).

No intuito de sensibilizá-lo para o problema coletivo da política de educação infantil, Dra. Alessandra Gotti e Dra. Ester Rizzi elaboraram um memorial e foram conversar com o Dr. Samuel Alves Júnior. O desembargador as recebeu e afirmou que entendia que os pedidos eram genéricos. Dra. Alessandra e Dra. Ester, então, sustentaram que

[...] não se trata de pedido genérico, mas do princípio da legalidade. O que se pretende nesta ação não é que o judiciário faça um plano de expansão. [...] O pedido é [...] apresentar o plano de expansão para atender toda demanda e analisar se o recurso, o orçamento destinado, possibilita que toda a demanda seja atendida. [...] já haviam várias ações transitadas em julgado, que essas ações acabavam sendo ineficazes [...] e as decisões do judiciário não eram cumpridas [...] e que se não partisse do judiciário exigir que o executivo apresentasse um plano, essa situação jamais iria ser mudada. (GOTTI, 2016).

Dra. Alessandra e Dra. Ester salientaram que havia base jurídica para o pedido elaborado nas ações interpostas, pois o artigo 214 da Constituição Federal e o PNE/01 preveem a instituição de um plano em todas as instâncias, não apenas no nível federal, mas também no nível municipal, e isto não estava sendo observado (GOTTI, 2016).

A partir das considerações feitas pela Dra. Ester e pela Dra. Alessandra, o desembargador relator mudou o seu entendimento sobre o caso e converteu o julgamento dos dois recursos em diligências, para uma conciliação em segundo grau (GOTTI, 2016)<sup>159</sup>.

No entanto, entendendo que a questão era mais ampla (extrapolando o interesse das partes envolvidas) e que a conciliação apenas com a Prefeitura não seria suficiente (RIZZI; XIMENES, 2014), Dra. Alessandra e Dra. Ester voltaram ao TJSP para solicitar ao relator a realização de uma audiência pública, com oitiva de especialistas, demais pastas da Prefeitura e outros interessados. Esse pedido foi um problema, pois não havia nenhuma previsão nesse sentido no regimento interno do TJSP (GOTTI, 2016).

Com base no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, Dr. Samuel Alves Jr. levou a solicitação de audiência pública à Câmara Especial do TJSP e o pedido foi aprovado. Dra. Alessandra Gotti narrou que o GTIEI fez um intenso trabalho de mobilização, onde foi decidido que seria feita uma coletiva de imprensa, antes da audiência pública, para mobilizar a

---

<sup>159</sup> Em [http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?\\_docname=2393179.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?_docname=2393179.PDF) pode ser acessada essa decisão.

população e sociedade civil organizada sobre essa ação. Nesta coletiva foi apresentado um documento com 10 pontos para um plano de expansão com qualidade. Esse documento pautou os debates da audiência pública que aconteceu nos dias 29 e 30 de agosto de 2013 (GOTTI, 2016). A audiência pública contou com a participação do Procurador Geral do Município, do Secretário Municipal de Educação, de especialistas de diversas áreas (em educação infantil; em direitos sociais; em orçamento; em questões processuais, entre outros), membros dos Conselhos Tutelares, entidades da sociedade civil, pais e mães, vereadores e demais interessados (CORRÊA, 2014, p. 87).

Após a realização da audiência pública, o GTIEI fez diversas reuniões com a PMSP para tentar uma conciliação (GOTTI, 2016). Contudo, a conciliação não foi possível por duas questões: a Prefeitura não quis se comprometer em juízo com o número de vagas previsto no compromisso político do programa de metas (propôs a abertura de 40 mil vagas)<sup>160</sup> e nem com os parâmetros de qualidade nacionais previstos no Conselho Nacional de Educação (CNE) (GOTTI, 2016; SOUZA, 2013b).

No dia 02 de dezembro de 2013, foi julgado o agravo de instrumento da ACP de Jabaquara<sup>161</sup>. Nessa ação, houve provimento parcial do recurso, condenando a PMSP a ampliar a oferta de vagas em creches e pré-escolas no Jabaquara de modo a atender a toda a demanda da região (50% da demanda deveria ser implementada em 18 meses e 50% até o final de 2016). O pedido de incluir na proposta orçamentária anual e no plano plurianual rubrica específica para o atendimento de toda a demanda da jurisdição de Jabaquara foi indeferido, pois se entendeu ser desnecessária essa previsão. No entanto, tendo em vista que houve recursos não aplicados em gestões anteriores e o Programa de Metas da gestão Haddad propunha uma expansão de 150 mil vagas no ensino infantil, os desembargadores presumiram que a expansão prevista no programa de metas estava embasada em um planejamento prévio de verbas que subsidiassem o seu cumprimento, o que tornaria viável a expansão de toda a demanda de creche e pré-escolas da região do Jabaquara. Assim, foi determinada a prestação de contas bimestrais à coordenadoria da infância e juventude do TJSP (CIJ/TJSP), bem como o acompanhamento por um comitê de monitoramento. Houve um voto divergente, que entendeu que os autores não pleitearam na inicial a implementação das vagas na forma como foi julgado e que, portanto, em

---

<sup>160</sup> Em entrevista concedida no dia 20 de abril de 2017, Vera Masagão Ribeiro, da Ação Educativa, destacou que a oferta de vagas aquém do previsto no plano de metas foi uma afronta ao compromisso político-jurídico assumido pela PMSP (150 mil vagas).

<sup>161</sup> Em que pese haver uma continência entre a ação de Jabaquara e a ação de Santo Amaro, as ações foram julgadas separadamente.

atenção ao princípio da correlação entre o pedido e a decisão, deu provimento ao agravo para cumprir com as obrigações de expansão de vagas tal como foi solicitado na inicial.

No dia 16 de dezembro de 2013, foi julgada a ACP de Santo Amaro<sup>162</sup>, condenando a Prefeitura a criar, no mínimo, 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas, em número suficiente para atender toda a demanda cadastrada na cidade de São Paulo, sendo 50% no prazo de 18 meses e o restante até o final de 2016, observando os padrões de qualidade do Conselho Nacional de Educação, bem como incluindo na proposta orçamentária o aporte de verbas necessário para a ampliação da rede de ensino infantil. O acórdão determinou um prazo de 60 dias para que a PMSP apresentasse um plano de criação de expansão das vagas no município e, semestralmente, a PMSP apresentasse relatórios à CIJ/TJSP e a um comitê de acompanhamento, que informariam a Câmara Especial sobre o andamento da execução. Estabeleceu, ainda, que, semestralmente, houvesse reunião entre a CIJ/TJSP, o comitê de assessoramento e a SME. Não houve a fixação de multa ou o bloqueio de verbas, dado que foi estabelecida a prestação de informações semestrais, mas o relator expressamente observou que essas medidas podem vir a ser tomadas, caso a PMSP não cumpra a decisão.

O julgamento das ações pelo TJSP foi inovador: admitiu o uso de mecanismos que pudessem reconfigurar o engessamento tradicional da moldura bipolar, abrindo novas possibilidades institucionais para se lidar com os direitos sociais. Por meio de princípios gerais, os desembargadores admitiram ferramentas que não só viabilizaram ampliar a cognição sobre o problema estrutural como também asseguraram flexibilidade para a sua implementação.

Nesse sentido, a realização de uma audiência pública com a participação de especialistas, usuários da política pública educacional e outros interessados, possibilitou ao TJSP uma maior compreensão sobre os diversos ângulos dos problemas na política educacional fornecida. Ao impor obrigações de: criar 150 mil novas vagas em creches e pré-escolas; apresentar um plano para a expansão das vagas; inserir na proposta orçamentária verba para a ampliação da rede de ensino infantil; e estabelecer prazos diferidos para o cumprimento da obrigação, os desembargadores afastaram alguns conceitos operacionais tradicionais (como os princípios jurisdicionais da demanda e da congruência<sup>163</sup>, por exemplo) e asseguraram possibilidades para a acomodação de contingências, viabilizando a operabilidade do conflito distributivo. A obrigação de apresentar relatórios semestrais; o estabelecimento de um comitê

---

<sup>162</sup> Esse acórdão pode ser acessado em: <https://pgppij.files.wordpress.com/2015/09/decisc3a3o-tjsp-educacao-infantil.pdf>.

<sup>163</sup> Esse ponto, inclusive, foi objeto de reflexão de um dos desembargadores no acórdão da ACP de Jabaquara, acima mencionada.

de monitoramento e a não imposição de multas ou o bloqueio de verbas orçamentárias romperam com uma visão dicotômica do processo, possibilitando a rediscussão de certas obrigações, por meio de um contínuo diálogo entre as partes. Aliás, a própria ideia de “partes” aqui foi reconfigurada, sendo ampliada a participação de outros atores por meio da audiência pública e do comitê de monitoramento, conforme será abordado.

Desse modo, é possível afirmar que o acórdão retrata uma tentativa de readequar a moldura jurisdicional bipolar às exigências distributivas das normas de direitos sociais, superando as limitações de princípios e ferramentas previstos em nosso ordenamento. E essa é uma transição é importante porque, ao possibilitar o estabelecimento desses novos conceitos operacionais em nossa jurisdição, cria-se um novo campo de possibilidades para os direitos sociais, viabilizando que os desafios junto às questões distributivas tornem-se mais inteligíveis e operáveis no campo do direito.

Sob a perspectiva de um processo estrutural dialogal, proposta por Sabel e Simon, é possível afirmar que a desestabilização institucional, no presente caso, deu-se de forma impositiva de “cima para baixo”, determinando a abertura de 150 mil novas vagas nos prazos fixados pelo TJSP (ainda que esse número de vagas tenha sido expressamente previsto pela própria PMSP em seu Programa de Metas). O remédio teve um caráter “bilateral”, impelindo a Prefeitura a uma obrigação, sem avaliar, em um panorama mais amplo, as possíveis contingências para o seu cumprimento.

No entanto, é preciso ponderar aqui sobre alguns pontos. Após as audiências públicas dos dias 29 e 30 de agosto de 2013, a PMSP e o GTIEI fizeram diversas reuniões na tentativa de fechar um acordo, mas não conseguiram chegar a uma proposição. A falta de cultura e mecanismos institucionais para lidar com questões distributivas inviabilizou que outras formas de abordar a questão fossem tentadas, como a convocação de um *special master* para mediar um acordo entre as partes, por exemplo.

A proposta de desestabilização institucional de Sabel e Simon é que a condenação judicial provoque diversos efeitos entre as partes (“véu, status quo, deliberação, publicidade, partes interessadas e teia”), estimulando-as a negociar para chegar a um acordo sobre metas, prazos e etapas de reavaliação da situação. Para que a desestabilização opere seus efeitos é preciso que seja crível a possibilidade de uma condenação estrutural. Contudo, a jurisprudência até então consolidada no TJSP não admitia a intervenção estrutural das cortes, seja porque entendia como “impossível” o pedido coletivo que atinge a estrutura de uma política pública; ou mesmo porque entendia ser uma discricionariedade do executivo, não cabendo intervenção nessa questão.

Desse modo, acredito que a falta de hábito e de aparelhamento do TJSP para lidar com as questões distributivas possam ter desestimulado uma desestabilização mais dialogal, impondo uma decisão do tipo “comando-controle”, mais próxima da moldura institucional bilateral.

No entanto, ainda que imposta “de cima para baixo” e operada a partir da lógica bilateral (por meio do reconhecimento de direitos subjetivos), o acórdão do TJSP trouxe elementos que evidenciaram um bloqueio institucional (a falta de um planejamento do poder público em modificar a expansão desordenada da oferta de vagas no ensino infantil; a inviabilidade de acesso da população mais vulnerável e a aplicação indevida da verba educacional apontada pelo TCM) e possibilitaram a desestabilização institucional da SME. Desse modo, entendo que esses acórdãos representam um avanço, abrindo caminhos para que um enfrentamento coletivo do direito social possa ser operado por meio de um processo estrutural.

Em fevereiro de 2014, os acórdãos foram publicados e a Prefeitura interpôs embargos de declaração, iniciando um movimento duplo: ao mesmo tempo em que, formalmente, recorria das condenações coletivas<sup>164</sup>, começou a discutir com a CIJ/TJSP e o comitê de monitoramento informal o cumprimento das decisões, inaugurando uma fase dialogal “pré-executória” (GOTTI, 2016; SILVA, 2018<sup>165</sup>).

Será que a estrutura dialogal da implementação da decisão, por meio de um comitê de assessoramento, viabilizará que as constrições apontadas pela capacidade institucional possam ser contornadas? Abaixo abordarei alguns encaminhamentos da implementação dessa decisão estrutural (que ainda está em curso).

