

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB**

PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*

ANA PAULA SIMÕES CAMARGO

LITÍGIOS ESTRUTURAIS: a solução dialogada

SÃO PAULO – 2021

ANA PAULA SIMÕES CAMARGO

LITÍGIOS ESTRUTURAIS: a solução dialogada

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor Rafael de Paula Santos Cortez, apresentada para obtenção de título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento

São Paulo - 2021

ANA PAULA SIMÕES CAMARGO

LITÍGIOS ESTRUTURAIS: a solução dialogada

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data da defesa: 15 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Rafael de Paula Santos Cortez

Doutor em Ciência Política

Filiação IDP São Paulo

Professor Doutor Ricardo Morishita Wada

Filiação MPD Brasília

Professor Doutor Rafael Silveira e Silva

Filiação IDP São Paulo

Ao meu pai, que certamente
está vibrando, onde estiver.

A Deus, minha fé inabalável.

Aos meus pais, meu amor e minha gratidão.

Aos meus filhos, minha razão de existir.

A Ana Cândida Menezes Marcato, minha fraternal e eterna amizade.

Ao meu orientador, meu agradecimento pelas lições, paciência e perseverança.

Aos Professores Rafael Silveira e Silva e Ricardo Morishita, meu agradecimento pelas contribuições que tornaram este trabalho mais rico e desafiador.

À Professora Caroline Lopes Placca, pela ajuda na forma e pelo estímulo no conteúdo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 – O PROBLEMA ATUAL DE AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS	
1.1 Contextualização.....	14
1.2 – Judicialização dos direitos sociais prestacionais: as respostas atuais do Poder Judiciário.....	21
2 – O PROCESSO ESTRUTURAL: ALTERNATIVA PARA O ALCANCE DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS?	
2.1 – A reforma estrutural e suas métricas.....	29
2.2 - Poder Judiciário: <i>locus</i> adequado para a solução dos conflitos relativos aos direitos sociais prestacionais.....	38
2.3 - Diálogo entre Poderes, Órgãos públicos, sociedade civil e titulares do direito.....	43
3 – ANÁLISE EMPÍRICA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS VAGAS EM CRECHE NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	
3.1 – Caso concreto: a ação civil pública ajuizada em face do Município de São Paulo para aumento das vagas em creches.....	50
3.2 – Síntese da demanda.....	54
3.3 - Métricas aplicadas e resultados.....	62
CONCLUSÕES.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71
ANEXO I.....	81

RESUMO: O presente estudo examina a possibilidade de obtenção de maior efetividade na concretização dos direitos sociais prestacionais quando o Poder Judiciário é instado a intervir, mediante a aplicação de parâmetros do processo estrutural, com dialogicidade com os demais Poderes, Instituições e sociedade civil. Tal efetividade é analisada sob o ponto de vista da obtenção de uma solução para além do conflito específico submetido ao Poder Judiciário, com a modificação da situação dos demais beneficiários do direito social sob demanda. Para tanto, além da revisão bibliográfica acerca do tema, com o estudo teórico do litígio, do processo e da decisão estruturais, examina-se ação civil pública movida em face da Municipalidade de São Paulo, em cujo processo é possível aferir-se parâmetros dessa teoria estruturante, a fim de perscrutar se as métricas nele utilizadas e o diálogo estabelecido entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e os demais interessados na questão implicaram resultados empíricos mais efetivos em termos de melhoria coletiva da situação da população destinatária do direito social nela debatido.

ABSTRACT: *The present study examines the possibility of obtaining greater effectiveness in the realization of the social benefits provided when the Judiciary Power is urged to intervene, through the application of parameters of the structural process, with dialogicity with the other Powers, Institutions and civil society. Such effectiveness is analyzed from the point of view of obtaining a solution in addition to the specific conflict submitted to the Judiciary, with the modification of the situation of the other beneficiaries of social law on demand. Therefore, in addition to the bibliographic review on the subject, with the theoretical study of the structural litigation, process and decisions, a public civil action filed against the Municipality of São Paulo is examined, in which process it is possible to assess parameters of this structural theory, in order to examine whether the metrics used in it and the dialogue established between the Judiciary, the Executive Branch and the other interested parties in the matter implied more effective empirical results in terms of collective improvement of the situation of the population addressed by the social law discussed therein.*

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais prestacionais. Judicialização. Processo estrutural. Dialogicidade entre Poderes e Instituições.

KEY-WORDS: *Installment social rights. Judicialization. Structural process. Dialogicity between Powers and Institutions.*

INTRODUÇÃO

A judicialização de questões políticas, entre as quais aquelas relativas às políticas públicas, é um fato consolidado no Brasil e nunca foi tão evidente (BARROSO, 2008), de modo que tem sido objeto de diversos estudos e discussões.

Além da questão em si da judicialização, ou seja, do debate acerca da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas relativas aos direitos sociais prestacionais – um tanto quanto pacificado no entendimento de que a política pública omissa ou falha poderá, sim, ser objeto de ingerência judicial -, o problema maior que se constata diz respeito à corriqueira ineficácia das decisões judiciais quanto ao resultado prático de melhoria da situação fática da coletividade destinatária da política pública *sub judice*.

Uma das primeiras razões dessa ineficácia, sob o prisma coletivo, reside na circunstância de a maior parte dos julgamentos ocorrerem em ações individuais (onde o comando judicial firma-se apenas *inter partes*) ou em ações pseudocoletivas (WATANABE, 2019, p. 298), onde o direito em litígio é claramente difuso ou coletivo, mas a ação beneficia apenas um ou alguns; por exemplo, uma ação ajuizada pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público em nome de um ou alguns pacientes necessitados de medicação especial para determinada patologia.

Nas ações coletivas propriamente ditas, percebe-se, igualmente, que poucas delas são ajuizadas e processadas com o objetivo de modificar a estrutura que ocasiona a situação de carência coletiva instaurada; ao revés, os pedidos veiculados nas petições iniciais tendem a ser veiculados, em sua maioria, como obrigações de fazer genéricas, tais como o de determinar-se a criação de um número tal de leitos de UTIs ou de vagas em creches ou pré-escolas.

Outro fator fundamental que constitui uma das aparentes causas dessa ineficácia das decisões judiciais é a falta de diálogo adequado entre as Instituições - Poder Judiciário e Poder/Órgão público demandado, com o Ministério Público e a Defensoria Pública - e entre estas e a própria sociedade civil envolvidas na questão.

Essa ausência de diálogo faz com que, entre outras consequências, o Poder Judiciário interfira nas políticas públicas sem a fundamental expertise para formulá-las, exarando comandos condenatórios – muitas vezes, sob pena de aplicação de sanções

pecuniárias e de instauração de processos para apuração de responsabilidade pessoal do gestor -, que são cumpridos pelo demandado somente para obedecer à ordem judicial.

Noutras palavras, determinada a obrigação de fazer pelo Poder Judiciário, o gestor público cumpre a ordem a qualquer custo - por exemplo, furando fila administrativa para ocupação de vagas em creche, colocando colchões no chão dos hospitais, alocando recursos financeiros para um caso particular em detrimento da coletividade -, sem que haja uma real modificação da política pública deficitária, porque o magistrado não conhece, a fundo, as condições que ocasionam tal ineficiência do Poder estatal.

Outro ponto que é possível se constatar, *a priori*, recai na circunstância de que parte do Poder Judiciário coloca alguns óbices para o enfretamento da situação deficitária judicializada quando ajuizadas as demandas essencialmente coletivas - em tese, a via processual mais adequada.

Dentre esses óbices, é muito comum nos depararmos com decisões de acolhimento da tese da chamada *reserva do possível* (diante do contra-argumento orçamentário formulado pelo Poder ou Órgão público demandado), ou de extinções prematuras da demanda, seja com fundamento em pretensa violação ao princípio da separação dos Poderes, seja rechaçando, liminarmente, o pedido inicial por questões processuais (utilizando-se, por exemplo, do argumento de que o pedido prospectivo é genérico e futuro, e, portanto, impossível sob o ponto de vista do Direito Processual Civil).

Assim, tomando-se em conta esse contexto, esta pesquisa tem por objetivo verificar se a judicialização das políticas públicas (os denominados litígios estruturais) encontra melhor solução diante de um processo diferenciado, chamado de processo estrutural, a fim de que essa atuação interventiva do Poder Judiciário concernente aos direitos sociais prestacionais atinja uma solução mais eficaz para a coletividade beneficiária dessas prestações estatais positivas, com a real modificação da estrutura deficitária que ocasiona, inclusive e num círculo vicioso, o aumento de ações no Poder Judiciário a respeito dessa tema (saúde, educação etc.).

Para atingir o objetivo pretendido pela presente pesquisa, verifica-se quais são as métricas do processo estrutural utilizadas para a solução das demandas coletivas relativas aos direitos sociais prestacionais, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo, e, após, faz-se a análise de caso concreto tido como verdadeiro caso de sucesso.

As metodologias utilizadas serão variadas de acordo com os temas apresentados em cada capítulo.

No primeiro capítulo, será empregada a revisão bibliográfica dos assuntos que gravitam em torno do tema deste trabalho, com a verificação do problema sob estudo mediante a análise das decisões judiciais atuais.

No segundo capítulo também se recorrerá à revisão bibliográfica, com a análise teórica do litígio e do processo estruturais, suas métricas, e das técnicas sugeridas pela doutrina processual, com foco na necessidade de o litígio ter seu curso perante o Poder Judiciário e no impacto que o diálogo entre os envolvidos nesse litígio tem no atingimento da solução almejada.

Por fim, no terceiro capítulo, far-se-á a análise documental de caso judicial concreto, relativo a vagas em creche no Município de São Paulo, verificando-se quais métricas do processo estrutural foram nele aplicadas e quais os resultados práticos produzidos, de modo a permitir a conclusão acerca da melhoria, ou não, da situação da coletividade destinatária da política pública relativa ao direito social prestacional *sub judice*.

O presente estudo utiliza como referencial teórico primário a teoria da adjudicação e, nela, a da reforma estrutural, tal como apresentadas por Owen Fiss, sendo importante ressaltar que, a despeito de essa teoria ter surgido nos Estados Unidos (cujo sistema jurídico difere do brasileiro - *common law* e *civil law*, respectivamente), os resultados práticos obtidos pela atuação do Poder Judiciário em caso concreto americano, a partir do qual a ideia teórica surgiu e tomou forma, são inquestionáveis quanto à solução do problema para além da demanda *sub judice*, com a modificação estrutural da situação deficitária.

O primeiro capítulo abordará, assim, a judicialização das políticas públicas e os temas que circundam os direitos sociais prestacionais dela objetos, e que, por isso, aparecem, recorrentemente, na fundamentação das decisões judiciais proferidas nessa seara, quais sejam, os princípios da dignidade humana, da igualdade e da solidariedade, os conceitos de mínimo existencial e da reserva do possível, o direito social como direito subjetivo assegurado constitucionalmente, dentre outros.

Demonstrar-se-á que essa intensa atuação do Poder Judiciário decorre, como primeiro fator, do próprio advento da Constituição Federal brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), e, relativamente aos direitos sociais, da extensa previsão de direitos fundamentais e na criação de um capítulo autônomo a eles relativo (VERBICARO, 2008).

Já em seu Preâmbulo, o constituinte originário proclama o Brasil “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988, Constituição Federal, Preâmbulo).

Entre os princípios elencados como fundamentos do Estado brasileiro estão o da dignidade da pessoa humana e da cidadania (BRASIL, 1988, Constituição Federal, art. 1º).

Além disso, estabelece a Constituição, dentre os objetivos desse Estado de bem-estar social, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (BRASIL, 1988, Constituição Federal, art. 3º).

Assim, o Estado brasileiro, a despeito de estar sob a égide de uma Constituição liberal sob o ponto de vista da livre iniciativa econômica, obriga-se, por outro lado, mediante ações afirmativas, a promover o bem-estar social, criando condições para que cada indivíduo possa ser e manter-se digno.

A consecução desses objetivos de bem comum e de justiça social, quando necessárias ações afirmativas do Estado, é feita por intermédio de políticas públicas, em “situações em que a sociedade não consegue resolver por si só os problemas que lhe afetam coletivamente” (PROCOPIUCK, 2013, p. 138), constituindo-se “em meio politicamente legitimado que permite a canalização de recursos, de esforços e de comportamentos para enfrentar problemas coletivos.” (PROCOPIUCK, 2013, p. 138).

A despeito de toda essa normatização constitucional, é notório, todavia, que o Estado brasileiro, com relação à população que mais dele necessita, está aquém dos objetivos elencados há mais de 30 anos, revelando sua ausência, ou pouca atuação, em áreas essenciais para garantir o mínimo desejável ao ser humano (educação, saúde, saneamento básico), considerando-se não só a escassez dos recursos financeiros públicos, mas, muitas vezes, seu mau uso.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário brasileiro foi tomado por uma enxurrada de demandas judiciais que têm por escopo obrigar o Estado, *v.g.*, ao fornecimento de medicamentos, dentre outros pontos relacionados à saúde, à concessão de benefícios de assistência social, à implantação de saneamento básico em determinada localidade, ou à abertura de vagas em creche, resultando naquilo que se denomina *judicialização das políticas públicas*; e a elas tem respondido, na maioria das decisões, com comandos positivos de condenação em face do Estado, arrimados sobretudo em princípios

constitucionais, com destaque ao da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2009, pp. 381-382).

Tal interferência do Poder Judiciário, por outro lado, tem um custo (não só financeiro), impactando, muitas vezes, outros princípios (como o da igualdade) ou direitos/deveres basilares de nosso sistema jurídico constitucional, não para anulá-los completamente, mas afastando-os, ainda que implicitamente, diante da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência se posicionam em duas grandes vertentes antagônicas.

A primeira corrente, acolhendo a nominada doutrina do *self restrain*, nega a legitimidade do Poder Judiciário como via de acesso à obtenção do direito social, porque ferir-se-ia a separação de Poderes, a isonomia, deslegitimar-se-ia a cidadania e, por consequência, a democracia.

Nesse sentido, Jeremy Waldron opõe-se à tal interferência judicial, porque, além de não consubstanciar uma conduta democrática, não garante, segundo ele, uma melhor proteção dos direitos em jogo (WALDRON, 2006).

A segunda vertente, a do *judicial review*, veicula posicionamento diametralmente oposto: não só entende constitucional, e, portanto, legítima a intervenção do Poder Judiciário, como conclui pela necessidade de condenação do Estado à entrega do direito social pleiteado (BARBOZA Et KOZICKI, 2012), eis que se trata de direito subjetivo do cidadão, desde que os demais Poderes falhem na proposição ou na execução das políticas públicas ofertadas.

Na presente pesquisa, assume-se, de partida, a adoção da doutrina do *judicial review*, ou seja, parte-se da premissa de que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas é constitucional, legítima e necessária, com arrimo tanto no direito fundamental de acesso à Justiça (BRASIL, 1988, CF, art. 5º, inc. XXXV), quanto no direito à obtenção das prestações sociais prometidas pelo Estado.

Essa premissa do presente estudo justifica-se na opção feita pelo povo brasileiro, por intermédio do legislador constituinte, pela justiça social, de modo que, sendo parte dela realizada mediante a prestação dos chamados direitos sociais, eles são obrigação do Estado e da sociedade, exigíveis pelo cidadão em situações em que tais prestações não ocorrem ou ocorrem com falhas, não podendo o Poder Judiciário ficar à margem dessa situação quando instado a decidir.

Fixada a opção pela legitimação do Poder Judiciário, ainda no primeiro capítulo será enfrentado o problema da falta de efetividade na concretização dos direitos sociais quando processados de modo juridicamente ordinário (ou seja, a partir de processo e procedimentos aplicáveis às ações individuais).

O segundo capítulo analisará o litígio e o processo estruturais, iniciando-se com a teoria da reforma estrutural, tal como desenvolvida por Owen Fiss, apontando-se, após, o que a doutrina brasileira aduz sobre tais temas, com a delimitação de seus fundamentos, objetivos e procedimentos.

Também fará parte desse segundo capítulo o exame do *locus* adequado para a aplicação dos elementos do processo estrutural (a nosso ver, adianta-se, o Poder Judiciário), bem como a imprescindibilidade do diálogo entre os diversos atores envolvidos nas demandas que envolvem os direitos sociais coletivos (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria pública, associações civis e Estado, este na qualidade de demandado) para a obtenção dos resultados práticos desejados.

Ao que tudo indica, a solução (se é que existe em sua perfeição de resultado) para os litígios estruturais está muito mais relacionada à capacidade e à vontade de todos os envolvidos no problema de a buscarem juntos, do que ligada a normas jurídico-processuais.

Noutras palavras, não parece que o bom resultado para um litígio estrutural seja alcançado por intermédio exclusivamente do Direito, pela criação e aplicação de normas procedimentais de tal e qual modo; ao contrário.

O Direito, nesse contexto, oferece a base normativa sobre a qual a boa política (como capacidade de se organizar em prol do bem comum) e a aptidão ao diálogo irão preponderar, sob a regência de um juiz ativo, a fim de que a melhor solução seja confeccionada.

No terceiro capítulo, far-se-á a análise do caso concreto, consubstanciado em uma ação civil pública cujo objeto litigioso é a (ausente ou insuficiente) vaga em creche, examinando-se o procedimento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo sob o viés do processo estrutural e do diálogo estabelecido entre o Município de São Paulo, ali demandado, e os demais Órgãos e Associações atuantes nesse processo, com a análise, ainda, das etapas obrigacionais estabelecidas para a Administração Pública Municipal e os resultados obtidos até o momento, de acordo com as metas fixadas.

A conclusão caminhará no sentido de responder se um posicionamento diferenciado do Poder Judiciário, mediante a adoção de procedimento diferenciado - o

denominado processo estrutural – e de uma postura igualmente diferenciada do juiz, e uma ativa e franca dialogicidade entre Poderes, Instituições e sociedade civil, resultam em uma maior eficácia na concretização do direito social judicializado com relação à coletividade dele destinatária.

Por fim, cumpre consignar que o estímulo inicial para esta pesquisa resultou da constatação – e do incômodo dela resultante - de que os estudos teóricos acerca do tema da judicialização das políticas públicas não têm encontrado a devida ressonância na práxis do sistema judicial, e, ainda que acolhidos, não resolvem, por si só, os litígios trazidos ao Poder Judiciário quanto a esse tema.

Mais do que isso, o Direito, isoladamente, não tem o condão de resolver questões de alta complexidade como aquelas resultantes dos litígios tidos por estruturais, de modo que não só é imprescindível que o Poder Judiciário assumira uma nova postura e se debruce na busca por procedimentos (ou técnicas) que resultem em uma solução concreta para a população carente, necessitada das políticas públicas relativas aos direitos sociais prestacionais, como, também, as partes (em sentido amplo) desenvolvam o hábito de buscarem juntas a solução para o problema.

Noutras palavras, a todos, inclusive ao Poder Judiciário, incumbe a concretização dos objetivos constitucionais do Estado brasileiro insculpidos na Constituição Federal de 1988, que não podem ser encarados como meras normas programáticas, de conteúdo desejável, mas não exigível, tornando a atuação judicial e doutrinária um mero exercício teórico, inócuo sob o ponto de vista de sua incapacidade de produzir efeitos concretos de melhoria da situação da população mais carente.

CAPÍTULO 1 – O PROBLEMA ATUAL DA AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS NO BRASIL

1.1 – Contextualização

Para além do reconhecimento moral e das garantias normativas relativos aos direitos fundamentais denominados de primeira geração, estabelecidos como direitos a não intervenção estatal na esfera do indivíduo, a Constituição Federal de 1988, declaradamente voltada ao bem comum e à Justiça social (BRASIL, 1988, art. 3º), foi a primeira Carta¹ a conferir um capítulo autônomo aos direitos sociais, dentre as normas fundamentais, elencando-os: direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados (BRASIL, 1988, art. 6º).

Os direitos sociais estão entre os chamados direitos fundamentais de segunda geração, porque, diferentemente daqueles concernentes à proteção da esfera individual contra arbítrios estatais (nominados de primeira geração), consistem em prestações positivas ao indivíduo, sob a responsabilidade, principalmente, do Estado.

Os direitos sociais foram alçados a essa estatura (de norma constitucional fundamental) pela razão primordial de permitirem o exercício dos direitos individuais e a obtenção da igualdade material, mediante o suprimento das necessidades básicas de sobrevivência do homem.

