

1. Introdução

Com a transformação e evolução da sociedade, a judicialização de políticas públicas se tornou um fenômeno inafastável nos corredores dos Tribunais de todo o país nos últimos anos - seja através de ações individuais propostas pelos cidadãos ou por ações coletivas por intermédio dos órgãos representativos.

Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, sob pena de se pôr em xeque o princípio da separação dos poderes, por outro, a demora indiscriminada da administração pública poderá, em caráter excepcional, autorizar que a implementação de políticas públicas de interesse social se dê por intermédio de uma decisão judicial.

E nessa dualidade, surge o paradoxo de como se inserir a judicialização no ciclo de políticas públicas, evitando a prática do ativismo judicial, através de um processo judicial que, acima de tudo, seja comprometido com efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.058/2014, o qual pretende instituir o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, como forma de legitimar a atuação judicial de forma diferenciada.

Temos então um cenário onde o Poder Judiciário tem figurado como um dos principais atores no planejamento e execução de políticas públicas, adotando em muitos casos um novo modelo de procedimento para julgamento destas demandas, naquilo que a doutrina intitulou como processo judicial estrutural, conforme será detalhado ao longo do artigo.

Assim, dentro desta perspectiva, o objetivo deste artigo consiste em compreender essa relação existente entre a judicialização e as políticas públicas, por intermédio do processo judicial estrutural, apontando ao final esta modalidade procedimental somente pode ser introduzida no meio jurídico e social se pautada nas premissas da teoria da legitimidade das decisões judiciais por reflexividade, extraída da proposta de Pierre Rosanvallon.

A pesquisa foi através do método dedutivo teórico, com análise doutrinária e bibliográfica dos institutos do processo estrutural e da teoria da legitimidade por reflexividade, propondo-se esta como pressuposto de validade deste procedimento para decisões judiciais no campo das políticas públicas.

2. O implemento de políticas públicas pelo Poder Judiciário

A acelerada globalização é, sem dúvidas, a justificativa para o surgimento de novos desafios na contemporaneidade, de forma que nem sempre é possível ao poder público exibir projetos de políticas públicas¹ que atendam todos os direitos sociais previstos constitucionalmente (PITASSI, FERREIRA, 2019, p. 121).

Esclarece GOTTI que,

Ao enunciar as metas a serem perseguidas, a Carta de 1988 demonstra a sua efetiva preocupação com a transformação da realidade, apontando para a construção de um Brasil em que a justiça social, o bem-estar de todos e o desenvolvimento nacional não sejam uma utopia. Ao exercer essa função diretiva, ‘fixando fins e objetivos para o Estado e para a sociedade’, a Constituição é ‘classificada como uma ‘Constituição dirigente’’, que delinea um Estado de bem-estar social, necessariamente intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da justiça social no País” (GOTTI, 2012, p. 126).

O próprio contexto político atual, com ressurgimento de postulados neoliberais² de atuação estatal menos forte no campo assistencial, possibilitou a transferência do espaço de debate das políticas públicas para a arena judicial, de forma que o Poder Judiciário não pode sefurtar deste novo papel, advindo do novo conceito de democracia contemporânea que está presente nos tempos atuais, qual seja, de atuar como agente implementador de políticas

¹ Para Maria Paula Dallari Bucci “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006, p. 39).

² “No cenário dos direitos humanos desponta a reação contra risco da presença esmagadora do Estado. A título deservir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade, acendem-se as luzes de advertência ao perigo do autoritarismo. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual podem ficar desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade. A era dos direitos sociais, na qual o Estado passa a responder pela segurança de uma parcela da sociedade contra os infortúnios da vida, faz proliferar os órgãos do serviço público. No entanto, a consciência, que se generaliza, de que a expansão do poder do Estado constringe a liberdade e padroniza a sociedade, não se limita à criatividade de meios de defesa da privacidade do indivíduo e do espírito de iniciativa, aquilo a que chamamos a polícia do poder. Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e burocracias dominantes. A par da ressurreição do liberalismo, como sentido da existência do homem e da reconquista da felicidade, começa também a se difundir o sentimento de participação, que se torna a bandeira da reforma social. O caminho ficou aberto para uma nova solução liberal. O novo liberalismo soma os valores tradicionais da igualdade e da liberdade com o dever de solidariedade. Restaura o valor do indivíduo como finalidade, mas dele cobra os deveres de uma vida solidária e participativa” (Caio Tácito, Princípio da legalidade e poder de polícia, p. 43).

públicas (PITASSI, FERREIRA, op. cit. p. 122-123).

