



Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo

(Access to justice: a promise or reality? An analysis of the dispute on nursery schools in the city of São Paulo)

Susana Henriques da Costa

Professor of Civil Procedure at São Paulo Law School of University of São Paulo. Professor of Civil Procedure at the São Paulo Law School of Fundação Getulio Vargas. Visiting Researcher at University of Wisconsin – Madison Law School

Resumo: O artigo busca, a partir do marco teórico do acesso à justiça, sob a perspectiva de CAPPELLETTI (1981) e GALANTER (2010) e, via análise do caso creche e pré-escola do Município de São Paulo, responder à pergunta de como a litigância judicial, individual e coletiva, tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas? No curso do texto, ainda, feita uma análise dos repeat players atuantes na litigância coletiva em prol da implementação do direito à educação infantil e de suas vantagens perante o Judiciário Paulista.

Palavras-chaves: Acesso à Justiça, Litigância no Brasil, Educação Infantil, *Repeat players*

Abstract: The article adopts the theoretical framework of access to justice and, from the perspective of CAPPELLETTI (1981) and GALANTER (2010), analyses the dispute about lack of



space on nursery schools in the City of São Paulo. The article's main questions are: (i) has individual and group litigation being a mechanism of social transformation by enforcing rights and/or (ii) has it found an accessible Judiciary with rational and appropriate procedural techniques? During the development of the research, the article also analyses how repeat players behave in group litigation, when searching for entitle educational rights and what are their advantages inside Courts.

Keywords: Access to Justice, Litigation in Brazil, Early Childhood Education, Repeat players

Sumário: 1. Introdução: acesso à justiça como uma linha historicamente em expansão; 2. O direito social à educação infantil: a litigância sobre vagas em creche e pré-escola no Município de São Paulo; 3. A litigância individual; 4. A litigância coletiva; 5. Conclusões. Referências

1. Introdução: acesso à justiça como uma linha historicamente em expansão

É difícil abordar o tema do acesso à justiça e não se remeter a uma narrativa histórica. Inserido no contexto mundial pós-guerra de expansão de direitos e remédios legais e judiciais, o movimento de acesso à justiça buscava ampliar os caminhos e as instituições (judiciais ou não), perante as quais um indivíduo poderia buscar justiça. O marco histórico desse movimento é o conhecido projeto Florença, financiado pela Fundação Ford, pelo Conselho Italiano de Pesquisa e pelo Ministério de Educação da Itália. O projeto, dirigido por CAPPELLETTI, resultou na edição de inúmeros volumes de pesquisa comparativa e consolidou uma visão mais ampla de acesso à justiça que a anteriormente limitada ao simples ingresso no Poder Judiciário.¹ Segundo concluiu CAPPELLETTI:

“O problema do *acesso* apresenta-se, pois, sob dois aspectos principais: por um lado, como *efetividade* dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão, devem efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da

¹ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 115-117.



sociedade, que exige um vasto aparato governamental de realização; mas, por outra parte, inclusive como busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, por conseguinte, para a proteção contra os abusos os quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente”.²

O acesso à justiça tem, portanto, uma dimensão substancial de transformação social pela efetivação de direitos e tem também uma dimensão procedimental, relacionada à ampliação, racionalização e controle do aparato (instituições e procedimentos) governamental de realização dos direitos.

Nos países centrais europeus e nos Estados Unidos, retratados no estudo de CAPPELLETTI, o movimento de acesso à justiça inseriu-se num contexto de expansão de direitos sociais já reconhecidos por cartas de direitos nacionais e internacionais. Tratava-se de um período em que se discutia o potencial do *welfare state* de realização do valor de igualdade material e direitos das minorias.

No Brasil, o movimento de acesso, entendido como produção sistemática de estudos sociojurídicos, iniciou-se somente na década de 80.³ Ao contrário da vertente europeia e americana, inseriu-se num contexto de reconhecimento de direitos básicos à população, viabilizado pelo processo de abertura política e consequente surgimento dos movimentos sociais. Em especial, a década de 80 traz estudos legais sociológicos e dogmáticos sobre

² CAPPELLETTI, Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, ideologia e sociedade*. P. 385.

³ Interessante notar que o Brasil não consta do relatório do projeto Florença, o que indica a ausência de reflexão sistemática sobre o tema à época da pesquisa. Sobre o tema, especula JUNQUEIRA: “A não participação do Brasil no *Florence Project* teria sido resultado das dificuldades de contatar pesquisadores brasileiros interessados em analisar esta questão? Ou seria decorrente da falta de interesse dos nossos pesquisadores em relação ao tema na segunda metade dos anos 70, já que o assunto só introduzido no cenário acadêmico e político brasileiro a partir do final daquela década, quando (e aqui não coincidentemente) se inicia o processo de abertura política? Infelizmente, não é possível responder a essas indagações. No entanto, chama atenção a ausência do Brasil no *Florence Project*, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando as suas experiências no campo do acesso à justiça”, *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*, p. 390.



acesso à justiça dos interesses difusos e coletivos⁴ (interesses transindividuais ou interesses de grupos) e sobre formas de absorção da litigiosidade individual contida, seja (i) pela análise dos sistemas alternativos/extraoficiais ou informais/oficiais (juizados de pequenas causas) de solução de conflitos, seja (ii) pelo estudos dos óbices financeiros, sociais ou culturais que impediam os indivíduos de reconhecerem e verem reconhecidos (e implementados) seus direitos básicos.⁵

Após a promulgação da Constituição de 1988, a temática do acesso à justiça avançou pela positivação dos direitos sociais e pelo reconhecimento de que a existência de um mecanismo inafastável, eficiente e justo de solução de controvérsias é um direito fundamental social (art. 5º, CF). Uma vez positivados na Constituição, os direitos fundamentais sociais se tornaram estrutura básica do Estado e da sociedade brasileira⁶ e, com o passar do tempo, permitiram, em maior ou menor grau, demandar de um dever prestacional estatal. O texto constitucional, destarte, ampliou as potencialidades da litigância pela implementação de direitos, na medida em que disponibilizou todo um novo aparato institucional e normativo substancial e procedimental.

Esse aparato, com o passar do tempo, foi tornando os direitos sociais cada vez mais exigíveis. Primeiro, houve a edição, na década de 90, de leis regulamentadoras e viabilizadoras da construção de políticas públicas sociais (p.ex. Lei n. 8080/90 – Lei do SUS, e Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação). Essas leis, ainda, propiciaram a criação de planos nacionais, com o estabelecimento de metas a serem cumpridas e, portanto, metas aptas a serem exigidas.

⁴ Com abordagem sociológica, v. FALCÃO, *Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife*, p. 79-101. Com abordagem mais tendente à dogmática, v. GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 25-44; GRINOVER, *as garantias constitucionais do processo nas ações coletivas*, p. 19-30; e GRINOVER *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85*, p. 113- 128; BASTOS, *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*, p. 36-44; BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, P. 55-77; BARBOSA MOREIRA, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'*, p. 7- 19; NERY JR. *A ação civil pública*, p. 224-232; WATANABE, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*, p. 197-206.

⁵ Com abordagem sociológica, v. OLIVEIRA, *Polícia e classes populares*, p. 85-94. Com abordagem dogmática, v. WATANABE, *Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas*, p. 161-167; e *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*, p. 1-7.

⁶ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 379.



