

**ESTRATÉGIA E ACESSO À JUSTIÇA: O CASO DO JULGAMENTO DO RE
631.240/MG E O LITÍGIO POR VAGAS NAS CRECHES E PRÉ-ESCOLA NO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

STRATEGY AND ACCESS TO JUSTICE: THE CASE OF THE JUDGMENT OF RE
631.240/MG AND THE LITIGATION FOR VACANCIES IN DAYCARE AND PRE-
SCHOOL IN THE MUNICIPALITY OF SÃO PAULO

Milton Barossi Filho¹
Denise Alessandra Defina²

RESUMO

O expressivo aumento da litigiosidade nas últimas três décadas, no Brasil, tem despertado interesse da doutrina em apontar-lhe razões, elucidando motivos que possivelmente defina os contornos do problema. Dentre essas razões, a expansão do poder judiciário por meio da multiplicação de processos que possam compensar a falta de políticas públicas ou de mecanismos institucionais mais efetivos é das mais frequentemente indicadas. Apesar da significância desse movimento, não é um episódio conclusivo à definitividade do acesso à justiça ou uma consequência do mesmo, pois a maior parte desses litígios estão concentrados em demandas individuais, envolvendo, majoritariamente, entes atuantes como verdadeiros litigantes repetitivos. O crescimento contínuo da repetitividade dos conflitos apresentados ao judiciário abriram espaço para mecanismos aceleradores e aglutinadores do trâmite desses processos individuais, destacando-se para os objetivos desse artigo os recursos repetitivos. Embora amplamente discutida pela doutrina, essa técnica coloca-se aqui como relevante, pois contraposta às ações coletivas em perspectiva do tratamento estratégico por meio da Teoria dos Jogos. Os resultados apontam para uma superioridade da solução cooperativa em comparação à solução não cooperativa.

Palavras-chave: ações coletivas, repercussão geral, teoria dos jogos; estratégias cooperativas e estratégias não cooperativas.

¹ Possui graduação em Economia pela Universidade de São Paulo (1988), mestrado em Economia pela Universidade de São Paulo (1991), doutorado em Economia pela Universidade de São Paulo (1997), Livre Docência em Economia pela Universidade de São Paulo (2010) e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo (2017). Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Direito e Economia. Professor Associado, Departamento de Economia, FEA-RP/USP. Email: mbarossi@usp.br

² Graduada em Economia pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (1998). Mestre (2012) e Doutora (2018) em Administração das Organizações pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Atua na área de pesquisa em Administração Geral, Enfoque Sistêmico, Sustentabilidade, Gestão de Logística e Cadeia de Suprimentos, Logística e Simulação Empresarial. Professora doutora do Departamento de Administração, UNAERP. Email: ddefina@unaerp.br

ABSTRACT

The significant increase in litigation over the last three decades in Brazil has aroused the interest of the doctrine in pointing out reasons, elucidating reasons that possibly define the contours of the problem. Among these reasons, the expansion of the judiciary through the multiplication of processes that can compensate for the lack of more effective public policies or institutional mechanisms is one of the most frequently indicated. Despite the significance of this movement, it is not a conclusive episode to the definition of access to justice or a consequence of it, since most of these litigations are concentrated in individual demands, involving, for the most part, entities acting as true repetitive litigants. The continuous growth of the repetitiveness of the conflicts presented to the judiciary opened space for accelerating and agglutinating mechanisms in the process of these individual processes, highlighting for the purposes of this article the repetitive resources. Although widely discussed by the doctrine, this technique is presented here as relevant, as it is opposed to collective actions in the perspective of strategic treatment through Game Theory. The results point to a superiority of the cooperative solution compared to the non-cooperative solution

Keywords: collective actions, general repercussion, game theory; cooperative strategies and non-cooperative strategies.

1. INTRODUÇÃO

Não é um fenômeno desconhecido o expressivo aumento da litigiosidade nas últimas três décadas no Brasil, o que tem despertado interesse da doutrina em apontar-lhe razões, elucidando motivos que possivelmente defina os contornos do problema. Dentre essas razões, a expansão do poder judiciário por meio da multiplicação de processos que possam compensar a falta de políticas públicas ou de mecanismos institucionais mais efetivos é das mais frequentemente indicadas³.

A despeito da significância desse movimento, não é um episódio conclusivo à definitividade do acesso à justiça ou uma consequência do mesmo, pois a maior parte desses litígios estão concentrados em demandas individuais, envolvendo, majoritariamente, entes⁴ atuantes como verdadeiros litigantes repetitivos⁵. A par disto, o CPC/15 estabeleceu mecanismos de tratamento de litígios repetitivos, cujo foco, a despeito da necessidade de um tratamento adequado e justo a esse tipo de conflito direcionou-se à solução da elevada carga de

³ SANTOS (2015, p. 22).

⁴ Autoridades públicas e minorias privilegiadas.

⁵ CUNHA & GABBAY (2012, p. 24).

trabalho do Poder Judiciário sem, no entanto, comprometer a qualidade da prestação jurisdicional já afetada pela morosidade da efetividade da justiça socialmente aferida.

O crescimento contínuo das repetitividade dos conflitos apresentados ao judiciário abriram espaço para mecanismos aceleradores e aglutinadores do trâmite desses processos individuais, destacando-se para os objetivos desse artigo os recursos repetitivos. Embora amplamente discutida pela doutrina, essa técnica coloca-se aqui como relevante, pois contraposta às ações coletivas em perspectiva do tratamento estratégico por meio da Teoria dos Jogos. Sendo assim, dois casos concretos envolvendo-as são discutidos sob esse ponto de vista, visando tirar conclusões acerca da efetividade do acesso à justiça. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG, admitido após reconhecimento de repercussão geral pelo STF, e do litígio coletivo envolvendo vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo, que tramita pela via da ação civil pública no judiciário paulista.

Dois modelos estratégicos paradigmáticos foram usados nessa análise. De um lado, o modelo de jogos não cooperativos, solucionados por meio da lógica racional da eficiência e aplicada, especificamente a situações que admitem a técnica dinâmica do *backward induction*. De outro lado, o modelo de jogos cooperativos, cuja solução é induzida pelo princípio da reciprocidade.

Os resultados apontam para uma superioridade da solução cooperativa em comparação à solução não cooperativa, principalmente na avaliação dos ganhos obtidos pela sociedade civil em termos de acesso e efetividade da justiça. Na seção II discutem-se as técnicas processuais das ações coletivas e da repercussão geral, quando aplicadas ao contexto analítico do problema. Em seguida, na seção III, os dois casos selecionados são comparados na perspectiva da teoria dos jogos. Uma seção conclusiva encerra o trabalho.

2. AÇÕES COLETIVAS E RECURSOS REPETITIVOS: UM ENFOQUE EM TEORIA DOS JOGOS

2.1. Teoria dos jogos: estratégias não cooperativas e estratégias cooperativas

Com o objetivo de iniciar a discussão coloca-se uma questão relevante à teoria dos jogos⁶: Sob quais condições a cooperação emerge em um mundo individualizado e egoísta sem

⁶ AXELROD (1984, p. 3).

uma autoridade central? Da mesma maneira que se tem ciência do fato de que os indivíduos tendem a cuidar de si próprios e de seus interesses primeiro, ao mesmo tempo, a cooperação é um fato incontestável em nossa civilização. Então, em situações, em que os indivíduos têm incentivos a serem egoístas como a cooperação pode emergir?