Inegável, portanto, que a nova aceção de democracia implicou numa reformulação das essencialidades do Poder Judiciário, agora incumbido de defender a democracia e direitos fundamentais de toda a sociedade brasileira, assegurando a estrutura constitucional vigente, sempre na ideia de que a defesa dos interesses majoritários vai até os limites autorizados pelos direitos fundamentais.

O Judiciário dispõe da possibilidade de intervir e contribui para um quadro mais nobre e digno, e tal perspectiva não surge por ser este um ator principal, mas um ator importante, tanto quanto os demais Poderes constituídos e a própria sociedade, pois, nessa ordem, não há lugar para protagonismos e segregações, visto que todos são igualmente necessários e têm um papel relevante a desempenhar. O mundo exige compromisso e responsabilidade com a vida, sendo esta encarada em sentido amplo e irrestrito, lutando-se para o desaparecimento de todas as situações que não possam traduzir plenitude, respeito e inclusão (PITASSI, FERREIRA, op. cit. p. 123).

E neste ponto,

(...) não há como separar os direitos fundamentais da democracia, ambos se completam, se protegem e se necessitam, cabendo ao Poder Judiciário a missão de zelar, em última instância, pelos princípios e valores eleitos pela comunidade, protegendo-os de violações, não importando se advindas da parcela majoritária ou da parcela contramajoritária (LEAL, 2012. p. 338).

Surge assim a chamada judicialização, decorrente dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos de acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, já que as pessoas tem decididos por si mesmas, e que vem sendo exercido de forma crescente com o ajuizamento de exercido através das ações individuais ou das ações coletivas.

Nas palavras de Adriana Timóteo dos Santos:

(...) inevitável que o Judiciário fosse chamado a se manifestar sobre diversas questões, passando a fazer parte da arena política, surgindo a necessidade de redefinição da relação entre os poderes do Estado. Soma-se, ainda, a esse cenário os últimos acontecimentos na vida política do Brasil: o impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016, os frequentes escândalos relacionados à corrupção, a operação Lava Jato e a permanente desconfiança e questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Tudo isso contribui para o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário. Gradativamente, as questões políticas e sociais passam a ser absorvidas pelo Direito e tendem a se resolver através do procedimento judicial, especialmente com a evolução do papel das cortes na definição de políticas públicas e no controle das deliberações dos demais poderes pelo Poder Judiciário. A judicialização tem ocorrido em diversas áreas, inclusive em relação aos direitos sociais. Incorporados na Constituição Federal de 1988 – CF/88 (BRASIL, 1988), esses direitos definiram um marco para o desenvolvimento das políticas públicas no Brasil e o seu reconhecimento impõe obrigações ao Estado (às vezes negativas, outras vezes positivas) mediante a implementação dessas políticas (SANTOS, 2018, p. 19-20).

Tal fenômeno ganhou destaque na jurisprudência e na literatura do direito nos últimos anos, especialmente por que nos deparamos com uma transferência da tomada decisões do gestor público para o Poder Judiciário, naquilo que, a prima facie, poderíamos intitular como usurpação de competência do titular do ato discricionário.

E neste diapasão, críticas surgiram quanto à expansão da intervenção judicial no campo das políticas públicas, pois retirando das mãos do gestor público a tomada de decisões, o caminho fica invertido, sendo transmitidos por meio de uma decisão judicial, o que pode ceder espaço, em muitas vezes, ao ativismo judicial, colocando o Poder Executivo na mera função de implementar a decisão proferida (BARREIRO, FURTADO, 2015. p. 305).