Paralelamente à construção das políticas públicas, as duas décadas que se seguiram a 1988 testemunharam a concretização da potencialidade do Poder Judiciário, também reformulado pelo texto constitucional, como protagonista na arena pública. SADEK enfatiza que “modelos institucionais e cartas de direitos fornecem parâmetros”, “são indicadores que delineiam possibilidades”.⁷ O Judiciário brasileiro, alçado em 1988 pelo novo desenho institucional à condição de Poder, estava apto se inserir no debate político. Além de ter sua área de atuação ampliada pela presença de novos direitos individuais e coletivos, teve suas portas abertas por garantias de gratuidade, inafastabilidade e devido processo legal. A “dimensão, a profundidade e o ritmo da efetivação dessas virtualidades”, porém, dependiam “do empenho, da habilidade ou do grau de ativismo de seus integrantes e das reações encontradas por parte das demais instituições e atores”.⁸

O alto grau de visibilidade que as cortes brasileiras atingiram nos últimos anos não deixa dúvidas de que a potencialidade criada pela Constituição de 1988 se tornou uma realidade.⁹ Em matéria de implementação de direitos sociais, partiu-se de uma postura reticente, tendente a entender as normas constitucionais como programáticas, e chegou-se a uma situação de acentuado ativismo, que leva a altos índices de justiciabilidade¹⁰ e intensa interferência, ainda que randômica e não planejada, em políticas públicas.¹¹

Seja pela ampliação do debate na arena essencialmente política (Executivo e Legislativo), seja pela abertura da via adjudicatória (Judiciário), o fato é que as demandas por

⁷ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

⁸ SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 10.

⁹ “Com efeito, nos últimos anos, tem sido inegável a conversão do virtual, das potencialidades, em fatos de realidade. Muitas políticas públicas têm encontrado ressonância no Judiciário, quer na forma de contestação, quer na de exigência de realização, quer ainda no questionamento de sua execução. Dificilmente se encontrarão áreas de política pública em que não tenham sido notáveis os impactos provocados pela atuação do Judiciário”, SADEK, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, p. 23. Sobre o tema, v., ainda, VIEIRA, *Supremocracia*, p. 441 e ss.

¹⁰ Nesse sentido, é importante pontuar que a justiciabilidade de um direito sociais não é categoria processual, mas sim requisito para o julgamento favorável do mérito da demanda. Trata-se, portanto, de conceito pertencente ao direito material (v. WATANABE, *Controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*, p. 216).

¹¹ Para dados federais sobre judicialização da saúde, v. MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Panorama da Judicialização*, disponível em <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.



implementação de direitos se avolumaram e se tornaram cada vez mais complexas. Como aponta GALANTER, “justiça não é mais, se um dia chegou a ser, estável e determinada”. Ao contrário, é uma linha “fluida, dinâmica e instável” (tradução livre).¹² Dentro de uma sociedade com senso de justiça em expansão, - seja pela incorporação de novos direitos, seja por descobertas científicas de novas causalidades e responsabilidades, - cresce proporcionalmente, a sensação (linha) de injustiça. Nesse sentido, segundo o autor, “a busca por justiça é guiada pela produção de injustiça” (tradução livre)¹³ e, quanto mais o conhecimento humano se aprimora, mais aumenta expectativa de melhores condições de vida e, conseqüentemente, mais se avança a linha móvel da sensação injustiça. GALANTER, ainda, aponta que outra dimensão da linha móvel da justiça é a incorporação não só de novos direitos, mas de outros grupos sociais minoritários, anteriormente situados à margem da agenda social.¹⁴

O entendimento das linhas da justiça e da injustiça como linhas móveis paralelas implica reconhecer que um aumento de justiça não leva necessariamente à diminuição da sensação injustiça. Essa relação não é inversa e, muitas vezes, em função da intensificação da sensação de injustiça, ocorre a ampliação “simbólica” de direitos, que precede a existência de condições institucionais de concretização e reivindicações.¹⁵ Olhando para o movimento de acesso à justiça brasileiro, é possível verificar uma pressão para o alargamento da linha da justiça, que partiu da luta pelo reconhecimento de direitos básicos, no momento de abertura política (década de 80). Quando da Constituinte, a sensação de injustiça levou, num primeiro momento, à positivação “simbólica” de direitos e criou potencialidades normativas e institucionais de reivindicações. Embora a realidade aponte para a concretização de algumas dessas potencialidades constitucionais, os índices de desigualdade social brasileira ainda nos posicionam longe da linha de justiça em expansão e nos inserem em uma sociedade bastante conflituosa, que luta pela implementação e priorização de direitos.

¹² GALANTER, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 124.

¹³ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125.

¹⁴ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 125-126.

¹⁵ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 126.



Nesse contexto de expansão da linha da justiça e de busca pela concretização de promessas constitucionais, esse artigo pretende analisar a litigância judicial do direito social à educação infantil no município de São Paulo, pela lente da dúplici dimensão, substancial e processual, do movimento de acesso à justiça. A pergunta que se procura responder é: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

O direito à educação infantil (creche e pré-escola) foi escolhido por preencher as características das bases teóricas já postas. Trata-se de direito social positivado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (art. 6º, CF) de atendimento prioritário (art. 208, IV e art. 227, CF).¹⁶ Por se tratar de requisito viabilizador do emprego dos genitores, é também constitucionalmente garantido como direito do trabalhador (art. 7º, XXV, CF), possuindo, assim, dupla titularidade. O direito à educação está regulamentado por lei específica (Lei 9394/96 – Lei de Diretrizes Básicas da Educação) e está inserido no Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014). Junto com o direito à saúde, ainda, o direito à educação constitui a espécie de direitos sociais de maior índice de justiciabilidade no Judiciário. Trata-se, portanto, de um direito em franco processo de expansão.

O objeto desse artigo é restrito à análise do papel do Judiciário na litigância do direito à educação infantil e, por isso, não abarcará a mobilização social diretamente voltada à pressão dos demais Poderes do Estado para a concretização dos direitos sociais. Embora não se ignore que, muitas vezes, o Judiciário é utilizado como foro político de pressão do Executivo e do Legislativo, por recorte metodológico, essa dimensão não será o foco de análise.

¹⁶ O processo de expansão do direito à creche depende do julgamento do Agravo de Instrumento nº 761.908/SC, de Relatoria do Min. Fux, que discute a autoaplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Para fins desse estudo, parte-se da premissa da autoaplicabilidade deste direito.



Por fim, foi escolhida a litigância sobre creche e pré-escola no município de São Paulo porque São Paulo é o maior município do país, conta com estrutura social complexa e, portanto, possui movimentos sociais organizados e articulados na defesa do direito à educação infantil. Diante da dimensão do município, ainda, há política pública intrincada e detalhada que é diuturnamente submetida a debate e questionamento judiciais.¹⁷ Finalmente, como se verá abaixo, a litigância judicial do direito a creche e pré-escola tem longo histórico e significativa proporção. Permite, assim, uma avaliação mais global das respostas que o sistema de justiça tem dado a essa específica demanda social.

Trata-se de estudo empírico qualitativo, sem pretensões generalizantes, mas que, a partir da análise de caso específico, buscará trazer dados para o melhor conhecimento da realidade (*law in action*) e aprofundamento do debate. O estudo se funda em dados secundários e as fontes utilizadas foram: relatórios oficiais de pesquisa, estudos empíricoacadêmicos, reportagens da grande mídia, website da Prefeitura Municipal de São Paulo, documentos disponibilizados pelos apelantes nos autos da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo e acórdãos disponíveis no site do Tribunal de Justiça de São Paulo.

2. O direito social à educação infantil: a litigância sobre vagas em creche e pré-escola no Município de São Paulo

O Plano Nacional de Educação do Governo Federal (Lei n. 13.005/2014), regulamentando normas constitucionais (art. 7º, XXV e art. 208, IV, CF) que reconhecem prioridade absoluta à infância, estabeleceu como meta n. 1 o atendimento, até 2016, de todas as crianças com idade entre 4 a 5 anos em pré-escola e de 50% das crianças de 0 a 3 anos em creches. A cidade de São Paulo, de acordo com o Censo Demográfico IBGE 2010, possuía

¹⁷ A despeito da política pública desenvolvida, São Paulo não tinha, até agosto de 2015, Plano Municipal de Educação. V. reportagem de título “Câmara aprova Plano Municipal de Educação de SP sem palavra gênero”, disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/camara-aprova-plano-municipal-de-educacao-de-sp-sem-palavra-genero.html>, acessada em 26.9.15.