---

<sup>164</sup> Em síntese, os embargos foram julgados improcedentes (em junho o da ACP de Jabaquara e em agosto o da ACP de Santo Amaro, respectivamente). A PMSP interpôs recursos especial (REsp) e extraordinário (RE) em ambos os processos. Em maio de 2015 foi concedido efeito suspensivo ao REsp da ACP de Jabaquara. O RE dessa ação foi sobrestado. O REsp e o RE da ACP de Santo Amaro estavam em pauta. GTIEI entrou em contato com o vice-presidente do TJSP e relator dos recursos, Eros Piceli, para esclarecer que a PMSP estava apresentando dados no comitê que apontavam para a viabilidade de cumprir-se a decisão. Houve a reconsideração sobre o efeito suspeito e a PMSP interpôs uma Reclamação (Recl) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), alegando que, admitido o REsp, a competência do TJSP sobre o recurso ter-se-ia esgotado. Em novembro de 2016, o STJ julgou procedente a Recl, suspendendo, novamente, a execução da ACP Jabaquara. Ao RE de Santo Amaro foi negado provimento, mas o REsp continua em trâmite no STJ.

<sup>165</sup> Entrevista concedida por João Paulo Faustini e Silva no dia 07/02/2018.

#### 4.3 OS EFEITOS DA DESESTABILIZAÇÃO E OS DESAFIOS DE ACOMODAR AS QUESTÕES TÉCNICAS, POLICÊNTRICAS E PROSPECTIVAS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Em abril de 2014, a SME apresentou o plano de expansão de vagas na educação infantil em São Paulo, contemplando as 150 mil vagas<sup>166</sup>.

Tabela 3 – Plano de expansão de vagas

Metas		2013		2014		2015		2016		Total	
	Descrição	Qtde	Vagas	Qtde	Vagas	Qtde	Vagas	Qtde	Vagas	Qtde	Vagas
16	CEUs (CEMEI)	-	-	-	-	10	5000	10	5000	20	10.000
17	CEI (Gov Est e MEC)	22	3816	10	4531	130	28874	85	17.425	247	54.646
18	EMEI e CEMEI	11	4960	8	5900	45	23388	-	-	67	34.248
19	Convênios e parcerias	-	9959	-	11060	-	11780	-	18307	-	51.106
<b>TOTAL</b>		<b>33</b>	<b>18.735</b>	<b>13</b>	<b>21.491</b>	<b>184</b>	<b>69.042</b>	<b>95</b>	<b>40.732</b>	<b>334</b>	<b>150.000</b>

Fonte: SME

Na apresentação, a SME destacava que a expansão do ensino infantil seria subsidiada seguinte forma: as metas 16, 18 e 19 seriam financiadas por recursos do tesouro municipal. A meta 17 seria subsidiada de forma compartilhada. O município financiaria a construção de 29 CEIs (com recursos do FUMCAD); convênios com o Estado de São Paulo financiariam a construção de 42 CEIs; e convênio com o MEC arcaria com a construção de 172 CEIs<sup>167</sup>.

O plano apresentado mostrava as unidades que haviam sido entregues em 2013, apontando onde as novas vagas estavam sendo fornecidas. Além das construções, convênios e parcerias, a SME planejava otimizar a utilização de espaços na rede direta e indireta, adaptando a utilização de alguns prédios públicos da Prefeitura para o uso de creches (prédios em que eram ofertadas escolas de ensino fundamental e foram readaptadas para creches).

Para viabilizar a expansão da rede de ensino infantil (bem como das demais metas planejadas), a PMSP conseguiu aprovar na Câmara de Vereadores a Lei n.º 15.889/13, que permitia um aumento no imposto predial e territorial urbano (IPTU), possibilitando a expansão das receitas municipais no exercício financeiro seguinte. No entanto, esse aumento do IPTU foi

<sup>166</sup> Creches de Educação Infantil (CEI); Escolas Municipais de Educação Infantil (EMEI) e Centro Municipal de Educação Infantil (CEMEI, centro integrado que atende CEI e EMEI).

<sup>167</sup> No plano apresentado pela PMSP, o financiamento da meta 17 aponta a origem da verba para a construção de 243 novas creches. Contudo, no planejamento apresentado, as construções previstas por ano totalizam 247 novas creches.



questionado judicialmente e as concessões de liminares<sup>168</sup> impediram a cobrança dos reajustes no exercício financeiro de 2014, o que provocou uma queda de quase R\$ 800 milhões da arrecadação inicialmente projetada<sup>169</sup>. A queda na arrecadação de receitas obrigou a PMSP a contingenciar a verba de seus investimentos, sendo afetados, inclusive, os investimentos na educação.

Atenta às questões prospectivas e policêntricas que afetam uma política pública, a SME já apontava, no primeiro plano apresentado, possíveis contingências que poderiam comprometer o planejamento inicial: atraso nas desapropriações de imóveis; intercorrências nas licitações dos projetos e obras; vedação da celebração de convênios<sup>170</sup>; queda na expectativa de receita do município; e entraves ambientais<sup>171</sup>.

Em agosto de 2014, houve uma reunião entre o comitê de monitoramento informal e a CIJ/TJSP para alinhamento de entendimentos, estabelecimento de indicadores de avaliação e discussão sobre os membros que comporiam o comitê de monitoramento (GOTTI, 2016). Em novembro, o comitê foi oficialmente designado, sendo composto pelos autores da ação (Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares), os membros do GTIEI (DPE; GEDUC MPE; Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Hesketh Advogados; Rubens Naves Santos Júnior Advogados) e outros convidados, como os representantes do Fórum Municipal de Educação Infantil; do Negri (Núcleo de Estudos de Gênero, Raça e Equidade); e do Fórum Paulista de Educação Infantil (GOTTI, 2016).

---

<sup>168</sup> É interessante observar, tal como mencionado por King (2008b), como alguns argumentos são usados de forma seletiva pelo judiciário: a questão tributária da cobrança de IPTU está diretamente ligada ao planejamento administrativo e à discricionariedade de investimentos de um governo. Contudo, ao contrário da discussão sobre a ingerência na esfera administrativa (argumento utilizado em primeira instância em ambas as ações movidas pelo MCT), a questão da tributação foi compreendida como um direito individual e não se deu o mesmo peso ao argumento da ingerência e planejamento na esfera da administração pública.

<sup>169</sup> Uma ação foi movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e a outra pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP). Em 11 de dezembro de 2013, o aumento da cobrança de IPTU, previsto na Lei n.º 15.889/13 foi suspenso em decorrência da concessão de liminar pelo Órgão Especial do TJSP. Conforme constam nas notícias: “Justiça de São Paulo barra aumento do IPTU em 2014”. Disponível em: <[http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/12/justica-de-sp-barra-aumento-do-iptu-em-2014\\_.html](http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/12/justica-de-sp-barra-aumento-do-iptu-em-2014_.html)>, e “STF nega recurso da prefeitura para manter reajuste do IPTU em SP”, de Diógenes Campanha e Emilio Sant’anna. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1388390-stf-nega-recurso-da-prefeitura-para-manter-reajuste-do-iptu-em-sp.shtml>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

<sup>170</sup> Decisão da 26ª Vara do Trabalho de São Paulo.

<sup>171</sup> Em entrevista concedida dia 22 de setembro de 2016, Marcos Rogério de Souza, chefe de gabinete da Secretaria Municipal de Educação da cidade de São Paulo na gestão Haddad, ponderou sobre as peculiaridades da urbanização desordenada da cidade de São Paulo, com grandes contingentes populacionais instalados em áreas de manancial, de preservação permanente ou topos de morros, locais onde há grandes dificuldades de se implantar equipamentos públicos. Além desse problema, mencionou, também, a falta de terrenos na cidade de São Paulo e a elevada burocracia para a desapropriação, o que gera dificuldades para a instalação de novos equipamentos públicos.

A composição do comitê com educadores, pesquisadores e ativistas possibilita não apenas que questões técnicas específicas da política educacional possam ser enfrentadas, como também que informações daqueles que estão na ponta do sistema (usuários) possam ser consideradas, viabilizando um olhar diversificado para a política avaliada. Essa composição amplia a cognição do comitê para questões não familiares à área jurídica e permite que problemas operacionais da efetivação da política pública sejam deliberados e, eventualmente, corrigidos<sup>172</sup> (ORTIZ, 2018; SILVA, 2018).

O Comitê tem conseguido estimular a Prefeitura a dar mais transparência à formulação da política pública e aos esforços para cumprir as metas estabelecidas, por meio de informações semestrais fornecidas pela SME sobre a expansão da rede de ensino infantil. No entanto, como uma experiência inovadora no âmbito dos tribunais, o comitê ainda não conta com uma estrutura mais apropriada e é muito dependente das informações oficiais (GOTTI, 2016; SILVA, 2018). Desse modo, tem dificuldades para ser mais proativo e fazer inspeções<sup>173</sup> ou auditorias<sup>174</sup> (para confrontar certos dados apresentados pela SME ou identificar mais rapidamente algum tipo de manobra<sup>175</sup>); ou mesmo para produzir e disponibilizar informações em um *site*, dando mais transparência ao monitoramento da política pública (GOTTI, 2016). Como não há na jurisdição brasileira a previsão de um auxiliar remunerado pela corte, tal como um *special master* previsto na jurisdição norte-americana, o caso estrutural estudado deixa de contar com ferramenta importante para fortalecer a produção de dados e aprimorar a capacidade de avaliação da corte sobre o desenvolvimento da política pública.

Em maio de 2015, em um cenário de recessão econômica e perdas de receitas do exercício financeiro de 2014 (de mais de um bilhão de reais, segundo Haddad), a SME informou ao Comitê e à CIJ/TJSP que não seria possível construir as 243 creches previstas no Programa de Metas, mas se comprometeu a redirecionar parte dos recursos destinados à construção de creches para ampliação dos convênios (HADDAD..., 2015).

Ainda em 2015, em observância ao artigo 8º do novo Plano Nacional de Educação (PNE/14), a PMSP aprovou um Plano Municipal de Educação (PME/15), organizando a

---

<sup>172</sup> Como por exemplo, a existência de agrupamentos infantis em uma mesma classe, o que não é adequado; ou a superlotação de classes de infantis, o que estressa os bebês (ORTIZ, 2018; SILVA, 2018).

<sup>173</sup> Em duas oportunidades em 2015, os membros do comitê de monitoramento fizeram duas vistorias em escolas de Jabaquara, Campo Limpo e Capão Redondo, visitando CEUs, escolas da rede direta e escolas conveniadas (GOTTI, 2016), com o propósito de avaliar de modo mais direto a prestação do serviço público educacional.

<sup>174</sup> Recentemente, o Comitê de monitoramento passou a ser composto por um membro do TCM. O órgão tem uma estrutura profissional para fazer auditorias, o que pode ser um aprimoramento para a composição do comitê (SILVA, 2018).

<sup>175</sup> Como por exemplo: “[...] aumentou o número de vagas, mas diminuiu o período integral ou às custas de juntar duas classes em uma só” (SILVA, 2018).

política pública municipal e estabelecendo novos compromissos públicos para a cidade, alguns até mais ousados do que o próprio PNE/14, como, por exemplo, a previsão de aplicar, no mínimo de 33% da receita de arrecadação de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (meta 1); a expansão das creches para atender “até 75% das crianças de 0 a 3 anos e 11 meses ou a 100% da demanda registrada, o que for maior” durante a vigência do plano (meta 5).

No final de 2016, a gestão Haddad apresentou um amplo panorama sobre as metas planejadas e o que conseguiu ser efetivado pela gestão. As metas de construção de unidades educacionais foram as que menos avançaram, conforme se pode observar nas tabelas abaixo:

Tabela 4 – Comparação entre a meta planejada e realizada

Meta	Planejado	Efetivado
16	20 CEUS	<ul style="list-style-type: none"> <li>2015 – CEU Heliópolis (readequado)</li> <li>2015-16 – 8 CEUs em obras avançadas e 6 CEUs com obras iniciadas <b>(0% realizado)</b></li> </ul>
17	243 CEIs	<ul style="list-style-type: none"> <li>43 CEIs construídos, sendo que 6 ainda não possuem alunos matriculados <b>(11,9% realizado)</b></li> </ul>
18	65 EMEIS e 1 CEMEI	<ul style="list-style-type: none"> <li>24 EMEIS e 6 CEMEIS construídas, sendo 3 CEMEIS sem alunos matriculados <b>(37,7% realizado)</b></li> </ul>
19	51.106 vagas em convênios	<ul style="list-style-type: none"> <li>101.877 matrículas garantidas e 4.193 vagas</li> </ul>

Fonte: Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, p. 248.

