

**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**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr Marcos Paulo Verissimo.

**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.  
185 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: \_\_\_\_\_

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 e 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 e seus preciosos comentários.

Agradeço aos meus amigos e colegas da pós-graduação em direito e do grupo de Constituição, Política e Instituições, especialmente a Ana Clara Gonçalves Pamplona, Bonifácio José Suppes de Andrada, Cecília Barreto, Clio Randomysler, Filipe Gaspari, Hazenclever Cançado Júnior, Luiza Correa, Marcela Mattiuzzo, Natalia Langenegger, Rafael Nunes, Rodrigo Nitrini, Tamara Brezighello Hojaij, Tulio Jales. Um especial agradecimento aos queridos Artur Pericles Lima Monteiro, Livia Guimarães, Milene Cristina Santos, Natália Pires e Nikolay Henrique Bispo que muito me ajudaram nessa etapa final, seja emprestando livros, trocando ideias ou mesmo me dando um importante apoio moral! Agradeço, também, aos queridos Isabel Barbosa, Santiago Neira, Tatiana Marinho e Vivian Rocha, pela gentileza e generosidade com que me ajudaram a obter o material bibliográfico.

Sou muito grata a Alessandra Gotti, João Faustini e Silva, Cisele Ortiz, Marcos Rogério de Souza e Vera Marzagão Ribeiro que gentilmente me cederem 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 demais pela imprescindível ajuda técnica no aprimoramento desse trabalho!

Às minhas amigas Clarissa Kamiya, Paula Faleiros, Juliana 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: pais, irmãos e irmãs, cunhados e cunhadas, sobrinhos e sobrinhas, madrinha; e à querida sogra, por todo carinho, orações e apoio que sempre me foi dado. À tia querida Helô, um especial agradecimento por sempre me dar abrigo em São Paulo.

Por fim, minha imensa gratidão ao meu querido Marcus Vinícius, alicerce do meu coração, e à Frida, companheira canina inseparável, muito obrigada por tudo.

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 distributivos. A tese aqui sustentada é que a atuação do judiciário brasileiro por meio de processos estruturais dialogais parece melhor acomodar as constrações técnicas, policêntricas e prospectivas, vez que está em consonância com a natureza distributiva dos direitos sociais e, formalmente, apta a endereçar respostas às constrações 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 constrações 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 .....	152
Gráfico 11 – Matrículas de pré-escola na rede municipal .....	153

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Média de tempo de espera (em dias) no ensino infantil no ano de 2013.....	141
Tabela 2 – Metas.....	143
Tabela 3 – Plano de expansão de vagas.....	148
Tabela 4 – Comparação entre a meta planejada e realizada .....	151
Tabela 5 – Comparação entre a meta planejada e realizada (em valores).....	151
Tabela 6 – Comparação entre os custos orçados e empenhados das metas (em valores).....	152
Tabela 7 – Evolução da rede.....	152

## 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 de 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 .....	21
<b>2 CAPACIDADE INSTITUCIONAL: UM CONCEITO A PARTIR DA CRÍTICA NORTE-AMERICANA</b> .....	29
2.1 BREVE PANORAMA DO LEGAL PROCESS THEORY E A IDEIA DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL .....	32
2.2 O CASO BROWN VERSUS BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA E AS DISCUSSÕES SOBRE AS INTERVENÇÕES ESTRUTURAIS .....	44
2.3 A CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMPARADA .....	58
2.4 O EXPERIMENTALISMO JURÍDICO .....	63
2.5 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO .....	75
<b>3 CAPACIDADE INSTITUCIONAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS: ELEMENTOS PARA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA</b> .....	77
3.1 A MOLDURA TRADICIONAL E AS PROPOSTAS INICIAIS DE PROCESSOS COLETIVO-ESTRUTURAIS .....	86
3.2 REPENSANDO A JURISDIÇÃO BRASILEIRA .....	101
3.3 JURISDIÇÃO E AS CRÍTICAS DA CAPACIDADE INSTITUCIONAL .....	103
<b>3.3.1 Legitimidade, custos e representação processual adequada</b> .....	109
<b>3.3.2 O papel do magistrado, a negociação e a formulação do acordo</b> .....	114
<b>3.3.3 Flexibilidade e adequação procedimental</b> .....	116
3.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO .....	119
<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 .....	140
4.3 OS EFEITOS DA DESESTABILIZAÇÃO E OS DESAFIOS DE ACOMODAR AS QUESTÕES TÉCNICAS, POLICÊNTRICAS E PROSPECTIVAS NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL .....	148