O controle judicial de políticas públicas é decorrência natural da organização da sociedade civil e da imprensa, as quais, aumentando os mecanismos de controle social, submetem o Judiciário às críticas inerentes ao exercício do poder político e, conseqüentemente, fazem crescer a necessidade de os juizes convencerem a opinião pública de que seus atos são legítimos (CAMBI, 2010, p. 198).

Contudo, se faz importante estabelecer o que se entende por judicialização, que é devidamente esclarecido nas palavras do Ministro do STF. Luiz Alberto Barroso:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (grifo no original (BARROSO, 2010, p. 5).

De igual forma, uma diferenciação entre judicialização e ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009, p. 5)

Não se pode negar que na definição judicial dos contornos a respeito de políticas públicas acaba trazendo uma postura ativista/criativa do juiz, justamente por tratarem de decisões mais sensíveis e que demandam ações afirmativas pois, como entende por Eduardo Cambi, “no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no

Estado de Bem- Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura (CAMBI, op. cit.,p. 178).

E neste viés, a postura protagonista do julgador se justifica por estar diretamente atrelada ao fluxo crescente de ajuizamento de processos individuais e coletivos, o que é reflexo da inércia do Poder Executivo em implementar programas voltados a atender o núcleo dos direitos sociais dos cidadãos.

O Poder Judiciário influencia a implementação de políticas públicas, especialmente por meio da atuação das Cortes Constitucionais. A atuação dos juízes mostra-se relevante no processo de desenvolvimento das políticas públicas, especialmente quando problemas públicos altamente controversos são levados a serem discutidos nos tribunais. Os juízes são atores estatais que atuam legitimamente e desempenham papel decisivo nos processos de implementação das políticas públicas (GODOY, 2014, p.371).

Assim, apesar de não se conformar escorreitamente, em troca do atendimento adequado das questões sensíveis dos direitos dos cidadão, pode-se ter o ativismo judicial moderado como um aliado na promoção das políticas públicas no estado de bem estar social inaugurado pelo constituinte de 1988.

E neste ponto, tem-se bem difundida nos tribunais brasileiros a teoria a respeito da possibilidade da atuação controle jurisdicional de políticas públicas, com a construção de uma jurisprudência forjada sob uma sofisticada matriz teórica de concretização dos direitos fundamentais, como é o caso precedente relacionado ao direito fundamental à saúde contido na decisão da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial n. 1041197 – MS, em acórdão da lavra do Ministro Humberto MARTINS:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO - MANIFESTA NECESSIDADE - OBRIGAÇÃO DO ESTADO AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o

princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido. (STJ - REsp: 1041197 MS 2008/0059830-7, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: -->DJe 16/09/2009)

E em se tratando de direitos sociais fundamentais, toda atuação que assegurem sua efetividade, autoriza o Poder Judiciário a adotar uma postura ativista responsável e consciente, com a formulação de postulados de forma ampliada e integrativa, voltados exclusivamente para a realização dos anseios sociais comuns (CRISTÓVAM, 2011, p. 72).

Ocorre que, o processo judicial clássico não tem dado conta de solucionar de maneira efetiva os conflitos complexos no campo das políticas públicas³, demandando o desenvolvimento de novas soluções jurídicas, com implemento de novos instrumentos capazes alcançar maior efetividade, através da adoção de novas práticas processuais, dentre as quais