Como observa José Afonso da Silva, os direitos sociais são “pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.” (SILVA, 2010, p. 176).

Os direitos sociais garantem, assim, a denominada “igualdade civil” (DANTAS, 2004, p. 43), porque compensa as desigualdades naturais entre “seres vários e desiguais” (DANTAS, 2004, p. 43), conferindo-lhes condições existenciais mínimas para a fruição de seus demais direitos.

A compreensão de tais direitos depende da análise de uma série de questões conceituais, todas elas diretamente ligadas ao ser humano como um fim em si mesmo, tanto sob os aspectos internos de sua dignidade - e daquilo que se entende minimamente

¹ Antes dela, os direitos sociais aparecem, pela primeira vez, na Constituição de 1934, sempre inseridos no Capítulo da *Ordem Social*, que, por sua vez, “sempre estivera misturada com a ordem econômica.” (SILVA, 2010, pp. 186-187).

aceitável para uma existência digna -, como, também, do enfrentamento do papel do Estado e da sociedade na consecução da justiça social e da democracia (entendida, aqui, como a possibilidade e a capacidade de escolha).

Pode-se dizer que os direitos sociais representam o instrumento para que o Estado brasileiro atinja seus objetivos democráticos, de justiça e igualdade social, voltado, essencialmente, para o desenvolvimento das capacidades do ser humano.

Tanto é assim que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) enuncia, já em seu art. 1º (inciso III), entre seus princípios fundamentais, o da dignidade da pessoa humana, podendo-se afirmar que “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se” (MORAES, 2003, p. 115).

O princípio jurídico da dignidade humana norteia, desta forma, todo o ordenamento jurídico constitucional (e, por consequência, as normas infraconstitucionais), devendo estar sempre presente na interpretação e aplicação das normas.

Para que sirva ao propósito de uma hermenêutica adequada, entretanto, é importante observar, desde já, a necessidade de delimitação do conceito de dignidade humana, sob pena de incorrer-se numa “generalização absoluta, indicando-a [a dignidade humana] como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental” (MORAES, 2003, p. 117), circunstância que acabaria por “atribuir ao princípio um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer aplicação sua”².

Em busca desse balizamento, é possível afirmar que a dignidade humana se consubstancia, sob o viés filosófico, na valoração do homem como essência final, ou, como aduz Maria Celina Bodin de Moraes, apoiada na filosofia kantiana (KANT, *Crítica da Razão Prática*, 1788), é “a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo.” (MORAES, 2003, p. 117).

Partindo dessa premissa inarredável – do homem como um fim em si mesmo -, Carlos Weis aponta que os direitos humanos, que sustentam a dignidade do homem, não decorrem “da vontade dos Estados, mas são por estes positivados, a fim de lhes conferir

² Essa preocupação com a demasiada generalização do conteúdo hermenêutico do princípio da dignidade humana foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, com a ressalva do Ministro Dias Toffoli, no julgamento do RE nº 363.889, de que “se para tudo há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá” (STF, 2011a).

uma qualidade jurídico-normativa, possibilitando que sejam reconhecidos como fontes formais de direitos subjetivos” (WEISS, 2006, p. 23).

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2013, p. 3) refere que a dignidade da pessoa humana constitui um consenso ético do mundo ocidental, significando, como primeiro aspecto, o “*valor intrínseco* da pessoa humana, que identifica sua posição diferenciada no mundo da criação e a distingue dos outros seres vivos e das coisas” (BARROSO, 2013, p. 3).

Fábio Konder Comparato vai além, para dizer que a dignidade humana não só significa o tratamento do homem como um fim em si mesmo, mas, também, “resulta do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita” (COMPARATO, 1999, p. 20).

E aqui reside o segundo aspecto da dignidade humana: a aptidão do ser humano “de vontade livre, de autodeterminação” (MORAES, 2003, p. 117) e de sua identificação como “parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado” (MORAES, 2003, p. 117), refletida essa autonomia tanto na vida privada, como na vida pública, significando “o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas” (BARROSO, 2013, p. 4). Sob esse prisma, a dignidade humana situa o ser humano individual frente aos seus pares e à sociedade em que vive.

Da dignidade humana defluem os princípios da igualdade, da proteção à vida e à integridade física, da liberdade e da solidariedade social (MORAES, 2003, p. 117; BARROSO, 2013, p. 3).

A igualdade, por sua vez, também é observada sob dois prismas: formal e substancial, estando a primeira positivada, em literalidade, no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito [...] à igualdade [...]”. A igualdade formal é, pois, o direito que todos têm de serem tratados sem distinções pelo ordenamento jurídico.

Essa concepção formal, todavia, não garante a efetivação da igualdade no mundo anímico, daí ser necessário dela extrair o conteúdo material desse princípio constitucional, a denominada igualdade substancial, que busca realizar “a igualização das condições desiguais” (SILVA, 2010, p. 74).

San Tiago Dantas assevera, criticamente:

Os homens são desiguais na sociedade e na natureza, tanto quanto as coisas, os lugares, os fatos e as circunstâncias. O princípio da *igualdade jurídica* não traduz, no campo do direito – como uma opinião atrasada ou tendenciosa quer fazer crer –, o desconhecimento dessa desigualdade natural. É antes um esforço para balanceá-la, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica, pois é certo que os ônus e as recompensas, o bom e o mau êxito, acompanharão com maior ou menor regularidade as variações naturais, mas não é desejável que fique sob a mesma influência a distribuição da Justiça.

Por isso a *igualdade civil*, como a concebem talvez unanimemente os escritores, não é a uniformidade de tratamento jurídico, mas o tratamento proporcionado e compensado entre seres vários e desiguais. (DANTAS, 2004, p. 43).

Assim, não é demais repetir, na concepção da igualdade há que se considerar as diferenças, tanto naturais, como sociais, de cada indivíduo, a fim de que sejam interpretadas as demais normas constitucionais e legais sob o viés da superação dessas diferenças, impondo-se, muitas vezes, um tratamento jurídico desigual a determinadas pessoas a fim de alcançar-se a isonomia substancial.

E é justamente para cumprir essa finalidade que os direitos sociais prestacionais ingressam no ordenamento jurídico: para igualar, ainda que minimamente, as condições entre os indivíduos, possibilitando-lhes não só *sobreviver*, mas *viver*, de acordo com suas crenças e opiniões e com a possibilidade de fazer escolhas.

Noutras palavras, a capacidade do ser humano de fazer escolhas, exercendo a autonomia inerente à própria dignidade, depende da satisfação do mínimo existencial (BARROSO, 2004, p. 4), porque sem comida, sem saúde, sem abrigo e sem educação, o indivíduo não está apto a exercer sua capacidade intelectual plena, buscando para si e para os outros uma melhora de sua situação de vida.

Por isso, a doutrina e a jurisprudência há muito se debruçam naquilo que se denominou de mínimo existencial, ou seja, a definição das condições básicas que o indivíduo deve ter para o exercício pleno dos outros aspectos de sua existência.

E, nesse sentido, o conceito de mínimo existencial não é uníssono (BARCELLOS, 2002; FLORENZANO, 2005; SARLET Et FIGUEIREDO, 2008; TORRES, 2003).

Para alguns, representa o mínimo para a sobrevivência ou manutenção da vida, entendimento que é refletido, atualmente, pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser referenciado, nesse sentido, o julgamento proferido no Recurso Extraordinário nº 587.970 (STF, 2017), sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello:

Com fundamento nessa visão, conclui-se que se deve fornecer certo grupo de prestações essenciais ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando **mínimo existencial**.

A eliminação dessa forma aguda de pobreza surge como pré-condição da construção de sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, do desenvolvimento do País como um todo. Se há algum consenso no âmbito da filosofia moral, é a respeito do dever do Estado de entregar conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência do cidadão. (STF, 2017 – destaques no original)

Ricardo Castilho traz uma visão, todavia, que parece mais consentânea com os objetivos constitucionais, ao definir que o conceito de mínimo existencial reflete e se confunde com a vida digna, cujo conteúdo “representa a garantia de que a nenhuma pessoa faltará qualquer bem material ou imaterial necessário ao desenvolvimento de todas as suas potencialidades” (CASTILHO, 2009, p. 99).

Significa dizer que a vida com dignidade não se resume à sobrevivência do homem, mas, sim, à capacidade de, além de sobreviver, ter escolhas e estar apto ao desenvolvimento intelectual, inclusive (CASTILHO, 2009, p. 100), o que vai ao encontro com o mencionado segundo aspecto do conceito de dignidade, qual seja, a capacidade de autodeterminação.

Esse viés parece ser aquele desejado pelo legislador constituinte, no sentido de que ao indivíduo devem ser atribuídas as condições necessárias para a autodeterminação e o exercício pleno de sua cidadania, como membro de uma sociedade democrática.

Esse patamar mais elevado ao qual é erigido o conceito de mínimo social conduz à necessidade de que todos os membros da sociedade brasileira tenham objetivo o desenvolvimento de um Estado verdadeiramente democrático, com sua população apta a participar dessa democracia.

Por isso, os direitos sociais também refletem o preceito constitucional de solidariedade (BRASIL, 1988, art. 3º, inc. I), instituído como objetivo do Estado brasileiro, porque a melhoria na situação de outros seres humanos deve ser objetivada por cada um de nós, individualmente, como se dela dependesse, também, nosso bem-estar (COMPARATO, 1999, pp. 22-23).

Carlos Weis, referenciando Louis Henkin, afirma, nesse mesmo sentido, a conexão entre o dever de solidariedade entre todos os seres humanos, refletida nos direitos sociais, e a dignidade humana individual:

(A) universalidade dos direitos sociais somente pode ser entendida no contexto mais amplo da dignidade humana, a que toda pessoa tem direito. Desta forma, ainda que aqueles direitos digam respeito somente a certos grupos sociais, isso se deve ao fato de se almejar a garantia efetiva, e para todas as pessoas, de um nível de vida condizente com aquele princípio moral universal. Em consequência, a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, com a adoção de políticas voltadas a determinados setores da sociedade – atualmente denominados ‘grupos vulneráveis’ -, é condição necessária para o respeito pleno da universalidade dos direitos humanos [...] (WEIS, 2016, p. 117).

Significa dizer, sob outro prisma, que os direitos sociais não decorrem de filantropia, como se caridade fossem, mas, antes, do dever, note-se bem, de solidariedade, arrimado na busca da igualdade de um ser humano perante o outro, essencial em todos os organismos sociais que se pretendam democráticos.

A democracia, como possibilidade de realização de escolhas, depende de cidadãos aptos a fazer tais escolhas, tanto em termos físicos, como intelectuais (SEN, 2000, Prefácio).

Em suma, o desenvolvimento de um Estado verdadeiramente democrático depende de cidadãos com capacidade de autodeterminação e de escolha, de modo que, se necessário, compete ao Estado e, também, à sociedade, a promoção de meios que possibilitem o crescimento do indivíduo, com o suprimento não só das condições para sua sobrevivência, como, também, daquelas necessárias ao desenvolvimento de suas aptidões, possibilitando, assim, a igualdade para autogovernar-se e governar.

Num país tão desigual como o Brasil, a implementação dos direitos sociais é, por isso, condição fundamental para o atingimento dos objetivos que culminam na dignidade plena, razão pela qual é imprescindível a busca por sua efetividade, de olhos postos nos melhores resultados quantitativo e qualitativo destinados à população mais carente.

Daí a razão, agora mais clara, de os direitos sociais constituírem a chamada segunda geração dos direitos fundamentais: porque propiciam que as liberdades negativas, de primeira geração, se realizem.

De nada adiante o homem ser livre, quando está morrendo de fome ou de sede, ou sem acesso à educação ou a um trabalho digno, porquanto sua liberdade não repercute em seu bem-estar; aliás, sequer pode ser reconhecida como tal (liberdade para quê?).

Desse modo, pode-se dizer que a possibilidade de desenvolvimento dos direitos primários passa, necessariamente, pela aquisição de condições sociais dignas.

Noutras palavras, a vida digna somente é possível sob a plena condição de desenvolvimento do indivíduo, de modo que a negação dos direitos sociais, ainda que em razão da inépcia dos Poderes públicos, é, também, a negação da democracia.

A democracia é, pois, inclusiva; os indivíduos devem ser protegidos e, se necessário, devem ser destinatários de políticas e recursos públicos, de modo que a igualdade substancial seja realmente estabelecida mediante instrumentos compensatórias, de redistribuição e reconhecimento, como afirma Friedrich Müller (MÜLLER, 2002, p. 571):

(...) a democracia avançada não é, portanto, apenas *status activus* democrático; não é mais um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos de normas são postos em vigor (como ‘leis são promulgadas’). Ela é, agora, sobretudo um nível de exigências aquém do qual não se pode ficar, se ainda quisermos falar de uma forma de democracia: é um nível de exigências com vistas ao modo pelo qual as pessoas nesse território são tratadas concretamente – não como súditos nem como seres subumanos [*Untermenschen*], mas individualmente com membros do povo soberano, do povo-destinatário [...] (MÜLLER, 2002, p. 571)

E nessa toada, a justiça social, prevista no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) sob o enfoque da ordem econômica, exige de todos, Estado, empresários e assalariados, a prática do bem comum, com “a atuação conjunta e cooperativa das classes sociais, com o fito de construção de uma sociedade pautada pelo alcance e pela universal fruição da prosperidade material e imaterial” (CASTILHO, 2009, p. 51).

Como forma de atingimento dessa justiça social surgem as políticas públicas, que devem ter a eficiência como princípio norteador (BRASIL, 1988, CF, art. 37, *caput*), entendida essa eficiência, pela Administração Pública, como aquela conceituada por *Kaldor-Hicks*, porquanto eventuais prejuízos menores, tributações, realocações financeiras, devem ser suportados ou mensurados em prol de um benefício maior – a constituição do “Welfare State” -, optando-se, numa situação de escassez, pela consecução de objetivos de dignidade, de igualdade, de bem-estar, de acesso à saúde, à educação e a todos os direitos sociais constitucionalmente previstos.

Isso porque não haverá, necessariamente, para os indivíduos cujos direitos são diminuídos em prol de outros, uma compensação; haverá, no entanto, o cumprimento do dever de solidariedade e a realização da vontade, constitucionalmente pressuposta, de construção de uma sociedade justa e solidária.

Todos esses aspectos abordados até aqui devem ser considerados para instar a efetiva concretização dos direitos sociais, cuja obrigação é conferida, primordialmente, ao Estado, que, por intermédio de todos os seus Poderes, deve privilegiar a consecução de políticas públicas à população em condição de vulnerabilidade, compreendendo-se que essa igualização dos seres humanos enaltece, no final, a própria democracia.

Nessa toada, o Poder Judiciário não está isento de buscar soluções adequadas e eficientes para atender às demandas que lhe são postas - não bastando o mero exercício de hermenêutica constitucional ou a prolação de decisões filosoficamente irretocáveis -, se, na prática, não resultarem na modificação ou na melhoria das condições da população destinatária dos direitos sociais judicializados.

1.2 – Judicialização dos direitos sociais prestacionais: as respostas atuais do Poder Judiciário

Diante desse cenário normativo - e, antes, do dever moral intrínseco à pessoa humana -, a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas relativas aos direitos sociais prestacionais é decorrência esperada, desejável - e, portanto, legítima - da ausência ou da falha na consecução de políticas públicas pelos outros Poderes, principalmente pelo Poder Executivo.

Isso porque, sendo inequívoco que os direitos sociais constituem direitos exigíveis, e não meras normas programáticas, há que se garantir outro direito subjetivo constitucional fundamental, o de acesso à Justiça pelo cidadão ameaçado ou lesado em seu direito (BRASIL, 1988, CF, art. 5º, incs. XXXIV e XXXV).

Não se desconhece, entretanto, os diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relativos ao tema da judicialização da política (em sentido amplo), que, essencialmente, dividem-se em duas grandes e abarcadoras correntes: uma que critica - ou, ao menos, enxerga com muita preocupação - esse protagonismo do Poder Judiciário; outra que defende - e, muitas vezes, exorta -, essa ingerência judicial.

Inserido nessa primeira vertente, Jeremy Waldron (WALDRON, 2006, p. 1353) entende que a judicialização da política não é desejável por duas razões principais: a primeira, porque não permite que a sociedade tenha em mente os reais problemas que lhe afligem (ao contrário, ela é distraída por questões jurídicas secundárias, *v.g.*, aquelas relativas a precedentes, leis e sua interpretação); a segunda preocupação recai no fato de que essa interferência judicial é politicamente ilegítima, porque privilegia a opinião de

poucos juízes em detrimento dos princípios da representação popular e da igualdade política (MAUS, 2000).

José Francisco Siqueira Neto (SIQUEIRA NETO, 2015) aduz que tais condutas intervencionistas do Poder Judiciário produzem não só graves distorções teórico-jurídicas, mas, também, “provocam um inegável impacto na gestão pública, desequilibrando o orçamento e o planejamento anteriormente realizado” (SIQUEIRA NETO, 2015, p. 291).

Assim, os partidários dessa nominada doutrina da *self-restraint* ou da autocontenção judicial têm como pontos de argumentação, de um lado, a própria essência da democracia, e, nela, a soberania e autonomia populares e a possibilidade do governo pelo povo; de outro lado, a perigosa perda do controle do governo pelo povo, com a gestão do Estado feita por uma minoria não eleita majoritariamente; e, por fim, a questão orçamentária, haja vista que a escassez está presente em todas as questões relativas à destinação de verbas públicas.

Essas argumentações não são despidas de fundamento; ao contrário, revelam que, num Estado democrático desenvolvido, a preocupação com o exercício da democracia está estabelecida em outro patamar: o do efetivo exercício da cidadania e do governo pelo povo.

Ocorre que, em países subdesenvolvidos, a pobreza e a miséria impedem que se atinja aquele patamar crítico, porque as pessoas sequer têm o que comer, o que vestir, onde morar, circunstâncias que obstam o exercício de sua autonomia e de suas escolhas.

Ramiro Sant’Ana faz observação incontestável:

A participação política - que, talvez, fosse a melhor forma de cada um demandar mudanças na sua comunidade, mudanças nas políticas públicas, mudanças nos sistemas de proteção social, SUS, Sistema Único de Assistencial Social, Sistema de transporte - demanda conhecimento técnico, capacidade de articulação, percepção dos problemas, uma visão do indivíduo como cidadão.

E vários dos brasileiros, principalmente, os mais carentes, mais vulneráveis, estão preocupados em sobreviver, estão preocupados em não apanhar da polícia nas suas comunidades, preocupados em não tomar um tiro de bala perdida, estão preocupados em ganhar o dinheiro do almoço e da janta, estão preocupados que seus filhos tenham acesso a uma escola minimamente decente, passam duas horas ou três pegando transporte lotado, as mulheres da comunidade estão preocupadas em não serem estupradas, não apanharem dos maridos, os pais estão preocupados com os filhos serem recrutados pelo tráfico, as pessoas estão sobrevivendo...

Que tempo que elas têm para a virtude política, para a política em comunidade, para unir as mãos e pedir mudanças?

Seria o adequado, que é o que nós da classe média, por vezes, fazemos. Então, muitas vezes, para esses grupos, a única forma de pesar em prol deles o jogo democrático é através do acesso à Justiça. (2020)

E é exatamente por essa extrema falta de condições do indivíduo relativamente às questões básicas de sobrevivência que o posicionamento favorável à judicialização, cunhado doutrina da *judicial review*, encontra diversos fundamentos, todos eles defluindo, entretanto, da dignidade humana, porque dela decorre, como dito, a própria condição para o exercício da democracia, de autodeterminar-se e de desenvolver-se como indivíduo.

Há, também, argumentos jurídicos formais a seu favor, como o aventado fundamento de o direito social ser entendido, atualmente, como um direito subjetivo - cuja fruição é, portanto, exigível do Poder Público pela via judicial -, ou o caráter da norma constitucional que o prevê, de eficácia imediata; mas nenhum deles é tão sensível como a inquestionável necessidade humana de existir com dignidade.

Após o advento da Constituição Federal (BRASIL, 1988), houve, por algum tempo, certa discussão acerca do caráter das normas que previam os direitos sociais (programático ou de eficácia imediata), mas, atualmente, essa questão está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu, em diversos e reiterados julgamentos, o caráter de direito subjetivo dos direitos sociais, reconhecendo ao cidadão o direito de exigir do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, o direito social que lhe é negado, seja por omissão ou por atuação falha do Poder encarregado da política pública a ele correspondente.