Para HOBBS (1962, p. 100 apud AXELROD, 1984, p. 4), “*cooperation could not develop without a central authority*”. Desse ponto de vista, a cooperação jamais se desenvolveria sem a atuação de uma autoridade central, sem um estado forte e centralizado, contudo, essa visão é incompleta, pois ignora a reciprocidade enquanto regra. A regra da reciprocidade é estável, manifestando-se na situação em que os indivíduos, perseguindo os próprios interesses agem produzindo a cooperação⁷. Neste caso, os indivíduos comportam-se buscando o melhor individualmente, contudo ao se comportarem dessa forma, produzem consequências para o sistema como um todo, sem a necessidade de uma autoridade central.

Uma aproximação ao problema discutido tende à situação em que a busca do interesse individual leva a um resultado pior para todos. Nessa situação, a lógica racional⁸ eficiente pode conduzir a um resultado pior para todos os envolvidos em relação aquele possível, porém inatingível sem a cooperação. Por definição, essa descrição corresponde à situação denominada *Dilema de Prisioneiros*, isto é, quando o melhor para cada indivíduo leva a deserções mútuas, enquanto que todos poderiam estar melhores caso houvesse cooperação⁹. O que é o dilema de prisioneiros? Um modelo teórico da teoria dos jogos, cujo objetivo é representar uma situação estratégia muito específica a partir da qual ajustam-se outras capazes de reproduzir a cooperação. Como é um modelo teórico, reportar, as hipóteses que o fundamentam são as seguintes:

H1: O ordenamento das preferências individuais ocorre, necessariamente, da melhor para a pior¹⁰;

H2: A recompensa obtida pela escolha da estratégia de cooperação mútua é maior do que a média dos resultados da estratégia em que um dos indivíduos decide cooperar e o outro não;

⁷ AXELROD (1984, p. 5).

⁸ EDWARDS (1954, p. 381-382) afirma que o significado da racionalidade individual é duplo: capacidade fraca de ordenar preferências dentro das possibilidades de escolha capazes de maximizar um objetivo.

⁹ “*What is best for each person individually leads to mutual defection, whereas everyone would have been better off with mutual cooperation*”. AXELROD (1984, p. 5).

¹⁰ Do contrário, contraria a lógica racional da escolha.

H3: Os jogadores interagem apenas uma vez. Portanto, são jogos finitos, sendo a rodada única e terminal;

H4: Não há nenhum mecanismo eficaz e disponível aos jogadores forçando ameaças ou compromissos. Isto é, os jogadores estão expostos a todas as possíveis estratégias disponíveis;

H5: Não há nenhuma certeza quanto à decisão tomada por um dos jogadores, dada a decisão que o outro jogador toma. Elimina-se, assim, a possibilidade de reputações confiáveis, logo a única informação disponível aos jogadores, acerca de cada um deles, é o próprio histórico de suas interações;

H6: Não há nenhuma forma de se eliminar o outro jogador ou fugir da interação. Logo, cada jogador conserva suas habilidades para cooperar ou não cooperar em cada movimento.

H7: Não é possível alterar os *payoffs* dos outros jogadores;

H8: Há apenas dois jogadores: A e B;

H9: A cada jogador estão disponíveis duas estratégias possíveis: Cooperar (C) e Não Cooperar (NC);

H10: Os *payoffs* aparecem em cada célula interativa do jogo, dispostos na forma estratégica¹¹ (2x2), pois são dois jogadores, duas estratégias e quatro possibilidades de interação;

H11: os números representativos dos *payoffs* contidos na matriz de *payoffs* são representativos e logicamente dispostos de forma a refletir a situação estratégica pretendida;

H12: Em cada par de *payoffs*, (a,b), **a** é o *payoff* para o jogador B, que está à esquerda da matriz de *payoffs*, enquanto **b** é o *payoff* para o jogador A, que está acima da matriz de *payoffs*.

Nessa situação, palavras não efetivadas por ações não tem significado algum e os jogadores comunicam-se apenas por meio das sequências de comportamentos estratégicos, o quais estão disponíveis

Tabela 3 – Matriz de *payoffs* para os jogadores A e B diante das estratégias Cooperar (C) e Não Cooperar (NC)

JOGADORES		A	
B	ESTRATÉGIAS	C	NC
	C	(3,3)	(0,5)
	NC	(5,0)	(1,1)

De acordo com as informações matriz na tabela 3 pode-se afirmar os seguintes:

¹¹ Ou matricial.

1. Os valores que representam os *payoffs* obtidos para cada interação entratégica dos jogadores confirmam a primeira hipótese, pois 5 sempre será preferível a 3 e este a 1. Por transitividade, aqueles a este último;
2. Confirmando **H2**, a recompensa obtida pela escolha da estratégia de cooperação mútua é mais elevada do que a média dos valores das estratégias em que um dos indivíduos decide cooperar e o outro não. Isto é, 3 é superior à média entre 5 e 0, 2,5. Deve-se prestar atenção a esse aspecto do modelo, pois está intrinsecamente relacionando à existência de uma estratégia estritamente preferível no jogo;
3. Como solucionar o jogo utilizando a lógica racional? Qual é a regra de decisão? O jogador A escolhe a melhor estratégia em termos do resultado que pode obter, dado que o outro jogador B também escolherá da mesma forma. Logo:
 - a. Se o jogador A escolher a estratégia cooperativa, o jogador B escolherá, no seu melhor interesse, a estratégia não cooperativa. Por que? Na escolha da estratégia C, o jogador A escolhe os possíveis *payoffs*, dentro dessa estratégia, na linha vertical de comparação, ou seja, (3,3) e (5,0). Como o resultado 0 é pior do que o resultado 3, então escolhe a estratégia cooperativa. No entanto, na perspectiva horizontal, o jogador B escolhe uma dentre as alternativas (3,3) e (5,0), dado que o jogador A escolhe a estratégia cooperar. Como 5 é maior que 3, o jogador B escolhe a estratégia não cooperar;
 - b. Se o jogador B escolher a cooperar, o mesmo terá diante de si, na linha horizontal de comparação, os *payoffs* (3,3) e (0,5). Da mesma forma, como o resultado 0 é pior do que o resultado 3, então escolhe a estratégia cooperativa. No entanto, na perspectiva vertical, o jogador A escolhe uma dentre as alternativas (3,3) e (0,5), dado que o jogador B escolhe a estratégia cooperar. Como 5 é maior que 3, o jogador A escolhe a estratégia não cooperar;
 - c. Ambos sabem que ambos sabem da existência dessas possibilidades e conhecem todas as estratégias possíveis. A informação nesse jogo é perfeita, ou seja, simétrica e completa. Sendo assim, a única estratégia lógica de escolha para ambos é não cooperar, cujo *payoff* é igual a 1 para os dois jogadores.
4. Existe uma alternativa estratégica superior para ambos, a cooperação mútua. Contudo, em face das hipóteses do modelo, assim como da inexistência de incentivos que possam

levar os jogadores à escolha da estratégia cooperativa mútua, a aplicação da lógica racional leva a um resultado pior para ambos os jogadores;

5. A solução do dilema de prisioneiros (NC,NC) é uma estratégia estritamente preferível à estratégia (C,C).

Em termos do dilema de prisioneiros, a estratégia que melhor se aplica depende diretamente da estratégia escolhida pelo outro jogador, e se esta estratégia abre espaço para o desenvolvimento da cooperação. De acordo com AXELROD (1984, p. 15), este princípio baseia-se na ponderação de que o próximo movimento em relação ao atual seja suficiente a tornar o futuro algo crível, portanto um princípio dos mais relevantes para o desenvolvimento do raciocínio que se aplica na contraposição entre ações coletivas e recursos repetitivos.