³ “Em nossos dias, o acesso à justiça desses direitos subjetivos públicos e liberdades públicas através de ações coletivas está se constituindo na grande dificuldade a ser enfrentada pelo processo civil e pelo Poder Judiciário. A título exemplificativo, considere-se que pela ação civil pública processo é chamado a operar como instrumento regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos, como ecologia, consumidores ou patrimônio cultural; pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado controle externo da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle interno imanente a toda Administração, e mesmo do controle externo institucional, feito pelos Tribunais de Contas, órgãos de auxílio técnico do Poder Legislativo (CF, art. 71). E o Poder Judiciário, como destinatário das ações que envolvem interesses sociais de largo espectro, é instado a tomar posição acerca de temas que muitas vezes constituem verdadeiras escolhas políticas, como, p. ex.: ter que definir qual o valor prevalecente entre a preservação da cobertura vegetal ou a construção de uma estrada na floresta; ou ter que emitir um juízo de valor quanto a saber se certo imóvel tem ou não notável importância histórica ou arquitetônica, em ordem a aferir quanto ao acerto de seu tombamento administrativo. E isso, para não tocarmos, por ora, em pontos ainda mais delicados como o dos limites do contraste jurisdicional sobre a conduta do administrador, em hipótese como a dos atos puramente políticos, ou apenas discricionários ou ainda a questão da moralidade administrativa, agora inserida expressamente como fundamento autônomo de ação popular (CF, art. 5º, LXXIII)”. (MANCUSO, 2015, p. 33-34)

podemos elencar o instituto do processo estrutural, cujas bases conceituais serão abordadas no capítulo seguinte.

3. Breves notas a respeito do processo judicial estrutural

O estudo dos denominados processos estruturais tem sua origem história reportada nos Estados Unidos, a partir de casos julgados entre 1950-1970 e, especialmente, no ano 1954, com a análise do caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, onde a Suprema Corte americana determinou mudanças na estrutura do sistema de educação norte-americano, que fazia uma separação de uma escola para negros e outra para brancos, entendendo pela inconstitucionalidade de regras distritais referente a admissão de estudantes em escolas públicas americanas com base no conceito racial, autorizando a matrícula de um estudante negro em uma escola que somente aceitava brancos. (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2021, p. 424-425).

O esforço para que a decisão fosse concretizada imenso, de forma que outras medidas tiveram que ser adotadas, tais como a eleição de novos critérios de escolha de novos professores, de novos critérios para a construção de escolas e até mesmo do transporte público, extraído-se daí o estudo desse modelo de procedimento, e que na doutrina brasileira passou ser chamado de processo estrutural, visto como,

(...) litígios coletivos decorrentes do modo como uma entidade burocrática, pública ou privada, de significativa penetração social, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativo, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro (VITORELLI, 2022, p. 60).

Para Sérgio Cruz Arenhart:

[...] ao contrário do litígio tradicional, de estrutura bipolar, ou seja, com dois polos bem definidos, um buscando algo e outro resistindo a essa pretensão – o conflito estrutural trabalha com a lógica da formação de diversos núcleos de posições e opiniões (muitas delas antagônicas) a respeito do tema a ser tratado (ARENHART, 2020, p. 63)

Estão presentes no processo estrutural algumas características (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit. 572): a) existência de uma situação de desconformidade; b) decisões escalonadas para solução da situação de desconformidade; e c) procedimento bifásico: com o reconhecimento do problema estrutural e o programa de reestruturação que será seguido.

E como características próprias, identifica-se: a) a complexidade, a exigir abordagens mais elaboradas, e não apenas soluções pontuais; b) a multipolaridade, dados os diversos polos

de conflitos a serem considerados; c) a recomposição institucional, entendida como a necessidade de rearranjo ou recomposição de alguma estrutura responsável pela violação de direitos; e d) a prospectividade, pois as soluções devem estar focadas para o futuro (ARENHART; OSNA; JOBIM, 2021).

Trata-se, portanto, de processo no qual magistrados e magistradas são convocados a atuar, muitas vezes, como gestores, traçando políticas públicas em um diálogo constante com as partes envolvidas no litígio, inclusive e especialmente com a administração pública. Mas também atuam como incentivadores ou catalisadores de mudanças consistentes na estrutura organizacional da administração pública, ou seja, a partir da existência do processo e das discussões nele traçadas, a administração se vê, ela própria, compelida a reorganizar-se como forma de fazê-lo não no tempo imposto pela Justiça, mas naquele acordado no processo e mais, conforme as suas capacidades burocráticas (BOSSONARIO, 2022, p. 101)