Nesses pronunciamentos judiciais são aferíveis todas as questões até aqui trazidas, como, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.101.106 (STF, 2018a), cujo objeto é o direito à creche, onde o Supremo Tribunal Federal assentou:

(...) o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão,

por mais de uma vez (RTJ 75/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal (...) (STF, 2018a)

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar (SL) nº 47 (STF, 2010), cujo objeto é o direito à saúde, discorrendo acerca da problemática que envolve a judicialização das políticas públicas, assim decidiu, referendado unanimemente pelo Plenário do Tribunal:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por se tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. (STF, 2010)

O Ministro Edson Fachin, igualmente, assim decidiu no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário nº 1076316 (STF, 2018b):

Tal entendimento diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a qual tem entendido que é legítima a intervenção do Poder Judiciário ‘em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental, dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal’ (ARE 745.745 AgRg/ MG, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 02/12/2014). (STF, 2018b)

Estabelecidas, assim, as premissas de constitucionalidade e legitimidade da judicialização das políticas relativas os direitos sociais, o problema que se apresenta recai na (in)eficácia dessa atuação judicial, sob o prisma da concretização coletiva - tanto qualitativa, quanto quantitativa -, ou seja, do alcance prático dessas decisões judiciais em relação a seus destinatários finais.

Sem pretender-se que esse ônus – de concretização da dignidade humana àqueles mais vulneráveis - seja carreado ao Poder Judiciário *prima facie*, desonerando os demais Poderes, mormente o Executivo, de suas obrigações em relação às políticas públicas, tampouco prescindindo da necessária participação da população no governo, de forma direta e indireta, quando chamado a intervir, pela ausência ou pela falha da política pública engendrada, não há dúvida de que o Poder Judiciário deverá proferir decisões eficazes, e não meramente filosóficas.

Constata-se, entretanto, que a atuação do Poder Judiciário brasileiro não tem solucionado as demandas essencialmente coletivas do modo desejável, com efetividade para a coletividade destinatária das políticas públicas.

O que se verifica é uma realidade diversa: decisões judiciais que não alteram a vida da população carente, dentre outros motivos por sua inexecutabilidade, ou porque não são acompanhados seus desdobramentos, ou porque não são produzidas de olhos postos no caráter essencialmente coletivo do direito sob demanda.

Ana Paula de Barcellos e Julia Iunes Monteiro (BARCELLOS Et MONTEIRO, 2018) constataram essa inefetividade na execução dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, em três ações civis públicas relativas a saneamento básico, concluindo que “existe um grande abismo entre a consagração judicial do direito e sua efetiva implementação na realidade” (BARCELLOS Et MONTEIRO, 2018, p. 72), apontando que a falta de acesso, por meio digital, do andamento dos cumprimentos de sentença, nos *sites* dos Tribunais, dificulta, ainda mais, o controle social das execuções dessas decisões, e, por consequência, sua fiscalização e reivindicação (BARCELLOS Et MONTEIRO, 2018, pp. 90-91).

Essas pesquisadoras constataram que houve a demora, nas ações analisadas, de 2 anos e 1 mês, 3 anos e 6 meses e 7 anos para o efetivo cumprimento das decisões nelas proferidas (BARCELLOS Et MONTEIRO, 2018, pp. 76, 81 e 84).

Outra razão identificável para a não solução dos direitos sociais de forma coletiva é que a judicialização das políticas públicas tem acontecido, precipuamente, mediante ações individuais, ainda que ajuizadas por intermédio do Ministério Público e das Defensorias Públicas, fato que foi corroborado por extensa pesquisa do IPEA (2015).

Nesse mesmo sentido, outra pesquisa realizada a pedido do Conselho Nacional de Justiça, sob a coordenação de Rogério Bastos Arantes, Vanessa Elias de Oliveira e Conrado Hubner Mendes (ARANTES Et Alii, 2017, pp. 13-14), apontou:

A primeira conclusão que extraímos das análises quantitativas e qualitativas é o uso estratégico de ações civis públicas para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo direitos individuais. Com frequência, ao contrário do que se podia esperar, os autores das ações intentam a garantia de direitos individuais, não a defesa de direitos coletivos em sentido difuso. Essa estratégia processual converte a ação coletiva em um instrumento com objetivos opostos àqueles a que originalmente se propôs: de questionamento, pelas coletividades atingidas, das violações de direitos cometidos por atores públicos ou privados; e de busca de soluções para problemas transindividuais,

amparadas pela ação de atores estatais legitimados. (ARANTES Et Alii, 2017, pp. 13-14)

É possível constatar, ainda, que as tutelas individuais produzem algumas distorções, seja quando deferidas, seja quando negadas.

Quando deferidas, ocasionam, quase sempre, uma desigualdade entre os titulares do direito subjetivo. Explica-se: o deferimento de uma pretensão liminar à vaga em UTI ou em creche faz com que o demandante consiga passar à frente daquele que está há dias, meses ou, até anos, numa fila administrativa³.

Pior, aquele que tem conhecimento suficiente para deduzir seu pleito perante o Poder Judiciário, por intermédio de advogado privado ou da Defensoria Pública, tem, muitas vezes, uma condição de vida um pouco melhor do que outras pessoas que, em sua extrema vulnerabilidade, nem tem conhecimento de que sua pretensão constitui um direito exigível em Juízo.

Vanessa Elias de Oliveira, Mariana Pereira da Silva e Vitor Marchetti (2018, pp. 663-664) discorrem acerca dessa desigualdade gerada pela judicialização dos direitos dependentes de políticas públicas, sob o enfoque das vagas em creche no Município de São Paulo:

(A) posse de ordem judicial acaba por atribuir prioridade de matrícula para os proponentes, o que significa que, caso surja uma vaga no setor em que uma criança com ordem judicial pleiteia vaga, esta será priorizada, mesmo que haja outras crianças aguardando por mais tempo pelo atendimento. Tal dinâmica é exposta pelo sistema de cadastro, que desloca crianças com ordem judicial para os primeiros lugares da fila por uma vaga. Consequentemente, ao verem seus filhos perderem posições na fila devido à existência de crianças com ordens judiciais, muitas mães não hesitam em procurar o sistema de justiça. Portanto, a judicialização incentiva mais judicialização.
(...)

³ O Desembargador Roberto Freitas consignou em julgamento de ação individual com pleito de vaga em creche: “Aliás, em relação a esse aspecto, a Secretaria de Educação informou, em resposta ao ofício n. 619/2018, enviado por este magistrado, em março de 2018, que: contava com 17.430 inscritas aguardando vagas no banco de creche e que por ocasião do deferimento para matrícula em creche e/ou pré-escola, o cumprimento da Decisão Judicial NÃO importará a criação de uma nova vaga e, sim em déficit de vagas, na qual a Unidade Conveniada trabalha acima de sua capacidade de espaço físico e financeiro. À vista disso, previne que haverá o alojamento concomitante de crianças no mesmo espaço, de modo a prejudicar o trabalho pedagógico e orçamentário da creche, além de postergar a lista de convocação das crianças regularmente inscritas no sistema i-Educar, confirmando, assim, a percepção de tratamento não isonômico a quem se encontra a se subsumir à regra constante do Manual. Como se vê não há solução fácil para o caso, pois se o Poder Judiciário determina que uma criança que não se enquadra naqueles critérios para a matrícula deva, assim mesmo, ser matriculada, a consequência imediata dessa decisão não é que haverá a criação de mais uma vaga, mas sim que uma vaga existente será ocupada em detrimento de outra criança na mesma fila de espera e que está jungida ao comando da regra que estipula critérios objetivos de alocação.” (TJDFT, 2019).

No que diz respeito às respostas do Judiciário, tal como vem ocorrendo no caso dos pedidos de medicamentos pela via judicial, os pedidos de vagas em creches tendem a ser rápidos (por meio da obtenção de liminares) e as chances de vitória dos réus são grandes. Isso significa que as decisões judiciais vêm gerando a desestruturação das demandas administrativas: a prefeitura conta com uma ‘lista de espera’, contabilizando a demanda não atendida. Aqueles cidadãos que estão no final da lista e obtêm uma vitória judicial ‘pulam a fila’, sendo atendidos antes dos que estão no topo da lista, mas que não ingressaram com ação judicial. Isso cria, obviamente, incentivos para buscar a matrícula pela arena judicial, explicando a explosão de matrículas por essa via nos últimos anos. (OLIVEIRA Et Alii, 2018, pp. 663-664)

Por outro lado, negar o direito veiculado individualmente numa ação, com fundamento nos princípios da separação dos Poderes e da igualdade e nas questões relativas ao orçamento (reserva do possível) e da observância à discricionariedade administrativa, também não resolve a questão, porque a política pública continua a não atender à população que dela necessita.

As demandas judiciais de caráter substancialmente coletivo – ações civis públicas cujo objeto são interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, com pedido genérico e *erga omnes* (ainda que restrito à uma localidade) – também não têm se revelado como uma solução, em si, para a questão da efetividade dessa ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Aliás, nessa espécie de demanda, o argumento orçamentário se torna ainda mais preponderante nas decisões judiciais relativas aos direitos sociais prestacionais, porque, obviamente, mira-se o benefício de um número expressivo da população, e, ainda que os Tribunais Superiores afastem o fundamento da reserva do possível, ele não pode ser considerado falacioso, porquanto a escassez dos recursos públicos é situação notória (STF, 2011b).

Bruno Andrade Costa alerta, todavia, que apenas o argumento orçamentário não afasta o dever de a Administração concretizar os direitos sociais, porque, “ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Judiciário determinar ao Estado a alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais. (COSTA, 2013, p. 261)

Outro ponto que merece atenção diz respeito à execução das decisões judiciais, porque as decisões produzidas em ações individuais fazem uso de “instrumentos executivos já consolidados por uma lógica individual e bipolarizada de processo”

(FACHIN Et SCHINEMANN, 2018, p. 215), e produzem um enorme impacto orçamentário, que fica, apenas, mais imperceptível, porque diluído.

Não por outras razões, Kazuo Watanabe (WATANABE, 2019) alerta:

Muitos erros têm sido cometidos na práxis forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido de tutela jurisdicional, com a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza incindível. (WATANABE, 2019, p. 298)

Nas demandas coletivas é possível identificar-se outro argumento para o indeferimento judicial, de cunho mais formalista sob o ponto de vista jurídico-processual: o da impossibilidade do pedido (ou, modernamente, da falta de interesse processual), eis que não estaria concretizada a violação do direito para todos os beneficiários.

Não estando o direito sendo violado para todos, o pedido seria futuro para uma situação hipotética (GOTTI, A. Et XIMENES, S.B., 2018), o que é vedado pelo Código de Processo Civil.

Assim, em meio a tantas questões, o desafio é encontrar caminhos diferentes das respostas ordinárias que o Poder Judiciário tem dado frente às demandas relativas às políticas públicas sociais, porque, deferindo ou rechaçando as tutelas pleiteadas, os comandos judiciais não têm tido o condão de modificarem as situações de vulnerabilidade e de precariedade que são o pano de fundo de tais litígios, não atingindo, por isso, os objetivos postos na Constituição Federal.

A interferência judicial nas políticas públicas relativa aos direitos sociais demanda a procura de solução adequada e eficaz, a fim de haja a real modificação do *status quo* da população carente delas destinatárias, ainda que novos caminhos e posturas tenham que ser adotadas pelo Poder Judiciário e pelos demais partícipes envolvidos no problema para a modificação das estruturas deficitárias já instaladas.

E, nesse sentido, o processo estrutural aparece como uma possibilidade a ser analisada objetivando-se a efetividade das decisões judiciais, assim entendida como a real concretização dos direitos sociais prestacionais à população que deles necessita.

2 – O PROCESSO ESTRUTURAL: ALTERNATIVA PARA O ALCANCE DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS CONCERNENTES AOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS?

2.1 – A reforma estrutural e suas métricas

A sucinta contextualização trazida no capítulo 1 pretende embasar o entendimento de que o Poder Judiciário exerce um papel primordial perante seus jurisdicionados que ultrapassa o de resolução de disputas individuais.

Sob esse prisma, a atuação jurisdicional em demandas que tenham por objeto direito coletivo (neste estudo, os direitos sociais) deve ser voltada para o atingimento do escopo maior dessa atividade, qual seja, a efetiva entrega do direito assegurado.

Assim, enquanto a intervenção do juiz na resolução dos conflitos individuais é equidistante às partes e obedece a critérios formais mais rígidos no campo processual⁴, a posição do juiz diante das lides coletivas deve perseguir objetivos diversos, superando os obstáculos existentes para a obtenção do direito em jogo.

Cândido Rangel Dinamarco, há muito, alerta:

É preciso, além dos objetivos jurídicos da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal. O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoante das diretrizes do próprio Estado social. (DINAMARCO, 1987, p. 213).

Nas lides coletivas, o juiz não deve estar distante das partes, mas, sim, com elas envolvido, a despeito da manutenção necessária de sua imparcialidade⁵, de olhos postos na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal relativos à coletividade como um todo.

Nesse contexto, a denominada “structural litigation” tem ganhado força entre os processualistas brasileiros, como uma das formas de atuação jurisdicional apta a solucionar as demandas de essência coletiva (sejam elas veiculadas em ações individuais ou coletivas) que se avolumam no Brasil.

O surgimento da ideia de processo ou de litígio estrutural remonta à da “reforma estrutural”, que teve origem nos Estados Unidos da América, no início dos anos 50 (a

⁴ E, ainda assim, o processo, como instrumento que é, “só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina” (DINAMARCO, 1987, p. 206).

⁵ “O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença.” (DINAMARCO, 1987, p. 275)

ação foi ajuizada em 1951), com o emblemático processo “Brown vs. Board of Education”, julgado pela Suprema Corte Norte-americana, em 1954.

Ajuizado por Oliver Brown e mais doze pais contra a Secretaria de Educação da Cidade de Topeka, a demanda foi motivada pela segregação racial sofrida por sua filha Linda Brown e outras crianças negras, ao ter recusado seu ingresso numa das escolas de Topeka (Kansas-EUA), chamadas “all-white elementary schools” (escolas fundamentais para brancos).

Essa segregação tinha arrimo no precedente jurisprudencial consubstanciado na doutrina do “separate but equal” (separados, mas iguais), adotado pela Suprema Corte americana durante décadas.

Com o caso Brown, a Suprema Corte modificou seu entendimento para declarada a inconstitucionalidade desse precedente, eis que a segregação violava a décima quarta emenda constitucional, relativa ao imperativo da igualdade.

A execução dessa decisão, todavia, ganhou contornos extraordinários “para transpor a regra estabelecida no precedente Brown v. Board Of Education para a prática” (FISS, 1979, p. 2), porque não se tratou somente de permitir o acesso de uma criança negra à uma escola “para brancos”, mas de alterar a estrutura vigente numa sociedade resistente à tal mudança.

Esse empenho da Suprema Corte americana decorreu da constatação de que a decisão judicial por ela proferida, de inconstitucionalidade da segregação racial, não teria efetividade diante da estrutura social existente, arrimada em condições absolutamente desfavoráveis à população negra.

Assim, para concretizar sua decisão, a Suprema Corte estendeu seu julgamento em um segundo processo (“Brown vs. Board of Education II”), onde foram proferidas outras decisões de cunho executório (as chamadas *structural injunctions* – FISS, 1979), aptas a fazer com que a solução do litígio transcendesse o contexto individual para implicar a modificação da realidade inconstitucional estabelecida.

Para tanto, exigiu-se que

(...) novos procedimentos para a matrícula de alunos; novos critérios para a construção de escolas; requalificação do corpo docente; revisão dos sistemas de transporte para acomodar novas rotas e novas distâncias; realocação de recursos entre escolas e novas atividades; modificação da grade curricular; aumento das dotações; revisão de calendários esportivos interescolares; novos sistemas de informação

para monitorar o desempenho da organização; e mais.⁶ (FISS, 1979, pp. 2-3 - tradução livre).

Essa nova forma de atuação judicial, transcendente à solução do caso *sub judice*, fez uso de novas métricas para o alcance do resultado desejado; e, paulatinamente, esse novo modelo passou a ser aplicado, nos Estados Unidos da América, a outros pleitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário, diversos da questão educacional, tais como no sistema prisional.

A partir desses acontecimentos, surgiu a teoria da “reforma estrutural”⁷, formatada por Owen Fiss, onde identifica-se que a Jurisdição decorre da legitimação (*rectius*, adjudicação) – como processo social – que possuem os juízes para dar concretude aos valores públicos, sendo essa sua função primordial (FISS, 2003).

A reforma estrutural é “um tipo de adjudicação, que se distingue pelo caráter constitucional dos valores públicos e, ainda mais importante, pelo fato de envolver um encontro entre o Judiciário e as burocracias estatais” (FISS, 1979, p. 2 – tradução livre)⁸⁹.

⁶ “It required new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more.” (FISS, 1979, pp. 2-3).

⁷ “A reforma estrutural baseia-se na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma importante pelo funcionamento de organizações de grande porte, não apenas por indivíduos que atuam além ou dentro dessas organizações. Também se baseia na crença de que nossos valores constitucionais não podem ser totalmente assegurados sem efetivar mudanças básicas nas estruturas dessas organizações. O processo estrutural é aquele em que um juiz, confrontando uma burocracia estatal com valores de dimensão constitucional, compromete-se a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a esses valores colocados pelos atuais arranjos institucionais. A decisão é o meio pelo qual essas diretivas reconstrutivas são implementadas.” (FISS, 1979, p. 2- tradução livre).

“Structural reform is premised on the notion that the quality of our social life is affected in important ways by the operation of large-scale organizations, not just by individuals acting either beyond or within these organizations. It is also premised on the belief that our constitutional values cannot be fully secured without effectuating basic changes in the structures of these organizations. The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted.” (FISS, 1979, p. 2).

⁸ A teoria da adjudicação, formatada por Owen Fiss, significa o processo social pelo qual os juízes dão significado (*rectius*, declaram), aos valores públicos colocados na Constituição: “Judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither there reason for them to be silent. [...] Adjudication is the social processo by which judges give meaning to our public values Structural Reform – the subject of this essay – is one type of adjudication, distinguished by the constitutional character of the public values, and even more importantly, by the fact that it involves an encounter between the judiciary and the states bureaucracies.” (FISS, 1979, p. 2).

⁹ O termo adjudicação é utilizado, nesse contexto, de forma diversa daquela usualmente vista no ordenamento jurídico brasileiro, valendo citar, por isso, a explicação formulada por Melina Girardi Fachin e Caio Cesar Bueno Shinemann: “*Adjudication*, no sentido utilizado por Owen Fiss, é termo genérico que se liga à atividade desempenhada pelo Poder Judiciário quando este dá resposta acerca de conflitos sociais. No direito brasileiro, a tradução literal, *adjudicação*, possui sentido parecido, mas é usualmente ligado à noção específica de atribuir algo a alguém, como, por exemplo, a adjudicação do objeto da licitação ou a adjudicação da posse.” (FACHIN e SHINEMANN, 2018, p. 220)

O objetivo da reforma estrutural é a remoção da condição que, de forma causal, torna a situação submetida ao Poder Judiciário inconstitucional; em alguns poucos casos, com o fechamento da própria Instituição, noutros, a maioria deles, com sua reorganização (FISS, 1979, pp. 27-28).

Essa superação, pelos Magistrados, dos obstáculos existentes, inclusive de cunho jurídico-processual, para o atingimento da solução concreta do problema que deságua no Poder Judiciário parece constituir, teoricamente, a postura ideal, com vistas à concretização do direito social almejado.

No Brasil, a doutrina, com arrimo nessa teoria, tem realizado diversos estudos relativos ao denominado “processo estrutural”, já com algum avanço nas questões teóricas concernentes às suas características, métodos e mecanismos.

O ponto de inflexão, todavia, reside na implementação prática dessas ideias, de modo que, aplicada a teoria, seu resultado somente poderá ser aferido quando analisados os casos concretos onde tenha ocorrido sua aplicação.

Por isso, a fim de permitir a análise da efetividade desses novos procedimentos relacionados ao processo estrutural, e dos procedimentos sugeridos pela doutrina, é importante, de início, fixar seu conceito e características, para, com isso, permitir sua correlação com os casos concretos (nesta pesquisa, especificamente, com o litígio analisado no Capítulo 3).