4.4 CONCLUSÕES DO CAPÍTULO .....	157
<b>5 CONCLUSÕES.....</b>	<b>159</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>165</b>
<b>ANEXO A – Movimento Creche para Todos.....</b>	<b>178</b>
<b>ANEXO B – Educação Infantil: déficit de atendimento no município de São Paulo.....</b>	<b>182</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, há certas questões ainda muito pouco trabalhadas ou discutidas que se refletem em nossa jurisprudência de forma problemática e, por vezes, retarda possíveis contribuições da atuação das cortes 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 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 política pública em sua estrutura, de forma coletiva.

Na última década, houve uma amplíssima produção de artigos, textos e teses sobre direitos sociais, sob as mais diversas abordagens teóricas e práticas<sup>2</sup>. Abordou-se a força do

---

<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.

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, quando abordado, era rapidamente superado a partir de uma compreensão formal de competência institucional, sem um esforço concreto de analisar possibilidades de superação das constrictões substantivas 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 na esfera da saúde e da educação. Contudo, ao compreendê-los na mesma chave de leitura dos direitos individuais, os tribunais ignoraram a natureza distributiva destes direitos e 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 ampla judicialização individual e fragmentada dos direitos sociais<sup>3</sup>, especialmente no âmbito da saúde<sup>4</sup>, obrigando os órgãos públicos a buscarem novas soluções, abrindo-se para as discussões sobre questões distributivas e as possibilidades de contorná-las. Esse movimento está levando a uma produção de pesquisas e trabalhos com abordagem de direitos sociais de forma coletiva. A literatura jurídica vem estudando ações

---

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

<sup>4</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.

estratégicas para lidar com a judicialização de forma coletiva<sup>5</sup>; técnicas de aglomeração de demandas individuais<sup>6</sup>; ou mesmo possibilidades de o poder judiciário atuar em demandas que abordam os direitos sociais não mais apenas em sua faceta individual, mas no âmbito do delineamento da política pública, como verdadeiras reformas na estrutura de prestação destas políticas<sup>7</sup>.

É no âmbito desta terceira abordagem que o problema de pesquisa desta tese se coloca. O judiciário brasileiro pode ter capacidade institucional para lidar com os direitos sociais?

Aqui o conceito merece um refinamento, vez que o termo é amplo<sup>8</sup>. Em sua acepção formal, pode ser compreendido como delineamento das competências institucionais, estabelecidas nas Constituições. De outro modo, o termo pode ser compreendido como capacidade substantiva – ou instrumental<sup>9</sup>, tal como propõe Verissimo (2006) – para avaliar a capacidade do poder judiciário para lidar com conflitos distributivos que se colocam na esfera da justiça, tal como os conflitos de direitos sociais.

Na acepção formal do conceito, 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 operado pelo poder judiciário. De outro, a jurisdição brasileira é operada na lógica comutativa e, em que pese a constitucionalização de diversos direitos de cunho distributivo, não temos na jurisdição brasileira mecanismos para que os problemas inerentes à distribuição de bens comuns consigam ser apreciados adequadamente e acomodados na decisão judicial, em que pesem os amplos poderes do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil<sup>10</sup>.

<sup>5</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>6</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>7</sup> Verdade é que se encontram na literatura brasileira alguns estudos e discussões sobre os 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, o judiciário começou a se apropriar destes estudos e ferramentas e aplicá-los em alguns processos (CORRÊA, 2014; FERRARO, 2015). E, conseqüentemente, as pesquisas e produções textuais sobre esse fenômeno começaram a despontar. 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>8</sup> Agradeço ao Prof. Virgílio Afonso da Silva por ter me ajudado com essas reflexões.

<sup>9</sup> Verissimo destaca a possibilidade de abordagem do viés institucionalista a partir do debate sobre as externalidades da ação judiciária e seus custos à luz do princípio da eficiência. Não será esse o foco desta tese.

<sup>10</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,

Após massiva judicialização do direito à educação, quando foi diretamente confrontado com essa contradição, o Tribunal de Justiça de São Paulo tomou uma decisão inovadora e abriu espaço para uma nova abordagem da questão. Essa abordagem, conforme será visto, possibilita uma intervenção estrutural na política pública, operando por uma lógica mais condizente com as questões distributivas e possibilitando o desbloqueio de subgrupos vulneráveis que não conseguem canalizar suas demandas na via política.