710.927 crianças com idade entre 0 a 4 anos.¹⁸ Segundo o Censo Educacional (MEC/INEP), São Paulo, em 2012, disponibilizava somente 259.095 vagas em pré-escola, número inferior ao percentual fixado pelo Plano Nacional de Metas.¹⁹

Dados do município de São Paulo, de setembro de 2014, indicavam a existência de 225.806 vagas em creches e 203.415 vagas em pré-escola. A lista de crianças esperando vagas contava com de 160.495 inscritos para creche e 12.082, para pré-escola.²⁰ Ainda que se leve em conta que os dados são do final do ano e que, portanto, há uma demanda represada das vagas que serão liberadas pela entrada de um percentual considerável dessa população no ensino fundamental, o déficit é muito grande. A criação de vagas não tem ocorrido na proporção do crescimento populacional.

Os números refletem uma situação permanente de violação do direito de milhares de crianças ao ensino e o direito de milhares de mães e pais à assistência ao trabalho. Mostram, ainda, como se verá abaixo, que grande parte dos afetados, por razão déficit informacional, educacional e/ou cultural, não reconhece sua situação de sujeito de direitos violados ou, se a reconhece, não busca o aparato administrativo ou judicial do Estado para sua concretização.²¹ Há, porém, uma parcela da população que, informada sobre seus direitos, rompe as barreiras ao exercício da cidadania e busca tutela no sistema de justiça.

Nesse sentido, é possível identificar duas formas de encaminhamentos judiciais do conflito envolvendo o déficit de vagas em creche e pré-escola no município de São Paulo: a individual e a coletiva. Há a propositura de milhares de demandas buscando a garantia do direito individual dos seus autores à vaga em creche. A ilustrar a dimensão da litigância

¹⁸ Censo Demográfico 2010, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=355030&idtema=1&search=sao-paulo|sao-paulo|censo-demografico-2010:-sinopse->, acesso em 23.2.2015.

¹⁹ Censo Educacional 2012, disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=355030&idtema=117&search=sao-paulo|sao-paulo|ensino-matriculas-docentes-e-rede-escolar-2012>, acesso em 23.2.2015.

²⁰ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015..

²¹ Sobre a pirâmide de disputas e as suas camadas (violação de direitos, percepção de violação, responsabilização de terceiro, pretensão e ação judicial, v. FELSTINER, ABEK e SARAT, *The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming*, p. 631 e ss.



individual, somente a Defensoria Pública de São Paulo, - órgão criado em São Paulo em 2006, com atribuição constitucional de proteção dos economicamente hipossuficientes, - foi procurada por cerca de 8.000 famílias que buscavam vagas em creche para seus filhos no ano de 2013.²² São cerca de 55 novos casos por dia. A Secretaria Municipal de Educação recebeu, em 2014, 14.040 ordens judiciais para matrícula de crianças em creches.²³ Trata-se de litigância repetitiva de massa, um fenômeno crescente no Judiciário brasileiro, caracterizado por demandas fracionadas e atomizadas, representativas de parcela um macro conflito social.

Paralelamente às demandas individuais, há a litigância coletiva, voltada à discussão, na arena judicial, da política pública municipal de educação infantil. A litigância coletiva sobre direito à educação infantil inicia-se em São Paulo ainda na década de 1990, com a propositura de ações civis públicas pelo Ministério Público.²⁴ Esses primeiros anos de experiência revelaram um padrão decisório do Judiciário Paulista muito mais propício ao acolhimento de demandas individuais (p.ex. pedido de vaga em creche) ou mesmo de demandas coletivas voltadas à concessão de tutelas jurisdicionais clássicas (p. ex. vedação à cobrança de taxas ou proibição de extinção de classes). Nesses casos, o conflito pode ser equacionado pela moldura processual tradicional bilateral (Caio X Tício), com provimentos voltados a restaurar situações passadas. Em casos em que o Judiciário teve que enfrentar conflitos efetivamente plurilaterais, com pedidos de provimentos futuros, buscando a alteração da realidade social, constatou-se a presença de vários entraves jurídico-processuais, institucionais e culturais, que muitas vezes e, por muito tempo, culminaram com a extinção

²² Dados informados pelo site G1 (Globo), em reportagem de título “*Mais de 6 mil procuram Defensoria Pública para pedir vaga em creche*” disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/mais-de-6-mil-procuram-defensoria-publica-para-pedir-vaga-em-creche.html>

²³ Dados informados pelo site R7 (Record), em reportagem de título “*55 famílias procuram a Defensoria Pública de SP por dia para conseguir uma vaga em creche*” disponível em: <http://noticias.r7.com/educacao/55-familias-procuram-a-defensoria-publica-de-sp-por-dia-para-conseguir-uma-vaga-em-creche-26012015>

²⁴ MARINHO identificou 36 ações civis públicas propostas e transitadas em julgado pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Criança e do Adolescente da Capital, entre 1996 e 2005, 15 delas com pedidos envolvendo direitos difusos, *Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional*, pp. 59-67.



reiterada de processos, sob o argumento da impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa.²⁵

Tendo em vista o padrão decisório identificado, é clara a mudança de estratégia pelo MP, que passa a propor ações civis públicas não mais voltadas à tutela de interesses difusos (pedidos de condenação a que o Município fosse obrigado a matricular todas as crianças inscritas em suas listas), mas sim à tutela de interesses individuais homogêneos fracionados e previamente identificados (matrícula de crianças constantes de rol anexado à inicial).²⁶ Embora essa nova estratégia tenha recebido melhor acolhida do Judiciário, na medida em que mais próxima do modelo tradicional de resposta comutativa, sua eficácia era bastante limitada. Até o rito procedimental chegar à fase de cumprimento das decisões judiciais, muitas crianças listadas já haviam ultrapassado a idade da matrícula em creche e pré-escola. Em decorrência da constatação da ineficácia da nova estratégia, o MP buscou lidar com a questão pela assinatura de termos de ajustamento de condutas. Em 2005, em especial, foi assinado termo de ajustamento de conduta no qual o Município se comprometia a criar 15.000 novas vagas em creche por ano. Esse TAC vigeu até 2009, quando, por negativa da Prefeitura em discutir critérios de qualidade na educação, não foi renovado.

Após decisões paradigmáticas prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, contudo, a postura do Judiciário Paulista começa a mudar e se tornar mais progressista.²⁷ A

²⁵ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 13. RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p.119.

²⁶ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 59-67.

²⁷ Em parecer, GOTTI e XIMENES, sustentam que: “O cenário jurisprudencial começa a se consolidar a partir de 2005, com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) provocadas por Recursos Extraordinários do MP contra decisões do TJSP que negavam exigibilidade jurídica ao direito à educação infantil com base nos argumentos acima elencados. Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, sendo hoje reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia dos direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes. Nessas decisões e nas que se seguiram reiteradamente, o STF define a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Interpretou de forma bastante restritiva a



instituição começa a se enxergar como arena legítima para o debate da política pública educacional, em casos coletivos, adicionando, dessa forma, maior grau de justiciabilidade ao direito à educação, em convergência com a narrativa histórica de expansão de direitos acima descrita. Entretanto, no tocante às demandas envolvendo interesses difusos, ainda apresenta postura indefinida e dificuldade no tratamento de questões envolvendo justiça distributiva,²⁸ tanto no tocante ao equacionamento do conflito (processo de conhecimento), quando no momento da efetivação da decisão judicial (cumprimento da sentença).