A despeito do contexto diverso em que foram fixadas (ordenamento jurídico constitucional norte-americano – *Common Law*), as métricas trazidas por Owen Fiss servem de partida para a definição dos contornos daquilo que hoje se nomina de “processo estrutural”: (i) a reforma estrutural deve ter por objetivo as condições da vida em sociedade e o papel que as Instituições têm na determinação dessas condições (FISS, 1979, p. 18); (ii) a “vítima” no processo estrutural não é o indivíduo, mas um grupo definido pela Instituição a que pertencem ou se relacionam (por exemplo, presidiários ou destinatários de benefícios sociais fornecidos pelo Estado)¹⁰; (iii) há a participação de vários interlocutores, que possam agregar ao debate os problemas específicos daquele grupo ou sugestões de melhoria (FISS, 1979, 21); (iv) a solução do problema submetido ao processo estrutural não termina com a decisão de mérito, como sói ocorrer no modelo

¹⁰ Por consequência, a relação entre o juiz e “vítima” não é identitária, mas intermediada por um representante qualificado (Ministério Público, Defensoria Pública etc). Essa relação indireta tem o mesmo reflexo sob a ótica do ofensor; assim, o policial que matou o cidadão negro não é a personagem principal do processo estrutural, mas, sim, o departamento de Polícia daquela localidade onde o abuso foi cometido.

de resolução de disputas; ao contrário, a relação entre o juiz e a Instituição permanece por um longo tempo após a decisão, modelando a forma como essa solução será aplicada e desenvolvida.

No Brasil, os estudos a respeito do conceito e das características do que se denomina litígio e processo estruturais são bastantes convergentes e conseguem indicar os principais requisitos para a sua configuração.

Edilson Vitorelli conceitua os litígios estruturais como os “litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera” (VITORELLI, 2020a, p. 52), com as seguintes características: a complexidade ou policentrismo (reflete um problema complexo, com diversos pontos de conflito entre os grupos envolvidos), a irradiação¹¹ ou alta conflituosidade (porque atinge interesses de diversos grupos sociais ou indivíduos com amplitude territorial) e a necessidade de reformulação da estrutura como solução do problema (VITORELLI, 2020a).

Esse autor apresenta, também, uma nova forma de classificação dos litígios coletivos (afastando a tradicional classificação em difusos, coletivos e individuais homogêneos), em litígios globais, locais e irradiados, alocando os litígios estruturais como subespécie dos litígios irradiados (VITORELLI, 2020b).

Os litígios irradiados seriam aqueles cujo impacto sobre a sociedade é distribuído de maneira desigual entre os subgrupos sociais. Noutras palavras, é o mesmo litígio, o mesmo problema, mas suas consequências diferem entre os diversos grupos sociais que por ele são atingidos (VITORELLI, 2020b).

É interessante observar que as características do litígio estrutural, acima referidas por Edilson Vitorelli – de complexidade, policentrismo, irradiação ou alta conflituosidade, e da necessidade de reformulação de uma estrutura -, constituem, para Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2021), elementos do processo estrutural (tidos por eles como não essenciais, inclusive).

Para esses autores, o processo estrutural é, essencialmente, “aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende

¹¹ Para Vitorelli, “nem todo litígio irradiado é um litígio estrutural, embora todo litígio estrutural seja um litígio irradiado” (2020, p. 58), isso porque, segundo ele, a irradiação guarda relação direta com o caráter difuso do litígio. Ou seja, o caráter local do litígio e/ou a restrição do grupo nele envolvido impediriam, em tese, a qualificação do conflito como estrutural. (VITORELLI, 2020a, p. 56, nota 73).

A questão da localização do problema, todavia, deve ser analisada com cautela, porque, talvez, não seja um diferencial para determinar-se se o litígio é ou não estrutural. No caso concreto que será analisado no Capítulo 3, por exemplo, o litígio teve início na zona sul do Município de São Paulo e essa inicial delimitação territorial, aparentemente, não lhe retira a característica de estrutural.

alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal” (DIDIER JUNIOR *et al.*, 2021, p. 589).

Marcos Aurélio de Freitas Barros reforça esse entendimento, acrescentando “que o centro do problema está na forma de funcionamento de uma entidade usualmente pública, mas que pode ser privada também (...)” (BARROS, 2020, p. 30), cujo funcionamento deve ser alterado a fim de pôr fim à ilegalidade nela constatada.

Depreende-se dessas conceituações que o objeto primordial do processo estrutural é um litígio onde é identificada a necessidade de modificar a estrutura de funcionamento de uma entidade (falhas ou omissões perante os jurisdicionados) e, por consequência, a situação dele decorrente.

O processo estrutural será formado, assim, pelo conjunto de normas processuais e procedimentos que tornará apta a prolação de uma decisão judicial eficaz à tal modificação, bem como sua execução adequada.

O processo estrutural nada mais é que uma ação civil pública diferenciada, pensada para interferir na realidade de uma outra maneira, de forma progressiva e gradual, que permita a construção de uma solução que não é imediata, mas é sustentável e duradoura (VITORELLI, 2020b).

Na petição inicial de um processo estrutural não se faz um pedido direto; pede-se a elaboração de um plano ou a adoção de providências progressivas para uma solução de um problema, de maneira que essa solução possa ser implementada levando em consideração os impactos progressivos que ela gera.

O processo estrutural trabalha com a ideia de uma adaptação da tutela jurisdicional ao perfil do problema, que é o problema estrutural, enquanto o processo civil ordinário, individualista, trabalha com o arquétipo do problema no passado com a solução no presente (VITORELLI, 2020b).

Ocorre que, nos casos de política pública, o problema não existe no passado, ele existe de maneira cíclica, de modo que o processo estrutural também deve ter uma dinâmica cíclica.

Nele, devem ser seguidos os seguintes passos: (i) o diagnóstico mais preciso do problema (qual a população do local, qual o orçamento etc); (ii) a elaboração de um plano, de preferência, pelo próprio gestor; (iii) etapas de implementação do plano (também aqui é melhor que o próprio gestor implemente o plano, sob a supervisão da Justiça); (iv) a fiscalização e acompanhamento da implementação, porque políticas públicas são fluidas, de modo que o resultado futuro tem que ser fiscalizado, com um novo diagnóstico a cada

etapa de cumprimento, a fim de que, se for o caso, um novo plano seja elaborado a partir do primeiro, sempre tomando em conta equações de custo/benefício (VITORELLI, 2020b; DIDIER Et ZANETI JR., 2021; GISMONDI, 2018).

O litígio estrutural é, em suma, o problema coletivo (não há uma só vítima), difuso, complexo (porque atinge diversos grupos sociais, com diversos pontos de conflito) e decorre da forma como uma instituição, geralmente pública, funciona.

Marcos Félix Jobim apresenta a seguinte equação/resumo dos requisitos para configuração do litígio estrutural: “Concretização de Direitos garantidos constitucionalmente + Estado de desconformidade de coisas + complexidade + policentrismo e multipolaridade + multifatoridade = Litígio Estrutural” (JOBIM, 2021, p. 827).

O processo estrutural, por sua vez, constitui uma via jurídica diferenciada para a solução dessa espécie de litígio, com vistas à modificação da situação preestabelecida, a partir da reforma da estrutura e dos procedimentos burocraticamente adotados por uma instituição destinada a concretizar os direitos humanos constitucionalmente previstos.

Não parece, assim, que o melhor entendimento seja o de tornar sinônimos litígio e processo estruturais, a despeito da constatação de que a doutrina brasileira abalizada, em sua maior parte, não os diferencia.

E é nesse contexto, no âmbito do processo estrutural, que serão prolatadas as decisões estruturantes: uma primeira, de mérito, que identificará a violação ao direito constitucional material; as demais, que indicarão os meios e os modos pelos quais uma estrutura vigente deverá ser alterada a fim de que seja eliminado o estado inconstitucional de determinada situação posta em litígio.

Assim, a decisão estruturante não será, necessariamente, apenas uma decisão; o processo de conhecimento será encerrado com uma decisão definitiva (sentença ou acórdão), mas é justamente na fase de execução dessa decisão que diversas outras poderão ser proferidas¹² a fim de ajustar a conduta dos envolvidos no litígio até a concretização das mudanças necessárias para a entrega do direito coletivo atingido.

¹² O artigo 139 do Código de Processo Civil brasileiro contém a previsão de medidas e atribuição de poderes ao juiz com claro objetivo de propiciar o atingimento do resultado por ele almejado, com nítida influência da teoria dos litígios estruturais, dispondo: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; (...) X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério

A decisão estrutural veicula obrigações de fazer de natureza complexa e diferencia-se “em relação ao padrão tradicional, pois deve estar preparada para a progressiva e paulatina especificação quando de sua realização prática, como passar do tempo e com a verificação das medidas adotadas no curso da fase executiva” (GISMONDI, 2018, p. 200).

De fato, é principalmente na fase de execução da decisão de mérito que a dinâmica do processo estrutural fica mais evidente, porquanto decisões consecutivas são necessárias à medida que os impactos da antecedente decisão são absorvidos no plano anímico.

Na análise desse trinômio (litígio, processo e decisão estruturais), a doutrina brasileira tem apontado questões importantes na seara do Direito Processual, como aquelas relativas às partes, ao pedido, à intervenção de terceiros e os efeitos da decisão judicial sobre estes, a flexibilização dos meios de prova, entre outras¹³.

Assim, após um primeiro período de definição a respeito da legitimidade e dos limites da ingerência judicial, com vistas à constitucionalidade dessa intervenção, sobre as instituições obrigadas à prestação do direito social, como se viu no capítulo 1, a doutrina direcionou-se aos procedimentos processuais, de modo a estabelecer

(i) um modelo de processo que torne o Judiciário ambiente mais propício para discutir direitos cuja tutela implica impacto sobre o Erário; e (ii) os meios de tornar a implementação dessa decisão (ou, em termos processuais, o cumprimento de sentença) mais adequado do ponto de visto orçamentário. (FACHIN e SHINEMANN, 2018, p. 214).

Tudo indica, porém, que, nessa altura das pesquisas acadêmicas e das posições jurisprudenciais firmadas, não recairia na seara jurídico-processual a maior problemática quanto à viabilização da meta a ser atingida por intermédio do processo estrutural¹⁴, tendo

Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.” (BRASIL, 2015).

¹³ A propósito, vide ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos; ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). Processos estruturais; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Et alii*. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro; DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.

¹⁴ É importante, todavia, consignar que a doutrina processualista se debruça sobre a possibilidade de uma teoria geral dos processos estruturantes, numa perspectiva científica, valendo mencionar, Fredie Didier Jr., Rômulo de Andrade Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Ovídio A. Baptista, Hermes Zaneti Jr., Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier, Egon Bockmann Moreira, entre outros autores, que se dedicam à essa pesquisa (JOBIM, 2021). Para o presente estudo, no entanto, o aprofundamento dos aspectos processuais

em vista que o ordenamento jurídico brasileiro possui normas processuais que flexibilizam o procedimento em prol da obtenção do direito material em demandas coletivas, não havendo impedimento, além disso, de que novos regramentos sejam instituídos com esse objetivo pelo Poder Legislativo, desde que, logicamente, preservados os direitos fundamentais relativos ao processo, assegurados pela Constituição Federal brasileira, a exemplo do devido processo legal e da ampla defesa.

A diferença primordial no tratamento que deve existir entre processos de litígio individual e os de litígio estrutural parece residir na maneira como as partes envolvidas no litígio dele participam, ainda que não sejam, rigorosamente, *partes processuais*, com uma atuação também diferenciada do próprio Poder Judiciário, na figura do juiz condutor das modificações almejadas.

Nesse sentido, Alexandre Vitorino observa:

Se os juízes não detêm a chave do erário e nem o necessário treinamento profissional ou informações para decidir questões associadas, v.g., à reforma do sistema de saúde, das penitenciárias ou da política educacional do ensino fundamental, médio ou superior, ou do sistema habitacional, parece intuitivo que, em lides estruturais, nas quais terão que ser postas em execução decisões potencialmente incrementadoras de custo e terão que ser tomadas decisões de modificação de políticas de acentuado perfil técnico, o seu papel principal, apesar do ambiente processual judiciariforme, não é o de ser um órgão substitutivo da vontade das partes em conflito, mas o de um indutor de acordos que estas possam celebrar. (SILVA, 2020, p. 244)

Desse modo, a participação diferenciada das partes e a postura do Juiz no processo estrutural têm significativa importância na busca da solução eficaz para dos litígios estruturais, como nas hipóteses de a ausência ou a má entrega do direito social constitucionalmente assegurado.

Tudo indica que, a despeito da legitimação de outros órgãos públicos para acordos extrajudiciais, é importante que o litígio estrutural seja resolvido sob o crivo do Poder Judiciário, dada a sua complexidade e sua multipolaridade (os diversos grupos que serão atingidos pelas decisões) e com intensa dialogicidade entre os envolvidos nessa espécie de demanda.

não é indicado, eis que o que se espera aferir, em termos de resultado eficaz, guarda relação direta com o comportamento dos envolvidos nas demandas estruturais, e não com as normas procedimentais.

2.2 - Poder Judiciário: *locus* adequado para a solução dos conflitos relativos aos direitos sociais prestacionais

A relevância da intervenção judicial nos conflitos relativos aos direitos sociais prestacionais está fundamentada, em primeiro lugar, na graduação constitucional das normas neles envolvidas.

É certo que há legitimidade, também constitucional, para que alguns órgãos¹⁵, primordialmente o Ministério Público, avoquem para si o encargo de solucionar o litígio estrutural extrajudicialmente¹⁶.

E justamente em razão de tal legitimação, e à vista das atribuições constitucionalmente conferidas ao Ministério Público¹⁷, muitos doutrinadores, e a grande parte dos membros do *Parquet*, entendem que a reforma estrutural poderá se dar pela via extrajudicial, sem a participação do Poder Judiciário¹⁸.

Edilson Vitorelli aduz que os inquéritos civis funcionam como um meio facilitador do debate “entre os diferentes polos de subgrupos interessados, gerando um plano compreensivo e consensual de transformação, a ser implementado pelas próprias autoridades responsáveis” (VITORELLI, 2020a, p. 127).

Eduardo Cambi e Thadeu Augimeri de Goes Lima também afirmam que o termo de ajustamento de conduta facilita uma solução consensual do conflito, de modo que, “em relação ao tradicional modelo de judicialização, ostenta evidentes vantagens, para a implementação de políticas públicas em prol da concretização de direitos fundamentais sociais” (CAMBI *et al.*, 2011, p. 11).

15 A Defensoria Pública e a Advocacia Pública são, também, legitimados para a transação extrajudicial (BRASIL, ACP, Lei nº 7.347/85, artigo 5º, parágrafo 6º15).

16 A Constituição Federal (BRASIL, 1988, artigo 129, inciso III) conferiu ao Ministério Público legitimidade para instaurar e presidir o inquérito civil, no qual, além da função investigativa, há a possibilidade de serem firmados termos de ajustamento de conduta, com força de título executivo extrajudicial (ou seja, os compromissos neles assumidos são passíveis de imediata execução perante o Poder Judiciário, prescindindo de fase processual de conhecimento).

¹⁷ De “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, mais especificamente a de “II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (BRASIL, Constituição Federal, 1988, arts. 127, *caput*, e 129, inc. II).

¹⁸ Vide Arantes, 1999; Cambi e Lima, 2011; Vitorelli, 2020a; Daher, 2020, todos no sentido de que o Ministério Público é, ou seus membros se veem, como “defensor da sociedade” (ARANTES, 1999, p. 90) e “se revela como instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais e verdadeiro canal de comunicação da sociedade, notadamente com o Poder Judiciário” (CAMBI *et al.*, 2011, p. 5).

Gustavo R. Chaim Pozzebon e Michel Betenjane Romano (2008) igualmente aduzem:

Em razão dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição de 1988, especialmente o exercício de parcela da soberania do Estado na persecução penal, e a legitimidade, digamos por excelência, porque órgão independente, para a propositura da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, e, sobretudo, da imparcial e eficiente atuação de seus membros, o Ministério Público é hoje uma das mais respeitadas instituições do país, o que lhe confere autoridade para intervir eficazmente na pacificação de conflitos. (POZZEBON Et ROMANO, 2008, p. 35).

A despeito de a composição extrajudicial ser, de fato, altamente desejável, não parece que o palco do inquérito civil propicie uma melhor interação entre os atores envolvidos na demanda, principalmente porque a consensualidade fica a todo tempo à sombra da ameaça do ajuizamento da ação.

E, caso não haja o perfeito entendimento entre os envolvidos, os caminhos percorridos são perdidos a partir do ingresso do Ministério Público com a ação civil pública cabível, num momento posterior e, portanto, já desgastadas as partes e amplificado o litígio.

A autocomposição e a mediação, e todos os métodos alternativos de resolução de conflitos, são relevantes vias para a diminuição das ações judiciais, mas, em princípio, muito mais direcionadas ao litígio *inter partes* (a resolução da controvérsia) do que à reforma estrutural.

Essa afirmação não significa desprestígio da “Justiça Multiportas”¹⁹, que busca “a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição dos indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos” (DIDIER JR. E ZANETI JR., 2016a, p. 37).

A estatura constitucional e a característica coletiva dos litígios estruturais, a demandarem profundas reformas institucionais, não parecem induzir, entretanto, à conclusão de que a busca por uma solução extrajudicial ou extrajurisdicional seria mais produtiva²⁰.

¹⁹ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016a, p. 36) explicam que a “Multi-door Courthouse” surgiu na obra de Roscoe Pound, “The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice”, sendo uma experiência sugerida por Frank Sander em 1976.

²⁰ Lena Luciana Nunes Daher, a despeito de entender vantajosa a solução consensual extrajudicial, aponta que, na maior parte das vezes, “só se mostra viável conduzir mudanças estruturais por meio do processo e,

A extraordinária capacidade de modificar uma gama de situações que conduzem à ineficiência das políticas públicas prestacionais dificilmente se concretiza fora do Poder Judiciário em sua plenitude; e por diversas razões além da inegável coercibilidade da qual se revestem os atos judiciais.

Nessa linha, Owen Fiss aduz que os direitos e as soluções jurídicas são as duas faces de um só espelho, qual seja, dar significado aos valores públicos (FISS, 1979, p. 52), argumentando:

Um valor constitucional como a igualdade deriva seu significado de ambas as esferas, declaração e atualização, e é essa conexão estreita entre significado e remédio, não apenas tradição, que requer uma unidade de funções. Exige que a decisão sobre o recurso caiba ao juiz, órgão encarregado de dar sentido ao valor por meio de declaração. Uma divisão de funções, uma delegação da tarefa de atualização a outra agência, cria necessariamente o risco de que o remédio distorça o direito e nos deixe com algo menos do que o verdadeiro significado do valor constitucional. Ambas as fontes de significado devem ser confiadas à mesma agência para preservar a integridade da própria empresa que dá significado.²¹ (FISS, 1979, p. 53 – tradução livre)

A maior premissa para o apontamento da importância da participação do Poder Judiciário na solução dos litígios estruturais tem assento, pois, no fato de que ele é o Poder constitucional legitimado a dizer o significado dos valores públicos (FISS, 1979, p. 52), de modo que a própria essência da jurisdição evoluiu para encampar não só a tarefa de declarar o Direito, como, também, a de satisfazê-lo (GISMONDI, 2018).

A defesa do protagonismo do Poder Judiciário na reforma estrutural é feita, justamente, em razão dessa legitimação que o juiz possui para dar sentido aos valores constitucionais, a partir de uma independência mais forte do que de uma agência reguladora (FISS, 1979, p. 35) ou de outro órgão público.

Vale dizer, o poder estatal está personificado no magistrado, estando a adjudicação no mesmo plano dos Poderes Legislativo e Executivo (FISS, 1979, p. 41), de modo que a declaração do direito em conflito e a solução dada ao caso concreto, mais

mesmo quando o acordo extrajudicial é plausível, deve-se reconhecer que ele se constrói à sombra do processo” (DAHER, 2020, p. 81).