Nesse entendimento, a tese que aqui sustento é que essa forma de atuar, por meio de processos estruturais dialogais, parece melhor acomodar as restrições técnicas, policêntricas e prospectivas inerentes a esses direitos, 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. Nesse sentido, é preciso que, ao menos, a nuance formal da capacidade institucional seja acolhida em nossa jurisdição, para que substantivamente, haja possibilidade de que as cortes brasileiras possam operar esses direitos.

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

Nesse contexto, para responder à pergunta desta tese, o trabalho será desenvolvido a partir de três capítulos.

Em um primeiro 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. 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>11</sup> e as *injunctions*<sup>12</sup>, por

---

levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Um verdadeiro ‘dever-poder geral executivo’, portanto.” (BUENO, 2015, p. 165).

<sup>11</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>12</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,

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, 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 os processos estruturais. 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. 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 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 primeiro 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 de direito público.

Em um segundo 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. A ideia é observar como certas propostas produzidas por teorias norte-americanas estão sendo acomodadas em nossa “jurisdição”, buscando viabilizar o acolhimento de processos estruturais no judiciário brasileiro.

Conforme abaixo será abordado, essa tese parte do pressuposto de que as definições do campo jurídico são condições de possibilidade e ação para determinada prática social (LOPES,

---

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”.

2004). Nesse entendimento, refletir sobre as ferramentas e mecanismos que estão sendo propostos por esses autores para tratar adequadamente o caráter distributivo dos direitos sociais propicia uma condição de inteligibilidade para que o campo jurídico possa lidar com os direitos distributivos (LOPES, 2004, p. 27-33).

Na literatura brasileira há hoje certa animação quanto aos processos estruturais<sup>13</sup> ou litígios de interesse de público, especialmente 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). 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). E, desse modo, parte dessa literatura continua se fixando 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, em especial dos efeitos policêntricos e prospectivos desses direitos.

A percepção dessa insuficiência na abordagem dos litígios de direitos públicos é captada por alguns autores, que começaram a dar foco a essas questões (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 do processo tradicional.

Por fim, o terceiro capítulo abordará a política pública de educação infantil em São Paulo e a intervenção judicial no caso de acesso ao ensino infantil. O propósito deste capítulo é analisar, a partir do caso prático, como as constrações apontadas pela crítica da capacidade

---

<sup>13</sup> Nos dizeres de Owen Fiss (2004, p. 25), é possível definir reforma estrutural como o “[...] 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; processos estruturantes; processos estruturais; intervenção estrutural, medidas estruturantes.

institucional estão sendo acomodadas no processo estrutural (tal como sugerido pela crítica experimental), viabilizando que a desestabilização provocada pela corte possa contribuir concretamente no aprimoramento da efetivação de um direito social. O olhar concreto para uma política pública específica e sua possível resolução por meio de um processo estrutural auxilia a compreender os gargalos procedimentais da judicialização de direitos sociais e as propostas que estão sendo delineadas para a recepção dessas teorias aqui no Brasil.

Observo, no entanto, que os resultados de um processo estrutural se protraem ao longo do tempo, de modo que não pretendo aqui fazer uma análise de impacto dos resultados da decisão, que ainda está em curso. Minha proposta é identificar no caso prático os elementos que foram abordados pelas críticas da capacidade institucional e experimentalista no primeiro capítulo e ponderar sobre as possibilidades de acomodação da teoria na prática. Além disso, pretendo analisar, no caso concreto, como as limitações institucionais da jurisdição brasileira estão sendo contornadas, dialogando com as propostas que foram abordadas no segundo capítulo, e possibilitando a superação da contradição do discurso com a prática, tal como acima mencionado.

Contudo, antes de adentrar nas 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 que envolvem esse debate da judicialização de direitos sociais que, porém, 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). 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).

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). Esse campo teórico criado possibilita a construção de uma forma de pensar e agir a partir dos significados estabelecidos e utilizados intersubjetivamente, o que se dá por meio do discurso. Isto é, a partir do discurso jurídico, constitui-se a realidade (LOPES, 2004, p. 29).

Desse modo, tem-se que 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).

Mas, o que se pode entender por essa afirmação e o que ela implica para os direitos sociais e para este trabalho?