Os investimentos planejados e empenhados (em porcentagem), por meta, no final de 2016 apontavam:

Tabela 5 – Comparação entre a meta planejada e realizada (em valores)

Projeto Atividade	2014		2015		2016		Total (2014-2016)	
	PI	E	PI	E	PI	E	PI	E %
Construção de EMEI	55	134,8	183,6	25,2	0,0	0,0	271,3	<b>54,5</b>
Construção de CEI	378,2	30,8	468,8	40,8	329,9	14,9	1.259,4	<b>28,3</b>
Construção, reforma e ampliação de CEU	231,5	13,2	244,2	31,4	144,3	36,8	620	<b>25,9</b>
Operação e Manutenção de CEIs, conveniadas e parceiras	1.016,6	116	1.146,2	124,5	1.316,9	132,7	4.865,0	<b>89,5</b>

PI = Planejado (em milhões)/ E = Empenhado (%)

Fonte: Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, que considera as metas físicas (para construções) e financeiras previstas no PPA 2014-2017 e os recursos empenhados de 2014 a 2016, p. 248.

O Sistema EOL apontou que foram acrescentadas 101.877 novas matrículas na educação infantil (até dia 31 de dezembro de 2016)<sup>176</sup>. Em número de matrículas na rede de ensino infantil, a expansão do acesso na gestão Haddad foi a maior já realizada pela SME.

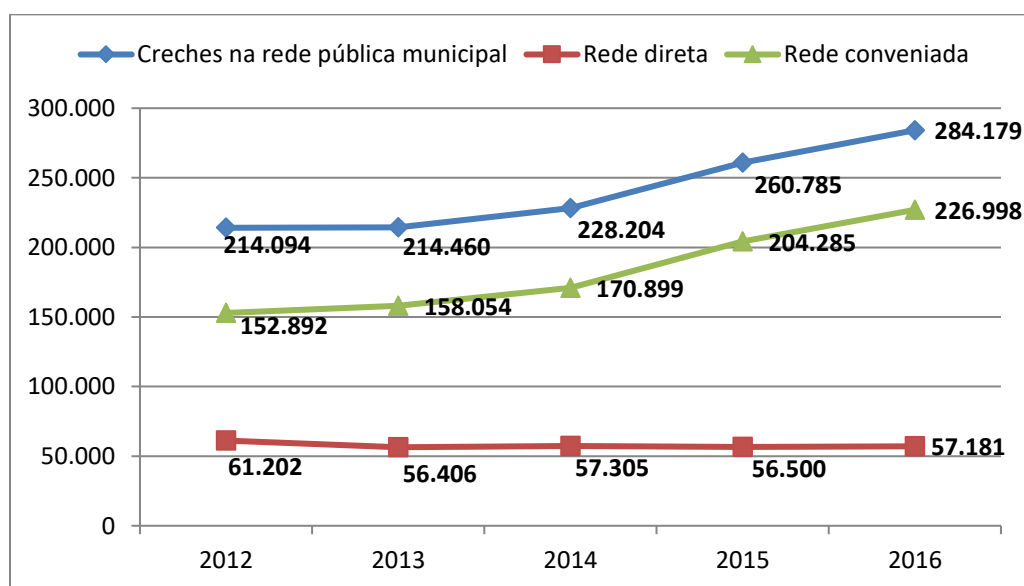
Tabela 6 – Evolução da rede

RME-SP	Matrículas 2012	Matrículas 2016	Demanda 2016
Creches	214.094	284.179	66.309
Pré-escolas	183.257	215.049	1.269
<b>Total da rede de EI</b>	<b>397.351</b>	<b>499.228</b>	

Fonte: Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, p.279. Dados de 31/12/2016, do Sistema EOL.

No entanto, é preciso observar que essa grande expansão na rede de ensino infantil se deu por meio da rede conveniada, que responde por 80% das vagas nas creches, conforme gráficos abaixo:

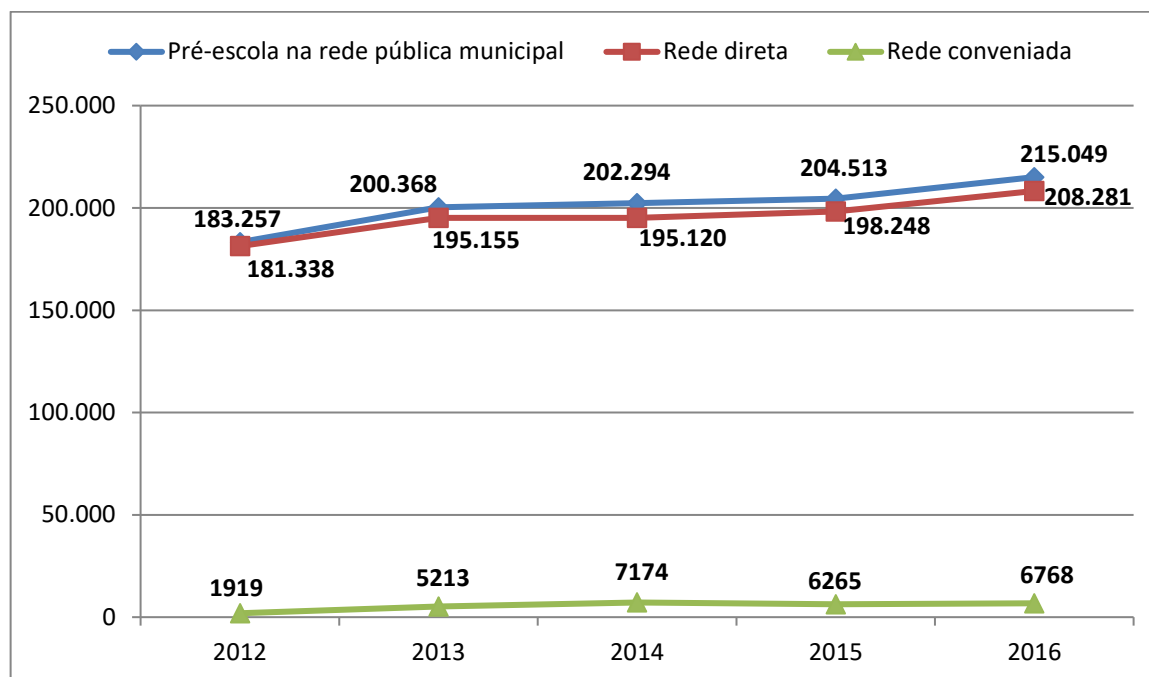
Gráfico 10 – Matrículas de creches na rede municipal



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, p.279.

<sup>176</sup> Há certa controvérsia sobre essa expansão no ensino infantil (EDUCAÇÃO UOL, 2016).

Gráfico 11 – Matrículas de pré-escola na rede municipal



Fonte: Elaboração própria a partir de dados do Relatório TCM Proc. 72.001.517.17-74, p.279.

As discrepâncias da qualidade de ensino entre as redes (direta x conveniada) foram pontos discutidos pelo comitê de monitoramento. Essas discrepâncias puderam ser constatadas pelo TCM (Relatório n. 72.001.517.17-74, p.248-250)<sup>177</sup>, que apontou diversas falhas de controle no projeto político-pedagógico, no acompanhamento e avaliação dos alunos, nos registros de frequência, atividades pedagógicas e nas ausências de funcionários. O TCM também salientou inadequações no espaço físico para crianças, nas áreas verdes, no mobiliário (fraldário, equipamentos), nos materiais pedagógicos e na higiene. Ciente dos problemas com a rede conveniada, o comitê desejava pactuar com SME o estabelecimento de alguns indicadores de avaliação de qualidade (GOTTI, 2016; ORTIZ, 2018; SILVA, 2018). Contudo, isso não foi possível, pois a SME da gestão Haddad entendia que a qualidade também era uma preocupação de sua gestão e que já havia um esforço em incrementar a qualidade de ensino em toda a rede municipal (e não apenas junto às conveniadas), por meio de diversas orientações

<sup>177</sup> O relatório final da gestão Haddad produzido pelo TCM apontou que as duas redes de ensino (a pública e a conveniada) apresentavam problemas de qualidade de ensino, pois não havia um adequado acompanhamento da efetividade da política educacional e um método eficiente que proporcionasse aperfeiçoamento. Em relação aos “indicadores de qualidade”, o TCM avaliou que os índices não foram adequadamente mensurados e monitorados. Contudo, em comparação com o ensino ofertado na rede conveniada (docentes recebem menos, trabalham com um número maior de crianças; eram menos preparados e tinham menos acesso a programas de formação), a qualidade do ensino da rede direta mostrava-se superior (SÃO PAULO, 2016, p. 284).

normativas elaboradas, indicadores e ações de formação, tais como: os *Indicadores de Qualidade da Educação Infantil* (2013); a *Orientação Normativa 01/2015 – Padrões Básicos de Qualidade da Educação Infantil Paulistana* (2015); o *Currículo Integrador da Infância Paulistana*.

De acordo com os membros do comitê de monitoramento entrevistados (GOTTI, 2016; ORTIZ, 2018; SILVA, 2018), bem como os dados apresentados pela PMSP, parece inegável que a gestão Haddad esforçou-se para cumprir o propósito de seu Programa de Metas em relação à expansão do número de vagas no ensino infantil, ainda que não tenha cumprido a meta de abrir as 150 mil novas vagas no ensino infantil. No entanto, também é possível ponderar que os gestores públicos têm suas decisões permeadas não apenas pela existência de verbas públicas a serem investidas, como também pelos custos materiais, temporais e políticos de que determinada medida produza resultados em seu mandato eleitoral e lhes possa trazer os benefícios, motivo pelo qual a pressão e a cobrança exercidas pelo processo estrutural parecem fazer sentido.

No final de 2016, após a reunião final com a gestão Haddad, o comitê de monitoramento e a CIJ/TJSP entenderam que o acesso e a qualidade do ensino infantil ainda eram problemas na política educacional da cidade de São Paulo, em que pese o aprimoramento no período<sup>178</sup>.

A nova gestão administrativa da cidade (João Agripino da Costa Dória Junior – Dória, 2017-2020) previu uma meta especificamente para a educação infantil em seu Programa de Metas: “12- Expandir em 30% (85,5 mil) as matrículas em creche na Rede Municipal de Ensino”, associada ao projeto 19, “Nossa Creche”, com as seguintes linhas de ação:

19.1 Expandir o número de matrículas em creche por meio de organizações parceiras; 19.2 Implementar o MROSC (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil) na educação infantil; 19.3 Criar instância reguladora das parcerias realizadas para oferta do atendimento em creche; 19.4 Ampliar as matrículas de crianças cujas famílias sejam beneficiárias do Programa Bolsa Família em unidades de educação infantil.

Assim, no intuito de avaliar de modo mais amplo a situação da política educacional e repactuar as metas com a gestão Dória (SILVA, 2018), o comitê de monitoramento e a CIJ/TJSP realizaram uma nova audiência pública no dia 01 de junho de 2017, com ampla participação de usuários, especialistas (em educação, gestão pública, orçamento), gestores, membros do comitê

---

<sup>178</sup> Faltaram 48.123 novas vagas para o cumprimento integral das 150 mil novas vagas. No entanto, como nunca foi feita uma busca ativa por interesse em vagas no ensino infantil na cidade, a demanda por acesso a creche continua crescendo. Ademais, ainda há diversos problemas com a qualidade do ensino fornecido, especialmente junto à rede conveniada, como destacam as notícias (SALDAÑA; GENTILE, 2017; TOLEDO, 2016).

e autores. Nessa audiência, uma das questões mais discutidas voltava-se à qualidade da educação infantil<sup>179</sup>, especialmente em relação às creches conveniadas. Apontou-se, também, que um olhar regionalizado, com informações separadas por distrito, fazia-se necessário para que a atuação da SME se voltasse às áreas de maiores demandas e vulnerabilidade.

Nesse contexto, em setembro de 2017, a PMSP celebrou um acordo com os autores das ACPs no âmbito do comitê de monitoramento e a CIJ/TJSP, comprometendo-se a ampliar a oferta de vagas em creches (85 mil novas vagas), priorizando os distritos com maiores demandas; bem como a observar indicadores de qualidade, a serem progressivamente adotados (limitações ao número de agrupamentos de crianças por ambiente; limite do número de crianças por educador, de acordo com a idade). Além disso, a PMSP se comprometeu a não mais autorizar a abertura de novos convênios que não tenham área externa para uso das crianças e a adotar padrões de qualidade previstos no PME/15<sup>180</sup>.

Em dezembro de 2017, a demanda por vagas na pré-escola foi zerada (em dezembro de 2016 ainda havia uma demanda 1.269 crianças) e a fila das creches (que estava em 66.309 crianças em dezembro de 2016) apresentava uma demanda de 44.092 crianças. No site da PMSP é possível observar que a informação sobre a oferta e a demanda de vagas é agora prestada por distrito<sup>181</sup>, conforme acordado pela PMSP em setembro de 2017.