²¹ “A constitutional value such as equality derives its meaning from both spheres, declaration and actualization, and it is this tight connection between meaning and remedy, not just tradition, that requires a unity of functions. It requires that the decision about remedy be vested in the judge, the agency assigned the task of giving meaning to the value through declaration. A division of functions, a delegation of the task of actualization to another agency, necessarily creates the risk that the remedy might distort the right, and leave us with something less than the true meaning of the constitutional value. Both sources of meaning must be entrusted to the same agency to preserve the integrity of the meaning-giving enterprise itself.” (FISS, 1979, p. 53)

tangível, constituem, ambas, a função jurisdicional de dar significado aos valores constitucionais (FISS, 1979, p. 46):

Direitos e remédios são apenas duas fases de um único processo social - tentar dar sentido aos nossos valores públicos. Os direitos operam no reino da abstração, remédios no mundo da realidade prática.

(...)

O direito existiria então como um padrão de crítica, um padrão para avaliar as práticas sociais atuais. Um remédio, por outro lado, é um esforço do tribunal para dar sentido a um valor público na prática. Um remédio é mais específico, mais concreto e mais coercitivo do que a mera declaração de direito; constitui a atualização do direito.²² (FISS, 1979, p. 52 – tradução livre)

E é justamente esse o ponto nodal da indeclinabilidade da Jurisdição na solução dos litígios estruturantes: não há órgão diverso, nem outro Poder (salvo o Poder constituinte reformador), que possa dizer o real significado, a extensão e a profundidade de um princípio ou direito constitucional fundamental e proferir decisões plenas a fim de obter o resultado de modificação de uma estrutura falha ou omissa.

Durante muito tempo, como se apontou no capítulo 1, a possibilidade de o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas prestacionais foi extremamente debatida, de olhos postos na preservação da Separação de Poderes e na proteção da esfera privada, sob o prisma da intervenção estatal mínima na vida do indivíduo (direitos fundamentais de primeira geração).

Com o tempo, e consolidado o entendimento de que os direitos de segunda geração, coletivos e sociais, não poderiam restar ameaçados ou nulificados pela má condução ou inexistência de atuação do administrador ou do próprio legislador, a intervenção judicial foi dada como legítima, a fim de assegurar tais direitos.

Essa legitimação conduziu à autorização normativa conferida ao juiz para a tomada de medidas coercitivas a fim de obter-se o resultado prático da decisão judicial de mérito; obviamente e sempre, respeitados os princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais (que são, num círculo virtuoso, o outro lado da questão).

²² Rights and remedies are but two phases of a single social process - of trying to give meaning to our public values. Rights operate in the realm of abstraction, remedies in the world of practical reality.

(...)

The right would then exist as a standard of criticism, a standard for evaluating present social practices. A remedy, on the other hand, is an effort of the court to give meaning to a public value in practice. A remedy is more specific, more concrete, and more coercive than the mere declaration of right; it constitutes the actualization of the right. (FISS, 1979, p. 52)

A doutrina lista uma série de medidas atípicas executivas que podem ser adotadas para coagir a parte ao cumprimento da decisão²³; dentre elas, a de maior impacto, a intervenção judicial como instrumento executório.

A intervenção judicial, sob esse prisma, constitui conceito técnico-jurídico, significando uma espécie de medida executiva, a mais representativa das medidas estruturantes (GISMONDI, 2018, p. 255), podendo ser conceituada como o meio executivo, na “modalidade subsidiária de efetivação de decisão judicial por meio da qual o órgão jurisdicional se sub-roga, de modo contínuo e duradouro, nas atividades do executado para o fiel cumprimento da decisão judicial.” (GISMONDI, 2018, p. 256).

E, novamente, é na Constituição Federal que se arrima esse poder intervencionista do juiz, mais especificamente no artigo 5º, XXXV (BRASIL, 1988) – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” -, que dispõe acerca do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

Kazuo Watanabe ressalta:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal; e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.

Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova *postura mental*. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições pela *perspectiva do consumidor*, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um *programa de reforma* como também um *método de pensamento*, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (WATANABE, 2019, p.3)

Assim, se o Poder Judiciário, hoje, deve se posicionar com vistas, também, à satisfação do direito negligenciado ou negado ao indivíduo, ainda com mais razão, nos litígios estruturais, essa atuação jurisdicional não pode ser prescindida, porque, como dito, são diversas as etapas de cumprimento da decisão ou do acordo de mérito, que necessitam de chancela judicial.

Essa conclusão não significa que a postura do juiz deve ser vista como aquela ordinariamente moldada, de mero solucionador teórico do conflito; ao contrário, o juiz

²³ No tocante às medidas executivas típicas e atípicas, observa-se que, contrariamente ao que estabelecia o ordenamento jurídico revogado, de rol taxativo, as normas de direito processual atuais contêm cláusulas gerais, abertas, que propiciam ao juiz a adoção de medidas não previstas explicitamente na lei. Tais normas gerais são encontradas no Código de Processo Civil de 2015, nos artigos 139, IV, e 536 (BRASIL, 2015, LEI 13.105/2015), na Lei da Ação Civil Pública, no artigo 11 (BRASIL, 1985, LEI 7.347/1985), e no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 84 (BRASIL, 1990, LEI 8.078/90).

deverá participar ativamente da criação do resultado, exortando as partes ao encontro da efetiva solução da situação antijurídica em debate.

E é esse o outro elemento a ser destacado nas lides estruturais: a necessidade de diálogo entre os envolvidos e o incentivo à uma solução consensual, porque, se não há dúvidas quanto ao direito ou quanto à constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas falhas ou omissas ou, ainda, com relação ao papel do juiz diante dos litígios estruturais, a questão remanescente recai no modo mais eficaz de entregá-lo a seu titular por intermédio do processo.

2.3 - Diálogo entre Poderes, Órgãos, sociedade civil e titulares do direito

O novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) encampou, explicitamente, o dever de colaboração, dispondo, no artigo 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

No processo contencioso individual, a colaboração não significa que a parte deva abrir mão de seu direito ou expô-lo de modo a favorecer a outra parte; para a finalidade dessa disposição normativa, na lição de José Rogério Cruz e Tucci, o dever de colaboração deve ser entendido como o “dever de cooperação recíproca em prol da efetividade” (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 12), de tal forma que “o legislador procura desarmar todos os participantes do processo, infundindo em cada qual um comportamento pautado pela boa-fé, para se atingir uma profícua comunidade de trabalho” (CRUZ E TUCCI, 2016, p. 12).

Nessa esteira, o artigo 378 do Código de Processo Civil dispõe, em reforço: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2015).

O dever de colaboração é corolário dos princípios da boa-fé, da eficiência e da razoabilidade da duração do processo e, também, deve permear a atividade jurisdicional, subdividindo-se nos deveres de prevenção, de esclarecimento, de consulta, de auxílio e de engajamento (MAZZOLA, 2017).

Neste estudo, importa destacar os deveres de engajamento e de auxílio, sem significar que os demais não estejam a estes intrinsecamente conectados com vistas à eficiência da atuação judicial, preservando-se as garantias processuais, como a do contraditória e da ampla defesa, entre outras.

Os deveres de engajamento e de auxílio traduzem-se na facilitação do debate na seara processual, com o incentivo ao diálogo, criando “um ambiente de ampla participação plural, permitindo a livre discussão entre os sujeitos do processo, em igualdade de condições” (MAZZOLA, 2017, p. 132).

Fredie Didier Jr. (2016) assevera:

O modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos adversarial e inquisitivo.
Eis o modelo de direito processual civil mais adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático.

Nessa toada, torna-se perceptível que o processo moderno está “a serviço” da Justiça, impedindo propósitos protelatórios ou escusos e não se curvando a um formalismo desnecessário, tudo em prol da efetivação do direito em jogo.

E tanto é assim que o novel Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) privilegia as decisões de mérito, exortando o juiz ao dever de prevenção, de modo a evitar nulidades, suprimindo inconsistências superáveis, facilitando a produção de provas e preservando, em grau máximo, o devido contraditório e a igualdade entre as partes.

Assim, é possível aferir, minimamente, que o pensamento contemporâneo - tanto do legislador, como dos doutrinadores e dos operadores do Direito – direciona-se para a efetivação da melhor relação entre as partes, e destas com o juiz, entendida como “melhor” a relação eivada de boa-fé e cooperação, sobretudo.

Nos litígios estruturais, como se apontou, o atingimento do resultado de mérito, com eficiente concretização do direito ameaçado ou lesionado, é, sem dúvida, o objetivo maior do processo (dito, também, estrutural).

E, por essa razão, o dever de colaboração transcende às normas de boa conduta processual para atingir seu ápice: o franco diálogo entre as partes.

Quer-se dizer com isso que, diante de um litígio estrutural, as partes devem expor o conflito e suas intenções de forma desnuda, porque não há vencedores ou perdedores, haja vista que todos perderão com a permanência de um estado de desconformidade com os direitos assegurados pela Constituição Federal.

Noutras palavras, o litígio estrutural deve ser processado sob a mais aberta revelação dos fatos, das provas e da conduta das partes, de modo a possibilitar ao juiz a decisão mais eficaz sob o ponto de vista da modificação da situação ilícita.

Hermes Zaneti Jr. (2016), citando Michele Taruffo, faz importantes considerações quanto ao papel da jurisdição, aduzindo que a “justiça processual” não é

um caminho correto do ponto de vista teórico da função da jurisdição” (ZANETI JR., 2016, p. 180), afirmando, ainda:

A verdade relevante dos fatos jurídicos postos em causa é, portanto, um dos objetivos do processo justo. Contudo, após observar que, na sua concepção e na de alguns teóricos da *common law*, o *adversarial system* não se preocupa e não pretende a verdade dos fatos, sendo esta muitas vezes considerada um estorvo para a controvérsia (...). Evidentemente, um sistema deste tipo não seria um sistema garantista. O processo judicial não serve e não pode servir apenas aos interesses dos litigantes (*ius litigatoris*). (ZANETI JR., 2016, p. 181).

Sob o ponto de vista do processo estrutural, mais ainda o diálogo deverá ser exortado, justamente em busca do processo justo.

A dialogicidade entre os todos os participantes (em sentido amplo) do processo estrutural deve ser implementada tanto no processo de conhecimento - ou seja, na sequência de atos processuais que culminarão com o acordo ou com a decisão judicial de mérito -, quanto no momento de sua execução, mediante decisões estruturantes.

É possível observar, ainda, como quase a totalidade da doutrina refere, que os modelos tradicionais de coerção judicial, como as multas (astreintes) e a responsabilização pessoal do gestor não têm sido a alternativa mais eficaz para que a decisão judicial produza os efeitos desejados quando se trata de litígios estruturais.

A maior aposta da doutrina está, pois, na consensualidade, de modo que a solução seja moldada pelos envolvidos a fim de concretizar o direito almejado, com o benefício adicional de preservação da competência de um Poder (geralmente, o Executivo) pelo outro (Judiciário).

Pensar a política pública sob a interferência do Poder Judiciário não deve ser a opção principal; entretanto, se necessária a atuação judicial, é de fundamental importância envolver os tomadores de decisão, atores da questão em litígio, porquanto, tudo indica, que o problema não se resolverá apenas no campo jurídico, mas, especialmente, no plano político.

Alexandre Vitorino aponta que o caminho da obtenção do direito social pela via jurisdicional sempre será “subótimo” (VITORINO, 2020, p. 254), reiterando o ponto de que o procedimento judicial, por melhor pensado para a finalidade do litígio estrutural, jamais constituirá a solução final para a judicialização das políticas públicas, se não houver a sensibilização dos “poderes políticos para a criação de soluções permanentes para políticas que tenham baixo desempenho no tocante à efetividade dos direitos fundamentais” (VITORINO, 2020, p. 254).

Como dito até aqui, o papel do juiz não será o de uma figura distante das partes, sem qualquer interação a fim de que não se questione sua imparcialidade. Esta, certamente, deverá ser mantida, todavia de olhos postos no litígio que se afigura diante de si.

Noutras palavras, constatado o viés estrutural e coletivo da demanda, o juiz deverá modificar seu comportamento de mero solucionador de uma disputa para atentar, em primeiro lugar, para quem são os envolvidos no litígio, ainda que não sejam partes formais da relação jurídica processual.

Edilson Vitorelli (2020a) corrobora essa necessidade de uma relação dialógica entre os Poderes e as Instituições participantes do processo estrutural, sob o seguinte argumento:

O processo judicial não foi talhado para a finalidade de projetar o modo de agir de uma organização, em que a alteração de algumas partes gera a reorganização do todo, com resultados recorrentemente imprevisíveis. Assim, é natural que se busque fazer a execução de forma negociada, com a participação e colaboração do réu. Também é comum que a execução envolva a participação de diversos atores, alguns dos quais sequer integraram a fase de conhecimento.” (VITORELLI, 2020a, p. 72)

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (BARBOZA *et* KOZICKI, 2020), igualmente, aduzem a necessidade de interlocução entre os Poderes públicos:

(...) ao se defender a possibilidade de o Judiciário intervir em políticas públicas, não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente. (BARBOZA *Et* KOZICKI, 2020, p. 79)

Essa interação entre o Poder Judiciário e os demais agentes públicos envolvidos no litígio estrutural é, talvez, o único meio de se chegar ao resultado almejado. Alexandre Vitorino aponta:

A experiência americana, colombiana, sul-africana e indiana citadas nos capítulos anteriores parecem, a propósito, ser suficientemente eloquentes para enunciar a máxima de que, quando muito, a intervenção judicial para o controle de políticas públicas só é bem-sucedida (e, ainda assim, de forma limitada) quando lança mão de remédios fracos que são potencializados justamente pela ação política dos poderes representativos. (VITORINO, 2020, p. 255)

O diálogo institucional²⁴ constitui uma das técnicas mencionadas pela doutrina para as soluções negociadas - em conjunto com o mapeamento do conflito, o contraditório ampliado²⁵, a técnica das soluções flexíveis²⁶ e o experimentalismo democrático na implementação²⁷ (BARROS, 2020) -, tudo em busca da solução justa e apta a modificar o estado de desconformidade das coisas.

Além dos atores políticos, a participação da sociedade nas questões relativas às políticas públicas deve ser incentivada, porquanto tornará o resultado ainda mais alvissareiro, porque aquele que está vivenciando, na prática, a situação de exclusão ou de deficiência na fruição de seus direitos sociais que poderá apontar qual o melhor benefício que pode obter e o maior ônus que poderá aceitar, como sinaliza Jayme Benvenuto Lima Jr. (2002, p. 664):

Ao contrário de tudo o que foi construído pelo Estado centralizador, hoje se busca uma nova forma de executar as políticas públicas, com o envolvimento da comunidade. Para este novo caminho, concorrem tanto a diminuição de custos, como os melhores resultados obtidos. No entanto, é salutar sublinhar aqui a importância do envolvimento comunitário (da sociedade) no desenvolvimento de políticas públicas, na perspectiva da cidadania. Além de democratizar a gestão pública, a participação comunitária favorece o desenvolvimento de informações e de habilidades no seio da sociedade que antes não eram vistas e, portanto, uma responsabilidade maior com o bem público. A participação social se impõe, portanto, como forma de definir as prioridades de investimentos e de garantir a execução adequada dos projetos. (LIMA JR, 2002, p. 664).

Essa participação direta dos interessados, entretanto, também apresenta dificuldades, sobretudo nos processos estruturais, como alerta Sérgio Cruz Arenhart (2021). Se, de um lado, ela é, realmente, extremamente desejável, de outro, ela poderá

²⁴ Decorrente dos princípios da colaboração (BRASIL, 2015, CPC, art. 6º) e da consensualidade (BRASIL, 2015, CPC, art. 3º).

²⁵ O contraditório ampliado representa a busca pela participação do maior número de envolvidos no litígio estrutural, por meio de audiências públicas, pesquisas, reuniões *etc.*, porque, “a participação ampla (comparticipação dos grupos envolvidos) abre espaço para que, inclusive pela via da negociação, se possa, em conjunto, apontar as soluções cabíveis e implementáveis para a efetiva mudança institucional que se espera.” (BARROS, 2020, p. 99).

²⁶ A técnica das soluções flexíveis significa a prolação de decisões judiciais programáticas, abertas e flexíveis, ou seja, dada a ausência de *expertise* do Poder Judiciário, caberá ao próprio Poder Público demandado apresentar os “planos de superação” do problema estrutural, o que, também, impede a supressão, pelo Poder Judiciário, da competência do outro Poder (BARROS, 2020, p. 101).

²⁷ O experimentalismo democrático é a decorrência da utilização das técnicas anteriores, de modo que, aplicadas aquelas, a legitimidade das decisões judiciais se mantém íntegra. Nas palavras de Marcus Aurélio de Freitas Barros, o experimentalismo “na execução justifica o que se convencionou chamar de retenção da jurisdição, que significa que, mesmo com o trânsito em julgado da decisão, nada impede que novas decisões sejam proferidas.” (BARROS, 2020, pp. 103-104).

causar tumulto processual ou ser inviável ante a despersonalização do objeto da causa (a exemplo do meio ambiente).

Esses obstáculos, todavia, não devem impedir que a tentativa seja feita, porque a alternativa da legitimação processual extraordinária (*rectius*, a defesa do interesse alheio em nome próprio) posta em prática isoladamente, conforme autorizada em lei, também encontra diversas críticas, principalmente quanto ao possível distanciamento que pode ocorrer entre a vontade do legitimado coletivo e o grupo cujos interesses são por aquele representado (ARENHART, 2021).

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de alguns mecanismos que facilitam essa participação (litisconsórcio, *amicus curiae*, audiência pública, entre outros); e, nos litígios estruturais, especialmente naqueles relativos aos direitos sociais prestacionais, outros poderão ser adotados para que realmente o problema da coletividade deles destinatária seja efetivamente identificado e solucionado.

Difícilmente uma pessoa que não vivencia o dia a dia do problema poderá apontar com tanta precisão as questões mais relevantes para determinado grupo, sendo importante quaisquer formas de tentativa para o chamamento daqueles que sofrerão os impactos da decisão judicial.

É importante sinalizar, neste ponto, que os processualistas têm debatido a melhor forma de concretizar a representatividade adequada de associações ou grupos no processo coletivo e a forma de participação daquele que é diretamente interessado no objeto da demanda.

O escopo do presente estudo, entretanto, não pretende o aprofundamento nos mecanismos jurídicos-processuais que viabilizarão, no procedimento processual, essa participação. A intenção, aqui, é demonstrar que entre os participantes e interessados na demanda, especificamente quanto aos direitos sociais prestacionais, é fundamental o estabelecimento de um diálogo, a fim de que a modificação da política pública falha seja implementada não à força, mas, sim, traçada em esforço conjunto.

Isso porque o Poder público tem obrigação de ser eficiente (BRASIL, CF, art. 37, *caput*), cada ente ou órgão de acordo com sua competência. Desse modo, a oposição à modificação de determinada política pública não pode se dar pela simples vontade de não cumprir ou executar um direito social; noutras palavras, a contestação somente poderá veicular eventual impossibilidade ou dificuldade do ente público em entregar o direito social previsto, jamais a simples negativa de seu cumprimento por direito próprio.

Assim, o ente ou órgão público poderá apresentar uma defesa concreta no sentido de que não há orçamento suficiente para a execução eficaz, de que não há prédios suficientes e adequados para a criação de novas unidades de creches ou de pré-escola, etc, mas não poderá se negar, pura e simplesmente, à execução adequada da política pública ante seu dever constitucional. Ele é, na realidade, mais um entre os interessados na melhora da situação deficiente que se apresenta perante o Poder Judiciário.

É adequado, nessa altura, ponderar que a pessoa física que ocupa o cargo, função ou mandato não tem a faculdade de não estar interessada naquela política pública específica, quaisquer que sejam as razões invocadas, porque o poder que a ela é investido, relativo à pessoa jurídica de direito público que representa, não pode se coadunar com a violação aos direitos fundamentais.

Por isso, voltando à lição inicial de Owen Fiss (1979), o juiz processante de uma demanda coletiva estrutural não está ali para resolver uma disputa, mas, sim, entender as dificuldades de cada interessado, adequando as condutas e os prazos de modo a atingir a(s) solução(ões) necessárias.

Para tanto, a participação dos atores envolvidos no litígio estrutural de modo cooperativo representa um enorme diferencial, porque, voluntariamente, os envolvidos expõem suas dificuldades e possibilidades, de modo a ajustar a melhor forma de cumprimento daquilo que foi ajustado, seja na decisão judicial, seja por acordo.