A partir destas constatações, o autor afirma que a positivação de direitos sociais nas Constituições contemporâneas gerou um problema: reintroduziu questões distributivas na esfera jurídica. E essa reintrodução foi problemática porque recolocou 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>14</sup>.

É importante salientar que Lopes (2003, p. 99) não se opõe à realização de interesses públicos por meio do sistema judicial. Contudo, aponta que é preciso termos consciência de como o problema se coloca para que seja possível criar iniciativas para lidar com ele (LOPES, 2003, p. 99). Ou seja, se houve uma mudança na definição estipulativa do conceito de direito em decorrência do reingresso das questões distributivas, é preciso ter um mínimo de clareza de algumas questões que estão envolvidas nessas discussões para que o campo jurídico possa se aparelhar para 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 já apontado por 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), organizei as principais críticas que pautavam o debate, naquele momento, em três grandes blocos: críticas que apontavam problemas normativos (I), críticas que

---

<sup>14</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).

apontavam carência de legitimidade e a discricionariedade do administrador (II) e críticas que apontavam 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 da 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 da discussão sobre capacidade institucional aqui no Brasil. Essa crítica afirmava que a carência de instrumentos presentes na *equity* da *common law* americana 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). Apontava também que o julgamento fragmentado não levava em conta os impactos econômicos da decisão, criando sérias distorções e privilégios na política pública (DURAN et al., 2004; LOPES, 2006).

Analisando ações coletivas sobre direito à educação<sup>15</sup>, movidas na cidade de São Paulo, entre 1996 e 2006, formulei as seguintes hipóteses de pesquisa à luz dos argumentos da capacidade institucional:

- 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

---

<sup>15</sup> O pedido nestas ações coletivas abrangia tanto casos de interesses individuais homogêneos como interesses difusos ou coletivos propriamente ditos.

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 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 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 estes tratavam 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 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. 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.

Outra dificuldade identificada nas ações judiciais diz respeito ao caráter futuro dos direitos demandados em juízo e das dificuldades de o judiciário dar uma boa resposta para a situação por meio da antecipação de tutela. Como restou evidenciado tanto nos casos de organização do sistema público de ensino como na solicitação de reposição de aula, o lapso

temporal fez com que os conflitos perdessem o seu objeto, sendo estabilizada a situação fática sem que houvesse um pronunciamento do judiciário. Já nos casos de acesso a vagas, a concessão da tutela antecipada tornava irreversível a retirada da criança da escola, ainda que a ação fosse julgada improcedente. A reversibilidade do pedido, claramente, não foi um critério impeditivo.

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, os casos estudados evidenciaram que a falta de precisão conceitual sobre o conteúdo dos direitos sociais, somada à estrutura aberta das normas constitucionais, abriu margens para que as decisões fossem tomadas com base na disponibilidade ideológica dos juízes, possibilitando que casos idênticos fossem tratados de modo diametralmente distintos, como restou evidenciado nas ações de acesso ao ensino: foi possível notar uma sensibilização maior dos magistrados para as questões de ensino infantil do que nos casos de adolescentes e adultos (MARINHO, 2009, p. 107-108).

Também foi constatado que, quando os direitos sociais se encaixaram na moldura dos direitos individuais, por meio do conceito de direito público subjetivo, encontraram no judiciário uma proteção. Contudo, quando não conseguiam ser encaixados nessa moldura individual e foram pleiteados como falha na política pública, não obtiveram a mesma proteção, sendo considerados normas programáticas, incabíveis de serem apreciadas pelo judiciário (MARINHO, 2009, p. 105).

Outra evidência da pesquisa que também pode ser apontada na época é que o judiciário parecia não possuir respostas institucionais<sup>16</sup> que permitissem abordar os conflitos plurilaterais ou policêntricos de forma adequada, faltando-lhe técnica ou ferramentas para compreender e abordar o conflito distributivo de modo mais consentâneo com a natureza distributiva dos direitos sociais. Nestes casos, o direito social não era reconhecido como direito propriamente

---

<sup>16</sup> Ou seja, estruturalmente, a jurisdição brasileira não possui ferramentas para lidar com os processos estruturais, tal como previsto nos processos da *equity* norte-americanos.

dito, mas como uma norma programática dependente da discricionariedade do legislador e do administrador (MARINHO, 2009, p. 99-104).