Notícias recentes sobre a oferta de ensino infantil na cidade de São Paulo ainda apontam alguns problemas na expansão do ensino, como o fato de que a SME fechou algumas pré-escolas com período integral (GOMES, 2017) com o propósito de ampliar a oferta de vagas em turnos distintos; bem como contou como “matriculadas” vagas de creches que ainda estavam em construção, medidas que foram questionadas pelo MPE em reunião no comitê de monitoramento (SILVA, 2018).

Em suma, os dados e informações acima possibilitam observar como é complexo o desenvolvimento de uma política pública educacional, com elementos e interações que vão muito além do que um recorte processual bipolar (vaga devida ou não) é capaz de informar. O encadeamento da meta política depende de inúmeros fatores para poder se realizar (arrecadação de receitas, desapropriação de área, construção da escola, contratação de docentes, por exemplo). Fatores esses que se inter-relacionam e dependem mutuamente para viabilizar a

---

<sup>179</sup> No intuito de zerar a fila da demanda no ensino infantil (uma promessa de Campanha), a SME passou a fechar alguns espaços de apoio pedagógico, brinquedotecas e salas de leitura e informática (BERGAMIM JÚNIOR; SALDAÑA, 2017) para transformar em salas de pré-escola e creches.

<sup>180</sup> Conferir em: <<http://acaoeducativa.org.br/blog/2017/09/18/acordo-judicial-sobre-educacao-infantil-no-municipio-de-sao-paulo-e-assinado/>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

<sup>181</sup> Conferir informação em: <<http://dados.prefeitura.sp.gov.br/dataset/evolutivo-das-vagas-em-creche-e-demanda-por-distrito-2017>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

expansão da oferta de vagas com qualidade (aqui chamados de elementos prospectivos e policêntricos).

#### 4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO

Ao longo desse capítulo busquei observar no caso prático de judicialização do acesso ao ensino infantil tanto os critérios anteriormente veiculados pela teoria experimentalista (com o propósito de analisar se o processo estrutural do caso creche preenchia as condições institucionais trabalhadas por Sabel e Simon para operar uma intervenção estrutural), como também a transição cultural de uma moldura bipolar para um modelo estrutural dialogal.

A análise do caso prático possibilita observar que os critérios sugeridos por Sabel e Simon para justificar a legitimidade de uma intervenção estrutural, de fato, parecem se configurar. A falta de acesso às creches para a população mais vulnerável demonstra não apenas uma violação sistemática das normas constitucionais e infraconstitucionais, como também a existência de um bloqueio institucional por, ao menos, três motivos: a) a expansão das matrículas estava estagnada desde 2004 (como se observa no gráfico 5 acima) e não havia perspectiva alguma de mudança; b) os movimentos sociais, por mais que tentassem, não conseguiam diálogo com o poder público pela via administrativa, como demonstram as inúmeras petições administrativas e manifestações do Movimento Creche para Todos (Anexo A); c) faltava um planejamento que respaldasse a proposta do poder público em modificar a expansão desordenada da oferta de vagas no ensino infantil.

Mas não só isso. Esse caso prático ilustra também as dificuldades de se discutir questões distributivas em um foro institucionalmente delineado para atuar na esfera comutativa, como a via jurisdicional brasileira. Mesmo percebendo a violação em massa dos direitos educativos, os juízes de primeira instância se sentiam constrangidos a usar sua moldura tradicional para resolver o conflito, recusando-se a aceitar a tese proposta pelas organizações autoras de que a questão deveria ser resolvida estruturalmente. Esse problema não deixa de evidenciar uma profunda contradição cultural na formação jurídica dos operadores do direito brasileiro.

A decisão estrutural (desestabilização, nos termos de Sabel e Simon) foi se construindo aos poucos, por meio de uma atuação estratégica dos membros do GTIEI. No momento em que a contradição entre os fins (os propósitos anunciados pelas normas jurídicas) e os meios (a operação dessas normas pela via jurisdicional) do direito foram expostos e discutidos com os desembargadores, tornou-se insustentável a manutenção da interpretação na moldura tradicional. Ou seja, por meio de um diálogo presencial em que as advogadas do GTIEI



apontaram que a judicialização massiva de direitos educacionais exigidos individualmente era reconhecida pelo sistema jurídico, mas a via coletiva era negada, os desembargadores do TJSP sensibilizaram-se com o problema relatado e buscaram uma solução racionalmente mais condizente para responder ao problema estrutural, operando a desestabilização institucional.

O sucesso em sensibilizar os desembargadores do TJSP para o problema gerado viabilizou que as molduras de um processo bilateral tradicional fossem, aos poucos, reconfiguradas para um modelo estrutural de apreciação da política pública. Nessa compreensão, a audiência pública realizada em 2013 possibilitou tanto a ampliação da cognição da corte sobre a questão educacional como também o acesso a técnicas de abordagens estruturais do problema, dando aos desembargadores condições de possibilidade para compreender e responder ao conflito utilizando mecanismos de resolução coletiva, como a abertura para um monitoramento dialogal entre as partes.

É interessante observar que a mudança da chave interpretativa operada em segunda instância não se deu de forma abrupta, rompendo os conceitos operacionais vigentes. Muito pelo contrário, fez-se pela acomodação da estrutura institucional, à luz de princípios gerais do direito processual.

O papel dos desembargadores nesse caso, vale destacar, foi mais centralizador (nos moldes “comando e controle”) até a prolação do acórdão desestabilizador. No âmbito da CIJ/TJSP, passou a assumir um tom bem mais próximo da proposta experimentalista de Sabel e Simon, limitando-se a presidir as reuniões e coordená-las, dando ampla margem para que as partes dialoguem e a municipalidade preste as informações sobre a política pública educacional. Não houve, até o presente momento, o uso de mecanismos coercitivos para o cumprimento do acórdão.

O papel desempenhado pelo comitê de monitoramento vem se mostrando fundamental: criou-se um verdadeiro foro de debate e acompanhamento da política pública educacional no âmbito do TJSP, potencializando a cognição da corte sobre a complexidade da política questionada. Mas não só isso. Ao lidar com o caso não como uma “norma imposta”, mas como uma ordem judicial negociada entre as partes (de modo incremental e responsável), esse mecanismo possibilita que algumas falhas e contingências ocorridas durante a implementação da política pública (questões técnicas e policêntricas) possam ser ponderadas e reconsideradas, reconfigurando a expectativa inicial (o *deliberation effect* de Sabel e Simon). Assim, por exemplo, quando a SME (gestão Haddad) admitiu que não mais teria verbas para construir os equipamentos de ensino inicialmente planejados (em decorrência de contingências na arrecadação e nas transferências interfederativas), mas se comprometeu a abrir mais vagas por

meio de entidades conveniadas. Uma típica contingência da política pública avaliada de modo conectado com a realidade e as possibilidades de implementação. Outro exemplo pode ser apontado pela celebração do acordo junto com a SME (gestão Dória), que, além de ampliar o compromisso inicialmente pactuado no acórdão proferido em 2013, acordou que as vagas seriam abertas em distritos de maiores demandas e com a observância expressa de dois índices de qualidade de ensino para a contratação de novas entidades conveniadas: a existência de áreas externas nas creches e o número de docentes por aluno, tal como proposto pelo comitê de monitoramento e a CIJ/TJSP (o *veil effect* de Sabel e Simon).

É possível, ainda, apontar que a exigência de prestar contas a um comitê com especialistas, ampliou a fiscalização sobre a expansão da política pública educacional na cidade, dando mais transparência sobre a gestão da administração pública, além de pressionar o executivo a se esforçar em cumprir o seu programa de metas, mesmo em um cenário de recessão econômica.

No entanto, nesse ponto é preciso fazer uma observação: para que seja efetiva a transparência e se amplie a prestação de contas perante a população, publicizando a questão (o *publicity effect* de Sabel e Simon), o acesso aos dados do processo estrutural e de sua implementação devem ser amplos, de forma que todos possam acessar e compreender as informações sobre esse processo e os incrementos na política pública educacional (o *web effect*). O tratamento desse caso em segredo de justiça (como ocorreu até meados de 2017) ou a não disponibilização ampla dos fatos e dados que estão acontecendo nesse processo é um contrassenso com a ideia de *accountability*. Nesse entendimento, a disponibilização das informações sobre esse processo não pode se restringir ao comitê de monitoramento, mas deveria constar em um *site* do TJSP ou da PMSP, para que se consolidem os efeitos policêntricos positivos mencionados por Sabel e Simon.

Por fim, é possível apontar que esse acórdão do caso creche trouxe ferramentas atípicas e incomuns para a esfera jurisdicional<sup>182</sup>, garantindo o preenchimento de uma lacuna importante e coerente em nossa via jurisdicional, viabilizando que, ao menos formalmente, as normas de direitos sociais consigam operar o problema jurídico distributivo de modo consentâneo com os seus fins.

---

<sup>182</sup> É interessante observar que, indagado sobre o “momento processual” desta ação coletiva, Silva (2018) afirmou que o acórdão está em uma fase de “pré-execução”, reconhecendo a dificuldade de integrar a realidade desse caso ao conceito operacional vigente no processo tradicional (fase de conhecimento ou execução da sentença).

## 5 CONCLUSÕES

A pergunta de pesquisa que me orientou ao longo dessa tese foi: o judiciário brasileiro pode ter capacidade institucional para lidar com os direitos sociais? Nos limites do delineamento teórico em que essa questão foi colocada na introdução da tese, uma primeira resposta possível a essa pergunta é: sim, pode. Por meio do caso prático estudado no capítulo quarto é possível observar que, pela via judicial, foi construído um caminho de análise e enfrentamento do problema de acesso ao ensino infantil que contemplou, justamente, a carência de mecanismos jurisdicionais que não nos permitia compreender ou agir juridicamente junto aos problemas que interferem na partilha de bens em uma política pública. Ou seja, a resposta ao caso prático analisado trouxe ferramentas à nossa jurisdição que dão inteligibilidade às questões de natureza distributiva. Essa tecnologia de intervenção em uma política pública de direito social viabilizou que o TJSP desse uma resposta ao problema jurídico colocado em consonância com o delineamento normativo institucional vigente<sup>183</sup>, superando uma lacuna no delineamento formal das possibilidades de controle constitucional efetivadas pela via jurisdicional.

No entanto, o caminho percorrido por essa tese para obter essa resposta demonstra que a judicialização de questões distributivas traz ao operador do direito mais dúvidas e inquietações do que respostas, dada a nossa patente falta de hábito e reflexão sobre as questões distributivas e a ideia de bem comum na esfera do direito.

Nesse sentido, uma primeira inquietação que aqui se coloca à luz do caso prático e das críticas da capacidade institucional que foram trabalhadas no segundo capítulo é: o que aconteceria, que medidas seriam tomadas em caso de descumprimento do acórdão? Seria iniciada uma execução, com a tomada de uma medida mais forte (nos moldes “comando e controle”) contra a administração pública? Será que essa medida mais forte contra a administração pública conseguiria assegurar e dar continuidade aos ganhos propiciados pelo diálogo institucional ou comprometeria o caso?

Fato é que, ao contrário das intervenções fortes do judiciário (nos moldes comando-controle, que são tratadas por boa parte dos críticos à intervenção estrutural no capítulo segundo), a proposta de intervenção estrutural abordada no capítulo quarto é bem menos impositiva. Como se viu neste caso prático, em que pese ter determinado o número de vagas a

---

<sup>183</sup> Abrangendo aqui não apenas as normas constitucionais, mas também as leis e planos infraconstitucionais previstos e vigentes na cidade de São Paulo.

serem abertas e os parâmetros de qualidade de ensino, essas determinações não foram exatamente cumpridas como previsto no acórdão. No entanto, isso não levou a uma execução do acórdão. No âmbito do comitê de monitoramento estas questões foram deliberadas e reconfiguradas, nos limites de um diálogo respeitoso, sem adentrar em uma lógica punitiva e de cobranças mais incisivas que poderiam levar a alguma(s) patologia(s) retratada(s) no âmbito da crítica da capacidade institucional.

Nesse entendimento, a tentativa de executar o acórdão nesse caso concreto é uma incógnita, não sendo possível afirmar se haveria sucesso nessa intervenção. Pelo contrário, o que os exemplos norte-americanos mostraram é que uma atitude mais coercitiva e centralizadora do judiciário pode ser comprometedor para a política pública.