3 – ANÁLISE EMPÍRICA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS VAGAS EM CRECHE NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

3.1 – O caso concreto: a ação civil pública ajuizada em face do Município de São Paulo para aumento das vagas em creches.

O caso concreto escolhido para este estudo permite a verificação da ocorrência de resultados mais eficazes do processo na solução da demanda estrutural a ele submetida, caso aplicadas algumas das métricas traçadas pela doutrina para o tratamento dos litígios estruturais.

A demanda (litígio/processo/ação) objeto deste estudo consiste na ação civil pública ajuizada pelas associações Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, Casa dos Meninos, Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jardim Emídio Carlos e Jardim Irene, todas integrantes do “Movimento Creche para Todos”²⁸.

A situação desconforme existente no Município de São Paulo, que deu origem ao processo em comento, consistia no fato de que o número de crianças existente na população da região Sul dessa Capital estava muito além da quantidade de vagas oferecidas nas creches públicas pela Prefeitura Municipal²⁹.

Constatava-se, ainda, que inúmeras ações eram ajuizadas individualmente³⁰, pelos responsáveis dessas crianças, ou pela Defensoria Pública ou Ministério Público, que, ao obterem liminares judiciais, ingressavam numa lista paralela³¹ à lista administrativa formada pela Prefeitura de São Paulo, de modo que os beneficiários das decisões judiciais passavam à frente, muitas vezes, de crianças que estavam há muito mais tempo aguardando por uma vaga na creche próxima à sua residência.

²⁸ Dados extraídos dos autos da ação civil pública nº 0150735-64.2008.8.26.0002, que tramitou pela Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro e, atualmente, tem seu curso perante a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do Desembargador Decano Xavier de Aquino.

²⁹ Segundo o voto do relator por ocasião do julgamento havido em 29 de julho de 2013 do recurso de apelação interposto nessa ação civil pública, segundo julgamento realizado pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, como adiante se explicitará, já tinha sido noticiado nos autos que, nos quatro primeiros meses do ano de 2013, mais de sete mil crianças foram matriculadas nas creches e na pré-escola exclusivamente por força de decisões judiciais.

³⁰ Alessandra Gotti aponta que o “levantamento do padrão de litigância na Educação Básica revelou um Poder Judiciário intensamente mobilizado pela tutela de interesses particulares, com um perfil de litigância majoritariamente individual.” (GOTTI, 2017, p. 45).

³¹ Nos termos do voto contido no acórdão prolatado, em 29 de julho de 2013, pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento dos recursos de apelação interpostos na ação civil pública em comento.

A questão do acesso à creche foi o tema escolhido para o presente estudo dada a relevância desse direito social prestacional, cujos contornos impactam não só a vida da criança em sua primeira infância, como, também, a vida da mãe, porque sem a possibilidade de deixar seus filhos aos cuidados de profissionais especializados, num local adequado, muitas mulheres não ingressam ou não voltam para o mercado de trabalho após o nascimento do filho, tornando-se financeiramente dependentes de maridos, companheiros e familiares, muitas vezes numa situação igualmente precária (muitas vezes, violenta) como aquela em que está a própria criança.

A relação vaga em creche e ingresso da mulher no mercado de trabalho tem sido objeto de diversos estudos, sejam eles de olhos postos nos aspectos psicológicos e de desenvolvimento das crianças, sejam eles engendrados sob a ótica financeira do mercado de trabalho para as mulheres-mães. Como apontam Barbosa e Costa (2017):

Ao ser uma alternativa para o cuidado dos filhos, a creche pode influenciar de forma significativa a decisão da entrada da mulher no mercado de trabalho. A evidência empírica internacional mostra que o acesso a arranjos formais (como creche e pré-escola) para o cuidado das crianças aumenta a participação das mulheres no emprego formal e eleva o número de horas trabalhadas das mães (Posadas, 2012). No Brasil, Costa (2007) observa que a presença de creche gera um efeito positivo em cerca de 8 pontos percentuais (p.p.) sobre a oferta de trabalho para mulheres que têm filhos. Com base em um experimento realizado em bairros de baixa renda localizados no município do Rio de Janeiro, Barros et al. (2011) evidenciam que o acesso a creches públicas gerou uma elevação considerável na oferta de trabalho para mulheres com filhos nessas localidades (entre 36% e 46%). Queiroz e Aragón (2015), por sua vez, também sugerem que filhos nas creches colaboram para aumentar a inserção feminina no mercado de trabalho. (BARBOSA Et COSTA, 2017, p. 24).

Essa circunstância foi constatada pelo IBGE, que apontou, em 2020, que

mais da metade (56,4%) das mulheres que responderam ter parado de estudar em decorrência de gravidez afirmaram não estar estudando por ter de realizar afazeres domésticos ou cuidar de criança, adolescente etc. (Tabela 3.16). Sendo assim, as políticas de ampliação do acesso à educação infantil, em especial para as crianças de até 3 anos, que têm sido continuamente recomendadas para fomentar a participação de mulheres jovens no mercado de trabalho (SOCIETY..., 2016), também parecem ter potencial para permitir que elas retomassem os estudos interrompidos. (IBGE, 2020, p. 102).

Sob o prisma jurídico, o direito à educação, e neste, o direito à creche, tem previsão na Constituição Federal brasileira (BRASIL, 1988, artigos 205 e seguintes³²) e

³² A seguir, a correlação entre artigos da Constituição Federal e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação e o Plano Nacional de Educação foram tirados dos slides mostrados pelo Professor Doutor Ramiro Sant'Ana,

compõe a gama de direitos sociais fundamentais destinados ao atingimento da dignidade humana.

Ainda segundo a Constituição Federal, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer um regime de colaboração na organização de seus sistemas de ensino (BRASIL, 1988, artigo 211; BRASIL, 1996. LDB, artigo 8º; BRASIL, 2014. PNE, art. 7º).

E aos Municípios, o artigo 211, parágrafo 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe sua atuação “prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.” (idem: BRASIL, 1996. LDB, artigo 11).

nas aulas de “Judicialização das políticas públicas”, ministradas em junho de 2020, no curso de Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP/EDIRB/SÃO PAULO.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (art. 3º, LDB; art. 2º, PNE)

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (LDB art. 61 a 67)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; (Conselhos de Educação, Fórum Nacional de Educação; Conferências Nacionais de Educação)

VII - garantia de padrão de qualidade; (Custo Aluno Qualidade – CAQ; CAQi)

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Lei 11.738/2008)

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (EC 59/2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (EC 14/96; art. 4º, I, alínea “c”, e IV, e art. 5º, caput, da LDB)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (art. 4º, III, LDB)

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (com redação dada pela Emenda Constitucional 53/2006; art. 4º, I, alínea “a”, e II e X, e art. 5º, caput, e 6º da LDB; Meta 1 do PNE)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (EC 59/2009)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. (art. 5º, LDB)

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. (art. 5º, LDB)

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (art. 5º, LDB).

Em razão dessa competência constitucional, são os Municípios que figuram como demandados nas ações cujo objeto é o acesso à creche, destinada a crianças entre 0 a 3 anos (BRASIL, 1996. LDB, artigo 30), questão que, segundo Alessandra Gotti, “está no topo do ranking da judicialização” relativa à educação (GOTTI, 2017).

Segundo essa pesquisadora:

A matrícula de crianças em creches e pré-escolas por parte das redes municipais de Educação é objeto de demandas judiciais crescentes, ajuizadas especialmente por parte dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas e pelas próprias famílias em nome das crianças. Dado que, em 2015, 30,4% das crianças de 0-3 anos estão na Creche, se não for desenvolvido um diálogo interinstitucional permanente para estimular o planejamento e metas progressivas, a judicialização será uma realidade inafastável. (GOTTI, 2017, p. 46)

A intensa judicialização da questão das vagas em creche³³, não só relativa à existência de vagas, bem como à da proximidade da creche da residência materna, já é uma realidade, valendo dizer que o Brasil está aquém das metas previstas no Plano Nacional de Educação.

Nesse aspecto, o IBGE apontou, quanto à frequência escolar, um aumento acelerado na “expansão da cobertura da rede de ensino está nas creches e pré-escolas” (IBGE, 2020), indicando que

Em 2019, a taxa de frequência escolar bruta das crianças de 0 a 3 anos atingiu 35,6%, um acréscimo de 5,2 pontos percentuais em relação ao registrado em 2016. Na faixa de 4 a 5 anos, a taxa de frequência escolar bruta foi elevada em 2,7 pontos percentuais, atingindo 92,9% em 2019. (IBGE, 2020, p. 86)

Apesar desses avanços, o IBGE conclui que

o País ainda não atingiu os marcos previstos na meta 1 do PNE, que estabelece como objetivo, a ser alcançado até 2024, a universalização da educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 a 5 anos de idade e o atendimento de, no mínimo, 50% das crianças de até 3 anos (BRASIL, 2014). Nem mesmo as Grandes Regiões com as taxas de

³³ Roberto Freitas Filho (2019) observa a relação entre o direito à educação infantil, constitucionalmente previsto, e os resultados não isonômicos que podem defluir da judicialização dessa política pública: A interpretação sistemática dos dispositivos normativos revela a importância da educação infantil, primeira etapa da educação básica, que tem por escopo o desenvolvimento integral da criança em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, em complemento à ação da família e da comunidade. Ao contemplarmos essa robusta tessitura normativa, sobretudo sob a égide de invocação dos usuais preceitos de razoabilidade e proporcionalidade no âmbito de apreciação pelo Judiciário, o sedutor horizonte de deferimento de matrículas em creches próximas à residência da criança poderia parecer um direito com contorno bastante nítido. Contudo, a definição dos limites e da extensão desse direito enceta complexidades que passam pela escassez material, pela existência de regras que impõem uma obrigação diferida ao Estado de implementar esse direito, da ideia de isonomia, das escolhas alocativas e até mesmo sobre a lisura de conduta dos atores políticos que fazem as escolhas alocativas. (FREITAS FILHO, 2019, p. 202)

frequência escolar bruta mais elevadas atingiram esse patamar. (IBGE, 2020, p. 87)

O Município de São Paulo não se diferenciava desses resultados, estando muito aquém de suprir as necessidades das crianças aptas a frequentarem a creche pública, enfrentando, como dito, uma enxurrada de ações judiciais com esse objeto.

A metodologia aplicada para a análise do caso concreto, a seguir, foi extraída das lições de Lee Epstein e Gary King³⁴ (2013), adotando-se os seguintes elementos (regras de inferência) por eles sugeridos: reunião e resumo dos dados, com a definição das inferências descritivas e causais; e a projeção da pesquisa, a partir do procedimento indicado pelos autores, a saber: perguntas de pesquisa, as teorias aplicáveis e suas implicações observáveis, hipóteses rivais, medição e estimativa, e seleção de observações válidas (EPSTEIN Et KING, 2013, p. 18).

3.2 - Síntese da demanda

A ação civil pública³⁵ em estudo tinha por objetos (pedidos) iniciais a imediata (liminar) obtenção de 736 vagas no ensino infantil e a condenação do Município de São Paulo às obrigações de formular plano de ampliação dessas vagas e edificar estabelecimentos próprios para tanto.

Em primeira instância, foi prolatada uma primeira sentença, de extinção do processo sem resolução do mérito, sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido, porque os pedidos invadiriam, no entendimento do juiz singular, a discricionariedade, e, portanto, a competência do Poder Executivo.

As Associações-autoras interpuseram, então, recursos de apelação, julgados pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, aos quais foi dado provimento, com a determinação de exame do mérito pelo juiz de primeira instância.

Contra esse acórdão (decisão colegiada), a Municipalidade de São Paulo interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de discutir a questão da

³⁴ “A obra de Epstein e King é singular porque dissecas as regras de inferência desenvolvidas pelas ciências exatas e sociais e as aplica ao direito de forma pioneira. O estudo dos autores instiga pesquisadores do direito de todas as partes do mundo a pensarem criticamente suas práticas de pesquisa e engajarem-se no debate, atualmente relegado ao segundo plano, acerca da utilização de metodologia de pesquisa empírica no direito. Como brilhantemente demonstram Epstein e King neste livro, desatentar para a aplicação das regras de inferência na condução de pesquisas empíricas compromete a validade e credibilidade dos resultados.” (2013, Prefácio de Fábio Morosini).

³⁵ Feito nº 0150735-64.2008.8.26.0002.

legitimidade da intervenção judicial nas questões de política pública relativas à educação infantil, com o trâmite desse recurso excepcional durante os anos de 2008 a 2010.

Com o trânsito em julgado da decisão de desprovimento desse recurso especial, no ano de 2010, os autos retornaram à primeira instância, onde foi ofertada contestação pelo Município de São Paulo, que, mais adiante, em maio de 2011, informou que restavam apenas 10 crianças não atendidas com vagas em creche ou pré-escola, das centenas que constavam da petição inicial no momento em que ajuizada a ação.

Em janeiro de 2012, o juiz de primeira instância julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que as 736 crianças já haviam sido atendidas e que os demais pedidos eram impertinentes; e, mais uma vez, as Associações interpuseram recursos de apelação.

No primeiro julgamento, ocorrido em 29 de abril de 2013, a Câmara Especial converteu-o em diligência, a fim de remeter os autos ao Setor de Conciliação do Tribunal, reconsiderando essa decisão, em 29 de julho do mesmo ano, a fim de determinar a realização de audiência pública (TJSP, 2013).

Nesse julgamento ocorrido no mês de julho de 2013, o relator designado, Desembargador Samuel Júnior, à época Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, apontou em seu voto:

Há indicações de que faltariam mais de 150.000 (cento e cinquenta mil) vagas, só na capital.

Em programa apresentado pelo Executivo Municipal estão sendo previstas a criação, ao longo de 4 (quatro) anos, de tal número de vagas, que, aparentemente, são insuficientes para atender a sempre crescente demanda e as situações reprimidas que sabidamente existem e que são atuais.

E, ademais, não basta a preocupação com a criação de vaga. Há que se discutir também onde criá-las e sobre a qualidade dos serviços a serem oferecidos. (TJSP, 2013)

Concluiu a Câmara Especial do Tribunal paulista que, dada a complexidade do caso e sua relevância social, deveria ser realizada uma audiência pública, a fim de que fossem ouvidas “as autoridades responsáveis pela educação infantil, incluindo-se o próprio Sr. Prefeito Municipal” (TJSP, 2013) e a sociedade civil, que poderiam “contribuir e esclarecer, tanto nos aspectos técnicos, científicos, políticos, administrativos, econômicos e jurídicos, como sobre soluções possíveis para se tentar resolver tão importante problema social” (TJSP, 2013).

Houve, assim, a designação de dois dias com a finalidade de ocorrência da audiência pública, concluindo-se, ao final desse julgamento, por uma lista de pessoas que deveriam ser ouvidas: o Prefeito do Município de São Paulo e alguns de seus Secretários,

a Defensoria Pública, o Grupo Especial de Educação do Ministério Público de São Paulo, um representante de cada uma das Associações-autoras, o GTIEI (Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil), quatro especialistas em educação (professores da USP e da UNICAMP), além de outras pessoas ou entidades com especialidade e interesse no tema.

A audiência pública foi bastante exitosa, nela tendo o Secretário de Educação do Município reafirmado os compromissos contidos no Programa de Metas 2013-2016 e no projeto de lei do Plano Plurianual 2014/2017 (TJSP, 2013).

Ocorre que, a despeito das intenções, em setembro de 2013, de acordo com os dados oficiais consignados nos autos da ação civil pública, havia uma lista de espera com 171.555 crianças, sendo 156.982 para creches e 14.573 para pré-escolas (TJSP, 2013).

Diante desse cenário, em dezembro do mesmo ano de 2013, a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo reuniu-se, pela terceira vez, para o julgamento dos recursos de apelação das Associações/autoras³⁶.

Nesse julgamento, houve o enfretamento, em primeiro lugar, da questão relativa à competência do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas, concluindo, a Câmara Especial, com respaldo em inúmeros precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que:

Indiscutível, portanto, o dever constitucionalmente fixado de a Municipalidade de São Paulo fornecer educação infantil às crianças, não havendo que se falar, portanto, na impossibilidade jurídica do pedido.

(...)

Igualmente não procede a alegada intromissão indevida do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa.

Se a Constituição da República afirma ser dever constitucional do Estado assegurar à criança o direito à educação infantil, obriga-se o Poder Judiciário, no intuito inarredável de fazer cumprir a Constituição, exigir do Poder Executivo tornar efetivo o direito praticando atos concretos tendentes à sua materialização, não sendo a incumbência inibida pela alegação de que assim agindo estaria se imiscuindo na esfera específica de atuação do último Poder. A questão diz respeito ao controle de constitucionalidade, isto é, se o Poder Executivo deixa, porventura, de efetivar um direito garantido na Lei Básica, a interveniência do Poder Judiciário se faz legítima e incontestável.

(...)

É função típica do Poder Judiciário, por intermédio da atividade jurisdicional, reconhecer os direitos subjetivos dos jurisdicionados e

³⁶ Salomão Barros Ximenes, Vanessa Elias de Oliveira e Mariana Pereira da Silva (2019) referem outra ação civil pública (autos nº 002.10.063099-7), além da aqui examinada, também proposta perante a Vara da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro, neste Município e Comarca de São Paulo, noticiando que houve ‘julgamento conjunto dos recursos apresentados pelas ONGs’ (2019, p. 156).

lhes conceder tutela útil e efetiva. Em outras palavras, o respeito aos direitos subjetivos dos cidadãos legitima o Poder Judiciário à imposição de comandos a todos aqueles, incluindo o Estado, que vierem a molestá-los. Pensamento diverso conduziria à negação da própria atividade jurisdicional, colidindo, frontalmente, com as novas ideias que emergem do Direito Processual Moderno, entre as quais a da efetividade da jurisdição. (TJSP, 2013).

O segundo ponto consignado no acórdão recaiu sobre a defesa usualmente ofertada pela Municipalidade, consistente na questão da reserva do possível:

E não há como se invocar, também, a tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen), que se assenta na ideia obrigação impossível não poder ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*), a uma porque a própria administração reconhece que tem recursos e mesmo que assim não fosse, a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade de uso igual e simultâneo, que não é o caso. Ademais, como já se afirmou, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, já que não se submete a seu Juízo discricionário e à sua vontade política.

(...) em 2008, a lista de espera oficial registrava 181.071 crianças não atendidas, sendo 134.497 esperando vagas em creches e 47.204 em pré-escolas, tendo esse quadro sido agravado, hoje, no caso das creches que, de acordo com dados oficiais de setembro de 2013, a lista de espera totaliza 171.555 crianças, sendo 156.982 aguardando vagas em creche e 14.573 em pré-escolas.

Essa situação revela que o Município de São Paulo atende em educação infantil a apenas 27,2% da população com idade entre zero e 3 (três) anos, longe do patamar estipulado pela Lei Federal 10.172/2001 de um mínimo de 50% da população desse recorte etário (Censo Escolar, MEC/INEP, 2012 e Projeção Populacional, SEADE/IBGE, 2012). (TJSP, 2013)

No tocante ao aspecto financeiro-orçamentário, todavia, o Município de São Paulo reconheceu que o problema para a não criação de vagas suficientes nas creches e pré-escolas não tinha assento na falta de recursos, mas, com maior relevo, na dificuldade de encontrar terrenos para edificar novas unidades de ensino (TJSP, 2013).

Extrai-se do acórdão que o Tribunal de Contas de São Paulo, em parecer anexado aos autos (TJSP, 2013), que, em 2007 (ou seja, um ano antes do ajuizamento da ação), havia um saldo de R\$ 159.166.852,00 (cento e cinquenta e nove milhões, cento e sessenta e seis mil, e oitocentos e cinquenta e dois reais) para ser aplicado durante o ano/exercício de 2008.

Também no ano de 2008, houve um saldo de R\$ 78.260.685,00 (setenta e oito milhões, duzentos e sessenta mil, seiscentos e oitenta e cinco reais), que remanesceu para o ano de 2009 (TJSP, 2013).

Diante disso, concluiu o Órgão julgador colegiado:

Portanto, deixou a Municipalidade de gastar 40% dos recursos do FUNDEB, em aquisição, manutenção, construção, conservação de instalações, e equipamentos necessários ao ensino; na aquisição de imóveis já construídos ou de terrenos; na ampliação, com conclusão e construção de prédios, poços, muros e quadras de esportes na escola; na aquisição de mobílias e equipamentos; na manutenção dos equipamentos existentes, seja mediante aquisição de produtos/serviços necessários ao funcionamento desses equipamentos; na aquisição de material didático-escolares, destinados a apoiar o trabalho pedagógico; no transporte escolar, etc.