Um ponto curioso que pode ser observado é que, mesmo nos casos em que os direitos sociais foram judicializados “como direitos individuais” (como direitos públicos subjetivos), as respostas dadas pelo judiciário possibilitam observar que estes direitos, de fato, não se encaixam perfeitamente nesta moldura. Assim, na maior parte das decisões de direito à educação (casos em que se pleiteavam vagas ou matrículas, construção de sala de aula, transporte público, realização de censo educacional, organização do sistema de ensino, reposição de aulas, questionamentos sobre a aplicação de verbas) as prestações pleiteadas eram futuras, não se voltavam a solucionar uma questão pretérita. E a concessão (ou não) de tutelas liminares, neste sentido, foi absolutamente determinante para a garantia do direito (MARINHO, 2009, p. 107-108). Além disso, o provimento de qualquer dessas ações impactou a política pública como um todo, não se restringindo às partes (as crianças que obtiveram as vagas, por exemplo, passaram na frente de outras que aguardavam a vaga na lista da Prefeitura) do processo.

A judicialização de direitos sociais parece impor desafios de outra natureza, se comparados aos direitos individuais. Como apontaram diversos autores (LOPES, 1994, 2004, 2006, 2010; DURAN et al., 2004; VERÍSSIMO, 2006; TERRAZAS, 2008; SALLES, 2009), há diversas problemas de o poder judiciário lidar de forma individualizada com os direitos sociais, o que impõe à doutrina e à jurisprudência um ônus de contornar e superar estes obstáculos, sob pena de ampliar as desigualdades entre os cidadãos com o escopo de se fazer justiça.

A pesquisa feita em 2009 apontava que o tratamento fragmentado dos direitos sociais não possibilitava a compreensão do problema como um todo, pois não retratava a falha estrutural da política pública, mas somente a violação individual da parte que reclamava pelo seu direito. Ademais, as dificuldades decorrentes da policentria, dos efeitos prospectivos dos direitos sociais, tampouco eram captadas nos processos fragmentados como um gargalo da judicialização dos direitos sociais. Os problemas alocativos, de agenda, da carência de instrumentos e da intervenção na gestão do executivo só eram detectados pelas cortes quando se tratavam de pedidos que questionavam política pública em sua estrutura.

Na última década, como acima mencionado, houve uma amplíssima produção de artigos, textos, teses e jurisprudência sobre direitos sociais, sob as mais diversas abordagens, reformulando as críticas normativas acima mencionadas, bem como abordando a análise de casos práticos, o que levou os órgãos públicos a buscarem ações estratégicas para lidarem com a judicialização de forma coletiva, bem como está levando a uma produção de pesquisas e

trabalhos com abordagem de direitos sociais de forma coletiva, especialmente influenciada pelas experiências de litígios de direitos públicos norte-americanas e da América Latina (Argentina, Colômbia, Equador, Peru).

No âmbito da literatura jurídica, começou-se a analisar a possibilidade de atuação do poder judiciário em demandas que abordam os direitos sociais, não mais apenas em sua faceta individual, mas no âmbito do delineamento da política pública, como verdadeiras reformas na estrutura de prestação destas políticas<sup>17</sup>. Estes conflitos vêm sendo chamados de “conflitos de interesse público” ou “processos estruturais” ou, ainda, “estado de coisas inconstitucional”. 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)<sup>18</sup>. 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.

---

<sup>17</sup> Verdade é que se encontram na literatura brasileira alguns estudos e discussões sobre os litígios de interesse público norte-americanos há mais de 10 anos, como os trabalhos de Salles (1998, 2003), Lopes (1998, 1999, 2006) e Verissimo (2006), por exemplo. No entanto, no presente momento o judiciário começou a se apropriar destes estudos e ferramentas e aplicá-los em alguns processos (CORRÊA, 2015; FERRARO, 2015). E, conseqüentemente, as pesquisas e produções textuais sobre esse fenômeno começaram a despontar. 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 em 2017 pela Juspodivm: Grinover, Watanabe e Costa; e Arenhart e Jobim.

<sup>18</sup> A literatura latino-americana também 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 na presente pesquisa.

## 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?

Tal como foi colocado na introdução do trabalho, essa questão pode assumir duas nuances: a) pode-se pensar na capacidade institucional enquanto competência formal, ou seja, ter uma previsão institucional no ordenamento que autorize esse tipo de intervenção; e b) pode-se pensar na capacidade institucional enquanto estrutura substantiva das cortes para resolver o problema jurídico colocado.