No entanto, é preciso aqui fazer um contraponto. A execução de uma política pública é muito complexa e problemática para qualquer poder público. Reconhecer as restrições institucionais das cortes e os limites em que podem ser exigidos aprimoramentos na política pública é parte da estratégia de uma eventual atuação judicial. Ao propiciar um diálogo contínuo para o aprimoramento da política pública, abrindo uma instância de debate que não existia, foi possível uma maior transparência na atuação da administração pública, um acompanhamento sobre as metas que estavam (ou não) sendo cumpridas, viabilizando uma maior representatividade na política pública. Ao assegurar flexibilidade e adequação procedimental, para possibilitar a acomodação das questões policêntricas, técnicas e prospectivas, garantindo a realização de audiências públicas, a flexibilização procedimental e o monitoramento por um grupo de assessoramento, o TJSP assegurou condições formais para que as restrições apontadas pela capacidade institucional substantiva tenham condições de ser manejadas por um diálogo colaborativo. Esses elementos não garantem, mas respaldam racional e politicamente a necessidade de o poder eleito se dispor a negociar com o grupo vulnerável bloqueado, bem como dão oportunidades para que o aprimoramento da política pública, por meio do diálogo institucional, ocorra, o que me parece um ganho institucional.

Uma segunda inquietação que aqui se coloca relaciona-se à carência de respostas institucionais em nosso modelo jurisdicional (trabalhado no capítulo terceiro). O modelo jurisdicional de atuação das cortes em uma sociedade é o que lastreia, institucionalmente, por meio de seus procedimentos, conceitos e sentidos, a segurança jurídica e a imparcialidade de sua atuação. Assegurar na via jurisdicional brasileira a possibilidade de uso de mecanismos do processo estrutural é dar condições para que a judicialização desses direitos seja operada adequadamente, dentro de sua racionalidade. A questão que aqui se coloca é: seria preciso uma

nova reforma no código de processo civil regulamentando as formas, ritos e procedimentos de uma intervenção estrutural?

A intervenção estrutural nos moldes propostos por Sabel e Simon (e como o próprio nome diz) é experimental, feita a partir de tentativas, erros e acertos junto ao problema que se busca resolver. Ela é específica, incremental, resolvida a partir considerações particulares do caso concreto. Nesse entendimento, a regulamentação de um “código de procedimentos estruturais”, um “conjunto de regras e princípios da intervenção jurídica”, institucionalizadas e universalizáveis poderia ser extremamente negativo, engessando e “emoldurando” um processo que é caracteristicamente amorfo, flexível, delineado a partir das circunstâncias fáticas de determinada realidade.

O que aqui entendo como necessária é que, ainda que pela via judicial, seja aberto espaço em nossa jurisdição para ferramentas e mecanismos mais condizentes com natureza distributiva. Compreender o conceito, saber deliberar sobre o sentido das questões distributivas à luz de sua natureza (ainda que para afastar do judiciário a apreciação de certas questões distributivas) só será possível se recuperarmos na esfera do direito o hábito de refletirmos e pensarmos sobre as questões distributivas e seus problemas.

A adaptação de nosso ordenamento a certos mecanismos distributivos, como a previsibilidade de um comitê de monitoramento ou de uma figura próxima ao *special master* norte-americano, por exemplo, não me parece inviável. No entanto, é preciso observar que eventual aprimoramento legislativo de mecanismos distributivos traz embutido um risco: o uso demasiado dos processos estruturais pode ser comprometedor para a própria eficácia desse instrumento.

Se, por um lado, o caso prático estudado no capítulo quarto nos aponta possibilidades instrumentais que parecem mais sensíveis e responsivas aos problemas distributivos, por outro seu caráter experimental e complexo já demonstra que esse é um instrumento que deve ser usado com certa parcimônia.

Afinal, em uma sociedade com muitas desigualdades (como a brasileira, conforme já ponderado), em que a análise do descumprimento da norma, por vezes, é avaliada diretamente pela norma constitucional, é possível prever que o judiciário, eventualmente, tenha de lidar com demandas de diferentes grupos vulneráveis politicamente bloqueados, cujos direitos sociais (saúde, educação, moradia, alimentação etc) estão sendo violados, o que poderia gerar uma disputa por priorização de investimentos, tal como ocorre na esfera política<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Afinal, se a implementação positiva de direitos sociais requer um aporte de verbas, há um limite de alocações possíveis, decorrente da quantidade de verbas públicas disponíveis em um orçamento.

A utilização reiterada e imoderada do processo estrutural só transferirá para a esfera do judiciário os conflitos de alocação de recursos públicos, o que seria problemático, levando (em uma situação limite) a um “governo” do judiciário.

Nesse entendimento, a substituição da tomada de decisão do poder que procedimentalmente foi eleito (e responde institucionalmente por esse fim) por uma decisão do poder judiciário pode exigir um esforço teórico adicional na construção de justificativas que racionalmente possibilitem traçar uma distinção para a priorização de um grupo vulnerável entre outros grupos também bloqueados.

O caso prático estudado no capítulo quarto, nesse sentido, traz importantes aprendizados. Primeiramente, o papel de conscientização e luta pela afirmação de direitos junto à população vulnerável exercido pelas ONGs promotoras das ações coletivas estruturou um movimento importante de mobilização de atores para o problema de acesso ao ensino infantil na cidade de São Paulo. Esse movimento permitiu evidenciar com mais clareza os problemas de carência de vagas na política pública educacional da cidade e, também, articulou contatos impulsionando a criação do GTIEI. Um segundo ponto a ser destacado é que, tanto na petição inicial que embasa a ação civil pública, como nos dados apresentados ao longo do capítulo quarto, é possível observar não apenas uma violação das normas educacionais em sua estruturação orgânica (constituição e normas infraconstitucionais) e um bloqueio institucional da população mais vulnerável às políticas de ensino infantil, como também uma desorganização no planejamento da expansão da política de acesso ao ensino infantil, inviabilizando que os parâmetros públicos (a priorização das crianças mais vulneráveis) que deveriam orientar a política educacional fossem observados, perpetuando um ciclo de desigualdades. Ou seja, a política pública estava se desenvolvendo fora dos parâmetros aos quais deveria se vincular (VALLE, 2016). Esses critérios parecem se encaixar em propostas de outros autores que já vêm construindo parâmetros para a judicialização de políticas públicas, conforme se pode verificar em Bucci (2017) ou Valle (2016), por exemplo<sup>185</sup>.

Mas, sem dúvidas, essa é uma discussão ainda incipiente, complexa e difícil. Apropriar-se das reflexões sobre as questões distributivas, não é algo irrelevante para o jurista contemporâneo, seja para apreciar essas questões de modo mais coerente e ciente de seus riscos ou mesmo para construir argumentos para afastar de sua esfera de apreciação (de forma coerente) as questões que não devem ser decididas pelo judiciário. Nessa compreensão, o limite

---

<sup>185</sup> No âmbito da literatura internacional, Gloppen (2015) traz importantes considerações.

da potencialidade do processo experimentalista, parece-me, é um desafio que se coloca aos juristas contemporâneos.

Por fim, é preciso observar que a capacidade substantiva de, efetivamente, operar a mudança social pela via jurisdicional é uma aposta que só será respondida com o tempo, à luz de resultados de impactos mais robustos sobre o que significou essa intervenção da corte na política educacional de São Paulo.

A experiência internacional traz reflexões interessantes nesse sentido. Os estudos de Noonam, Sabel e Simon (2008) apontam que, incrementalmente, por meio das tentativas de acertos e dos erros, é possível aprimorar uma situação social com a intervenção das cortes. Rosenberg, por sua vez, pondera que os custos são altos e os ganhos sociais nem sempre satisfatórios, dando pouca esperança para quem vê nas cortes uma estratégia de mudança social.

No entanto, ainda que sejam necessários estudos de impacto para melhor observar o que se ganha e o que se perde nesse modelo de intervenção institucional brasileiro, certo é que, em um país com altos índices de desigualdade social e grupos sociais vulneráveis que pouco (ou nada) conseguem da estrutura democrática, esse esforço de aprimoramento do processo estrutural, parece-me, tem de ser tentado, pois é um meio mais consentâneo com a estrutura constitucional brasileira. Ainda que os ganhos possam se mostrar modestos, em uma sociedade de interações complexas e imperfeitas, os riscos e as estratégias para um processo estrutural devem ser avaliados em concreto, não devendo, de antemão, ser descartada essa via de aprimoramento institucional.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: GPS, 2006.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99442>>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- \_\_\_\_\_. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Collective Litigation and Due Process of Law: The Brazilian Experience (July 21, 2014). *International Journal of Procedural Law*, v. 4, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2469345>>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de capacidades institucionais. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (Coord.). *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 565-578.
- \_\_\_\_\_. O argumento das capacidades institucionais entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, São Paulo, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.
- BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <[http://www.pge.rj.gov.br/sumario\\_rev63.asp](http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp)>. Acesso em: 25 out. 2009.
- \_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.



BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2001.

BAUERMAN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: Estudo comparado: Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

BERGAMIM JÚNIOR, Giba; SALDAÑA, Paulo. Gestão Doria fecha espaço de lazer e leitura para criar vaga na pré-escola. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 5 maio 2017, Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1881270-gestao-doria-fecha-espaco-de-lazer-e-leitura-para-criar-vaga-na-pre-escola.shtml>>. Acesso em: 20 maio 2017

BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflictos colectivos de interés público em Argentina*. 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Los conflictos de interés público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 261-286.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31-88.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da Saúde: visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALMON, Eliana. Entrevista concedida ao ENFAM, no dia 31 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2013/08/eliana-calmon-defende-ativismo-judicial-em-favor-dos-direitos-das-criancas/>>. Acesso em: 3 set. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*. 1991. 176 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1991.

CAMPOS, Maria Malta. Educação infantil, conquistas e desafios. In: REESCREVENDO a Educação: propostas para um Brasil melhor. São Paulo: Ática/Scipione, 2006. p. 91-102. Disponível em: <<http://www.oei.es/historico/noticias/spip.php?article3433>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

CAMPOS, Maria Malta; HADDAD, Lenira. Educação infantil: crescendo e aparecendo, *Caderno de pesquisa*, São Paulo, n. 80, p. 11-20, fev. 1992, disponível em: <<http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/311.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição da efetivação de políticas públicas pelo poder judiciário*. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARREIRA, Denise. A educação e o direito humano à cidade. In: EDUCAÇÃO e desigualdades na cidade de São Paulo. São Paulo: Ação Educativa, 2013. (Em questão, 8). p. 9-23.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-aco-es-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, Luiza Andrade. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2014. 220 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 397-422.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. *Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Nacional (Brasil)*. 2013.

Disponível em:

<[http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa\\_arquivo.php?id=72&embedded=true](http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=72&embedded=true)>. Acesso em: 20 mar. 2018.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Debora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 359-381.

COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales en Perspectiva: la cara jurídica de la política social. *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 1, p. 73-101, 2007.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio P. de (Eds.). *Política como Campo Multidisciplinar*, São Paulo: Unesp e Fiocruz, 2013, p. 181-200.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*, v. 4, 7ª.ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

DUARTE, Clarice Seixas. *O Direito Público Subjetivo ao Ensino Fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2003. 328 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

DURAN, Camila et al. *O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS*. Brasília, DF: IPEA, 2005.

EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, jan. 1980.

EDUCAÇÃO UOL: Notícias. Prefeitura de São Paulo infla em 21 mil número de vagas abertas. *Estado de S. Paulo*, dez. 2016. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/agencia-estado/2016/12/27/prefeitura-de-sao-paulo-infla-em-21-mil-numero-de-vagas-abertas.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

EQUILÍBRIO Judicial: Editorial. *Folha de S. Paulo*, dez. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/145731-equilibrio-judicial.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

ESKRIDGE JUNIOR, William N. *No Frills Textualism*. 2006. (Faculty Scholarship Series, paper 1513). Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1513](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1513)>. Acesso em: 2 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. An historical and critical introduction to the Legal Process. In: HART, Henry; SACKS', Albert. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, New York: The Foundation Press, 1994.

ESKRIDGE JUNIOR, William N.; FRICKEY, Phillip P. *The Making of The Legal Process*. 1994. (Faculty Scholarship Series, paper 3843). Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3843](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3843)>. Acesso em: 2 fev. 2018.

FARBER, Daniel.; FRICKEY, Phillip P. *Law and Public Choice: a critical introduction*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

FERNANDES, Daniela. *OCDE: Brasil está entre os que menos gastam com ensino primário, mas tem investimento 'europeu' em universidade*. De Paris para a BBC Brasil. 12 set. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41236052>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil, *Texas Law Review*, v. 89, p. 1643-1668, 2011.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009. Disponível em: <[http://www.researchgate.net/publication/250027366\\_Direito\\_a\\_saude\\_recursos\\_escassos\\_e\\_equidade\\_os\\_riscos\\_da\\_interpretacao\\_judicial\\_dominante](http://www.researchgate.net/publication/250027366_Direito_a_saude_recursos_escassos_e_equidade_os_riscos_da_interpretacao_judicial_dominante)>. Acesso em 11 fev. 2018.