(...)

Evidentemente, se não havia falta de recurso, da parte que competia ao Município investir na educação, em cumprimento ao Mandamento Maior, só pode ser atribuído à inadequada gestão a não utilização dos recursos do FUNDEB, nos períodos mencionados. (TJSP, 2013)

Em razão dessas circunstâncias, a Municipalidade de São Paulo foi condenada à obrigação de criar, nos anos de 2014 a 2016, 150 mil vagas, no mínimo, em creches e pré-escolas, para crianças de zero a cinco anos de idade, com o cumprimento de metade dessas vagas até o ano e meio após a decisão colegiada, sendo que 105 mil vagas seriam destinadas às crianças entre 0 e 3 anos de idade, em creches de período integral, a fim de se eliminar a lista de espera existente no Município de São Paulo.

No tocante à qualidade do ensino, a Câmara Especial determinou que deveriam ser observadas, tanto na rede escolar já existente, quanto nas futuras unidades de ensino, “as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Nacional de Educação” (TJSP, 2013), em estrita obediência à norma contida no artigo 206, inciso VII, da Constituição Federal, que institui, como princípio do ensino, a “garantia do padrão de qualidade” (BRASIL, 1988).

Além disso, condenou-se o Município de São Paulo à obrigação de “incluir na proposta orçamentária a ampliação de rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada” (TJSP, 2013).

Durante a fase de execução dessas obrigações, o Município de São Paulo estava obrigado a apresentar, no prazo de 60 dias, um plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil e, semestralmente, relatórios acerca das medidas tomadas para o cumprimento da decisão (TJSP, 2013).

Esses relatórios seriam analisados pela Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, à qual incumbiria, bimestralmente, o fornecimento de informações ao juízo a respeito do cumprimento da decisão (TJSP, 2013).

Essa Coordenadoria deveria promover, assim, o monitoramento da execução, com a participação formal da sociedade civil, da Defensoria Pública e do Ministério Público (TJSP, 2013).

Por fim, concluiu a Câmara Especial que, diante das medidas acima determinadas, não havia “para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas” e “o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor” (TJSP, 2013).

Passados três anos dessa decisão judicial prolatada pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o encerramento do prazo em 31 de dezembro de 2016 para seu cumprimento, em 6 de fevereiro de 2017, o atual decano (desembargador mais antigo) do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino, determinou a realização de nova audiência pública, a fim de que, diante da recém-eleita administração da Prefeitura de São Paulo, e com a participação da Coordenadoria da Infância e Juventude e do Comitê de Assessoramento, fossem apresentados os resultados alcançados e fossem ouvidos o Prefeito do Município de São Paulo, os Secretários Municipais de Educação, de Planejamento, Obras e Gestão, de Infraestrutura Urbana e Obras, e dos Negócios Jurídicos, bem como representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, e de entidades convidadas, além de “membros da sociedade em geral, para que possam contribuir com esclarecimentos e propostas na área de educação pública infantil.” (TJSP, 2013).

A audiência pública ocorreu em 12 de junho de 2017, e, nela, conforme relatam Salomão Ximenes - advogado das Associações-autoras e integrante do Comitê criado para atuar junto à Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo -, Vanessa Elias de Oliveira e Mariana Pereira da Silva (2019), a situação estava assim configurada após o decurso do prazo de 3 anos: “durante o período estipulado, o município criou 89.249 vagas, sendo 72.814 vagas em creches e 16.435 em pré-escolas (Gotti e Ximenes, 2018), relatando-se um não cumprimento total de 60.751 vagas.” (XIMENES, OLIVEIRA et SILVA, 2019, p. 156).

Essa audiência foi encerrada com a marcação de data para nova audiência, a fim de que houvesse uma tentativa de conciliação, “onde as partes se comprometeram a apresentar uma proposta de acordo” (TJSP, 2013).

Essa nova audiência realizou-se em 1º de agosto de 2017, com a presença das partes e representantes da Defensoria Pública, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, da Comissão Gestora do Fórum Municipal de Educação Infantil de São Paulo, tendo ficado acordado a apresentação, no prazo de 28 dias, em outra audiência pública, de plano de “realização de 85.500 vagas até o ano de 2020, final da gestão do atual Alcaide”, prorrogando-se o prazo de duração do Comitê de Assessoramento da Coordenadoria da Infância e Juventude.

A terceira audiência ocorreu em 29 de agosto do mesmo ano e uma quarta audiência, em 14 de setembro de 2017, com a apresentação formal do acordo e sua homologação judicial.

Os autos, então, seguiram seu curso até o final do ano de 2017 e desde março de 2019, não há andamento; todavia, não por acaso, eis que essa data coincide com o início, no Brasil, da pandemia ocasionada pelo Sars-CoV-II (novo coronavírus), quando o Poder Judiciário ficou 2 meses com os prazos absolutamente suspensos e, após, com andamento apenas digital dos processos, até agosto deste ano de 2021.

Em razão da ausência de registro, nos autos, a respeito do cumprimento daquilo que foi acordado com a Prefeitura Municipal de São Paulo ou de quaisquer outros andamentos, e a fim de complementar o relato acima, em complemento aos documentos escritos que permitiram a narrativa do caso até março de 2019, buscou-se essas informações perante o atual Relator dos recursos, o Desembargador Gonçalves Xavier de Aquino, Decano do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A ele, algumas indagações foram formuladas, seguindo-se as respostas:

1- Sem o diálogo havido entre as partes envolvidas, Vossa Excelência entende que o resultado – de expressivo aumento das vagas em creches e pré-escolas- teria sido similar?

De forma alguma! Entendo que não só o fato de termos abertos as portas à Prefeitura de São Paulo como também a toda população, por meio da realização de uma audiência pública, foi de imprescindível importância para que conseguíssemos atender a tal número expressivo de vagas, pois se permitiu uma análise mais sensível sobre as necessidades das famílias em contraponto com a possibilidade do ente público, concretizado, assim, na realização de um acordo equânime entre as partes.

Sem dúvida que quando se organiza um diálogo interinstitucional, bem como cria-se um espaço para que a sociedade civil e comunidade possam se expressar de modo direto, aumenta-se, em muito, a probabilidade de ter maior clareza sobre as necessidades de todos (sociais, das instituições etc), sobre as corresponsabilidades, sobre os limites institucionais e legais e, desta forma, com todos pensando juntos, a possibilidade de construir soluções criativas que atendam soluções individuais e secundárias de forma mais efetiva, eficaz e duradora.”

2- Como Vossa Excelência entende deva ser a postura do Magistrado em casos como esse, de litígios estruturais?

As instituições, em todas as suas esferas, são rigorosamente pautadas em leis e, até mesmo quando se constata que uma delas não está conseguindo atingir suas funções a contento, a própria lei disciplina formas de se obter a satisfação de suas obrigações, devendo muito mais ser vista esta relação institucional como uma necessidade de ‘cooperação estrutural’ do que propriamente um litígio.

Assim, em demandas que envolvem litígios estruturais invariavelmente a complexidade do caso demanda a construção de soluções que considerem não apenas aspectos individuais, mas também secundários e sobre tudo que se olhe para as diversas concausas que ocasionaram a demanda, entendendo todas as necessidades envolvidas, as corresponsabilidades, em resumo: as dimensões relacional, social e institucional, tudo isso sem descuidar do aspecto legal. Desta forma, o magistrado pode e deve buscar ter uma postura ativa de organizar espaços dialógicos que propiciem que todos juntos pensem, conversem e busquem soluções criativas para que as necessidades sociais e institucionais sejam respeitadas e atendidas.

3- Com o advento da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus, não houve andamento ao feito ou a Prefeitura e o Comitê nomeado pela Colenda Câmara Especial continuam, respectivamente, a demonstrar o cumprimento do acordo e a fiscalizar a abertura de novas vagas em creches e pré-escolas?

Durante este período de pandemia, inúmeras foram as medidas que os órgãos de saúde competentes tiveram que adotar no intuito de proteger ao máximo a população, em especial no que tange às crianças de tenra idade, inclusive, cancelando aulas presenciais no intuito de se evitar aglomerações, contudo, creio que em razão de ter sido tudo isso adotado em conjunto com a sociedade e em defesa de um bem maior, que é a própria vida, não tive conhecimento, por ora, de que durante tal período teve qualquer descumprimento ou paralisação do quanto pactuado.

3.3 – Métricas aplicadas e resultados

Como adiantado no início deste capítulo 3, utilizar-se-á a metodologia sugerida por Epstein e King (2013) para se traçar, em primeiro lugar, as inferências descritivas e causais, a fim de, respectivamente, utilizar “fatos que conhecemos para aprender sobre fatos que não conhecemos” (2013, p. 36) e “saber se um fator ou conjuntos de fatores leva a (ou causa) algum resultado” (2013, p. 43).

No presente caso, invertendo um pouco a ordem procedimental sugerida por esses autores, colocando-se, já de início, a pergunta: a postura do juiz, o diálogo e a interação entre as partes formais e informais do processo foram causas diretas do resultado obtido? Ou seja, ausente essa dinâmica, o resultado seria o mesmo?

Como inferências descritivas, ou seja, da análise dos fatos encadeados na ação civil pública descrita, é possível extrair, de pronto, que: i) a questão das vagas em creche no Município de São Paulo configura um litígio estrutural; ii) esse litígio teve curso perante o Poder Judiciário, cuja atuação se deu de forma diferenciada daquele comportamento usualmente praticado perante um litígio comum, *inter partes*; iii) houve troca de informações e experiências entre as partes, em clara colaboração e diálogo para o atingimento do resultado pretendido; iv) pessoas distintas das partes formais, fossem elas instituições ou pessoa físicas, participaram das discussões e contribuíram para o resultado; e v) foram utilizados métodos não coercitivos para a obtenção do resultado almejado.

Indagava-se se as técnicas sugeridas pela doutrina para a efetividade de um processo (litígio) estruturante – mapeamento do conflito, diálogo institucional, contraditório ampliado, soluções flexíveis e experimentalismo democrático na implementação (BARROS, 2020) realmente fariam diferença no resultado pretendido.

Observou-se, diante dessas premissas, que, de fato, no caso concreto analisado, essas técnicas não só foram utilizadas, como, também, é possível aferir que o resultado não teria ocorrido caso houvesse sido o processo conduzido de forma diversa.

Como aduzem Salomão Ximenes, Vanessa Oliveira e Mariana Silva,

Dada sua peculiaridade, a judicialização da educação infantil no município de São Paulo, que culmina no referido caso, é particularmente rica para uma análise com enfoque em “efeitos da judicialização”, por ao menos quatro motivos: em primeiro lugar, pela capacidade do município em resistir administrativamente às demandas individuais judicializadas, mediante a gestão da fila de espera pública, o que torna as ações rotineiras relativamente inócuas sob o prisma da política pública; em segundo, pelas recentes pretensões do Judiciário em termos de atuação expandida e dialógica; em terceiro, pelo fato de

estarem articulados em uma única iniciativa, ao menos desde 2012, praticamente todos os atores estatais e não-estatais que têm relevância na judicialização da questão no município; por fim, por representar explicitamente uma via de mão dupla no processo de judicialização, com efeitos institucionais para o Executivo municipal e para os órgãos do sistema de justiça, e efeitos para as políticas públicas de educação infantil no município. (XIMENES, OLIVEIRA et SILVA, 2019, p. 157)

Ainda segundo esses autores, o cumprimento da decisão judicial que obrigou o Município à criação dessas 150 mil novas vagas na educação infantil até o ano de 2016 não encontra precedentes (XIMENES, OLIVEIRA et SILVA, 2019), e esse resultado exitoso decorreu de

uma confluência de fatores, envolvendo o planejamento municipal para a educação, constante no Plano de Metas 2013 – 2016, apresentado pelo então prefeito Fernando Haddad (PT), que confirmava as promessas de campanha nesse campo; a primeira Audiência Pública realizada no âmbito do TJSP, que tomou como exemplo expresso as audiências rotineiramente realizadas no Supremo Tribunal Federal (STF); a percepção, por parte das instituições do sistema de justiça, especificamente do MP, da Defensoria e dos advogados atuando junto às ONGs, quanto ao esgotamento do modelo de atuação judicial nessa temática; a proposição, por parte dos atores da sociedade civil, de um novo modelo decisório no TJSP (Gotti e Ximenes, 2018; Corrêa, 2014; Rizzi e Ximenes, 2014); e a articulação, a partir de 2012, do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre a Educação Infantil (GTIEI), com atuação no município de São Paulo, reunindo os principais litigantes judiciais em favor desse direito – MP, Defensoria, ONGs e advocacia (Silva, 2018; Rizzi e Ximenes, 2014). (XIMENES, OLIVEIRA et SILVA, 2019, p. 156)

Evidencia-se, assim, a presença de, ao menos, duas das técnicas mencionadas no capítulo 2, quais sejam, a do contraditório ampliado e a do diálogo institucional, eis que houve - e há - ativa participação de diversas Instituições, órgãos públicos e da sociedade civil na execução da decisão de mérito, em inequívoca interação entre eles e, não menos importante, entre os Poderes Judiciário e Executivo.

Constatou-se, ainda, a significativa importância de o litígio ter seu enfrentamento no Poder Judiciário, porque, em determinados momentos, foi necessária a intervenção do juiz (no caso, da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo) para que a Municipalidade de São Paulo decidisse permanecer no objetivo de resolver o problema da escassez de vagas nas creches e nas pré-escolas.

Noutras palavras, a despeito de ter sido externada, pelo Prefeito Municipal desta Capital, a intenção de abrir mais 150 mil vagas nas creches e nas pré-escolas, em determinado momento (dezembro de 2013) foi necessária a ocorrência da condenação

judicial para tal finalidade, já que as partes não chegaram a um acordo quanto ao número de vagas ao qual deveria se comprometer a Municipalidade de São Paulo.

Não só. A intervenção do juiz na condução do processo se deu de forma ativa, ou seja, afastou-se a “cultura da sentença” (WATANABE, 2008), para dar lugar à ideia do *case management*, que,

(...) em suma, é uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes, (b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias e (c) programação do tempo necessário para a conclusão de todos os passos processuais. O juiz planeja o processo e disciplina o calendário com a colaboração das partes. Pelo contato frequente que mantém com as partes e destas entre si, há a facilitação da solução amigável da controvérsia. E mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do *case management* possibilitam ao juiz a eliminação das questões despiciendas e o planejamento do processo de modo a fazê-lo caminhar para o julgamento final (*trial*) com eficiência e sem custo exagerado. (WATANABE, 2008, p. 8)

Por fim, foi possível constatar que, a despeito da pandemia, a Municipalidade de São Paulo permanece comprometida com o objetivo de acolher suas crianças em creches públicas, zerando as filas administrativas, não havendo notícia de descumprimento do acordo judicial.

CONCLUSÕES

Esta pesquisa foi encerrada (porque o pesquisador não se satisfaz em momento algum) em plena pandemia ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2 (novo coronavírus).

Nesse período de quase dois anos desde seu início, o Brasil revelou, ainda mais, suas mazelas no trato dos direitos sociais, vindo à tona situações que, antes, não eram de conhecimento de parte de sua população.

A falta de saneamento básico e de moradia digna, a fome, a informalidade do trabalho, a miséria de modo geral, foram descortinadas aos olhos da sociedade, que descobriu que, em seu país, existem pessoas que nem sequer possuem Registro Geral ou CPF (ou seja, não existiam para Estado brasileiro).

Nesse contexto, a judicialização da saúde tomou conta das principais manchetes dos noticiários, e, mais uma vez, constatou-se que o Poder Judiciário, de um lado, não pode se eximir da proteção à lesão ou ameaça de lesão a direito, mas, de outro lado, não possui a solução mágica para situações umbilicalmente ligadas às políticas públicas.

Esperou-se trazer, com o presente estudo, uma mínima contribuição à pesquisa ligada ao campo dos direitos sociais, e, mais especificamente, jogar luzes sobre os pontos nele enfocados, com especial relevo à necessidade de uma busca conjunta e consensual da solução dos problemas decorrentes da falta ou da má prestação da atividade estatal no que diz respeito às políticas públicas.

Nessa seara, não há como se eleger um Poder, um órgão ou uma teoria como baluarte de soluções mágicas, com capacidade diferenciada dos demais para o atingimento de um resultado satisfatório para os litígios ditos estruturais.

É fundamental, como se viu, o diálogo entre todos os envolvidos a fim de que a solução para o litígio judicializado realmente seja adequada para aqueles que são destinatários das políticas públicas, seja no presente ou no futuro.

Enquanto discutiu-se, por anos, a legitimação do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas do Poder Executivo, em todas as suas esferas, a miséria, em todas as suas vertentes, não deixou de existir no Brasil. Como dito, as excelentes intenções constantes da Constituição Federal de 1988 estão longe de se concretizarem.

Isso não impede, entretanto, o reconhecimento de que, cada vez mais, os operadores do Direito, entre pesquisadores de outras áreas das ciências humanas, estão preocupados em encontrar caminhos que levem à concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

Nessa toada, o Poder Judiciário, norteado pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, praticamente sepultou a discussão quanto à possibilidade de ingerência judicial em políticas públicas omissas ou falhas, reconhecendo sua legitimidade para tanto.

Viu-se, inclusive, que essa discussão não se restringe ao Brasil, porque alguns doutrinadores estrangeiros questionam, de modo contundente, a legitimação do Poder Judiciário para intervir em questões atinentes às políticas públicas, e nem de todo sem razão.

Deveras, a cidadania, em alguns países estrangeiros, geralmente mais desenvolvidos, tem sua prática exercida com maior intensidade pela sociedade, que demanda de seus governantes posturas ativas e concretas, sem a necessidade de levar muitas das questões ligadas às políticas públicas ao Poder Judiciário.

No Brasil e nos países menos desenvolvidos, entretanto, o que se constata é que a população mais pobre mal consegue sobreviver; e não tendo o mínimo necessário, nem sequer sabem que o poder dela emana e como usá-lo.

Nesse contexto de miserabilidade ou de pobreza extrema, o Poder Judiciário passou a ser destinatário de uma série de pleitos, sendo demandado a solucionar situações decorrentes de décadas de mau uso ou uso incompetente da máquina pública. É o que se denomina *judicialização da política*.

Ocorre que essa judicialização da política encontra, como dito, um estado recorrente e cíclico de falhas e omissões, com instituições mau burocratizadas, funcionando em condições intrinsecamente ligadas às suas estruturas e que resultam em serviços estatais mal prestados.

Por isso, não basta uma decisão judicial isolada para obter-se a solução para o problema, mas, sim, a princípio, há que se identificar a profundidade desse problema, suas causas e consequências, os atores envolvidos, para, depois, alinhar-se os passos necessários em busca do resultado.

Não só. A pandemia, como dissemos, mostrou que os problemas sociais são extremamente dinâmicos, de modo que as soluções devem ser apresentadas à medida que os problemas vão surgindo, não bastando um posicionamento estanque do Poder Executivo ou do Judiciário em relação às políticas públicas.

Nessa toada, o Direito não deve se quedar inerte e seus operadores têm a inequívoca obrigação de contribuir para que as soluções práticas aconteçam, com uma melhora evidente da vida da população brasileira carente.

E, de fato, a doutrina e o Poder Judiciário têm essa preocupação, que se revela nos diversos estudos e decisões que procuram encontrar uma saída para a gama de problemas decorrentes da má prestação estatal defluente de políticas públicas falhas ou omissas.

Esse binômio obrigação/preocupação vai ao encontro daquilo que objetivou o constituinte brasileiro, ao apontar a dignidade humana como princípio fundamental do Estado brasileiro.

Como se viu, a dignidade, em suas diversas acepções, é entendida, ao final, como o conjunto de condições que devem existir para que o indivíduo possa exercer plenamente sua capacidade de autodeterminação e de livre escolha.

A dignidade pressupõe a necessidade de os indivíduos, naturalmente desiguais, se igualarem, ainda que não totalmente, uns perante os outros, de modo que não haja prevalência entre eles.

E é justamente essa denominada igualdade substancial que é, muitas vezes, alcançada por intermédio de políticas públicas, que têm por objetivo a concretização dos direitos sociais constitucionalmente previstos, de modo a garantir as condições necessárias à dignidade da população mais carente.