Após rever vários estudos acadêmicos sobre o tema, GOTTI e XIMENES, em parecer exarado nos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002 da Comarca de São Paulo, sustentam a existência atual do seguinte padrão decisório nos Tribunais paulistas, a respeito da educação infantil:

- a) os pedidos judiciais englobando direito individual à matrícula em instituições de educação infantil normalmente são deferidos, sendo que após 2006 o estudo constata que 100% dessas ações tiveram resultado favorável aos autores;
- b) as ações judiciais coletivas que requerem um número preciso de vagas (direitos individuais homogêneos) também são

chamada “cláusula de reserva do possível” amplamente alegada em ações contra o Poder Público -, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis (*Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo). No referido parecer, foram citadas as seguintes decisões do STF: Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário n. 410715-5/SP e n. 436.996, do Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, nos quais a Segunda Turma confirmou decisão monocrática desse ministro em favor do recurso do Ministério Público. Outros casos, com o mesmo posicionamento, alguns deles confirmando acórdãos do TJSP: RE 463.210- AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR / SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009.

²⁸ MARINHO, *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, p. 16-17.



normalmente deferidas;

- c) não há posição pacífica quanto às ações judiciais coletivas e difusas, que veiculam interesses relacionados não a uma lista específica e limitada de crianças, mas à matrícula de todas as demandantes atuais em determinada região ou todas as potenciais e futuras demandantes;
- d) as ações coletivas que veiculam pedidos relacionados à construção de unidades de educação ou ampliação física da rede são normalmente rejeitadas, sob o argumento de interferência na esfera de discricionariedade administrativa;
- e) as ações coletivas que buscam tutelas específicas em políticas públicas, requerendo plano de expansão e previsão de destinação orçamentária, sofrem grande resistência no Judiciário, mesmo que o TJSP reconheça a possibilidade jurídica de tais pedidos.²⁹²⁹

O novo padrão decisório do Judiciário, além de influenciado por decisões do STF envolvendo direitos sociais, é impactado pelo surgimento de novos atores, em meados dos anos 2000. Nesse período, os movimentos sociais mais articulados e fortalecidos começam a ver no Judiciário uma arena a ser conquistado. A litigância estratégica coletiva começa a ganhar força, com destaque para a criação, pela ONG Ação Educativa, do Programa Ação na Justiça, cujo objetivo era desenvolver uma litigância estratégica voltada à “além da atuação judicial propriamente dita”, promover “o aprofundamento e difusão” da justiciabilidade do direito à educação sob a perspectiva dos direitos humanos, “nos campos jurídico e educacional; a participação no debate público; a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura

²⁹ GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.



fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e educacionais”.³⁰

No final de 2007, o programa levou à criação do Movimento Creche Para Todos, integrado por entidades da sociedade civil e movimentos sociais comprometidos com a defesa da causa da educação infantil. Em 2012, ainda, surgiu o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI), formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação (GEDUC) do Ministério Público do Estado de São Paulo; por Rubens Naves, Santos Jr e Hesketh – Escritórios Associados de Advocacia; e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo. Com litigância estratégica complexa, o Movimento Creche Para Todos, articulado com o GTIEI, vem questionando judicialmente não só o déficit de vagas, mas a qualidade do ensino público e o nível de investimento do municipal em educação infantil. Trata-se de exemplo concreto de expansão da linha da justiça pela inclusão de novas dimensões do direito e de novos grupos sociais à litigância coletiva (GALANTER).³¹ Dentro da estratégia, há destaque para a propositura de várias ações civis públicas e a assinatura de termos de ajustamento de condutas, buscando implementação de direitos e a impetração de alguns mandados de segurança, objetivando acesso e transparência nos dados públicos.³²

Um dos ápices dessa litigância foi o julgamento, em 2013, da Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, oriunda de demanda proposta pela Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação, pelo Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares, pela Casa dos Meninos, pelo Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo e pela Associação Internacional à Humanidade Jardim Emílio Carlos e Irene, todos integrantes do Movimento Creche para Todos, em face do Município de São Paulo. O processamento do recurso, - que também contou com a participação próxima do GTIEI e,

³⁰ RIZZI e XIMENES, *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 105.

³¹ GALANTER. *Access to justice in a world of expanding social capability*, p.125-126.

³² RIZZI e XIMENES, *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*, p. 116.



assim, dos órgãos do sistema de justiça responsáveis pela tutela do direito à educação infantil (Ministério Público e da Defensoria Pública estaduais), - levou à realização da primeira audiência pública da história do Tribunal de Justiça³³ e, após tentativa de conciliação infrutífera, culminou com a condenação do réu à entre os anos de 2014 e 2016, a: (i) criar, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade; (ii) incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada, (iii) apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, de acordo com o Plano Nacional de Educação. A decisão, paradigmática, determinou a vinculação do Município ao cumprimento do seu próprio plano de metas e teve repercussão social relevante.³⁴ O acórdão não transitou em julgado, pois houve interposição de recursos especiais e extraordinários,³⁵ pendentes de julgamento. Há, porém, execução provisória em andamento, uma vez que o efeito suspensivo aos recursos pleiteado pela Municipalidade, foi negado.³⁶

Uma característica importante da decisão do TJ/SP é ter rompido com o padrão decisório anteriormente mencionado e, para além da fixação numérica de vagas a serem criadas, fixou a obrigação de o município apresentar plano de expansão de vagas,

³³ Informação disponível no site oficial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em reportagem de título “*TJSP inicia audiência pública sobre vagas na educação infantil da Capital*”, disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=19610>, acessado em 23.2.2015.

³⁴ Reportagem de título “*Justiça condena Prefeitura de São Paulo a criar 150.000 vagas de educação infantil*”, disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/justica-condena-preitura-de-sao-paulo-a-criar-150000-vagas-em-creches>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*Prefeitura de SP deverá oferecer 150 mil vagas em educação infantil*”, disponível em <http://jornalggn.com.br/blog/centro-de-referencias-em-educacao-integral/prefeitura-de-sp-devera-oferecer-150-mil-vagas-em-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015; reportagem de título “*TJ manda Prefeitura de SP criar 150 mil vagas em educação infantil até 2016*”, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,tj-manda-prefeitura-de-sp-criar-150-mil-vagas-em-educacao-infantil-ate-2016,1109277>, acesso em 12.4.2015; e reportagem de título “*Prefeitura de SP é condenada a abrir 150 mil vagas na educação infantil*”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/16/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil.htm>, acessadas em 23.2.2015.

³⁵ O recurso especial foi sobrestado para aguardar o julgamento do AI 761.908/SC, que como visto na nota 17, teve repercussão geral reconhecida e irá decidir sobre a autoaplicabilidade do art. 208, IV, CF.

³⁶ Inicialmente, houve a concessão de efeito suspensivo a um dos recursos, mas essa decisão foi revista em 15.9.2015 (Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000 e nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50001, Rel. Des. Eros Piceli).



dentro de critérios de qualidade, estabelecidos pelo Conselho Nacional de Educação e pelo Conselho Municipal de Educação. Foi designada, ainda, a Coordenadoria de Infância e Juventude, órgão interno do Tribunal de Justiça, para acompanhar o cumprimento provisório da sentença. Para assessorar a Coordenadoria, foi criado um Comitê de Monitoramento da execução, composto por parcela das instituições envolvidas com a causa.³⁷ O Comitê se reúne periodicamente para o acompanhamento da execução. A Prefeitura, por sua vez, tem se reunido com o Comitê e a Coordenadoria e apresentando relatórios de implementação do plano de expansão de vagas em educação infantil. Há notícias, nos autos das Medidas Cautelares Incidentais nº 0150735-64.2008.8.26.0002/50000, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de que o referido plano está sendo cumprido.