As teorias apresentadas no primeiro capítulo desta tese debatem, implicitamente, essas duas questões.

O material de Hart Junior e Sacks, discutido no início do primeiro capítulo, aborda esses dois enfoques por meio da estruturação de seu princípio institucional. Ao propor um arranjo organizacional para o aprimoramento da vida comunitária, definindo o que deve ser desempenhado por cada uma de suas diferentes instituições públicas (executivo, legislativo ou judiciário), o princípio da solução institucional sugere a necessidade tanto de um delineamento formal (que estabeleça organicamente quais são as normas de um sistema e como elas devem operar) como também um delineamento substantivo (que endereça à instituição formalmente dotada de ferramentas e meios a capacidade substantiva para tratar de determinado problema). Essas ideias de Hart Junior e Sacks são trabalhadas de acordo com a proposta de Fuller, que sugere que, substantivamente falando, os poderes formais atribuídos à corte não permitem que esta atue adequadamente com questões policêntricas, prospectivas e técnicas, pois a corte não foi delineada para operar dessa forma e, quando atua com problemas que não consegue compreender bem, produz respostas distorcidas.

Na década de 1950, o julgamento do caso *Brown* nos Estados Unidos colocou em xeque o formalismo da teoria de Hart Junior e Sacks. Questionando a ideia de competência formal estabelecida pelo modelo proposto por esses autores, a Suprema Corte Norte-Americana reconheceu a necessidade de proteger substantivamente o valor democrático apontado no caso e buscou meios substantivos de fazer cumprir sua decisão.

Ao questionar os valores democráticos substantivos previstos em uma sociedade e buscar no judiciário um fórum para tratar desses problemas, Chayes e Fiss estão fazendo uma abordagem da competência institucional em seu aspecto formal. Ou seja, os autores estão sustentando que, institucionalmente, o modelo democrático de regras que organiza determinado arranjo social fundamental em uma sociedade deve ser abrangente o suficiente para proteger os

valores públicos vigentes nessa sociedade. E, nesse entendimento, a adjudicação desses valores públicos por meio do processo estrutural é importante para que a teoria democrática possa dar resposta a grupos vulneráveis (prisioneiros, moradores de gueto, minorias raciais, pacientes de instituições mentais, grupos sociais economicamente excluídos etc.) que não conseguem participar da estrutura democrática institucionalmente delineada.

Horowitz, por meio de uma avaliação substantiva da ideia de capacidade institucional, aponta diversos problemas práticos para que as cortes lidem com valores públicos que dependem de intervenção estrutural, pois sua habilidade para monitorar e controlar consequências indesejáveis de problemas policêntricos, prospectivos e que demandam especialização técnica é limitada. Fiss rebate salientando que, de fato, há riscos na intervenção estrutural feita pelas cortes. Contudo, comparativamente à função institucional de outros poderes públicos que tampouco conseguem dar respostas a esses problemas, a atuação estrutural do judiciário é importante, ainda que sua capacidade substantiva seja imperfeita.

Analisando algumas dessas teorias que o antecederam, Komesar sustenta que a análise institucional proposta por Hart Junior e Sacks era um modelo idealizado, incapaz de dar respostas a problemas concretos, pois não explora comparativamente as dificuldades e riquezas da escolha institucional. Em relação às teorias de Fiss e Chayes, Komesar sustenta que a abordagem proposta por esses autores é incompleta, pois não avalia a vontade pública e a reação disponível no processo político. Assim também é o modelo de análise proposto por Horowitz que se focou apenas na imperfeição e limitações do judiciário. Para Komesar, a tomada de decisão institucional sempre será imperfeita. As habilidades ou defeitos institucionais das instituições são relevantes, mas, isoladamente, não são decisivos. Nesse entendimento, o autor sugere que uma comparação institucional efetiva é necessária para se avaliar as possibilidades de aprimoramento democrático por meio das cortes. No entanto, o ônus de se fazer uma comparação institucional para processos complexos, policêntricos, prospectivos e que demandam um conhecimento técnico específico, como os litígios estruturais, é demasiadamente alto, de modo que, ainda que deixe em aberto que uma comparação institucional deve ser feita, a teoria de Komesar parece acenar para uma postura mais deferente dos magistrados em relação aos litígios de direito público.