Esse dever de realização da igualdade, apesar de pertencer primordialmente ao Estado, é, também, incumbência de toda a sociedade, decorrente do dever de solidariedade, também previsto na Constituição Federal brasileira.

Assim, viu-se que a garantia da dignidade a todos, além de um dever moral, é, também, no Estado brasileiro, um comando normativo constitucional, sendo esse o principal fundamento da legitimação do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas relativas aos direitos sociais, quando ausentes ou falhas.

Quis o constituinte, nesse sentido, estabelecer os direitos sociais como um direito subjetivo do indivíduo, de modo que negar legitimidade à intervenção judicial é contrariar a garantia de acesso à Justiça, igualmente disposta na Constituição Federal (BRASIL, 1988, CF, art. 5º, incs. XXXIV e XXXV).

Postas essas premissas teóricas, foi possível constatar que a intervenção judicial, a despeito de legítima, não tem sido eficaz para a solução dos problemas relativos aos direitos sociais e às políticas públicas a eles destinadas.

Por isso, no capítulo 2, apresentou-se a teoria da reforma estrutural e analisou-se o processo nominado de estrutural a partir de seus conceitos e características a fim de

entender sua pertinência e eficiência para o enfrentamento judicial das questões relativas às políticas públicas.

Nesse contexto, o presente estudo foi despertado pelas constatações decorrentes de uma situação ocorrida nos anos 50, nos Estados Unidos (o caso Oliver Brown contra *Board of education*), a partir da qual a teoria da reforma estrutural foi engendrada.

Naquela ocasião, mais precisamente no ano de 1954, a Suprema Corte Americana decidiu que o precedente consubstanciado na doutrina da “separate but equal” (separados, mas iguais), por ela adotado durante décadas, violava a décima quarta emenda constitucional americana, que consagra o princípio da igualdade.

Dessa forma, as escolas destinadas apenas para “brancos” foram instadas a modificar suas estruturas e acolher crianças negras.

Esse caso emblemático mostrou que não bastava uma decisão judicial para que a realidade de seus beneficiários fosse modificada. Ao contrário, foram necessárias uma série de outras decisões, lançadas em outro processo judicial (*Brown II*) para que as estruturas das escolas e das questões decorrentes (como os meios de transporte, por exemplo) fossem modificadas para receber as crianças negras.

A partir daí, iniciou-se a formulação da teoria da reforma estrutural, do processo e das decisões estruturantes (*structural injunctions*), cujos conceitos e características, firmados teoricamente pela doutrina, auxiliam na identificação do litígio estrutural e na condução do processo.

Observou-se, assim, que o litígio estrutural é aquele que decorre do mau funcionamento de uma instituição, cuja estrutura vigente deverá ser alterado para atingir-se a efetividade na entrega do direito.

O litígio estrutural é essencialmente complexo, tanto pelos diversos problemas nele contidos, como pela multiplicidade de atores nele envolvidos. Em razão dessa chamada multipolaridade, o litígio estrutural é, também, altamente contencioso (porque há diversos conflitos e interesses em jogo).

O processo estrutural nada mais é do aquele que tem por objeto um litígio estrutural e se caracteriza-se pelos seguintes elementos: (i) há um estado de desconformidade decorrente do mau funcionamento de uma estrutura e (ii) as condições que tornam essa estrutura falha devem ser removidas a fim de que obtenha o resultado almejado.

Além disso, o processo estrutural é, necessariamente, bifásico; a primeira, consistente no diagnóstico mais preciso possível do problema, a segunda, de elaboração

de um plano de etapas executórias, sendo de relevantíssima importância que essa dinâmica seja pautada pela flexibilidade, pela cooperação e pela consensualidade.

Dada essa complexidade, conclui-se que é mais eficiente que a busca pela solução desse litígio se desenvolva perante o Poder Judiciário, exigindo-se, todavia, uma postura diferenciada do juiz, mais ativa.

Essa opção pela ingerência judicial nos litígios estruturais tem assento, também, na magnitude dos direitos violados que estão em conflito, que, em sua maior parte, são decorrentes diretamente de preceitos constitucionais.

Outro ponto que aparece como extremamente relevante na solução dos litígios estruturais diz respeito à importância do diálogo e da cooperação que deve existir entre os atores neles envolvidos, sem as quais as etapas, tanto de diagnóstico, como de execução, a despeito de ocorrerem (sob coerção), não fluem de maneira mais eficaz.

A eficiência que deflui da dialogicidade é identificada, entre outros aspectos, pela razoabilidade da duração do processo.

A análise do caso concreto permitiu constatar que as técnicas do processo estrutural a ele aplicadas produziram resultados alvissareiros no tocante ao aumento das vagas em creche no Município de São Paulo.

O Poder Judiciário, por intermédio da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, exerceu papel fundamental na solução do litígio, eis que, como havíamos argumentado teoricamente, foi necessária, num dado momento e a despeito da posição colaborativa da Prefeitura Municipal de São Paulo, a prolação da decisão colegiada de mérito, a fim de condenar a Municipalidade à criação de mais vagas em creche, encerrando o impasse que se instaurou num dado momento processual.

Além disso, observou-se que o Poder Judiciário fez uso de audiências públicas a fim de diagnosticar a extensão da violação ao direito, ou seja, a desproporção existente entre o número de vagas em creche disponíveis e a população infantil delas destinatária, obtendo-se, ainda, a relevante informação de que o problema não residia na falta de orçamento para essa política pública.

A partir daí, a execução foi negociada entre as partes formais e informais, envolvidas no objeto do litígio, com o atingimento das metas propostas e a fiscalização diuturna por órgãos e Conselhos de controle, criados especialmente para esse objetivo.

É possível concluir, finalmente, que não há dúvidas de que toda a teoria deve ser moldada à prática quando se trata da solução para os litígios estruturais, mas, apesar disso, tudo aquilo que se apreendeu até o momento, pela doutrina e pela jurisprudência, indica

que os pontos conceituais trazidos com a teoria da reforma estrutural ou do processo estrutural são, de fato, um novo horizonte a ser investigado com a finalidade de aprimoramento das técnicas e circunstâncias que conduzem ao bom resultado prático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério. **Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Rev. Brasileira de Ciências Sociais, v. 14, n. 39, São Paulo, 1999, p. 03-102. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf> Acesso em 21 nov. 2020.

_____. *et* MOREIRA, Thiago M. Q. **Democracia, Instituições de controle e Justiça sob a ótica do pluralismo estatal**. Revista do CESOP, vol. 25, n. 1, Campinas, 2019, p. 97-135. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/op/v25n1/1807-0191-op-25-1-0097.pdf> Acesso em 21 nov. 2020.

ARAÚJO, Alessandra Fucs de. **Estado, Direito e políticas públicas: o papel do juiz em uma dinâmica de governança**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 51, p. 11-27, Setembro-Outubro/2019. Disponível em https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n51_i_01_estado_direito_politicas.pdf?d=637123526750471257. Acesso em 9 fev. 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 427 p.

_____. *Et* JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 1248 p.

BARBOSA, A. L. N. H.; COSTA, J. S. M. **Oferta de creche e participação das mulheres no mercado de trabalho no Brasil**. Boletim Mercado de Trabalho - Conjuntura e Análise/IPEA, n. 62, 2017. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7805/1/bmt_62_oferta.pdf. Acesso em 30 out. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, jun. 2012. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso, acesso em 30 jul. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Et* MONTEIRO, Julia Iunes. **A acidentada história de três ações civis públicas em matéria de saneamento**. Revista Publicum, Rio de

Janeiro, v. 5, n. 1, p. 72-91, 2019. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: 10.12957/publicum.2019.41924 Acesso em 9 fev. 2021.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. 134 p. (Ministério Público Resolutivo).

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. In: Revista Consultor Jurídico, 22 dez. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 4 jun. 2020.

_____. **Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos, in Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**, Walber de Moura Agra, coord. – São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002: o Brasil rumo a uma sociedade mais justa, livre e solidária. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). **Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária - estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Atlas, 2013. Cap. 1. p. 1-17.

BECKER, r, S. M. da S., & Piccinini, C. A. (2019). **Impacto da Creche para a Interação Mãe-Criança e para o Desenvolvimento Infantil**. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 35. <https://doi.org/10.1590/0102.3772e3532> . Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/revistaptp/article/view/23190>. Acesso em 30 out. 2021.

CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 908, jun. 2011, p. 113. Artigo cedido pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, enviado por e-mail em 12 agosto 21.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Bruno Andrade. **O controle judicial nas políticas públicas: análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais.** In: Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 199, jul./set. 2013. Disponível em https://www.ufrb.edu.br/etica/images/A_credibilidade_nas_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas/Livros/Controle_judicial_de_pol%C3%ADticas_p%C3%BAblicas.pdf.

Acesso em 2 nov. 2021.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. 166 p. (Ministério Público Resolutivo).

DANTAS, San Tiago. **Problemas de Direito positivo: estudos e pareceres.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 330 p

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio da cooperação. In: Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). **Normas Fundamentais.** Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes temas do novo CPC, v. 8, Fredie Didier Jr. (coord. geral), 528p.

_____. Et ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada. In: Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral (coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, 2016a. Coleção Grandes temas do novo CPC, v. 9, Fredie Didier Jr. (coord. geral), 816p.

_____. Et alii. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, p. 101-136. Disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf >. Acesso em 22 mar. 2021.

_____. Et ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo.** 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 688 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito [livro eletrônico]: as regras de inferência.** São Paulo: Direito GV, 2013. Coleção acadêmica livre. 7 Mb; PDF Título original: The rules of inference. - Vários tradutores.

FACHIN, Melina Girardi; BUENO SCHINEMANN, Caio Cesar. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de**

direitos prestacionais. **Rei - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 211-246, ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>>. Acesso em: 15 nov. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.247>.

FLORENZANO, Vicente Demetrio. Justiça social, mínimo social e salário-mínimo: uma abordagem transdisciplinar. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 42, n. 165, jan-mar. 2005, p. 47.

FISS, Owen. **The law as it could be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. 306 p. livro digital - eBook Kindle. Disponível em www.amazon.com.br

_____. **The forms of Justice**. **Harvard Law Review**, Cambridge - Massachussets, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

FREITAS FILHO, Roberto. **Políticas públicas e acesso à creche no Distrito Federal: atuação do Poder Judiciário**. In: Revista Direito Público. Porto Alegre. v. 15, n. 86, 2019, p. 198-223. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3309>. Acesso em 23 jun. 2020.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2019. Disponível em <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30432> . Acesso em 3 abr. 2021.

GISMONDI, Rodrigo. **Processo Civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial**. Curitiba: Juruá, 2018. 322 p.

GOTTI, Alessandra. **A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação**. PROJETO 914BRZ1009.2 CNE/UNESCO. Contrato nº. SA-2532/2015. Controle UNESCO 564571. Disponível em <https://docplayer.com.br/22926326-Projeto-914brz1009-2-cne-unesco.html> . Acesso em 20 nov. 2020.

_____. Um retrato da judicialização da educação básica no Brasil. In: Todos pela Educação/Editora Moderna (org.). **Reflexões sobre Justiça e Educação**. São Paulo: Moderna, 2017.

_____. XIMENES, Salomão Barros. **Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil**. 2018. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000262765> . Acesso em 20 nov. 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **As relações entre o Sistema Único de Assistência Social - SUAS e o sistema de justiça** / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL): IPEA, 2015. 235p.: il. color. -- (Série Pensando o Direito; 58).

JANINI, Tiago Cappi; CELEGATTO, Mário Augusto Quinteiro. **O compromisso de ajustamento de conduta como instrumento para a atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas**. Revista Jurídica Direito & Paz. São Paulo, Ano X, n. 39, 2º Semestre, 2018, p. 102-117. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/8425973BFA54B3BDE050A8C0DD016856 Acesso em 11 agosto 2021.

JOBIM, Marcos Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio *et al* (org.). **Processos Estruturais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 815-834.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. **Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação**. Curitiba: CRV, 2017. 276 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Cap. 4. p. 105-147.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático. Conferências realizadas em 26 e 27.8.1999, na Faculdade de Direito da UFRGS e publicadas na Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, edição especial, outubro de 2000, tradução de Peter Naumann. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direito humanos, globalização econômica e integração regional – desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. SILVA, Mariana Pereira da. MARCHETTI, Vitor. **Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São**

Paulo. Educ. Soc. [online]. 2018, vol.39, n.144, pp.652-670. Epub Mar 26, 2018. ISSN 1678-4626. <https://doi.org/10.1590/es0101-73302018176112>. Disponível em [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302018005005101&script=sci_abstract&tlng=pt)

73302018005005101&script=sci_abstract&tlng=pt . Acesso 12 jun. 2020.

POZZEBON, Gustavo R. Chaim; ROMANO, Michel Betenjane. O papel do Ministério Público na pacificação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2008, 2ª reimpressão.

PROCOPIUCK, Mário. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública – análise e avaliação, governança e redes políticas, administração judiciária**, São Paulo: Atlas, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-51.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SILVA, Alexandre Vitorino. **Estado de coisas inconstitucional e processo estrutural**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2020. 310 p.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 1056 p.

_____. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. in Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Direito, Judiciário e Política: um diálogo mais que necessário. In: Monica Herman Caggiano, Claudio Salvador Lembo e Manoel Carlos de Almeida Neto (coord.). **Juiz Constitucional, Estado e poder no século XXI – Homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários aos artigos 1 a 12. In: José Rogério Cruz e Tucci ... [et al.]. **Código de Processo Anotado**. 1ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, 1570 p.

VERBICARO, Louiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV – São Paulo, Jun-Dez 2008, pp. 389-406, <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf> . Acesso em 5 out. 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020a. 512 p.

_____. **Devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. [livro eletrônico]. 2ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020b. (Coleção O Novo Processo Civil, Marinoni, Luiz Guilherme. Mitidiero, Daniel. Arenhardt, Sérgio. Coordenadores). Disponível em <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/112830649/v2/page/III>.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2008, 2ª reimpressão.

_____. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 421 p.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006. 2a. tiragem.

XIMENES, Salomão Barros. OLIVEIRA, Vanessa Elias de. SILVA, Mariana Pereira da. **Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública**. In: Revista Brasileira de Ciência Política, n. 29. Brasília, maio - agosto de 2019, pp 155-188.

ZANETI JR., Hermes. A legalidade na era da proteção das necessidades de tutela. In: **Normas Fundamentais**. Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Alexandre Freire (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Grandes temas do novo CPC, v. 8, Fredie Didier Jr. (coord. geral), 528p.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, 1985. LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ACP - LEI N. 7.347/85. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm . Acesso em 15 jan. 2021.

BRASIL, 1988. CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 16 fev. 2021.

BRASIL, 1990. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC - LEI 8.078/90. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm . Acesso em 15 jan. 2021.

BRASIL, 1996. Lei de Diretrizes Básicas – LDB - Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. LEI N° 9.394/96. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394compilado.htm . Acesso em 25 jun. 2020.

BRASIL, 2014. PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO – PNE - LEI N° 13.005/14. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm . Acesso em 25 jun. 2020.

BRASIL, 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC - LEI N° 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015 – Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm . Acesso em 19 out. 2021.

JURISPRUDÊNCIA

TJDFT (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), 2019, **Apelação Cível nº 0701842-84.2019.8.07.0018**, 1ª Turma Cível, Relator Desembargador Roberto Freitas, julgado em 6.11.2019. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/782579590/7018428420198070018-df-0701842-8420198070018> . Acesso em 15 fev. 2021. Observação: o sistema PJe do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios só permite o acesso a advogados com certificado digital, razão pela qual coloca-se o acesso, aqui, pelo JusBrasil, de modo a permitir o acesso a todo o público.

TJSP (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo), 2008, **Apelação Cível nº 0150735-64.2008.8.26.0002**, Câmara Especial, Relator Desembargador Xavier de Aquino. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquis>

a=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0150735-64.2008&foroNumeroUnificado=0002&dePesquisaNuUnificado=0150735-64.2008.8.26.0002&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&recaptcha_response_token=03AGdBq26SgI9Ft_7T5lOFGA9BWUVE4YOo11emjSs1avYMkGavdLSVct-xztY4Cy2RSwynz_MERE-pmaxWdk8XZDBN-w3eWe8qubZem6pdIH-u6-BfsmJT12eYVEHN-uSvNoPIUpno4Xfhz3AsNHJY-GONThyrfARkksQucqmuvketrW_JnciT1DZjjGgOKCG8OVA0I57-AhphbNHgU-eKR6xRwGXRY0eOV465U3HYrL5FvwudUTD-YdOufqWvXPfGjSD2von278hjuKtUGQKtUBSuaz7kFknW2e6NaTbSyW7vKEuWHhXHwmXC_CGBN6ZQrExQeqlRg-qL06cKk6jS5WV8Nwb5odrLBzxE6uUJO7aQ2YsRQa0eLCZBtk9bDa2PbObjNd6rzHBv2X9YcIBxthqznGw7A_COxSTs1QK3IjorRDPIKAurLAtEO2t_b2RTa26Aqufos823OG7tTAKvkGJwMvURmN8hcWs8Grq6sad049FMCYjGV_mOp5FdBKxkUV-O02t7EX_C&uuiidCaptcha=sajcaptcha_e9de9c48945441d1ad289da14826b169. Acesso em 24 jun. 2020.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2018a, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.101.106**, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 22.6.2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314952295&ext=.pdf> . Acesso em 15 fev. 2021.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2018b, **Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.076.316**, Ministro Edson Fachin, decisão monocrática prolatada em 6.3.2018. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747869725> . Acesso em 8 fev. 2021.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2017, **Recurso Extraordinário nº 587.970**, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julgamento em 20.4.2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13649377> Acesso em 15 fev. 2021.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2011a, **Recurso Extraordinário nº 363.889**, Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 2.6.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003> . Acesso em 15 fev. 2021.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2011b, **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337**, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 23.8.2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> . Acesso em 15 fev. 2021.

STF (Supremo Tribunal Federal), 2010, **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47**, Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17.3.2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254> . Acesso em 7 fev. 2021.

AULAS E PALESTRAS.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **Aula ministrada em 18 de junho de 2020 para os mestrandos e doutorandos do Instituto Brasiliense de Direito Público na disciplina Judicialização das políticas públicas.**

PESQUISAS E DADOS.

CNJ. **Sumário Executivo Justiça Pesquisa. Direitos e garantias fundamentais. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva.** Realização: Sociedade Brasileira de Direito Público. Coord.: ARANTES, Rogério Bastos; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MENDES, Conrado Hubner. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/9b3ba34c3dd4f6b44893444f7c29b2be.pdf> . Acesso em 21 nov. 2020.

ENTREVISTA. Desembargador José Carlos Gonçalves Xavier de Aquino. Anexo I.

IBGE. 2017. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico.** Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pesquisa/30/84366> . Acesso em 15 fev. 2021. E em <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama> – Acesso em 16 fev. 2021.

IBGE. 2020. **Síntese dos Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira.** Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf> . Acesso em 2 nov. 2021.

TODOS PELA EDUCAÇÃO E EDITORA MODERNA (São Paulo) (org.). **Reflexões sobre Justiça e educação.** São Paulo: Moderna, 2017. 138 p. Disponível em: <https://homol.moderna.com.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A809E8262D4001D0162D469D93311AF> . Acesso em 20 out. 2020.

ANEXO I – ENTREVISTA DESEMBARGADOR DECANO³⁷ JOSÉ CARLOS GONÇALVES XAVIER DE AQUINO

³⁷ DECANATO: “O decano do Tribunal de Justiça é sempre o desembargador mais antigo da Corte. Ele integra o Conselho Superior da Magistratura juntamente com o presidente, o vice-presidente, o corregedor-geral da Justiça e os presidentes das seções de Direito Criminal, Direito Público e Direito Privado. Cabe ao decano exercer as substituições previstas no Regimento Interno do TJSP, entre elas substituir o vice-presidente e o corregedor-geral. Também desempenha as atribuições delegadas pelos ocupantes dos cargos de direção, segundo aprovação do Conselho Superior da Magistratura e do Órgão Especial. O decano integra, juntamente com o vice-presidente e os presidentes das seções, a Câmara Especial do TJSP, que cuida dos julgamentos de recursos relativos à área da Infância e Juventude e conflitos de competência.” Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Decanato> Acesso em 3 dez. 2021.