E diante desse caráter multifacetário, o processo estrutural se transforma num procedimento que vai além das balizas do processo comum clássico, tendo como uma de suas externalizações mais marcantes o caráter dialógico com diversas instituições da sociedade, integrantes ou não da lide, alicerçado no princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC/2015), formulando um modelo coparticipativo da atuação judicial de intervenção em políticas públicas, que dá ensejo a decisões judiciais fundadas no consenso entre as partes, sendo a realização de negócios jurídicos processuais (art. 190 do CPC/2015) um instrumento hábil à melhor adaptação das mesmas, funcionando como verdadeiro

(...) como incentivo positivo para que a administração busque resolver o problema por meio do diálogo, até para não se ver compelida a cumprir decisões judiciais que podem ser impositivas e muito mais desfavoráveis que os acordos que os demais sujeitos processuais estão dispostos a aceitar diante das dificuldades administrativas apresentadas (BOSSONARIO, op.cit., p 117-118)

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reconheceu a existência de litígio estrutural no REsp n. 1.854.847, que versa sobre o acolhimento institucional de menor por período acima do previsto em lei. De acordo com a Ministra Nancy Andrighi:

Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual. Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que

revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo. Na hipótese, conquanto não haja, no Brasil, a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas, não se pode negar a tutela jurisdicional minimamente adequada ao litígio de natureza estrutural, sendo inviável, em regra, que conflitos dessa magnitude social, política, jurídica e cultural, sejam resolvidos de modo liminar ou antecipado, sem exauriente instrução e sem participação coletiva, ao simples fundamento de que o Estado não reuniria as condições necessárias para a implementação de políticas públicas e ações destinadas à resolução, ou, ao menos, à minimização dos danos decorrentes do acolhimento institucional de menores por período superior àquele estipulado pelo ECA (BRASIL, 2020).

Dos contornos acima, tem-se que o Poder Judiciário tem adotado o processo estrutural judicial como o procedimento para resolução de demandas em políticas públicas, sob a máxima de que é necessário,

(...) incentivar o debate a respeito das reflexões necessárias para uma justiça multiportas, que disponibilize várias ferramentas e alternativas para tratar os litígios de diversas formas, de acordo com as suas características, peculiaridades, especificidades e necessidades, ou seja, para cada tipo de litígio o operador jurídico poderá contar com os melhores instrumentos, para melhor solucionar os conflitos, desde a construção participativa, dialogada e negociada, até por meio de ferramentas coercitivas (BOCHENEK, 2022, p. 9)

E necessária uma busca por efetividade, abrindo mãos dos mecanismos engessados do processo civil clássico⁴, com eficiência necessária e condizente para assegurar tais direitos, sendo o processo estrutural uma arena de debate onde se manifestam formas mais pontuais para se obter o resultado satisfativo da tutela perseguida.

Comunga-se do entendimento de que é preciso, portanto, que “o judiciário, nessa particular seara, procure sempre ampliar seus canais de debate” (ARENHART; OSNA; JOBIM, op. cit, p. 116), e que os direitos fundamentais incorporados pelo constituinte necessitam de uma tutela adequada pela via jurisdicional, de modo que o processo civil clássico não consegue dar vazão a tal estilo peculiar de enfrentamento pelo julgador⁵.

E de fato, por serem as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos mais

⁴ Para Arenhart “O direito processual civil brasileiro foi, todo ele, concebido para lidar com uma espécie muito bem determinada de litígios. Ele foi pensado para lidar com a situação típica da ‘lide’, na qual se vê uma pretensão de um sujeito (ou grupo de sujeitos), objeto de resistência ou de insatisfação por outro sujeito (ou grupo de sujeitos)”. ARRENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: 2015.