O desenvolvimento do comportamento cooperativo validando as ações coletivas pode ser iniciado mesmo em uma situação não cooperativa; isto é, mesmo quando a busca pelo direito, individualmente, seja algo natural ou mais provável de acontecer. A cooperação pode evoluir, inicialmente, a partir de um pequeno grupo de indivíduos¹², que fundamentam a necessidade da cooperação na reciprocidade¹³, detentores de uma taxa de interação muito baixa.

Esse tipo de situação pode surgir a partir da percepção dos membros do grupo, que embora não descartem a via não cooperativa, começam a perceber vantagens na reciprocidade, principalmente quando demonstra vantagem econômica. Por exemplo, no caso do litígio envolvendo vagas nas creches e pré-escolas no município de São Paulo, não se trata apenas da vaga na creche ou na pré-escola, mas da percepção dos grupos representados que, ao agirem de forma organizada e coletiva, compelem os demais à cooperação, modificando os parâmetros da política pública, apoiando-se em representantes fortes e qualificados. Não agem pelo simples desejo de reciprocidade desprovido de sentido, ou por acordo estratégico que privilegie apenas os comportamentos individuais, mas de acordo à lógica de ação coletiva voltada a um objetivo comum.

Segundo OLSON (1971, p. 14), isto significa que o bem público ou coletivo está sendo ou vai ser disponibilizado ao grupo. Logo, desde que o objetivo seja comum a um determinado grupo, isto significa que ninguém no grupo estará excluído dos benefícios obtidos por atingi-lo. Nesse sentido, o *opt-out*, ou a escolha individual em excluir-se do grupo não é mecanismo

¹² Um grupo ou associação.

¹³ Proteção mútua, apoio, suporte e defesa de direitos dos membros etc.

de eliminação individual por não ter contribuído para o objetivo almejado, mas uma garantia individual quando o risco de sucesso da estratégia coletiva, individualmente avaliado, for elevado.

No microssistema legal do processo coletivo brasileiro, a técnica do *opt-out*^{14,15} não foi acolhida. Segundo SICA (2016, p. 272-273), algo distinto foi previsto e introduzido por opção legislativa no art. 104 do CDC. Ao autor da ação individual é facultada a possibilidade de suspensão do processo, após ciência do ajuizamento da ação coletiva. Por outro lado, estabelece o art. 103, III do CDC que a sentença fará coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, criando, assim, situação em que os indivíduos apenas se beneficiam da sentença, jamais se prejudicam¹⁶. Embora justificada a técnica pela melhor doutrina¹⁷, com fundamento, principalmente, no artigo 5º XXXV da CR/88, trata-se, em termos dos direitos individuais homogêneos, de excepcionalidade a fragilizar a efetividade do princípio da reciprocidade por meio da lógica do agir coletivo.

Segundo GRINOVER (2011, p. 472), os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos tradicionais, passíveis de tratamento processual pela via individual, não excluindo, no entanto, a via coletiva em razão de sua homogeneidade e origem comum. WATANABE (2011, p. 637), ainda sobre os direitos individuais homogêneos, afirma o seguinte: “*As ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo, são inadmissíveis por significarem um bis in idem, que poderá dar origem a conflitos práticos, e não apenas lógicos, de julgados, o que nosso ordenamento jurídico não tolera...*”.

Ambos autores afirmam a relevância das ações coletivas na defesa dos interesses individuais homogêneos. Além disso WATANABE (2011, p. 637) ao afirmar que pode configurar uma situação inadmissível quando “*As ações individuais que veiculem a mesma pretensão da ação coletiva ou de uma outra ação individual com o mesmo escopo...*” são propostas, alerta para a possibilidade de conflitos lógicos de julgados. Os argumentos são discutidos com o objetivo de resguardar a via coletiva para situações em que seja mais efetiva

¹⁴ De acordo com CAVALCANTI (2015, p. 94): “*Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (opt-out), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos de decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (opt-in)*”.

¹⁵ Rule 23 (b) (3), *Federal Rules of Civil Procedure*.

¹⁶ Exceto quanto ao previsto no art. 104 do CDC.

¹⁷ GRINOVER (2011) E GRINOVER et al (2018).

e, além disso, evitar a litigância de massa por meio da exclusão dos conflitos lógicos das decisões.

Não se pretende afirmar que alguns mecanismos introduzidos no ordenamento jurídico, em face da disciplina jurídica do processo coletivo no Brasil, como, por exemplo, o previsto no art. 104 do CDC, tenham inviabilizado a via coletiva, mas a enfraqueceram, provocando “vazamentos” na efetividade do princípio da reciprocidade. O conjunto de dispositivos legais previstos no CDC, regulando os efeitos da coisa julgada, deixaram uma porta aberta à ineficácia da inibição de demandas individuais, requerendo, portanto, novas técnicas processuais individuais para tratamento de demandas individuais de massa, como os recursos repetitivos.

Uma comparação entre dois casos concretos, um deles envolvendo a via coletiva no litígio das vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo e, outro, referente ao julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG, tendo por base de comparação os modelos desenvolvidos pela teoria dos jogos, é o objeto da discussão na próxima seção.

3. COMPARAÇÃO E DISCUSSÃO DA APLICAÇÃO DA TÉCNICA DE JOGOS COOPERATIVOS E DE JOGOS NÃO COOPERATIVOS A DOIS CASOS CONCRETOS

3.1. O caso INSS e o julgamento do RE 631.240/MG

Quanto à escolha e relevância do caso, afirma GIANNATTASIO et al (2012, p. 54): *“nesta situação, o regime jurídico articula um delicado confronto político entre a promoção de justiça social e o equilíbrio econômico. Esses conflitos refletem características complexas da sociedade contemporânea, por exemplo a expressiva disparidade social e de renda no Brasil”*. A sociedade brasileira contemporânea, além de complexa é desigual, reconhecendo os autores esses fatores externos ao Direito, que afetam o problema, inserindo esse cenário díspare no *front* de um confronto entre um princípio de justiça e uma preocupação necessária de eficiência do equilíbrio econômico.

As regras, ainda segundo os autores¹⁸, não são suficientes para eliminar as várias situações de conflito. Tampouco se prestam a efetivar o acesso à justiça. De outro lado, a litigiosidade é, em sua maioria individualizada e quantitativamente expressiva, pois as

¹⁸ GIANNATTASIO et al (2012, p. 54).

pretensões são apresentadas por meio de demandas individuais, repercutindo no volume de processos e na morosidade do judiciário brasileiro. Não é função do judiciário a promoção da distribuição de renda, tampouco seria seu papel reforçá-la em detrimento da justiça social que a sociedade brasileira almeja. Basicamente, por essas razões o caso do julgamento do RE 631.240/MG foi escolhido para análise nesse trabalho.