FISS, Owen. The Social and Political Foundations of Adjudication. *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, p. 121-128, 1982.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court, 1978 Term: Foreword: The forms of Justice. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 93, n. 1, p. 1-58+60-281, nov. 1979.

FISS, Owen. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert; SCHAMBRA, Willian, A. *How does the Constitution secure rights?* Washington and London: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1985. p. 36-49.

\_\_\_\_\_. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução e coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Juliana Pondé. *O (des)controle do estado no judiciário brasileiro: direito e política em processo*. 2015. 303 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FRANCO, Diana; GARAVITO, Cesar Rodriguez. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, n. 92, p. 353-409, 1978.

GARAVITO, Cesar Rodriguez. Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socio and Economic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, nov. 2011.

GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, p. 311-408, 2003.

GLOPPEN, Siri. *Right to Health in Contexts of Resource Scarcity: Towards Judicial Enforcement of the Right to a Fair Share*, 15 de maio de 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2622779> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2622779>

GOMES, Rodrigo. Gestão Doria fecha períodos integrais na educação infantil e preocupa pais. *RBA*, São Paulo, 18 set. 2017. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/09/gestao-doria-fecha-periodos-integrais-na-educacao-infantil-e-preocupa-pais>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultados e controle do retrocesso social*. 394 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão. *Litígio Estrutural, Déficit de Vagas em Creches e Pré-Escolas no Município de São Paulo, Multiplicidade de Ações Judiciais, Estratégia de Exigibilidade Alternativa*. Opinião legal extraída dos autos da Apelação n.º 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo. São Paulo: TJSP, 2012.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 309-374.

GRACIANO, Mariângela; MARINHO, Carolina; OLIVEIRA, Fernanda. As demandas judiciais por educação na cidade de São Paulo. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. *A Educação entre os Direitos Humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. p. 155-196.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012. p. 125-150.

\_\_\_\_\_. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_ et al. (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125-150.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

HADDAD culpa PSDB por meta descumprida para creches. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 maio 2015. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/220025haddadculpapsdbpormetadescumpridapara creches.shtml>>. Acesso em: 9 jun. 2015.

HART JUNIOR, Henry M.; SACKS, Albert M. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Cambridge: Tentative Edition, 1958.

\_\_\_\_\_. *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Westbury, New York: The Foundation Press, 1994.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en Los Estados Unidos*. Tradução de Fernando G. Inchausti. Navarra: Aranzadi, 2006.

HERSHKOFF, Helen. *Public interest litigation: selected issues and examples*. Washington, DC: The World Bank, 2005. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Coast of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York-London: Norton, 1999.

HOROWITZ, Donald. *The courts and social policy*. Washington: Brookings Institution, 1977.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armando Armênio, 1979.

KENNEDY, David; FISCHER III, Willian W. (Ed.). *The Canon of American Legal Thought*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2006.

KING, Jeff. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Judging Social Rights, University College London*. London: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. The Justiciability of Resource Allocation. *Modern Law Review*, v. 70, n. 2, p. 197-224, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. The Pervasiveness of Polycentricity. *Public Law*, p. 101-124, 2008b.

\_\_\_\_\_. Two ironies about American exceptionalism over social rights. Oxford University Press and New York University School of Law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 3, p. 572-602, July 2014.

KLEIN, Alana. Judging as Nudging: New Governance Approaches for the Enforcement of Constitutional Social and Economic Rights. *Columbia Human Rights Law Review*, v. 39, n. 2, p. 351-422, Spring 2008.

KOMESAR, Neil. A job for the judges: The judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society. *Michigan Law Review*, v. 86, n. 4, p. 657-721, feb. 1988.

\_\_\_\_\_. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. Chicago, EUA: The University of Chicago Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Taking Institutions Seriously: Introduction to a strategy for Constitutional Analysis. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 51, n. 2, p. 366-446, 1984.

KRAMER, Sonia. As crianças de 0 a 6 anos nas políticas educacionais no brasil: educação infantil e/é fundamental. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 27, n. 96 – Especial, p. 797-818, out. 2006. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, v. 53, p. 402, jan. 22, 2012.

LANDIS, James M. Administrative Police and the Courts. *The Yale Law Journal*, v. 47, n. 4, p. 519-537, feb. 1938.

LEONEL, Ricardo de Barros. Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 12, n. 22, p. 7-22, jan./jun. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 91-99.

\_\_\_\_\_. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113-143.

\_\_\_\_\_. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173-193.

\_\_\_\_\_. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 22-33, 1994.

\_\_\_\_\_. Social rights and the courts. In: WILHELMSSON, Thomas; HURRI, Samuli (Org). *From Dissonance to Sense: welfare state expectations, privatisation and private law*. Vermont, EUA: Ashgate Publishing Company, 1999. p. 567-592.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MBAZIRA, Christopher. *Litigating socio-economic rights in South Africa: A choice between corrective and distributive justice*. Pretoria: Pretoria University Law Press, 2009. Disponível em: <<http://www.pulp.up.ac.za/monographs/litigating-socio-economic-rights-in-south-africa-a-choice-between-corrective-and-distributive-justice>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENSCH, Elisabeth. The history of mainstream legal thought. In: KAIRYS, David. *The politics of law: A progressive critique*. 3rd. ed. New York: Basic Books, 1998. p. 23-53.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOHARA, Irene P. *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

NOONAN, Kathleen G.; SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Legal Accountability in the Service-Based Welfare State: Lessons from Child Welfare Reform. *Law & Social Inquiry*, v. 34, n. 3, p. 523-568, Summer 2009.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory. *Cornell Law Review*, v. 95, p. 61-138, 2009.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 199, p. 41-82, set. 2011.

OLIVEIRA, Clenilde Martins. *A municipalização da educação no estado de São Paulo*. Trabalho apresentado no IX Congresso Nacional de Educação (Educere) e III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia, PUCPR, Curitiba, 20 a 26 de outubro de 2009. Disponível em: <[http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/2793\\_1389.pdf](http://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2009/2793_1389.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., 4. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.



PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. 13, p. 229-258, 2014.

PLATAFORMA E-NATJUS: apresentação. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2017/novembro/21/CNJ-Funcionamento-NATJUS.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PUGA, Mariela. La litis structural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 85-139.

\_\_\_\_\_. *Litigio Estructural*. 2013. 330 f. Tesis (Doctoral) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: <[file:///C:/Users/Cliente/Downloads/TesisMarielaPuga%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Downloads/TesisMarielaPuga%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Tradução de Dinah Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. Social unity and primary goods. In: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism and beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. p. 159-185.

REICHERT, Vanessa. *As medidas estruturantes no direito à saúde no Brasil*. 2015. 119 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015.

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas. In: FRIGO, Darci; PRIOESTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Sérgio Escrivão Filho (Org.). *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010. p. 105-127.

\_\_\_\_\_. Litígio estratégico para a 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, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANDHEP, abr. 2014.

ROSEMBERG, Fúlvia; CAMPOS, Maria Malta; HADDAD, Lenira. *A rede de creches no município de São Paulo*. São Paulo: DPE/FCC, 1991. (Textos FCC, n. 6).

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago, 1991.

\_\_\_\_\_. *The Hollow Hope: can courts bring about social change?* Chicago: The University of Chicago, 2008 (Kindle edition).

SABEL, Charles F. El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes. *Revista de Interés*

*Público*, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, v. 1, n. 2, p. 92-98, June 2017.

SABEL, Charles F.; LIEBMAN, James S. A public laboratory Dewey barely imagined: the emerging model of school governance and legal reform. *New York University Review of Law and Social Change*, v. 28, p. 183-304, 2003.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, v. 117, n. 4, p. 1015-1101, 2004.

\_\_\_\_\_. Minimalism and Experimentalism in the Administrative State. *Georgetown Law Journal*, v. 100, p. 53-93, 2011.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e Arena Pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2012. p. 1-32.

SALDAÑA, Paulo; GENTILE, Rogério. Aposta da gestão Doria, creche por convênio tem qualidade em xeque. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 maio 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2017/05/1885963-aposta-da-gestao-doria-creche-por-convenio-tem-qualidade-em-xeque.shtml>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211-222.

\_\_\_\_\_. Ações Coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. In: \_\_\_\_\_; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria (Org.). *Processos coletivos e tutela ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006. p. 17-33.

\_\_\_\_\_. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 787-818.

\_\_\_\_\_. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017a. p. 237-250.

\_\_\_\_\_. Processo Civil de Interesse Público. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017b. p. 193-227.

SÃO PAULO. Prefeitura Municipal. *Programa de Metas da cidade de São Paulo: Versão final participativa, 2013-2016*. São Paulo, 2013.

\_\_\_\_\_. Secretaria Municipal de Educação. *Memória Documental: catálogo*. Disponível em: <<http://portal.sme.prefeitura.sp.gov.br/Main/Page/PortalSMESP/Memoria-Documental>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Município. *Relatório Anual de Fiscalização, Exercício de 2016*: Prefeitura do Município de São Paulo, Prefeito Fernando Haddad, Conselheiro Maurício Faria Pinto, Processo n°. 72.001.517.17-74. São Paulo, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. Agravo Regimental n° 0018645-21.2010.8.26.003/50000. Relator: JUNIOR, Samuel. Agravantes: Ação Educativa et al. Agravada: Município de São Paulo. Publicado no DJ de 02.12.2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. Apelação n° 0150735-64.2008.8.26.0002. Relator: GUILHERME, Walter de A. Apelantes: Ação Educativa et al. Apelado: Município de São Paulo. Publicado no DJ de 16.12.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHAPIRO, Fred R.; PEARSE, Michelle. The Most-Cited Law Review Articles of All Time. *Michigan Law Review*, v. 110, n. 8, p. 1.483-1.520, 2012.

SILVA, Camilla Croso e outros. *Educação na capital paulista: um ensaio avaliativo da política municipal (2001-2002)*. São Paulo: Instituto Pólis, PUC/SP, 2004.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. 2005. 370 f. Tese (Concurso para Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The exclusion of the Already Excluded? *Law & Social Inquiry*, v. 36, p. 825-853, 2011.

SOUZA, Marcelle. Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013. *UOL*, São Paulo, 29 ago. 2013a. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 5 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Com 156 mil na fila, SP diz que vai criar 40 mil vagas em creches até 2016. *UOL*, São Paulo, 5 nov. 2013b. Disponível em: <[educacao.uol.com.br/noticias/2013/11/05/com-156-mil-na-fila-sp-diz-que-vai-criar-40-mil-vagas-em-creches-ate-2016.htm](https://educacao.uol.com.br/noticias/2013/11/05/com-156-mil-na-fila-sp-diz-que-vai-criar-40-mil-vagas-em-creches-ate-2016.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

STEVENS, Robert Bocking. *Law School: Legal Education in America from 1850s to the 1980s*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 1983.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago: The Law School, The University of Chicago, 2003. (Law & Economics Working Paper n.156). Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

TAYLOR, Mathew. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TEIXEIRA, Ana Cláudia C.; ALBUQUERQUE, Maria Do Carmo; PONTUAL, Pedro (Org.). *Orçamento participativo: Democratização da gestão pública e controle social: as experiências de participação popular na aplicação do dinheiro público municipal*. Rio de Janeiro: FASE, 2004.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. *O Poder Judiciário Como Voz Institucional Dos Pobres: O Caso Das Demandas Judiciais Por Medicamentos*. 2008. 62 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

TOLEDO, Luiz Fernando. Uma em cada 7 escolas da cidade de SP registra ao menos uma sala superlotada. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 15 nov. 2016. Disponível em: <<http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,uma-em-cada-7-escolas-da-cidade-de-sp-registra-ao-menos-uma-sala-superlotada,10000088426>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

TUSHNET, Mark. Administrative Law in the 1930s: the supreme court's accommodation of progressive legal theory. *Duke Law Journal*, v. 60, n. 7, p. 1565-1637, apr. 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*, 2ª.ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VERBIC, Francisco. Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural en la republica Argentina – Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 63-84.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. 264 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 29-51, 2007.

VIOLIN, Jordão. Fundamentos do processo coletivo e a redefinição do conceito de jurisdição. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 1, n. 5, 1 out. 2010. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/22-volume-1-numero-5-trimestre-01-10-2010-a-31-12-2010/111-fundamentos-do-processo-coletivo-e-a-redefinicao-do-conceitode-jurisdicao>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Processo Coletivo e Protagonismo Judiciário: o controle de decisões políticas mediante ações coletivas*. 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

\_\_\_\_\_. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 369-422.