O relato de parcial cumprimento da condenação, porém, ainda não se refletiu nos dados oficiais. O site da Prefeitura Municipal de São Paulo publica dados até setembro de 2014, que, conforme demonstra o gráfico abaixo, indicam que toda a intervenção judicial relatada não foi capaz de alterar a situação de déficit de vagas, principalmente em creche, no município de São Paulo. As variações ocorridas no período são:

³⁷ Compõem o Comitê de Monitoramento da execução: Ação Educativa; Associação Comunidade Ativa Vila Clara; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Fórum Municipal de Educação Infantil; Fórum Paulista de Educação Infantil; Grupo de Atuação Especial de Educação do MPSP (GEDUC); Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo; Hesketh Advogados, Instituto de Cidadania Padre Josimo Tavares; NEGRI – Núcleo de Estudos de gênero, raça e idade; Rubens Naves Santos Junior – Advogados.

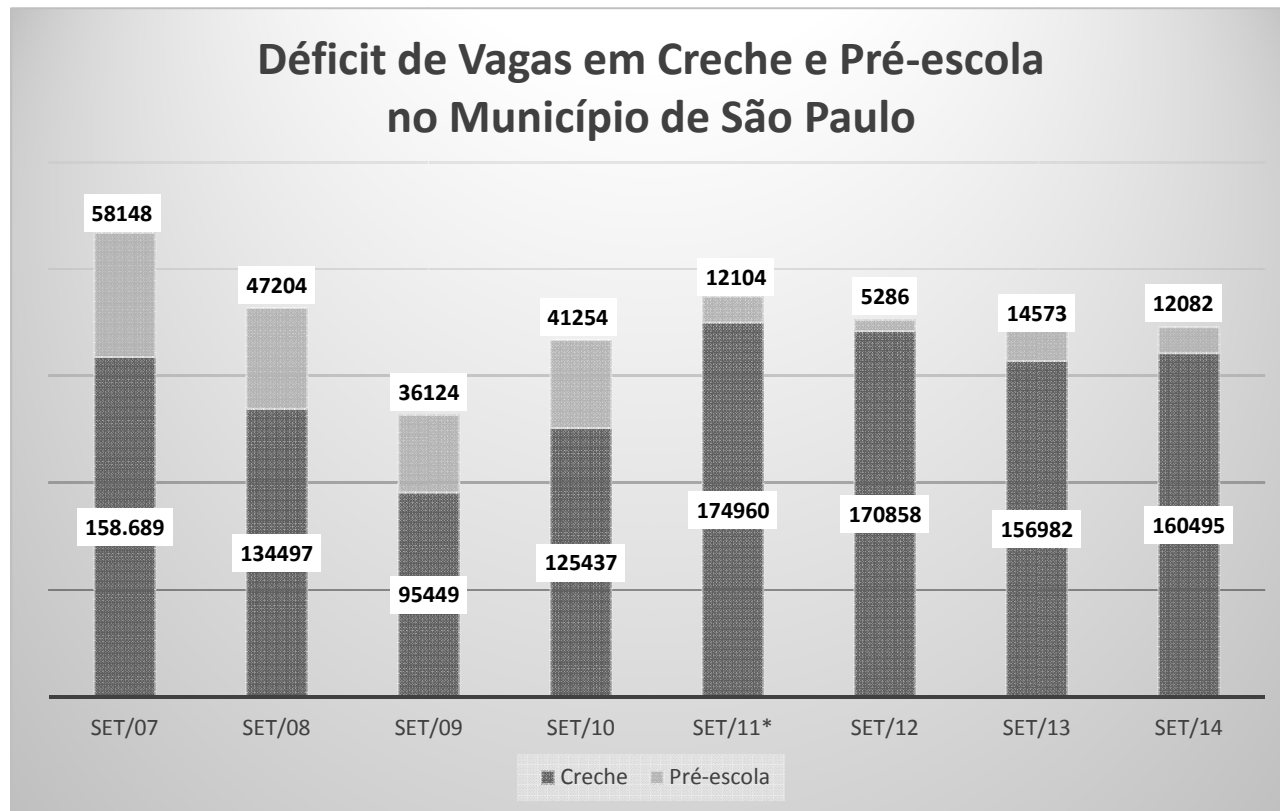


Tabela 1: Secretaria Municipal de Educação³⁸

* Em 2011, houve um reagrupamento dos dados e parcela da demanda de pré-escola foi deslocada para creche

Diante do cenário acima descrito, passa-se à análise da litigância individual e coletiva sobre educação infantil em São Paulo, respectivamente, para buscar responder às perguntas propostas.

3. A litigância individual

Sob a perspectiva procedimental, o acesso individual à justiça das crianças (e genitores) que não tiveram vagas em creches e pré-escolas fornecidas pelo município é bastante restrito. Partindo do número oficial da Secretaria Municipal de Educação, de que

³⁸ Dados da Secretaria Municipal da Educação, consultados no site: <http://portalsme.prefeitura.sp.gov.br/anonimo/demanda.aspx>, em 26.9.2015.



havia mais de 160 mil crianças na fila de espera para vaga em creche em setembro de 2014, o montante de 14.040 determinações judiciais de inclusão recebidos pelo município representa cerca de 7,73% dessa litigância. A maior parte das crianças (e genitores) prejudicadas pela omissão do município se perde dentro da pirâmide da litigância, pois não conhece seus direitos ou os responsáveis por sua violação, não conhece instituições hábeis a fazê-los valer judicialmente e, por esse motivo, não chega às vias judiciais. Embora o direito, em tese (*law in the books*), garanta a possibilidade de acesso individual ao Judiciário como um direito fundamental de todos (art. 5º, inciso XXXV, CF), óbices informacionais, jurídicos e sociais (*law in action*) impedem o significativo tratamento do macro lide de déficit de vagas em creches e pré-escolas sob a perspectiva individual e atomizada.

O tratamento individualizado pelo Judiciário, porém, tem como característica maior efetividade na concretização do direito social do autor. O padrão de litigância do Judiciário acima descrito aponta para o acolhimento do pedido dos autores (processo de conhecimento) em praticamente todos os casos e para o cumprimento das decisões pelo Poder Público (*enforcement*), embora não necessariamente imediato, em função da necessidade de aguardar o surgimento de uma vaga³⁹. De fato, o Judiciário está acostumado com o enquadramento jurídico retrospectivo e com a moldura bilateral “credor-devedor” utilizados nas demandas individuais. Sob o ponto de vista do autor que consegue chegar ao topo da pirâmide da litigância (acesso à justiça procedimental), portanto, a judicialização da educação é bem eficiente e implementadora de (acesso à) justiça substancial. Por esse ângulo, a judicialização da educação pode ser vista como um importante mecanismo garantidor de direitos às classes populares e um passo à frente na expansão da linha da justiça.

A despeito de garantir o direito subjetivo do autor, porém, a estrutura da litigância processual individual traz efeitos perversos ao macro conflito. As múltiplas decisões

³⁹ Ainda que a efetivação do direito à creche não seja imediata, o direito judicialmente reconhecido tem maior índice de efetividade que as decisões coletivas. Nesse sentido, o então Secretário Municipal de Educação, afirmou na audiência pública realizada nos autos da Apelação nº 0150735- 64.2008.8.26.0002 que, em 2013, 12.073 crianças haviam conseguido vagas em creche em São Paulo, por via de decisões judiciais. Reportagem de título “Em SP, 12 mil conseguiram vaga em creche por ordem judicial em 2013”, disponível em <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/08/29/em-sp-12-mil-vagas-em-creches-foram-preenchidas-por-ordem-judicial.htm>, acessada em 26.9.15.



concessivas de direitos sociais interferem no planejamento e execução da política pública em curso, na medida em que obrigam a sua adaptação e revisão para o cumprimento das ordens judiciais. As demandas individuais são reducionistas por essência⁴⁰ e não permitem a discussão da política pública como um todo, mas somente da particular situação do autor. Isso significa a prolação de decisões distantes da realidade do Poder Público, que não levam em conta a necessidade de universalização do direito social à creche e pré-escola. Logo, as demandas individuais têm apresentado pequeno potencial transformador da realidade social macro (acesso à justiça substancial).