⁵ Como diz ARRENHART, “(...) sendo hoje corrente a atividade judicial voltada ao tratamento dessas questões complexas, é necessário que se ofereça ao magistrado novos padrões de atuação e, sobretudo, maior flexibilidade na adequação de sua decisão àquilo que exija a situação concreta”. ARRENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: 2015.

básicos dos cidadãos, responsabilidade maior precisa agregada no curso destes processos judiciais especiais, já que se espera a resolução de problemas atuais e futuros⁶, e que só pode ser feita através de uma decisão construída pela atuação conjunta dos poderes, com estabelecimento de um diálogo entre os envolvidos e aplicação da teoria de diálogos institucionais (SANTOS, op. cit. 140), e que, acima de tudo, represente os anseios do povo-princípio⁷.

Apesar de ser o objeto de análise deste artigo, importante relatar que, está em trâmite perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.058/201491, de autoria do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), que visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário.

Críticas à parte, tratam-se de meras regras processuais para instituir oficialmente a utilização do processo estrutural, estabelecendo a forma que o processo judicial deve observar, bem como regulamentando o fenômeno recorrente da intervenção do judiciário em políticas públicas.

4. A legitimidade por reflexividade como requisito de validade do processo judicialestrutural em políticas públicas

Segundo a teoria da legitimidade por reflexividade, de reflexividade ou reflexividade constitucional, de Pierre ROSANVALLON (2010), o povo seria “soberano sem figura”, o que ele intitulou de povo princípio, como assim descreveu:

Constituem [os direitos fundamentais] indissociavelmente a cidadania do indivíduo, como forma de pertencimento à coletividade, e a humanidade do homem, como reconhecimento da irreduzível singularidade de cada um. Neles se mesclam perfeitamente o todo e as partes da sociedade. Respeitá-los implica oportunizar que todas as vozes sejam escutadas, que todas as margens sejam consideradas. O sujeito de direito é, por isso, a própria figura desse povo; com efeito, reduz ao essencial suas múltiplas determinações: encarna-a de uma maneira na qual todos podem reconhecer-se perfeitamente. Essa passagem política da sociologia ao direito é experimentada como tanto mais necessária no mundo

⁶ Segundo Tércio Sampaio Ferraz JR: “Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal uma instância de julgamento e responsabilização dos homens por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para sua razoabilidade mais do que para sua consciência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado de bem-estar social” (FERRAZ JR. 1994. p. 18).

⁷ A respeito da definição de povo-princípio o capítulo 4 abordada a teoria elaborada por Pierre Rossanvallon, da legitimidade por reflexividade.

contemporâneo, na medida em que as antigas categorias descritivas do social vêm perdendo sua pertinência. A sociedade se torna cada vez menos constituída por identidades estáveis: agora são, sobretudo, princípios de composição os que determinam sua natureza. “O povo – escrevia Lyotard – é o nome de uma nuvem de frases heterogêneas que se contradizem entre si e que se mantêm juntas por seu próprio caráter contraditório”. Essa desenganada constatação, fundadora da visão pós-moderna, não leva necessariamente ao relativismo e ao ceticismo. Faz-nos, sobretudo, tocar com a mão a obrigação na qual nos encontramos de voltar a qualificar politicamente a ideia de povo (ROSANVALLON, 2010, p. 182-183)

Dentro desta proposta, o povo é o elemento que detém a soberania e, por isso, o poder, no caso das decisões em processo estrutural, só pode ser exercido em seu nome, numa concepção de democracia em que o sujeito constitucional é a sociedade.

O povo-princípio somente se forma quando o pano democrático lhe confere “a possibilidade sem limites da manifestação do direito de falar e ser escutado, isto é, o direito e o dever de um é legítimo somente enquanto correlato e condicional ao de todos os outros” (ROCHA, 2005, p. 180).

Em que pese a defesa de grande parcela da doutrina pela validade da utilização dos instrumentos do processo estrutural para promoção e julgamento dos conflitos em políticas públicas, o instituto é alvo de críticas no mundo jurídico sob o enfoque se traduz num discurso autoritário, onde o centro do que se propõe é o decidir do juiz, o que pode desaguar naquilo que intitulamos como ativismo judicial, e que seria descomprometido com os princípios basilares do processo judicial constitucional (BARROSO, 2011, p.360-366).