Em 2008, uma ação contra o INSS foi ajuizada, em primeira instância, pretendendo o autor a concessão de benefício de aposentadoria por idade. O processo foi extinto sem resolução do mérito, entendendo o juiz de primeira instância, pelo fundamento exarado na decisão, que a instância administrativa não fora esgotada, logo carecia ao autor o interesse de agir¹⁹. Em seguida, o autor apelou ao Tribunal Regional Federal, 1ª região, que anulou a decisão de primeiro grau, pois não teria sentido falar no exaurimento da via administrativa como condição ao ajuizamento da ação previdenciária, sob pena de violação do livre acesso à justiça²⁰, além de afrontar, no entendimento do tribunal, decisão sumular²¹ exarada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos. Por que o entendimento do tribunal foi diverso do entendimento do juiz de primeira instância?

1. A manutenção da decisão judicial de primeira instância caracteriza entrave burocrático aos segurados, portanto desnecessário e inadequado;
2. Esse entrave burocrático estaria em consonância a manifesta prática procrastinatória da autarquia;
3. Embora o INSS tenha impetrado embargos infringentes, já que a decisão não foi unânime, os mesmos não foram providos, pois o colegiado do TRF 1ª região reforçou os mesmos argumentos da decisão..

O INSS interpôs Recursos Extraordinários ao STF contra os acórdãos prolatados em segunda instância e, destacando-se o RE 641.240/MG, que contou com a participação dos *amici curiae*: a União Federal que propugnou pelo provimento do recurso, de um lado, e a Defensoria Pública e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, que pleitearam o não provimento do recurso, de outro. O julgamento do RE 641.240/MG originou-se de uma dentre as milhares de

¹⁹ Art. 295, III CPC/73.

²⁰ Art. 5º, XXXV, CR/88.

²¹ Súmula 213/TFR: “O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”.

ações nas quais o INSS suscitou como defesa da tese da necessidade do prévio requerimento administrativo para que restasse configurado o interesse de agir do segurado no pleito da concessão do benefício.

O posicionamento anterior nas duas turmas do STF era pela inadmissão de repercussão geral em face do RE 640.241/MG em 2010, a qual estava assentada e pacificada como uma referência fundamentada no art. 5º, XXXV, CR/88. No entanto, em atuação estratégica, por meio da Procuradoria Especializada, o INSS coloca em debate a tese da fixação de balizas para a relação existente entre os Poderes Executivo e Judiciário, pois a situação demandava solução em face da colisão de dois princípios constitucionais: direito de ação²² e separação dos poderes²³.

Antes de adentrar à discussão do julgamento do RE 641/240/MG, alguns comentários são necessários em relação aos fatos envolvendo o processamento original do RE 641.240/MG no STF, assim como a estratégia de atuação seguida pelo INSS. O reconhecimento da repercussão geral em sede de recurso extraordinário pelo STF está, regulada em alguns dispositivos legais: Art. 102, § 3º CR/88²⁴; arts. 1035 e 1036 do CPC/15 e RISTF²⁵.

Expressa o *caput* do artigo 1035 do CPC/15 o seguinte: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo”. Fora pacificado, nas duas turmas do STF, entendimento pela inadmissão da repercussão geral ao RE 641.240/MG, que se fundamentava no disposto no art. 5º, XXXV CR/88. Portanto, a estratégia da Procuradoria Especializada do INSS, embora louvável pela sua inteligência, desvia o foco da tese para outro caminho, o qual segue um atalho mais impessoal da separação dos poderes em detrimento de alternativa coletiva do direito de ação. Não parece haver invasão de esferas de competências dos poderes, uma vez que um dos poderes é ineficiente e de forma proposital opta por práticas procrastinatórias a protelar decisão que, em tese, teria direito o segurado.

Outro dispositivo, o artigo 1035 do CPC/15, desperta dúvidas quanto à disposição do legislador em efetivar, por meio de técnicas processuais, o acesso à justiça, caso do disposto no parágrafo 5º do mesmo, redigido da seguinte forma: “Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal **determinará a suspensão do processamento de todos os**

²² Art. 5º, XXXV CR/88.

²³ Art. 2º, CR/88.

²⁴ Redação inserida pela Emenda Constitucional 45/2004.

²⁵ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional²⁶”. Primeiro, sugestivo que uma decisão monocrática baste para determinar a suspensão do processamento de todos os processos pendentes e tramitando no território nacional. Segundo, ainda mais preocupante que essa competência tenha efetividade na suspensão de todos os processos, inclusive individuais ou coletivos.

Voltando agora ao artigo 1036 do CPC/15, salta aos olhos o disposto no *caput*: “*Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça*²⁷”. O fundamento a que se refere o *caput* do art. 1036 do CPC/15 é apenas de direito, descartando-se, portanto a possibilidade da análise das questões fáticas, as quais, certamente, não são idênticas em todos os recursos extraordinários interpostos no STF. Como a grande maioria desses recursos envolve direitos individuais, as chances de que injustiças ocorram são significativas, impondo obstáculos à efetivação do acesso à justiça.

Ademais, dispõe o § 1º ao artigo 1036 do CPC/15 que: “*O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso*²⁸”. Se o descarte de questões fáticas da análise pelo STF ou STJ, com fundamento no art. 1036 *caput* do CPC/15, pode gerar situações injustas, o que pensar da atribuição singular de competência ao presidente e ao vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal? Do ponto de vista técnico, a escolha de apenas dois recursos para representar uma controvérsia é pouco razoável. Além disso, qual a regra aplicada à escolha desses recursos? A lei silencia a esse respeito²⁹.

Além disso natural que o presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal escolha, na maioria dos casos, o mínimo permitido por lei, uma vez que esses tribunais, assim como os tribunais superiores, estão ansiosos por solucionar o máximo possível de casos em estoque da maneira mais eficaz possível. Portanto, o dispositivo pode

²⁶ Grifos nosso.

²⁷ Grifo nosso.

²⁸ Grifos nosso.

²⁹ Ver a esse respeito aspectos doutrinários discutidos por CABRAL (2014).

sugerir outra meio de obstar a efetividade do acesso à justiça, pois baseado em estratégia não cooperativa de ação entre partes.

No procedimento de julgamento do RE 631.240/MG destacam-se três momentos que determinam o curso da decisão final, favorecendo o grande litigante, o INSS. São etapas dinâmicas, ocorrendo em momentos processuais distintos:

1. A interposição do RE 631.240/MG e do Agravo em Recurso Extraordinário, AgRE;
2. A entrega de memoriais, cujo objetivo aparente foi a pertinência para o reconhecimento do tema;
3. Por fim, a sustentação oral, decisiva na construção da tese que se queria ver acatada pelo STF.

Na primeira fase, da interposição do RE, o mesmo não foi admitido na origem, com decisão fundamentada no seguinte: *“a pretensão recursal é contrária ao entendimento já consolidado no STF, no sentido de que não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário* ³⁰ *”*. Diante dessa argumentação, restava ao INSS superar três pontos fundamentais:

1. Superar a inexistência de previsão constitucional para o fundamento do RE;
2. Desviar o foco da estratégia da discussão da condição da ação para objetivar a pretensão ao direito previdenciário;
3. Encontrar outro fundamento à natureza constitucional que não colidisse com o exercício do direito de ação.