Ao permitir que aqueles que ajuizaram demandas tenham suas vagas garantidas, ainda, as demandas individuais institucionalizaram a prática do chamado “fura fila”, consistente na alteração da ordem da lista oficial. Elas não têm sido capazes, porém, de criar pressão ou desconforto suficiente no Poder Executivo para a modificação da política pública educacional e pela redução do déficit de vagas (vide dados acima). Há mera mudança de posição na lista em favor de indivíduos que, se por um lado devem ter seus direitos garantidos, por outro lado, estão na mesma condição jurídica e, às vezes, em melhores condições sociais, que aqueles que são deixados para trás.⁴¹

Em última análise, diante do desenho institucional e da dinâmica de funcionamento do Judiciário brasileiro, chega-se a uma situação paradoxal trágica: o tratamento judicial individualizado da litigância sobre educação infantil é restrito a parcela ínfima do conflito (acesso à justiça procedimental), porém, é qualificadamente eficiente na garantia de direitos. Sob a perspectiva do acesso à justiça substancial, porém, não tem potencial de resolução do macro lide e acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito à creche e pré-escola somente àquele que consegue ultrapassar as barreiras do acesso à justiça

⁴⁰ SALLES, *Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil*, p. 790.

⁴¹ Segundo o ex-Secretário Municipal de Educação, a Prefeitura adota cotas sociais para a composição da lista. A cada dez matrículas, duas são de crianças que pertencem a famílias consideradas de “extrema pobreza”, assim entendidas aquelas que, com base no Cadastro Único do governo federal, têm renda familiar per capita de até R\$ 70,00, dado constante de reportagem de título “*Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%*”, do site O Estadão, disponível em <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>, acesso em 12.4.2015.



procedimental. Logo, para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade de alguns (direitos sociais), o Poder Judiciário, no tratamento individualizados de demandas, acaba se transformando em gerador de desigualdades sociais.⁴²

4. A litigância coletiva

A litigância coletiva tem potencial para superar os problemas identificados na litigância individual. Primeiro, o processo coletivo possibilita o ingresso de todo conflito social perante o Judiciário. Ele traz a complexidade e as contradições sociais para equacionamento, ele permite a análise de toda política pública *sub judice* e suas limitações estruturais e orçamentárias e, destarte, permite uma decisão mais completa, rente à realidade, com maior legitimidade política. Por esses motivos, em tese, o processo coletivo é o único que viabiliza o que FISS chama de reforma estrutural, ou seja, um tipo de adjudicação distinto, caracterizado pelo embate com a burocracia estatal e pela assunção da premissa de que valores constitucionais não podem ser assegurados sem que sejam realizadas mudanças básicas nos arranjos institucionais e nas organizações sociais.⁴³

Os processos coletivos, ainda, teoricamente permitem um maior equilíbrio de forças entre os litigantes, pois transformam o processo em um embate entre litigantes habituais, que GALANTER denomina de *repeat players*. Os *repeat players* são tipos ideais criados pelo autor que, por já terem participado do jogo da litigância, antevêm-na e, a partir daí, traçam estratégias de atuação pela avaliação dos riscos. GALANTER enumera as seguintes vantagens dos *repeat players* na litigância: (i) o *repeat player* tem conhecimento prévio acumulado e, portanto, é capaz planejar seus movimentos e transações futuros; (ii) os *repeat players* têm acesso à especialistas, ao mesmo tempo em que diminuem seus custos porque trabalham em economia de escala; (iii) como trabalham em escala, os *repeat players* podem adotar o que o autor chama de estratégia minimax (eles podem maximizar ganhos a longo prazo, ainda que isto implique perda total em alguns casos); (iv) os *repeat players*, por

⁴² Sob a perspectiva de gestão processual, ainda, a existência de milhares de demandas tratando do mesmo tema é ineficiente e contraproducente e representa desperdício recursos humanos e material.

⁴³ FISS, *As formas de justiça*, p. 27.



sua proximidade com as instituições, têm maior facilidade em desenvolver mecanismos informais facilitadores de obtenção de vantagens por funcionários oficiais; (v) o *repeat player* têm uma reputação de “combatente” a manter, a partir da qual têm em seu favor reconhecido o respeito como negociador; (vi) os *repeat players* podem, por fim, disputar as regras da litigância, pois, ao contrário dos litigantes ocasionais (*one-shooter*), - que buscam resultados pessoais tangíveis em cada demanda, - os *repeat players* geralmente têm por objetivo a formação de uma jurisprudência favorável, que o beneficie em casos futuros. É possível para eles adotar estratégias como acordar casos com pequena chance de êxito e insistir em demandas mais faticamente favoráveis ao reconhecimento do fundamento jurídico que quer ver reconhecido pelo sistema de justiça.⁴⁴

A litigância coletiva no caso creche é um caso evidente de embate entre *repeat players*, ou seja, luta entre entes de igual envergadura (Goliás X Goliás). Não há dúvida de que o réu Poder Público municipal tem todas as características descritas por GALANTER. Ele encontra-se há anos na litigância sobre direitos sociais, com evidente conhecimento acumulado. Possui departamento específico para a defesa de mandados de segurança e ações coletivas ajuizadas em face do município,⁴⁵ podendo trabalhar em escala. Em função da existência de juízos especializados para o julgamento de processos contra o Poder Público (Varas da Fazenda Pública), os procuradores municipais têm relação próxima e natural de convivência com a burocracia judicial. É um combatente respeitado, até mesmo porque é a encarnação da noção de interesse público e, sem dúvida, busca formação de jurisprudência favorável.

De fato, até meados da década de 2000, o Poder Público tirou proveito das vantagens que sua condição de *repeat player* lhe forneceu e teve êxito em manter um padrão decisório conservador e desfavorável à justiciabilidade coletiva do direito à educação infantil.

⁴⁴ Os litigantes ocasionais (*one-shooters*) não têm essas vantagens. Não são estruturados e suas demandas são geralmente únicas. Exatamente por isso, tem dificuldade em traçar estratégias, na medida em que seu espaço para negociação é diminuto. Buscam resultados concretos e não se preocupam com a formação de jurisprudência, GALANTER, *Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change*, p. 4- 6.

⁴⁵ JUD 3, segundo site oficial da Prefeitura, inserida dentro da estrutura da Procuradoria do Município, http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/negocios_juridicos/procuradoria_geral/index.php?p=348, acesso em 27.2.2015.



Como visto acima, a tendência era a extinção de demandas coletivas, sem julgamento do mérito, por atentado à discricionariedade administrativa. Era utilizada técnica processual de filtragem de demandas (a condições da ação impossibilidade jurídica do pedido) para a impedir a apreciação (acesso à justiça procedimental) do conflito social pelo Judiciário.