E é por isso que, a instituição de um processo especial para demandas em políticas públicas somente poder ser legítima quando o poder estatal quando falar em nome do povo-princípio, especialmente pela dimensão dos direitos fundamentais na compreensão contemporânea.

Como defendido por Zaphia Boroni SOUZA, citando Roberto LEAL e Roberta Maia GRESTA, a função da atividade decisória do estado tem

(...) como dever legal de assegurar às partes o Processo Constitucional e não como atividade tutelar ou interdital de direitos livremente descobertos pela inteligência do julgador à margem do âmbito estrutural do procedimento processualizado. (...) E num Estado Democrático de Direito como é o caso do Brasil, a função do juiz “não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (LEAL, 2014), de tal modo que “o acesso à jurisdição democrática, portanto, exige a abertos procedimentos judiciais aos cidadãos, não apenas formalmente, mas mediante o reconhecimento a estes da qualidade de articulador-construtor da decisão judicial” (SOUZA; RIBEIRO; FREITAS, 2020, p. 131).

Neste viés, a legitimidade do Estado no exercício da função jurisdicional está intrinsecamente ligada a legitimidade democrática contida no art. 1º da Constituição Federal de 1988, de forma que podemos dizer que o juiz, em políticas públicas, retira sua legitimidade quando se aproxima da sociedade, pois,

(...) a legitimidade do exercício das funções estatais é aferida por seu balizamento constitucional, especialmente pela intangibilidade da prerrogativa de autoinclusão da população total, a legitimação envolve um esforço estatal estratégico de estabilização de práticas que vulneram a igualdade institucional entre Estado e Cidadania (GRETA, 2014, p. 81).

E a legitimidade do Judiciário para tratar e decidir litígios estruturais é diretamente proporcional à qualidade do debate travado no processo, considerando-se que “um litígio coletivo pode ser titularizado por pessoas que sofrerão diferentemente, de forma qualitativa e quantitativa, com o resultado do processo” (VITORELLI, op. cit. p. 273)

Portanto, decisões judiciais em processos judiciais para promoção de políticas públicas somente serão legítimas se consubstanciadas na teoria da legitimidade por reflexividade de ROSANVALLON, pois devem se aproximar, indubitavelmente, de toda a sociedade e preocupadas tão somente com ela, ou seja, com o povo-princípio, na medida em que “pensando-se em democracia num sentido que a atrela à defesa e à promoção de direitos – notadamente os fundamentais, chega-se ao ponto de confluência da democracia com base nos valores maiores da Constituição Federal” (BARROSO, op. cit. p. 5).

A legitimidade por reflexividade nos propõe, assim, um dever do judiciário de estar atento as mais variadas vozes (especial grupos minoritários) e que estes se façam representar, na premissa de generalidade por multiplicação, uma preocupação por ver prevalecer a razão pública (ROSSANVALLON, op. cit. p. 187).

E para tanto, não basta que os cidadãos sejam ouvidos no procedimento de construção das decisões judiciais em políticas públicas, mas sim, que sua voz seja considerada, a ponto de que a materialização desta participação seja espelhada no que vier a ser decidido, como bem pontuado por Roberta Maia GRETA:

a abertura das instâncias decisórias à participação dos cidadãos, e não apenas à representantes. Em perspectiva jurídica, essa abertura compreende a enunciação de sentidos com caráter vinculativo. Isso significa que não basta que se assegure o comparecimento do cidadão aos locais de deliberação, como ouvinte ou, tampouco, concedendo-lhe oportunidade de manifestação. O ingresso na instância decisória se perfaz quando o sentido enunciado pelo cidadão, ainda que não venha a prevalecer, não pode ser desconsiderado na tomada de decisões (GRETA, op. cit., p. 56).

E neste viés, conclui-se que, o processo judicial estrutural em políticas públicas somente será legítimo democraticamente se suas decisões atuarem como vetores, por reflexividade, dos princípios fundamentais das normas constitucionais, de forma que sua principal atribuição jurisdicional deve se investir numa função democrático reflexiva (ROSANVALLON, op. cit. p. 204), onde a legitimidade se estabelece de maneira progressiva e sempre com o registro da representação do povo-princípio, de sua voz, de seu clamor e suas aspirações.