Na técnica da teoria dos jogos, os três momentos estratégicos disponíveis aos jogadores efetiva uma situação de prevalência do dilema de prisioneiros em perspectiva dinâmica. O que significa essa perspectiva? Teoricamente, isso significa o relaxamento da terceira hipótese do modelo acima. Os jogadores, dessa vez STF e INSS, não interagem apenas uma vez, mas várias vezes até a prolação do acórdão final, logo é um jogo finito, dinâmico, em que o litigante habitual tem maior conhecimento do conjunto de informações necessário à solução idealmente

³⁰ ALMEIDA (2015, p. 18).

justa ao caso. O INSS sabe exatamente onde quer chegar e como chegar até que o resultado final favorável seja obtido, logo age de forma lógica de trás para frente, estabelecendo os passos necessários, e conhecidos até atingir o objetivo³¹.

Como agiu o INSS para iniciar o processo de revisão do entendimento inicial do STF? Interpôs Agravo ao Recurso Extraordinário para reautuar o Recurso Extraordinário. A forma do referido AgRE é estratégica, pois apesar de firma-se no mesmo fundamento legal do RE original, altera pontos significativos nas razões ao reconhecimento da Repercussão Geral, resumidos da seguinte forma:

1. Há um elevado número de ações, o que expressa, de início, um argumento *ad terrorem*, de acúmulo de ações e morosidade do judiciário. Além disso, recorre o INSS a outro argumento de mesmo conteúdo, o impacto econômico;
2. Recorre o INSS à jurisprudência ainda não pacificada e colidente nos TRF's, sob o viés do artigo 2º da CR/88 demandando uniformização em nível nacional;
3. Contrariedade à Constituição, pois o RE estaria em confronto ao artigo 2º da CR/88 e não mais ao artigo 5º, XXXV. Contudo, o INSS é estratégico suficiente a não restringir por completo o direito de ação, uma vez que admite uma vez denegado administrativamente o pedido do beneficiário, permanence aberta a via judiciária.

Portanto, a construção da tese desejada pelo INSS inicia-se com a interposição do AgRE 631.240/MG, não abandonando os argumentos originais do RE 631.240/MG, no entanto contrói nova tese que, no agregado, pode dar provimento a sua pretensão, embora em casos isolados o não provimento da mesma tenha levado a prejuízos já internalizados pelo mesmo.

Na segunda etapa, ocorre a entrega dos memoriais³², aparentando ser relevante para o reconhecimento do tema como de repercussão geral³³. O INSS registra e enfatiza vantagens em relação ao prévio exame da matéria previdenciária pelo órgão especializado com o claro objetivo ao atendimento de sua pretensão:

1. Inexistência de prejuízo financeiro para o interessado;

³¹ Esse tipo de técnica ou de solução de modelos em teoria dos jogos denomina-se *backward induction*.

³² Cadernos de Memoriais 2009, conforme ALMEIDA(2015, p. 19).

³³ ALMEIDA (2015, p. 19-20).

2. Celeridade processual;
3. Especialidade dos servidores do INSS.

Esse documento é descritivo e contém um conjunto expressivo de estatísticas jurisprudenciais e de dados que apenas o próprio INSS conhece para apoiar a tese defendida³⁴. Essas estatísticas destacam aspectos econômicos e sociais acerca do dispêndio de recursos materiais e humanos³⁵ e alteração de prioridade no atendimento³⁶, contudo diligentes o suficiente a não demonstrar tolhido o direito à ação do segurado. Por fim, a tese construída é a seguinte: a supressão do âmbito de competência do INSS pelo Poder Judiciário constitui-se violação ao art. 2º da CR/88³⁷.

Na última fase de interação com o STF, o INSS sustenta sua posição oralmente. Em um primeiro momento, o INSS questiona a súmula 213 do TFR com o intuito de afastar a concepção cristalizada de que as práticas da autarquia seriam, recorrentemente, procrastinatórias, pois uma mudança significativa no paradigma de atuação da mesma ocorreu ao longo dos últimos anos, baseando-se na excelência do atendimento ao segurado. Em seguida, afirma ser a interpretação vigente da súmula 213 do TFR ampliativa, o que possibilitaria a criação de jurisprudência defensiva para afastar a necessidade do prévio requerimento à instância administrativa antes de ajuizar ação no Poder Judiciário contra o INSS.

O julgamento final do RE 631.240/MG ocorreu em 03 de setembro de 2014 e, por maioria dos votos, seguindo o voto do relator, o STF deu provimento parcial ao recurso. O acórdão foi publicado em 06 de novembro de 2014, nos seguintes termos:

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo;
2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias

³⁴ ALMEIDA (2015, p. 20) sobre a atuação da Procuradoria Especializada do INSS.

³⁵ Argumento efficientista.

³⁶ “Preocupações” do INSS com isonomia no tratamento dos segurados.

³⁷ Uma possível fenda nessa tese seria o INSS, como de costume, adotar postura procrastinatória para emitir decisão em sede administrativa e os segurados recorrem ao Poder Judiciário para exigir tutela de urgência para a situação que, mesmo respeitando o âmbito da competência do mesmo, desrespeita direito do segurado, que demanda solução em tempo razoável.

administrativas;

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado;
4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão;
5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos;
6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte:
 - a. Caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;
 - b. Caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão;
 - c. As demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir;
8. Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais;

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento³⁸, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

Nos termos do acórdão entende-se que o provimento é parcial, uma vez que a tese do INSS foi acatada, contudo de forma modulada, limitando-se o tempo da discricionariedade da autarquia. Os itens 1 e 2 do acórdão acatam a tese construída pelo INSS; o item 3 pretende evitar a procrastinação do órgão público; o item 4 é uma precaução concedida ao segurado no sentido de evitar que o INSS desconsidere o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível ao mesmo; itens 5, 6 e 7 contém diretrizes e fórmulas de transição para as ações em curso e, os itens 8 e 9 disposições de implementação da decisão do STF.

O ponto mais importante a ser destacado é que a tese construída pelo INSS foi acatada, pois condiciona a autarquia a cumprir prazos administrativos para análise do pedido, assim como tenta dispor de salvaguardas à tentação em desconsiderar o dever legal de conceder prestação mais vantajosa possível ao segurado. A decisão, sem dúvida, é uma conquista do INSS, enquanto um *repeated player*, e demonstra, nos termos das tipologias de GALANTER (1974) o quanto podem sair à frente nesses enfrentamentos, ainda mais quando se tem os diferenciais a desequilibrar o litígio como o INSS dispõe.