O Ministério Público que, como se verá abaixo, também é um *repeat player*, não conseguiu, até a década de 90, a despeito das várias estratégias empregadas, alterar a postura restritiva à judicialização coletiva do Judiciário Paulista. A partir de 2005, o MP Paulista, porém, consegue importantes vitórias no órgão de vértice da estrutura judiciária brasileira (STF), o que exerce uma verticalizada e significativa influência no então vigente padrão decisório judiciário paulista. Paralelamente a isso, aparecem novos *repeat players* na litigância coletiva. O Programa Ação na Justiça da ONG Ação educativa é lançado em 2004; Defensoria Pública Paulista é instituída em 2006; em 2007, há a criação do Movimento Creche para Todos e; em 2012, é formado o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI). Há um movimento de articulação e fortalecimento dos entes processualmente legitimados, segundo a Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), para a litigância coletiva dos direitos sociais relacionados à educação infantil.

Individualmente, cada um desses legitimados é um *repeat player*. O Ministério Público tem a expertise da extensa litigância coletiva anterior. A Defensoria Pública rapidamente se torna responsável pelo ajuizamento de milhares de demandas individuais buscando vagas em creche e pré-escola, o que lhe dá um contato privilegiado com conflito. As associações civis, por fim, por derivarem dos movimentos sociais envolvidos com a militância política em prol do direito à educação, talvez sejam os entes mais experientes para a construção de soluções viáveis e rentes à realidade. Além de experiência acumulada, esses *repeat players* possuem em seus quadros pessoas com formação acadêmica especializada em direito à educação e judicialização de políticas, o que permite diagnósticos precisos e criação de inúmeras e diversificadas estratégias inovadoras de atuação judicial, todas voltadas a



conseguir ganhos jurisprudenciais pela alteração de padrão decisório.⁴⁶ Vários dos entes mencionados possuem, ainda, proximidade com a justiça, o que acaba por neutralizar vantagens do *repeat player* passivo.

A união de *repeat players* legitimados à defesa judicial coletiva teve o condão de equilibrar o jogo e pressionar o Judiciário Paulista a, em alguns casos, modificar do padrão decisório até então adotado, conseguindo algum avanço no reconhecimento judicial do direito à educação infantil. De fato, ainda que paulatinamente, a porta de acesso do Judiciário começa a se abrir para a litigância coletiva do direito à educação (acesso à justiça procedimental). Uma vez ingresso o conflito, porém, evidencia-se uma extrema dificuldade do Judiciário Paulista em lidar com questões de justiça distributiva (conflitos plurilaterais) em um modelo processual tradicional, liberal e individualista, desenhado para resolver questões de justiça comutativa.

As decisões judiciais em processos coletivos ainda seguem a lógica adjudicatória e os juízes encontram dificuldades em adotar uma postura menos imperativa e mais mediadora de conflitos sociais. Como consequência, há a prolação de decisões simbolicamente importantes, porém com pouco potencial de alteração da realidade social.⁴⁷ No caso paulistano, embora seja identificado uma sensível alteração do padrão de decisão do Poder Judiciário, que começou a, em alguns casos, apreciar demandas coletivas voltadas à discussão da política pública da educação infantil, essa intervenção judicial não tem sido capaz, até agora, de alterar o estado de coisas e a situação de déficit de vagas em creche no município permanece, como visto acima. A litigância coletiva até agora realizada não gerou o incremento do acesso à justiça substancial pela absorção integral da coletividade beneficiada pelo direito à creche e pré-escola no município.

⁴⁶ V. GOTTI e XIMENES, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*. Opinião Legal extraída dos autos da Apelação 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo) (2007 a 2012).

⁴⁷ A cidade de Santo André, em relação a qual foi prolatada a paradigmática decisão do STF (410715-5/SP) em 2006 que permitia o controle judicial da política pública da educação infantil e que foi determinante para a alteração do padrão de litigância coletiva do Judiciário, ainda em 2013, sofria com a falta de vagas em creche. v. reportagem de título “Santo André irá criar 3.190 vagas em creche”, Diário do Grande ABC, disponível em <http://www.dgabc.com.br/Noticia/460415/sto-andre-ira-criar-3-190-vagas-na-educacao-infantil>, acesso em 12.4.2015.



É verdade, porém, que a litigância estratégica coletiva dos direitos sociais ainda tem história recente no Judiciário brasileiro e, por isso, apresenta espaço de ampliação e aprimoramento. Nesse sentido, a decisão prolatada na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 parece representar outra importante clivagem no padrão de julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo. Houve a busca pelo incremento da legitimidade política e da qualidade da decisão, via a ampliação do espaço de debate pela realização da paradigmática audiência pública que, de fato, permitiu a participação da sociedade. Houve, ainda, sensível alteração da postura dos julgadores diante do conflito, seja pela realização de tentativa séria de conciliação dos interesses em jogo, seja pelo teor da decisão, claramente preocupada com a manutenção do espaço necessário de discricionariedade administrativa do Poder Público (pela apresentação de planos e cronogramas próprios de execução das metas traçadas) e, principalmente, preocupada em estabelecer reais condições de eficácia (executoriedade) do provimento jurisdicional prolatado (pela criação de Comitê heterogêneo de acompanhamento da execução). Embora não traduzida ainda nos números oficiais, há notícia, ainda de que a Municipalidade estaria cumprindo o plano de expansão inicialmente estabelecido na execução provisória.

O desenrolar dessa litigância estratégica, que ainda depende do reconhecimento da autoaplicabilidade do direito à creche (art. 208, IV, CF) e da confirmação da decisão prolatada na Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 pelos Tribunais de vértice do nosso Judiciário, pode trazer elementos importantes para reflexão sobre os reais potencialidade de a arena judicial funcionar como transformadora da realidade social brasileira e garantir efetivo acesso à justiça.

5. Conclusões

Este artigo buscou responder à seguinte pergunta: a litigância judicial envolvendo o direito à educação infantil no município de São Paulo (i) tem servido como mecanismo de transformação social pela efetivação de direitos (dimensão substancial) e/ou (ii) tem



encontrado um Judiciário acessível ao ingresso de conflitos, com as técnicas processuais racionais e adequadas (dimensão procedimental)?

A análise do caso creche e pré-escola, ainda em andamento e em processo de expansão, permite-nos concluir que, no tocante ao direito à educação infantil no município de São Paulo, o amplo acesso à justiça, em ambas as suas acepções, é, por enquanto, mais uma promessa (potencial) que uma realidade.⁴⁸

Sob a dimensão processual, o acesso individual ao Judiciário é pequeno, se comparado ao tamanho do macro conflito. A maior parte dos lesados pela falta de vagas se perde durante a ascensão na pirâmide da litigância e não chega a propor suas demandas. É certo que, uma vez ajuizada a demanda individual, o Judiciário Paulista tem oferecido técnica processual adequada ao indivíduo, na medida em que, reconhecido o direito à creche e pré-escola, suas ordens de inclusão de crianças têm, como regra, sido cumpridas pelo Município, ainda que não imediatamente. Essas decisões individuais, porém, por serem randômicas, atomizadas e não racionalizadas ou planejadas, não têm impactado na diminuição do déficit de vagas em creche no município e, portanto, não tem sido fator de transformação social pela efetivação do direito à educação infantil (dimensão substancial).