Em linha de raciocínio que se afina com a proposta mais deferente das cortes, Rosenberg, após fazer um robusto estudo comparando diferentes teorias que apostam nas cortes para a resolução de conflitos sociais com a análise de casos e dados empíricos, conclui que, eventualmente, as cortes podem ter capacidade substantiva de contribuir para alguns aprimoramentos sociais, desde que consigam superar as restrições institucionais e contem

com alguma das seguintes condições: 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; ou d) a decisão da corte for uma desculpa para implementar interesses latentes na política. No entanto, o autor dá pouca esperança aos veem nas cortes uma estratégia de mudança social, pois afirma que os custos são altos e os ganhos nem sempre satisfatórios.

Por fim, a proposta experimentalista de Sabel e Simon sugere que as cortes podem ter capacidade institucional tanto em sua competência formal como substantiva, pois, ao viabilizar que grupos vulneráveis que têm seus direitos violados e são subrepresentados (bloqueados institucionalmente) participem da estrutura democrática, as cortes atuam corrigindo uma falha institucional e ampliam a prestação de contas junto aos poderes eleitos. Além disso, a desestabilização institucional provocada, por meio de seus efeitos, viabiliza uma relação dialógica entre cortes e poderes políticos, de modo a possibilitar que as restrições técnicas, policêntricas e prospectivas sejam acomodadas na proposta interventiva feita pelas cortes.

No segundo capítulo da tese, busquei, na literatura processualista brasileira, analisar se os instrumentos necessários para enfrentar essas restrições formais e substantivas da capacidade institucional estavam sendo considerados e adaptados à nossa via jurisdicional. Essa busca no campo processual partiu da constatação de um problema que foi visto em minha dissertação de mestrado (MARINHO, 2009): a jurisdição brasileira não apresentava mecanismos ou ferramentas (tal como nos tribunais da *equity* norte-americanos) que habilitassem aos operadores do direito lidar adequadamente com os problemas distributivos.

No entanto, tendo em vista que as definições do campo jurídico são condições de possibilidade e ação para determinada prática social (LOPES, 2004) e que os direitos distributivos foram constitucionalizados em nosso ordenamento (como os direitos sociais, por exemplo), captar a insuficiência dos meios jurisdicionais para lidar adequadamente com os conflitos distributivos e apontar os mecanismos e ferramentas em que essas questões possam ser enfrentadas, é dar condições de possibilidades institucionais para que esses valores públicos possam ser, efetivamente, considerados.

Nesse entendimento, busquei avaliar, por meio da literatura processual brasileira, se a ideia de capacidade institucional, em seu aspecto formal e substantivo, estava sendo considerada.

Tendo em vista que o sistema jurisdicional brasileiro foi estruturado dentro de uma moldura privatista (LOPES, 2006; ARENHART, 2015), a análise da ideia de competência institucional formal, no contexto brasileiro, foi analisada a partir de duas nuances distintas (em

que pese complementares): a) possibilidade de controle jurisdicional; e b) previsão de técnicas e ferramentas jurisdicionais que viabilizem o adequado enfrentamento de determinada questão distributiva.

Conforme foi visto, a Constituição Federal de 1988 possibilita que o controle jurisdicional seja feito pelo poder judiciário. Toda a literatura aqui analisada reconhece essa possibilidade (CANELA, 2009; VIOLIN, 2011; BAUERMANN, 2012; JOBIM, 2012; ARENHART, 2013, 2015, 2017; COSTA; FERNANDES, 2017; ARENHART; MARINONI, 2014; GRINOVER, 2012, 2017; VITORELLI, 2015, 2017; FERRARO, 2015; SALLES, 2009, 2017).

Contudo, no que tange à previsão de técnicas e ferramentas jurisdicionais que viabilizem o adequado enfrentamento dos efeitos policêntricos, prospectivos e das questões técnicas inerentes aos direitos sociais, ainda são poucos os autores processualistas que fazem a análise sob essa perspectiva.

Autores como Canela (2009), Violin (2011), Bauermann (2012) e Jobim (2012) já trazem algumas 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). Contudo, 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 a corte opera, sem se atentar efetivamente para algumas características centrais pressupostas por esses litígios: são disputas sobre o interesse público, com questões técnicas específicas e efeitos prospectivos e policêntricos. A abordagem feita por essa literatura não fornece respostas a considerações inerentes à intervenção estrutural de políticas públicas de direitos sociais pelo judiciário, o que dificulta o seu uso prático.