3.2. A estratégia da teoria dos jogos aplicada ao caso do julgamento do RE 631.240/MG

Retomando a discussão do item 2.2 acima, pode-se partir, neste caso, de uma situação estratégica não cooperativa representativa do dilema de prisioneiros. Contudo, modificações desse modelo são feitas no sentido de adaptar-se à realidade do julgamento do RE 631.240/MG. Primeiro, a hipótese **H3** do modelo do dilema de prisioneiros é inteiramente relaxada, pois os

³⁸ Grifo nosso.

dois *players*, STF e INSS interagem de forma dinâmica³⁹. Tanto o INSS quanto o STF desenvolvem uma relação estratégica que se prolonga no tempo e por repetidas vezes. Segundo, as hipóteses **H8** e **H9** são modificadas para dar conta dos novos jogadores, STF e INSS, os quais denominam-se (STF, INSS) e das novas estratégias: acatar a tese do INSS e não acatar a tese do INSS, rotuladas aqui por (A, NA), respectivamente. Dessa maneira temos a seguinte matriz de *payoffs*.

Tabela 4 – Matriz de *payoffs* para os jogadores INSS e STF diante das estratégias Aceitar a Tese (A) e Não Aceitar a Tese Cooperar (NA)

JOGADORES		INSS	
STF	ESTRATÉGIAS	A	NA
	A	(3,3)	(0,5)
	NA	(5,0)	(1,1)

Dessa forma, a lógica de solução do jogo aponta para o par de valores (1,1) referentes às estratégias (NA, NA) para ambos os jogadores, no caso específico em que a litigiosidade não é repetitiva, nem a interação com o STF dinâmica. Ao introduzirmos a dinâmica nesse tipo de estratégia, o que pode ocorrer, dado que os jogadores aplicam a lógica racional?

1. Em uma primeira interação, tanto INSS quanto STF chegariam ao resultado mais eficiente para ambos, isto é, jogar a estratégia (NA, NA), que fornece um *payoff* idêntico para ambos e igual a (1,1);
2. No entanto, o INSS pode “construir” o resultado no sentido da alternativa (3,3), que é melhor para ambos. Como fazer para obter esse resultado? O INSS pode suportar perdas eventuais, o que significa que, em algumas vezes, pode escolher a estratégia A, enquanto o STF responde com a estratégia NA. Neste caso, o STF leva o melhor resultado, pois demonstra posição já pacificada nas duas turmas;
3. Contudo, na medida em que o INSS contrói a tese, o STF entende, por reputação e repetição das jogadas da estratégia A, que pode começar a construir uma relação de confiança, porém não de reciprocidade como no caso do jogo cooperativo tradicional;

³⁹ A rigor, dinâmica nesses modelos nem sempre estão associadas ao tempo cronológico, mas as ações que se seguem entre os dois jogadores. Dessa forma, em um primeiro momento, simultaneamente, decidem suas melhores estratégias com base nas estratégias dos demais jogadores e, na próxima sequência também procedem dessa forma. Distinta, portanto de uma estratégia em que um dos jogadores, primeiro toma sua decisão, enquanto o outro observa para depois decidir, as quais não se confundem, pois logicamente distintas. MASCHLER et al (2013).

4. O STF inicia essa relação de confiança com o *repeated player* e, também percebe que passa a auferir vantagens dessa situação, pois milhares de processos são sobrestados e, em caso de aceitação da tese construída pelo INSS, esses processos são solucionados, significando um alívio na carga de trabalho;
5. A prática reiterada dessas estratégias constrói uma relação de confiança entre os dois jogadores, que se deslocam da solução (NA, NA) para outra superior, (A,A).

A lógica do *backward induction* significa inverter a linha de argumentação desenvolvida nos cinco itens acima, trazendo ao presente, construindo os passos individuais necessários para atingir o resultado almejado⁴⁰. Porém, não se trata de uma estratégia cooperativa usual, mas de uma estratégia não cooperativa, que por construção lógica inversa, permite que se obtenha um resultado favorável a ambos jogadores, enquanto a confiança prevalecer e o fim do jogo não for perfeitamente conhecido. Portanto, em uma análise, tendo por referencial os modelos de decisão da teoria dos jogos, algumas lições podem ser obtidas dessas interações entre jogadores em situação de litígios repetitivos:

1. Quando se assemelham ao dilema de prisioneiros, a prevalência de estratégias não cooperativas é o esperado pela aplicação da lógica racional da eficiência. O que isto quer dizer? Nem sempre os dois jogadores, ao desenvolverem confiança suficiente, estarão atingindo o melhor resultado social, como nas estratégias cooperativas baseadas na reciprocidade;
2. Os mecanismos de solução de controvérsias que estão apoiados em procedimentos envolvendo escolhas mínimas de causas piloto para julgamento de litígios de natureza individual são mais propensos à produção de melhores resultados para o grande litigante e aos órgãos julgadores;
3. Portanto, é mais provável que a efetividade do acesso à justiça, por meio das técnicas processuais de repercussão geral e recursos repetitivos seja prejudicada em maior ou menor grau a depender da agressividade do modelo de interação estratégica desenhado ou da tese construída pelo grande litigante.

O modelo discutido e aplicado ao julgamento do RE 631.240/MG é não cooperativo, contudo é útil em outra situação, em que se aplica um modelo cooperativo. Trata-se do litígio

⁴⁰ As lógicas processual e recursal podem seguir esse tipo de raciocínio na maioria das vezes.

por vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo. Nesta situação, aplica-se o modelo cooperativo. Esta é a discussão a seguir.

3.3. O litígio das vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo^{41,42}

Em contraste ao caso do julgamento do RE 631.240/MG, esta é uma situação que envolve tanto a litigância individual quanto a coletiva. No plano individual, ocorre a propositura de milhares de ações pretendendo tutela judicial para garantir o direito dos autores a vagas em creches municipais. Desse ponto de vista, é litigância repetitiva, que se caracteriza por demandas atomizadas inseridas em um conflito que, na verdade, é macro social⁴³. Concomitante às ações individuais há a litigância de natureza coletiva, envolvendo direitos individuais homogêneos, voltada ao conflito macro social, discutindo no judiciário uma política pública municipal de educação infantil⁴⁴.

Como a situação envolve uma disputa de relevância macro social, a preferência pela atomização do tratamento das demandas pode refletir no plano individual as distorções sociais e de renda que prevalecem no plano macro social. Logo nos casos em que o judiciário paulista se deparou com conflitos plurilaterais⁴⁵, envolvendo pedidos de provimentos futuros, respondeu com a preferência por conflitos individuais. Os argumentos utilizados pelo poder judiciário para extinguirem os processos coletivos centraram-se na impossibilidade jurídica do pedido por discricionariedade administrativa, a tese construída pelo INSS no julgamento do RE 631.240/MG.

O Ministério Público, diante do comportamento reticente do poder judiciário paulista, muda sua estratégia. Pedidos que envolviam tutela de direitos difusos, como a condenação do município de São Paulo a matricular todas as crianças inscritas em suas listas não eram, em regra, providos, pois envolviam pedidos futuros, cujos impactos, alegava o réu, descolavam das possibilidades orçamentárias, portanto da reserva do possível. Na verdade, outra forma de recorrer a um argumento *ad terrorem* para evitar o deferimento e o prosseguimento dessas ações.

⁴¹ O caso está apresentado de forma clara e precisa em COSTA (2016).

⁴² Agradeço a disposição e gentileza da Dra. Carolina Martins Marinho ao tornar disponível sua tese de doutorado, defendida na FD em 2018.

⁴³ COSTA (2016, p. 47).