WANG, Daniel Wei Liang. *Can litigation promote fairness in healthcare? The judicial review of rationing decisions in brazil and england*. London: Department of Law of the London School of Economics, aug. 2013a.

\_\_\_\_\_. *Courts as healthcare policy-makers: the problem, the responses to the problem and problems in the responses*. São Paulo: FGV, 2013b. (Research Paper Series, Legal Studies, Paper n. 75). Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/working-papers>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, São Paulo, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121666>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas: Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

XIMENES, Salomão B.; OLIVEIRA, Vanessa E; SILVA, Mariana P. *Judicialização da educação infantil: efeitos da Interação entre o sistema de justiça e a Administração*. In: 38ª Reunião Nacional da ANPED (01 a 05 de outubro), UFMA – São Luís/MA, 2017.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the Idea of Litigation: A Commentary on the Los Angeles. School Case. *UCLA Law Review*, v. 25, p. 244-260, 1977.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

## ANEXO A – Movimento Creche para Todos

**MOVIMENTO CRECHE PARA TODOS**

SÃO PAULO - BRASIL

PELO ATENDIMENTO DE QUALIDADE À DEMANDA POPULAR POR EDUCAÇÃO INFANTIL

**POSICIONAMENTO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO PROCESSO DE  
RECADASTRAMENTO DA DEMANDA POR VAGAS EM CRECHES E ESCOLAS NO  
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

No último dia 12 de março, o prefeito de São Paulo - Sr. Gilberto Kassab -, divulgou informações oficiais sobre a população matriculada na rede municipal, bem como a demanda não atendida cadastrada pelo poder público, atendendo, parcialmente, a determinação expressa da Lei Municipal nº 14.127/2006 e à medida judicial liminar concedida em 6 de novembro de 2008, em Ação Civil Pública movida por entidades que compõem o *Movimento Creche para Todos*. Em 13 de março, o periódico *Folha On Line*, apresentou a planilha oficial com tais informações discriminadas por etapas de ensino e distrito. Na semana seguinte os dados foram disponibilizados na página oficial da Secretaria Municipal de Educação.

A defesa da implementação integral da chamada “Lei da Demanda” tem sido uma pauta prioritária do nosso Movimento por fortalecer a possibilidade de controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil, representando significativo avanço no patamar de interlocução entre sociedade e poder público, uma vez que, através do mecanismo de registro e divulgação da demanda não atendida, há o reconhecimento oficial do “Estado de Ilegalidade” decorrente do desrespeito ao direito fundamental à educação de milhares de crianças.

Na última atualização dos dados da demanda, no entanto, há uma significativa queda do número de registros na educação infantil, o que, segundo as informações oficiais, é fruto de um duplo movimento: expansão da rede de educação infantil pela administração municipal e procedimento de recadastramento da demanda não atendida. Sobre esses temas, passamos a expor nosso entendimento:

1. Em 30 de junho de 2008 havia sido divulgada a última planilha oficial na qual se detalhava, por distrito municipal e etapa ou modalidade de ensino, a quantidade de matrículas efetivadas, matrículas em processo e demanda não atendida. Segundo tais informações, havia à época 101.966 crianças matriculadas em creches públicas diretas e conveniadas com o Município, enquanto 110.091 aguardavam em lista de espera. Na pré-escola, eram 316.453 matrículas contra 47.946 demandas não atendidas. Na planilha recentemente divulgada, que retrata a situação em 31 de dezembro último, a situação se modificou consideravelmente, sobretudo em relação à demanda não atendida. Segundo as novas informações, ao final do ano havia 109.717 matrículas em creches e 317.907 em pré-escolas, representando uma variação positiva de, respectivamente, 7,6% e 0,46%. Enquanto isso, a demanda oficial foi reduzida significativamente, sendo agora de 61.089 (-44,51%) para creches e 16.098 para pré-escolas (-66,4%);
2. Tal incompatibilidade entre vagas abertas e demanda reduzida foi justificada pela administração pública municipal como resultado de um processo de recadastramento da demanda, realizado durante o segundo semestre de 2008. Segundo informações que nos foram repassadas diretamente pelo Secretário Municipal de Educação, Sr. Alexandre Schneider, em 10 de março último, e confirmadas em seu *blog* pessoal (<http://aschneider.wordpress.com/>), o procedimento se justificaria por problemas encontrados no próprio cadastro, pois permitiria a inclusão de dados incompletos e duplicidade de registros, o que inclusive atrasaria o processo de ocupação de vagas abertas

durante o período letivo regular. Segundo as informações oficiais, o recadastramento foi realizado via correio, mediante carta registrada com porte pago para devolução. Somente as cartas que retornassem seriam confirmadas no cadastro público. Vejamos o quadro abaixo que resume o resultado deste processo:

#### Quadro demonstrativo dos números do recadastramento da demanda

A.	Demanda oficial em 30/06/08	158.037
B.	Demanda registrada em 01/11/08 (não divulgada)	209.836
C.	Cartas não enviadas: endereço incompleto, residente em outro município, duplicidade e maiores de 6 anos	23.744
D.	Cartas enviadas (B - C)	186.092
E.	Cartas devolvidas pelos Correios (não encontraram o destinatário)	17.733
F.	Cartas recebidas e não devolvidas (demanda não registrada)	76.027
G.	Cartas recebidas e devolvidas (demanda registrada)	92.332

Fonte: SMIE/SP

3. É importante perceber que apesar de não divulgada à época pela administração municipal, a demanda por educação infantil chegou a 209.836 registros em 1º de novembro de 2008, o que bem demonstra o quanto este mecanismo de registro e de cobrança foi incorporado pela população paulistana. Desses, para 186.092 registros foram enviadas correspondências com vistas ao recadastramento, sendo que, ao final, 92.332 respostas foram oficialmente computadas. Segundo as informações oficiais ainda, parte desses 92.332 recadastros de demanda foram atendidos ainda em 2008, restando 52.681 crianças recadastradas à espera de vagas, ao que se somou 24.453 novos cadastros feitos entre 01 de novembro e 31 de dezembro. O que mais preocupa no processo, no entanto, são as **76.027 pessoas excluídas do cadastro público no processo de recadastramento**, o que por si coloca a eficácia do processo em questão;
4. Se é verdade que havia necessidade de “limpar” o cadastro, fortalecendo sua operacionalidade, também é verdade que o método adotado, aliado à justificada descrença de parcela da população historicamente relegada, tinha como “resultado esperado” a injusta exclusão de cadastros reais de pessoas que possivelmente aguardavam há meses, e até mesmo anos, serem chamadas a matricular seus filhos e/ou pupilos. No entanto, a escala deste resultado impressiona e, ao mesmo tempo, requer uma resposta imediata das autoridades públicas municipais, uma vez que as **pessoas excluídas do cadastro sem uma justificativa plausível representa mais que o total de cadastros remanescentes**;
5. Evidentemente que tal situação é profundamente injusta e ilegal, uma vez que o exercício do direito à educação infantil está, quando muito, condicionado a uma única e simples manifestação de vontade, não sendo plausível se exigir dos cidadãos que reafirmem sua prerrogativa. Quanto mais quando tais cidadãos em nada concorreram para os eventuais problemas existentes no cadastro público-oficial, estando tais falhas, assim como a omissão em lhes assegurar o direito à educação, unicamente baixo à responsabilidade do poder público;
6. O que se observa em tal caso é que o processo de recadastramento realizado pela

administração municipal levou ao distanciamento entre o número de cadastros oficiais e a real demanda por educação infantil na Cidade, invertendo uma tendência de aproximação muito perceptível no período anterior. Basta destacar que, no que concerne às creches, hoje somente 19,9%<sup>1</sup> das crianças paulistanas têm seu direito assegurado, enquanto o Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 10.172/2001) determina que no mínimo 50% das crianças sejam atendidas ainda em 2010, priorizando-se justamente as crianças em contexto de maior vulnerabilidade social;

7. Face à dimensão do problema, com reflexos negativos no planejamento estatal e, inclusive, no campo da credibilidade das autoridades e dos serviços públicos, não entendemos ser suficiente a ponderação de que as pessoas ora excluídas poderão ser recadastradas desde que compareçam pessoalmente a uma unidade de ensino municipal. Como alternativa, **PROPOMOS** ao conjunto das autoridades da administração pública, do legislativo, do judiciário, do ministério público, da defensoria pública e aos demais interessados:

a) Que em caráter imediato seja promovida a reconsideração da decisão que levou à exclusão dos 76.027 cadastros de crianças demandantes de educação infantil, cuja veracidade dos endereços foi devidamente comprovada pelos Correios no processo de recadastramento, reinserindo-as, sem prejuízo de eliminação de duplicidades e outras questões de natureza técnica, no cadastro público da administração municipal, respeitando-se a ordem original de inscrição;

b) Que seja amplamente divulgado o processo de cadastramento da demanda e as formas de acesso, promovendo sua aproximação à realidade da demanda social por educação infantil no Município;

c) Que seja aprimorado, por via legislativa, regulamentação ou outros meios, o registro da demanda nas unidades de ensino e, sobretudo, que se dê maior racionalidade à determinação da ordem de atendimento, permitindo o acompanhamento direto pela população demandante e pelas unidades educacionais;

d) Que, nos termos da legislação municipal, seja realizado amplo recenseamento da demanda educacional na cidade de São Paulo.

São Paulo, 23 de março de 2009.

**Integram o Movimento Creche para Todos e subscrevem este documento:**

Ação Educativa  
 Casa dos Meninos  
 Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo –CDHEP  
 Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares  
 Instituto Lidas

<sup>1</sup> A população total do Município de 0 a 3 anos em 2007 é de 749.523 crianças – Fonte: Secretaria de Planejamento de São Paulo

[http://sempa.prefeitura.sp.gov.br/infocidade/htmls/7\\_estimativa\\_populacional\\_por\\_faixa\\_etari\\_2007\\_415.html](http://sempa.prefeitura.sp.gov.br/infocidade/htmls/7_estimativa_populacional_por_faixa_etari_2007_415.html)

Já o Censo Escolar 2008, organizado e publicado pelo INEP, aponta que no município de São Paulo havia, em 2008, 149.152 crianças matriculadas em creches – tanto na rede pública como na rede privada.

[http://www.inep.gov.br/basica/censo/Escolar/Matricula/censoescolar\\_2008.asp?metodo=1&ano=2008&UF=S%C3%94+P%C3%A1+O&MUNICIPIO=S%C3%A3o+Paulo&Subm%C3%BA=Conectar](http://www.inep.gov.br/basica/censo/Escolar/Matricula/censoescolar_2008.asp?metodo=1&ano=2008&UF=S%C3%94+P%C3%A1+O&MUNICIPIO=S%C3%A3o+Paulo&Subm%C3%BA=Conectar)



Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emílio Cartos e Irene  
Fórum do Jardim Irene  
Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente CEDECA – Jardim Ângela  
Marcha Mundial das Mulheres  
GT de Educação do Fórum para o Desenvolvimento da Zona Leste  
Associação Cultural e Educativa Ética e Arte na Educação  
CEERT - Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades  
Aliança pela Infância no Brasil  
Grupo Itápolis Ação e Re-integração Social

**Subscrevem este posicionamento e apóiam o MCPTE:**

Fórum Permanente de Educação Inclusiva  
Instituto Avisa Lá - Formação continuada de educadores  
Fórum Paulista de Educação Infantil

**Sobre o Movimento Creche para Todos**

O Movimento Creche para Todos ([www.demandacreche.org.br](http://www.demandacreche.org.br)), articulação de organizações da sociedade civil, redes, fóruns e cidadãos que têm como objetivo comum avançar na promoção do direito à educação de todas as crianças pequenas através da concretização dos preceitos constitucionais e legais, tem como estratégia principal a mobilização para o controle social das políticas educacionais voltadas à educação infantil, fazendo uso, para isso, de todos os meios colocados à disposição dos cidadãos. Desde sua criação, em 2007, tem como uma de suas principais bandeiras a publicização da demanda por vagas na cidade de São Paulo, bem como a disseminação de informações que fortaleçam a atuação da sociedade civil.