O acesso coletivo, por sua vez, ainda encontra resistência pelo Judiciário Paulista. Embora seja possível identificar uma tendência judicial ampliadora do conhecimento de pretensões coletivas envolvendo a políticas públicas educacionais, o Judiciário Paulista muitas vezes resiste, pela adoção de argumentos “escudos” como o da discricionariedade administrativa, à apreciação de pedidos voltados à tutela, especialmente, de interesses essencialmente difusos. Nos casos em que as pretensões transindividuais ingressam no Judiciário, muitas vezes encontram técnicas processuais inadequadas, obsoletas e

⁴⁸ Segundo GALANTER, os sistemas de justiça “das democracias modernas são desenhados de tal forma que, se todos que tenham uma demanda legítima a invocassem, o sistema entraria em colapso. A viabilidade desses sistemas depende, assim: (a) da eficácia dos “efeitos gerais”, ou seja, do controle exercido sobre comunicação e informação mais que do efetivo *enforcement*; (b) da disponibilidade de procuradores informais para a ação legal, e, finalmente; (c) da apatia, da ignorância e das barreiras financeiras e culturais que inibem a assertiva pela busca de direitos. Esses sistemas são inerentemente totêmicos ou simbólicos – regras existem para serem celebradas e adoradas, não para serem aplicadas em todas as instâncias que elas presumidamente cobrem”, *Access to justice in a world of expanding social capability*, p. 119 (tradução livre).



essencialmente adjudicatórias, bem como um Judiciário não preparado para o equacionamento de demandas de natureza distributiva. Logo, sob a dimensão processual (ingresso, adequação e racionalidade), a litigância processual coletiva sobre educação infantil ainda não encontra um Judiciário plenamente acessível. É digna de nota, porém, a experiência ainda em andamento da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, que sinaliza um processo de amadurecimento do Judiciário Paulista para lidar com demandas voltadas à discussão de políticas públicas, seja pela ampliação democrática do debate, seja pela adoção de postura mais mediadora.

Sob a dimensão substancial, a litigância coletiva também não tem sido apta a propiciar a transformação social pela efetivação do direito à educação. Como visto acima, o número de crianças que busca vaga em creche em São Paulo ainda é enorme. O sistema de justiça, no caso analisado, permanece na procura por caminhos de articulação e aprimoramento para a concretização da promessa de acesso à justiça e efetivação desse específico direito social.⁴⁹

A constatação de que a litigância sobre direito à creche e pré-escola em São Paulo não apresentou resultados substanciais, até agora, na efetivação do direito universal à educação infantil, contudo, não significa dizer que ela não tenha gerado outros impactos sociais relevantes. Não há como negar que as decisões judiciais (individuais e coletivas) representam um avanço na linha de acesso à justiça, no sentido do reconhecimento da exigibilidade do direito à educação infantil. Esse avanço tem efeito simbólico importantíssimo. O crescente reconhecimento judicial do direito à educação como um direito individual e coletivamente justiciável e, portanto, exigível em face do Estado, traz impactos jurídicos e sociais que vão além da resolução dos conflitos trazidos à apreciação judicial.

GALANTER enfatiza que:

“a relação entre as Cortes (arenas oficiais) e os conflitos é multidimensional. A resolução decisiva, enquanto importante, não é a

⁴⁹ Sobre o acesso como promessa e forma de manutenção de estruturas de dominação, v. LAURIS, *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*, p. 101-104.



única (nem, eu entendo, a principal) ligação entre Cortes e conflitos. Conflitos podem ser prevenidos pelas decisões das Cortes (p. ex. por permitir ao litigante se planejar para evitar um conflito ou para juridicamente desarmar um potencial litigante contrário). Ainda, as Cortes podem aumentar e mobilizar conflitos, como ocorre quando suas decisões declaram a existência de direitos e legitimam o aumento de expectativas sobre a chances de êxito da propositura de uma demanda, ou quando as mudanças de interpretações de regras sobre legitimidade de agir sugerem uma nova possibilidade de ajuizar uma demanda com sucesso. Além disso, Cortes podem deslocar os conflitos para arenas alternativas e legitimar essas arenas com poder decisório. Por fim, as Cortes podem transformar os conflitos, na medida em que questões decididas são objeto de interpretações que ampliam, restringem ou transformam os enquadramentos inicialmente trazidos pelas partes. Em suma, Cortes não somente resolvem conflitos, elas os previnem, mobilizam, deslocam e transformam” (tradução livre).⁵⁰

Este artigo se limitou a analisar impacto da litigância sobre direito à educação infantil, como mecanismo de transformação social pela via direta, ou seja, pela efetivação de direitos pelo exercício da jurisdição. Não pretendeu, dessa forma, medir efeitos indiretos e multidimensionais da litigância sobre direito à creche e à pré-escola. Esses efeitos, porém, são empiricamente sensíveis e podem ser constatados, p. ex., pelo incremento da propositura de demandas individuais e coletivas voltadas à concretização do direito à educação infantil; e pela ampliação da articulação dos atores (institucionais e sociais) envolvidos com a causa. São efeitos relevantes e não devem ser descartados dentro de uma avaliação mais global sobre os impactos potencialmente transformadores da judicialização dos direitos sociais.

A constatação de que os impactos das decisões judiciais são mais complexos e transbordam a mera análise da potencialidade do Judiciário de resolver conflitos de forma

⁵⁰ GALANTER, *The Radiating effects of Courts*, p. 123.



definitiva, ainda, deve ser considerada na discussão e futuras pesquisas voltadas ao estudo dos limites da arena judicial como espaço de discussão de interesses públicos predominantes.

Referências

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados 'interesses difusos'. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 7-19, out./dez. 1982.

BASTOS, Celso. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981.

BRASIL, Advocacia Geral da União, Intervenção Judicial na Saúde: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos da seara da Justiça Estadual, Brasília, 2013 (Consultoria Jurídica), disponível em . <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acesso em 25/2/2015.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*, Brasília, 2011 (Relatório de Pesquisa).

BRASIL, Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP, *Censo Educacional 2012*, Brasília, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Portugal, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.



_____. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, ideologia e sociedade*, v. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 379-397.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim Arruda (org.). *Conflitos de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, p. 79-101, 1984.

FELSTINER, William L. F., ABEK, Richard L. E SARAT, Abel and Austin, The emergence and transformation of disputes: naming, blaming, claiming, *15 Law & Society Review*, n. ¾, 1980-1981, p. 631-654.

FISS, Owen. As formas da justiça. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord. trad.). *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25-104.

GALANTER, Marc. Access to justice in a world of expanding social capability, *37 Fordham Urban Law Journal*, 2010, p. 115-128.

_____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change, *9 Law & Society Review*, n. 1, 1974, pp. 95-160.

_____. The Radiating effects of Courts, *Empirical Theories About Courts* 117 Keith Boyum & Lynn Mather eds., 1983.

GOTTI, Alessandra, XIMENES, Salomão, *Litígio estrutural – Déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – Multiplicidade de Ações Judiciais – Estratégia de exigibilidade alternativa*, Opinião Legal, extraída dos autos da Apelação n. 0150735-64.2008.8.26.0002, da Comarca de São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 14-15, ano 4, p. 25-44, abr./set. 1979



_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 19-30, jul./set. 1986.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 113-128, out./dez. 1986.

GROSS CUNHA, Luciana. *Juizado Especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça*, São Paulo, Saraiva, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo, *Revista Estudos Históricos*, n. 18 (1996), p. 389/401.

LAURIS, Élida. *Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece Dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal*.

Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2013,

(https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/24297/1/Tese%20Elida%20final_29-09-2013.pdf), acesso em 24.2.2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 55, ano 14, jul./set. 1989.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*, Dissertação de Mestrado apresentada no Departamento de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

NERY JR., Nelson. A ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 224-232, jul./set. 1983.

OLIVEIRA, Luciano. Polícia e classes populares. *Cadernos de Estudos Sociais*, n.1, Recife, jan./jun. 1985, p. 85-94.

RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas, FRIGO, Darci, PRIOESTE



Fernando e ESCRIVÃO FILHO, Sérgio Escrivão Filho (org.). *Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular*, Curitiba: Terra de Direitos, 2010, p. 105-127.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública, um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremocracia, *Revista Direito GV*, n.8, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441-464.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 197-206, abr./jun. 1984.

_____. Assistência judiciária e o Juizado de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1985, p. 161-167.

_____. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 1-7.

_____. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini & WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 213-224.