⁴⁴ Os fatos, estatísticas e os aspectos jurídico-constitucionais desse litígio estão descrito em COSTA (2016).

⁴⁵ COSTA (2016, p. 47).

O Ministério Público passa a tratar o problema pela ótica da defesa de interesses individuais homogêneos, os quais são, no entendimento de SICA (2016, p. 272-273) *acidentalmente coletivos*, pois são direitos individuais com potencial para impacto de massa, podendo portanto, serem tratados pela via do processo coletivo. Na verdade a tutela dos interesses individuais homogêneos pretendida pelo Ministério Público, pela via do ação civil pública, passa a envolver direitos passíveis de fracionamento e identificação prévia, como, por exemplo, a matrícula de crianças em rol anexado à inicial⁴⁶. No entanto, embora a nova estratégia tenha recebido melhor aceitação pelo judiciário, o lapso temporal entre a passagem do rito procedimental à fase de cumprimento de sentenças era tão longo a ponto de muitas crianças já terem passado da idade de matrícula em creches e pré-escolas⁴⁷.

Outra vez, o Ministério Público modifica sua estratégia, passando a lidar com o problema por meio de Termos de Ajustamento de Conduta assinados com o Município de São Paulo. Embora o Município de São Paulo tenha assinado um desses termos em 2005, pelo qual se comprometia a criar 15.000 novas vagas em creches por ano, após o término da vigência do mesmo em 2009, não foi renovado, tampouco parece que o compromisso assumido foi cumprido pelo município. O cenário começa a mudar apenas a partir de 2005, quando o STF, por meio da prolação de decisões paradigmáticas, impacta o judiciário paulista. Por que essa mudança? O poder judiciário, enquanto instituição começa a se enxergar como arena legítima aos debates de políticas públicas, em especial a política educacional. Ao que parece, começa a se constituir uma relação de reciprocidade entre as diversas instâncias do judiciário no sentido de trazer para as mesmas as discussões que, até então, por discricionariedade, eram entendidas como pertinentes apenas ao Poder Executivo.

A constituição básica de uma relação de reciprocidade no judiciário atrai novos atores em meados dos anos 2000. Os movimentos sociais encontram espaço nessa relação de reciprocidade amparada pelo Poder Judiciário, que os incentivam a uma articulação mais efetiva de construção de um litigante estratégico final que ganha força em conjunto ao Ministério Público.

O papel desses movimentos foi fundamental na construção de uma nova tese jurídica estratégica voltada, segundo COSTA (2016, p. 50), à promoção do aprofundamento e difusão da justiciabilidade do direito à educação sob o enfoque dos direitos humanos nos campos

⁴⁶ MARINHO (2009, p. 59-67).

⁴⁷ COSTA (2016, p. 48).

jurídico e educacional. A litigância estratégia apoiada no princípio da reciprocidade pode tornar-se mais complexa, pois em sendo um problema de natureza coletiva abrangido por política pública estatal, ocorre a expansão dos limites da justiça pela inclusão de novas dimensões do direito e de novos grupos sociais ao processo coletivo⁴⁸.

A discussão acerca do caso prossegue em COSTA (2016), contudo poucas notícias existem quanto aos impactos nos dados oficiais até 2014 e, ao que parece, esse desenvolvimento não é rápido o bastante para solucionar o problema definitivamente, mas, seguramente, é um progresso.

O modelo estratégico a ser usado como representativo, nessa situação, é muito parecido, teoricamente, ao modelo estratégico utilizado para representar o caso do julgamento do RE 631.240/MG, contudo a lógica interpretativa faz toda a diferença. É o que se discute a seguir.

3.4. A estratégia da teoria dos jogos aplicada ao litígio das vagas nas creches e pré-escola no município de São Paulo

Inicia-se a discussão pela estratégia cooperativa a partir do dilema de prisioneiros. Algumas hipóteses são modificadas para adaptá-lo à realidade do caso. Primeiro, a hipótese **H3** do modelo do dilema de prisioneiros é inteiramente relaxada, pois os dois *players*, Poder Judiciário (PJ) e Ministério Público mais Associações e Organizações representantes da sociedade civil (MPAO) interagem de forma dinâmica, criando uma sequência de decisões com base no princípio da reciprocidade e não na lógica racional. PJ e MPAO desenvolvem uma relação estratégica que se prolonga, dinamicamente, por mais de uma vez. Segundo, as hipóteses **H8** e **H9** são modificadas para dar conta dos novos jogadores denominados (PJ, MPAO) e das novas estratégias: PJ e MPAO cooperam para atingir um resultado melhor para a sociedade (C, C) ou não cooperam (NC, NC). Dessa maneira, a matriz de *payoffs* é:

Tabela 5 – Matriz de *payoffs* para os jogadores MPAO e PJ diante das estratégias Cooperar (C) e Não Cooperar (NC)

JOGADORES	MPAO	
	ESTRATÉGIAS	
PJ	C	(3,3) (0,5)
	NC	(5,0) (1,1)

⁴⁸ GALANTER (2010, p. 125-126 apud COSTA 2016, p. 51).

Da mesma forma do item 2.2, a lógica racional de solução desse jogo reverte-se ao par de valores (1,1), envolvendo as estratégias (NC, NC) para ambos os jogadores, quando a litigiosidade não é repetitiva, nem a interação com o PJ dinâmica. O que pode ocorrer nessa representação quando a cooperação é induzida pela reciprocidade e não pela lógica racional?

1. Em uma primeira interação, tanto PJ quanto MPAO chegam ao resultado mais eficiente para ambos, isto é, jogar a estratégia (NC, NC), que fornece um *payoff* idêntico para ambos e igual a (1,1);
2. No entanto, o MPAO, como um *player empowered* e complexo pode “construir” um resultado no sentido da alternativa (3,3), que é melhor para a sociedade. Como fazer para obter esse resultado? O MPAO contrói uma relação de reciprocidade, isto é, induz a cooperação, pois seus interesses se identificam com os da sociedade civil, abrindo espaço para um complexo de agregação de mais atores que se identificam com os interesses do Ministério Público;
3. O ponto de contato final para a exequibilidade da lógica da ação coletiva é aquele em que a abertura à reciprocidade sensibiliza o Poder Judiciário, identificando como seu o interesse em dar provimento a discussões de políticas públicas dentro da sua esfera de ação. Se o MPAO escolher a estratégia cooperativa e não for correspondido, terá incentivos a continuar melhorando suas estratégias até conseguir um resultado que lhe é favorável, mas também favorável à sociedade civil;
4. A relação de confiança desenvolvida entre o PJ e o MPAO fundamenta-se na reciprocidade, pois agem ratificando seus interesses, que são coincidentes com os da sociedade civil;
5. A prática reiterada dessas interações estratégicas tem potencial para modificar a política pública, construindo uma solução cooperativa, superior à solução não cooperativa.