## ANEXO B – Educação Infantil: déficit de atendimento no município de São Paulo



São Paulo, 9 de Maio de 2015

na educação  
cultura  
educação  
juventude

## ação na justiça

4. Educação Infantil: déficit de atendimento no município de São Paulo - Creche para Todos   

Educação Infantil: Déficit de atendimento em educação Infantil no Município de São Paulo - Movimento Creche para Todos – fortalecimento da rede local

## 1. Déficit de atendimento em educação infantil no Município de São Paulo - Movimento Creche para Todos – fortalecimento de rede local

A realização do direito à educação infantil (creches e pré-escolas), tal como garantido na Constituição Federal desde 1988, é um desafio educacional permanente e ainda não enfrentado. Embora as taxas de frequência propostas pelo Plano Nacional de Educação, em 2001 estivessem longe de almejar a universalização (a meta legal era alcançar, até 2001, frequência de 50% da população de 0 a 3 anos em creches e de 80% das crianças de 4 e 5 anos em pré-escolas), as atuais médias nacionais de frequência bruta, respectivamente 18,1% e 72,8% (PNAD/IBGE 2008), deixam evidente que a meta programada, embora assegurada em lei, não será completamente atingida.

No município de São Paulo a situação não é melhor. A porcentagem da população atendida não difere muito da média nacional, e há uma descomunal e reconhecida falta de vagas em educação infantil. Dados oficiais registraram, em 31 de dezembro de 2009, 97.255 crianças na lista de espera por vagas em educação infantil, sendo 74.707 em creches e 22.548 em pré-escolas. Além disso, nas instituições que ofertam vagas há relatos de superlotação das salas de aula e de precariedade no atendimento, problemas acentuados pela estratégia de expansão da rede que não privilegia o atendimento público direto, mas sim o conveniamento com entidades não-públicas. (Sobre os conceitos de demanda legal, oficial e social por educação infantil, ver [Boletim OPA 43](#)).

Nesse contexto, foi constituído o [Movimento Creche para Todos](#), articulação da sociedade civil composta por diversas entidades, Ação Educativa entre elas. O objetivo do movimento é, por meio de diferentes estratégias de mobilização, fortalecer a possibilidade de controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil (junto aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), tendo em vista a ampliação do número de vagas, associada à priorização do atendimento nas áreas de maior vulnerabilidade social; à melhoria da qualidade do atendimento; e à garantia do sistema de informações sobre a demanda por esta etapa educacional.

Houve já, nestes mais de dois anos de atuação do movimento (2008-2010), um significativo avanço no patamar de interlocução entre sociedade e poder público. A estratégia foi, e tem sido, utilizar todos os meios de comunicação e formulação de pedidos colocados à disposição dos cidadãos para reivindicar e exigir a garantia do direito à educação infantil. Abaixo, algumas petições e documentos que ilustram alguns momentos deste diálogo.

Artigos 6º, 7º, XXV; 30, VI; 205; 208, IV e 211, §2º da [Constituição Federal](#)  
 Artigos 240 e 247 da [Constituição do Estado de São Paulo](#)  
 Artigos 200, 201 §§ 6º. e 9º., e 203, II da [Lei Orgânica do Município de São Paulo](#)  
 Artigos 4º., 11, V; 29 e 30 da [Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional \(Lei 9.394/96\)](#)  
 Itens 1.3 e 1.3.1 do [Plano Nacional de Educação - Lei nº 10.172/2001](#)  
 Artigo 4º, parágrafo único; 53 e 54 do [Estatuto da Criança e do Adolescente \(Lei 8.069/90\)](#)  
 Artigo 13 do [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#)  
 Artigos 18.3; 3.1; 28 da [Convenção sobre os Direitos da Criança](#)  
 Artigo 13.1 [Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos](#)  
 Entre outros.

Após decisão do STF de 2005 que reafirmou a educação infantil como direito exigível no Poder Judiciário frente ao Poder Executivo, bem como a partir da inclusão desta etapa no Fundeb, o desafio parece ser, em primeiro plano, não deixar que um retrocesso nestas posições aconteça. Paralelamente, reivindicar que este reconhecimento simbólico e institucional se reverta em realidade social de garantia, ou seja, que haja efetiva ampliação de vagas para esta etapa educacional.

Com a proposta de ações judiciais, por sua vez, se pretende também discutir quais os limites da atuação do judiciário, que em casos de educação infantil se limita a conceder vagas, quando poderia, por exemplo, determinar a elaboração de um plano de expansão ou a construção de unidades.

A expansão da garantia do direito e a ampliação da capacidade jurisdicional do Poder Judiciário frente aos direitos sociais são as principais discussões neste caso

**Ação Civil Pública (ACP 1) número 002.08.150735-6 – data da inicial 04 de setembro de 2008.**

1. 04/09/2008 - [Petição inicial ACP 1](#)
2. 01/10/2008 - [Sentença extintiva do processo](#)
3. 21/10/2008 - [Apelação ACP 1](#)
4. 11/11/2008 - [Aceitação da apelação](#)
5. 18/05/2009 - [Acórdão que determina o prosseguimento da ação](#)
6. [Recurso Especial proposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo](#)
7. [Contra-Razões de Recurso Especial, pelo MCPT](#)

Para acompanhar o andamento da Ação Civil Pública proposta pelo Movimento Creche para Todos, entre no endereço abaixo e informe o número do processo: [\(002.08.150735-6\)](#)

<http://esaj.tj.sp.gov.br/cpo/pg/open.do>

**Ação Civil Pública (ACP 2) número 002.08.600075-8 – data da inicial 22 de outubro de 2008.**

- 2.1. 29/10/2008 - [Petição inicial ACP 2](#)
- 2.2. 06/11/2008 - [Liminar concedida ACP 2](#)
- 2.3. 02/02/2009 - [Agravo de instrumento da Prefeitura do Município de São Paulo](#)
- 2.4. 04/02/2009 - [Decisão monocrática que não confere efeito suspensivo ao Agravo](#)
- 2.5. 07/05/2009 - [Contra-razões em agravo de instrumento – ACP 2](#)
- 2.6. [Contestação da Prefeitura](#)
- 2.7. 29/06/2009 – [Parecer do Ministério Público de São Paulo – Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro](#)
- 2.8. 22/05/2009 - [Réplica - Manifestação que pede de julgamento antecipado](#)
- 2.9. 20/07/2009 – [Sentença](#)
- 2.10. 18/08/2009 - [Apelação proposta pela Prefeitura Municipal de São Paulo](#)
- 2.11. 24/09/2009 - [Contra-razões de Apelação](#)
- 2.12. [Acórdão que nega os recursos e confirma a sentença no TJ](#)

**Petições administrativas e outros documentos:**

- 3.1. 18/04/2008 - [Petição administrativa para a Prefeitura da Cidade de São Paulo](#)
- 3.2. 17/04/2008 - [Petição administrativa para a Secretária Municipal de Educação da Cidade de São Paulo – TID n. 2553561](#)
- 3.3. 18/04/2008 - [Petição administrativa para a Diretoria de Ensino de Campo Limpo](#)
- 3.4. 17/04/2008 - [Petição administrativa Secretaria Municipal de Educação do Município de Embu das Artes](#)
- 3.5. 23/06/2008 - [Resposta da Prefeitura do Município de São Paulo – Ofício nº. 1043/08 – SGM/GAB](#)
- 3.6. 18/06/2008 - [Comunicado Oficial da Secretaria Municipal de Educação, de 18 de junho de 2008, sobre o mandado de segurança por pedido de informações impetrado no dia 06 de junho de 2008](#)
- 3.7. 23/06/2008 - [Comunicado do Movimento Creche para Todos](#)
- 3.8. 27/06/2008 - [Petição de esclarecimento em relação ao Comunicado da Secretaria, TID n. 2858916, que reitera pedidos formulados na Petição TID n. 2553561, de 17/04/2008](#)
- 3.9. 30/06/2008 - [Resposta da Secretaria Municipal de Educação à Petição TID n. 2858916, de 27/06/2008. Ofício n. 1159/2008 – SME/G](#)
- 3.10. [Ofício n. 1152/2008/SME-G ainda em resposta à requisição de informações das petições TID n. 2553561 e TID n. 2858916](#)

3.11. 16/09/2008 - Nota pública sobre a Ação Civil Pública proposta em 04/09/2008

3.12. 23/03/2009 - Posicionamento público do Movimento Creche para Todos e outras entidades em relação ao processo de recadastramento promovido pela Secretaria Municipal de Educação no final de 2008 – divulgado e enviado para Ministério Público do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Câmara Municipal de São Paulo, Secretaria Municipal de Educação

3.13. Posicionamento público do Movimento Creche para Todos e outras entidades em relação ao Projeto de Lei n. 108/2009, que institui o programa de auxílio-creche

3.14. 11/06/2008 - Notas taquigráficas da primeira reunião do Movimento Creche para Todos na Comissão da Criança e do Adolescente da Câmara Municipal de São Paulo

3.15. Folheto de divulgação das reuniões do Fórum de Educação Infantil na Câmara Municipal de São Paulo (2º. Semestre de 2008)

3.16. 18/03/2009 - Ofício de solicitação e indicação de pautas para reuniões na Câmara

3.17. 10/12/2009 - Exemplo de Petição Administrativa encaminhada pós-24 de outubro

#### Notícias relacionadas:

[Judiciário, Políticas Públicas e Direito à Educação Infantil \(03/03/2010\)](#)

[O Direito à Educação Infantil \(12/02/2010\)](#)

[Movimento Creche para Todos exige atendimento da demanda identificada em dia de mobilização \(10/12/2009\)](#)

[Movimento Creche Para Todos posiciona-se contra auxílio-creche \(01/06/2009\)](#)

[Justiça de primeiro grau deve analisar ação civil pública sobre demanda por creches \(27/05/2009\)](#)

[Creche para Todos e Ministério Público aproximam-se na defesa da educação infantil \(24/04/2009\)](#)

[Movimento Creche para Todos questiona processo de recadastramento da demanda por vagas em São Paulo \(27/03/2009\)](#)

[SP: Movimentos em defesa da educação infantil se posicionam contra atuais medidas da prefeitura \(17/03/2009\)](#)

[Seminário debate educação infantil em SP \(19/02/2009\)](#)

[Justiça obriga Prefeitura de SP a conceder vagas em educação infantil a 943 crianças \(28/11/2008\)](#)

[Sociedade civil questiona Orçamento para Educação em Audiência na Câmara \(27/11/2008\)](#)

["Justiça obriga prefeito a divulgar a 'fila' por creche" - Jornal da Tarde \(26/11/2008\)](#)

[Audiências públicas temáticas e regionais sobre Orçamento municipal de SP ocorreram em novembro \(05/11/2008\)](#)

[SP: Fórum discute educação infantil e orçamento municipal na Câmara \(22/10/2008\)](#)

[Creche para Todos move Ação Civil em defesa da educação infantil em SP \(18/09/2008\)](#)

[Creche para Todos e Câmara Municipal de SP discutirão a Educação Infantil da cidade \(06/08/2008\)](#)

[Boletim OPA fala da demanda popular por educação infantil e o dever de atendê-la \(10/07/2008\)](#)

[Demanda popular por educação infantil e dever legal de atendê-la \(04/07/2008\)](#)

[Secretaria Municipal de Educação publica dados sobre educação infantil \(20/06/2008\)](#)

[Movimento Creche para Todos é lançado na Câmara Municipal de São Paulo \(18/06/2008\)](#)

[SP: entidades processam secretário municipal \(11/06/2008\)](#)

#### ÚLTIMAS NOTÍCIAS - Educação

08/04/2015 Organizações e Movimentos Sociais cobram Consulta Pública sobre projeto que pretende alterar as regras de funcionamento do Judiciário

01/04/2015 Direito à qualidade na Educação Básica é tema de livro lançado pelo professor e jurista Salomão Ximenes na quarta-feira (15)

18/03/2015 Seminário sobre as metas para a educação no pós-2015

17/03/2015 Nota pública de repúdio à Secretaria Estadual de Educação do Estado de São Paulo em decorrência da ausência de representação em audiência pública para discutir o Plano Estadual de Educação nas Prisões

13/03/2015 TERMO DE REFERÊNCIA COTAÇÃO PRÉVIA DE PREÇO Nº 005/2014

11/03/2015 STF marca audiência pública para debater ensino religioso nas escolas públicas

11/03/2015 Manual do Educador da Coleção Viver e Aprender está disponível para download

10/03/2015 Fórum prorroga prazo para votar proposta de plano estadual de educação de SP

10/03/2015 Plataforma possibilita interação e suporte para a construção de planos municipais de educação

06/03/2015 SP: Audiência pública debaterá Plano Estadual de Educação nas Prisões

[Veja Mais >>](#)

na ação  
cultura  
educação  
juventude

BUSCA  
MAPA DO SITE  
CONTATO

ENGLISH  
ESPAÑOL

COMPARTILHE

Rua General Jardim, 660, Vila Buarque, Sao Paulo, SP.

[acaoeducativa@acaoeducativa.org](mailto:acaoeducativa@acaoeducativa.org)

<http://www.acaoeducativa.org.br/index.php/educacao/51-acao-na-justica/2385-casos-juridicos>