Nessa compreensão, constatei que as propostas de Ferraro (2015) e Vitorelli (2015) se propõem a analisar as possibilidades de adaptação do processo civil brasileiro à luz de perspectivas que constroem sua efetivação pelo judiciário.

Os autores apontaram a incompatibilidade de nosso modelo jurisdicional para lidar com os processos estruturais (em decorrência dos princípios que orientam o processo tradicional, como a inércia, a estabilização da demanda, a congruência ao pedido, as preclusões, a coisa julgada, bem como a cisão entre a fase de cognição e execução e a falta de ferramentas negociais em nossa jurisdição). Assim, sugeriram alguns elementos e ferramentas para, à luz da flexibilidade e da adequação procedimental, possibilitar a acomodação de questões técnicas,

policêntricas e prospectivas colocadas por esses direitos, como a realização de audiências públicas, a flexibilização procedimental, a participação de um *special master*, o monitoramento por um grupo de assessoramento, por exemplo.

Como foi ponderado, a proposta aventada por Ferraro, que tem sua inspiração na teoria experimentalista de Sabel e Simon, parece acomodar melhor as críticas para o enfrentamento da noção de capacidade institucional substantiva, pois é um modelo que, institucionalmente, endereça respostas a mecanismos procedimentais democráticos, por meio da desestabilização institucional e da ideia de 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.

O caso prático do terceiro capítulo ilustra 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. Afinal, se as normas de cunho distributivo, como os direitos sociais, estão reingressando para a esfera do direito, é necessário que o discurso jurídico compreenda, aproprie-se e consiga dar respostas racionais às questões que lhes são postas à luz dos critérios da distributividade.

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 tornaram-se insustentáveis, ocorreu-se, pois, a mudança da chave interpretativa. Ou seja, expostos à contradição interna que ocorria na via jurisdicional – a judicialização massiva de direitos educacionais exigidos individualmente era reconhecida pelo sistema jurídico, mas a via coletiva era negada – os desembargadores do TJSP optam por uma solução racionalmente mais condizente com a natureza distributiva do direito à educação.

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 vigente, à luz de princípios gerais do direito processual.

Nesse entendimento, o acórdão estrutura as obrigações impostas de forma bilateral, sem espaço para negociação entre as partes. Entretanto, a forma de cumprimento do julgado traz

ferramentas atípicas e incomuns para a esfera jurisdicional, dando condições de possibilidade para que os problemas técnicos, policêntricos e prospectivos sejam acomodados na via jurisdicional.

Esse é um passo importante e coerente com o caráter distributivo da norma educacional. Viabiliza que, ao menos formalmente, as normas de direitos sociais tenham procedimentos e ferramentas para operar o problema jurídico de modo consentâneo com a sua natureza.

O modelo jurisdicional de atuação das cortes em uma sociedade é o que lastreia, institucionalmente, por meio de seus procedimentos, a segurança jurídica e a imparcialidade de sua atuação. Nesse entendimento, reafirmo aqui a tese proposta na introdução desse trabalho: os processos estruturais dialogais são uma condição de possibilidade para que a judicialização de direitos sociais seja operada adequadamente em nossa via jurisdicional e a adaptação da jurisdição faz-se necessária para que mecanismos mais coerentes aos direitos distributivos estejam presentes em nosso sistema.

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, 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 observarmos 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, se é o que nos resta, tem de ser tentado pela via jurisdicional, pois é mais consentâneo com a estrutura constitucional normativa brasileira. Nesse entendimento, ainda que os ganhos sejam modestos, em uma sociedade de interações complexas e imperfeitas, a ampliação de acesso da política pública aos mais pobres e vulneráveis parece-me ser uma proposta relevante e que não deve ser descartada.

## 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.

BAUERMANN, 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; 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.

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.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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.

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. p. li-xxxxvi.

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.

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.

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; 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/220025haddadculpapsdbpormetadescumpridapacrecches.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.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *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.

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: Altas, 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. *Discricionabilidade 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.

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](http://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.

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.

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+AUL%26MUNICIPIO=S%C3%A0o+Paulo&Subm%26Constit](http://www.inep.gov.br/basica/censo/Escolar/Matricula/censoescolar_2008.asp?metodo=1&ano=2008&UF=S%C3%94+P+AUL%26MUNICIPIO=S%C3%A0o+Paulo&Subm%26Constit)

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 MCPE:**

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>