A lógica da ação coletiva é distinta da lógica do *backward induction*. Aquela permite que se obtenha melhores resultados, pois se identificam com a situação de cooperação ou aos interesses da coletividade. Portanto, tendo por referencial modelos de decisão da teoria dos jogos, algumas lições podem ser obtidas dessas interações entre jogadores em situação de litígios coletivos:

1. Em situações similares ao dilema de prisioneiros, a prevalência de estratégias cooperativas não é o esperado pela aplicação da lógica racional, mas pela aplicação do princípio da reciprocidade. Neste caso, ao perseguir seus interesses, os jogadores agem no sentido da cooperação;
2. Os mecanismos de solução de controvérsias, que estão apoiados em procedimentos coletivos são mais propensos à indução da cooperação e produzem um resultado melhor para a coletividade;
3. Portanto, é mais provável que o acesso à justiça, por meio do processo coletivo, baseado no princípio da reciprocidade, seja mais efetivo e garanta a justiça distributiva;
4. Não é função do Poder Judiciário praticar a distribuição de renda, no entanto, também não pode ser seu objetivo piorar as distorções já existentes.

Essas conclusões são preliminares, pois demandam um aprofundamento na aplicação da teoria dos jogos ao Processo Civil, tópico para pesquisas futuras.

4. CONCLUSÕES

Os dois casos são conhecidos e encontram na literatura jurídica suas fontes analíticas. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG, admitido após reconhecimento de repercussão geral pelo STF e do litígio coletivo das vagas em creches e pré-escolas no município de São Paulo, que tramita pela via da ação civil pública.

Dois modelos paradigmáticos são usados na análise. De um lado, o modelo de jogos não cooperativos, solucionados por meio da lógica racional, aplicados a situações que incluem a técnica dinâmica do *backward induction*. De outro lado, o modelo de jogos cooperativos, induzidos pelo princípio da reciprocidade.

As conclusões obtidas são as seguintes:

1. Em contraposição à estratégia não cooperativa, tem-se a estratégia cooperativa. Uma estratégia cooperativa é aquela que, reconhecidamente, gera um resultado superior, contudo inatingível e insuficiente a engendrar o desvio da situação menos vantajosa para a mais vantajosa, socialmente;

2. A tese construída pelo INSS, no julgamento do RE 631.240/MG, foi acatada, embora parcialmente, pois condiciona a autarquia a cumprir prazos administrativos para análise do pedido, assim como tenta dispor de salvaguardas à tentação em desconsiderar o dever legal de conceder prestação mais vantajosa possível ao segurado;
3. A decisão é uma conquista do INSS, enquanto um *repeated player* e demonstra, nos termos das tipologias de GALANTER (1974) o quanto pode sair à frente nesses enfrentamentos;
4. Os mecanismos de solução de controvérsias que estão apoiados em procedimentos que envolvem escolhas mínimas de causas piloto para julgamento de litígios de natureza individual são mais propensos à produção de resultados favoráveis ao grande litigante e aos órgãos julgadores do que à coletividade;
5. É mais provável que a efetividade do acesso à justiça, por meio das técnicas processuais de repercussão geral, seja prejudicada em maior ou menor grau a depender da agressividade do modelo de interação estratégica desenhado ou da tese construída pelo grande litigante;
6. Nessas situações a prevalência de estratégias cooperativas não é o esperado pela aplicação da lógica racional, mas pela aplicação do princípio da reciprocidade. Neste caso, ao perseguir seus interesses, os jogadores estarão agindo de forma a produzir a cooperação;
7. Portanto, é mais provável que o acesso à justiça, por meio do processo coletivo, baseado no princípio da reciprocidade, seja mais efetivo na garantia da justiça distributiva;
8. A pouca representatividade coletiva nos processos individuais, o que conflita com os efeitos subjetivos da técnica de recursos repetitivos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ananda Palazzini de. A atuação do INSS como litigante habitual no Recurso Extraordinário 631.240. *Monografia de Graduação*, GVLaw, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos. *Tese de Doutorado, FD/USP*. São Paulo, 2018.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. *Recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas: uma análise da perspectiva do acesso à justiça e da participação no processo*. São Paulo: Lumen Iuris, 2018.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Cambridge, MA: Basic Books, 1984.

BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C. *Game theory and the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, vol. 231, p. 201-233, 2014.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *lege lata*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e VIGORITI, Vincenzo (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Access to justice: the newest in the worldwide movement to make rights effective. *Buffalo Law Review*, vol. 27, p. 181-292, 1978.

_____. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, vol. 7 (2), p. 38-68, 2016.

_____. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: SALLES, Carlos Alberto de. *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartie Latim, 2009.

_____. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quatier Latin, 2009.

CRUZ, Célio Rodrigues. Regimes previdenciários adotados pela constituição brasileira. Disponível em: < <https://professorceliocruz.jusbrasil.com.br/artigos/215918395/regimes-previdenciarios-adotados-pela-constituicao-brasileira>>. Acesso em: 30/10/2018.

CUNHA, Luciana Gross e GABBAY, Daniela Monteiro (coord.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva: uma análise empírica*. Série Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie & ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*, vol 4. 12^a edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

FRANÇA, Bruna Simões. A *class action* americana. Influência exercida no ordenamento brasileiro. Comparação entre os dois sistemas. *Âmbito Jurídico*, vol. XIV (87), 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9405>. Acesso em: 14 nov. 2018.

FRANCISCO, João Eberhardt. Filtros de acesso individual à justiça: estudo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Tese de Doutorado, FD/USP*. São Paulo, 2018.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade em expansão. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 2 (1), p. 37-49, 2015.

_____. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9 (1), p. 95-160, 1974.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella, ASPERTI, Maria Cecília de Araújo e SIILVA, Paulo Eduardo Alves da. Estudo em caso previdenciário. In: GABBAY, Daniela Monteiro & CUNHA, Luciana Gross (Orgs.) *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas Essenciais PROCESSO CIVIL*, vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores: a Lei 7.347, de 24.7.85. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas Essenciais PROCESSO CIVIL*, vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, vol. 11 (43), p. 19-30, 1986.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas Essenciais PROCESSO CIVIL*, vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor - comentado pelos autores do anteprojeto – direito material e processo coletivo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINHO, Carolina Martins. Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana. *Tese de Doutorado, FD/USP*, 2018.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais: análise dos julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. *Dissertação de Mestrado, FD/USP*, 2009.

MARINS, Mariela Moni. O processo coletivo à luz do Novo Código de Processo Civil. *Jus*, 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/49822/o-processo-coletivo-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 30 out 2018.

MASCHLER, Michael, SOLAN, Eilon e ZAMIR, Shmuel. *Game theory*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

_____, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLSON, Mancur *The logic of collective action*. 2ª edição. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971.

PINHO, Marina Cieri. Litigiosidade repetitiva e recurso especial repetitivo: um estudo de caso. Trabalho de Conclusão de Disciplina. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

REFOSCO, Helena Campos. *Ação coletiva e democratização do acesso à justiça*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SALLES, Carlos Alberto de. *Class Actions*: algumas premissas para a comparação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e VIGORITI, Vincenzo (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Políticas públicas e a legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e VIGORITI, Vincenzo (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC de 1973 ao CPC de 2015. *Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1 (1), p. 84-94, 2018.

SILVA, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas Essenciais PROCESSO CIVIL*, vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues & WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Doutrinas Essenciais PROCESSO CIVIL*, vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZANETI JUNIOR., Hermes e GARCIA, Leonardo. *Direitos difusos e coletivos*. 10ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.

Submetido em 05.10.2021

Aceito em 17.10.2021