Assim, o estado-juiz deve sempre estar preocupado em fixar o sentido dos princípios constitucionais, com a formação de promissores diálogos institucionais, cujas decisões estejam atreladas à correção dos aglutinados problemas da sociedade contemporânea, refletindo aquilo que é almejado pelos detentores do poder – o povo, e de igual forma, preocupadas com o futuro, melhoradas ao longo do tempo, jamais retrocedidas, e tudo na busca de uma sociedade feliz, onde a promoção da dignidade da pessoa humana – vetor do estado de bem estar, seja sempre almejada no campo das políticas públicas.

5. Considerações Finais

A conjectura da sociedade contemporânea trouxe questões multipolares no campo dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando o constituinte trouxe ao Estado, a missão de promover a assistência à toda a sociedade.

A consequência direta desta atribuição constitucional proporcionou alguns contornos na promoção de políticas públicas pelo Poder Executivo, que nem sempre dá conta de atender aos anseios da sociedade em geral, que muitas vezes decorre da ineficácia da gestão da máquina pública.

Como decorrência do princípio da inafastabilidade da atuação judicial, face à lesão ou ameaça de lesão à direitos, se tornou corriqueiro o ajuizamento de ações reclamando pela implementação de uma ou outra política pública.

Entretanto, o processo civil clássico não deu conta de produzir às respostas necessárias, razão pela qual, doutrina e jurisprudência se ocuparam de fomentar a instituição de um procedimento especial para resolução destas demandas, naquilo que se intitulou de processo judicial estrutural, cuja principal característica é a exaltação dos princípios da cooperação e do diálogo, em detrimento das raízes engessadas do processo comum ordinário.

Não se discute a possibilidade de o Poder Judiciário se imiscuir no implemento de políticas públicas, já que se trata de uma função reformulada e decorrente do novo modelo

democrático de direito e que está atrelado à máxima promoção dos direitos fundamentais.

Mas, a legitimidade das decisões proferidas em processos estruturais será sempre proporcional à qualidade do debate travado no processo e da preocupação com a voz dos reais detentores do poder.

E somente serão legítimas, por reflexividade, as decisões estruturais que espelhem vetores dos princípios fundamentais das normas constitucionais, onde o juiz adote a função democrático-reflexiva de promover diálogos institucionais, visando corrigir os problemas atuais e futuros, voltando-se para os anseios advindo do bem estar comum da vida do homem.

A legitimidade por reflexividade que se espera das decisões judiciais em processos estruturais em políticas públicas decorre da elaboração e aplicação de uma teoria substantiva da representação, extraída das mãos dos cidadãos enquanto povo-princípio.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, vol. 225, 2013.

_____. **Processos Estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do Carvão**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 dez. 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1041197 – MS, da Segunda Turma do STJ. Julgado em 25.08.2009, em acórdão da lavra do Ministro Humberto MARTINS. Publicado no DJ em 16.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 fev. 2023.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata. Pedretti Moraes. **Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas**. Revista Administração Pública da FGV, v. 49, 2015. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/46624>>. Acesso em: 12 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 12, n. 96, p. 1-46, fev./maio 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BOSSONARIO, Leticia Daniele. **A relevância do processo dialógico na concretização do direito fundamental à duração razoável do processo: estudo da ACP dos prazos para análise administrativa de pedidos de benefícios previdenciários – ACP N. 5004227-10.2012.4.04.7200/SC**. In Demandas estruturais e litígios de alta complexidade: casos práticos analisados no mestrado da Enfam / coordenador: Antônio César Bochenek; Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2022. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-pesquisa-einovacao/demandas-estruturais-e-litigios-de-alta-complexidade/>>. Acesso em: 31 jan. 2023

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do estado constitucional de direito**. Revista Da ESMESC, 2011. p. 47-75. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/23/29>> Acesso em: 10 fev. 2023.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 75, p.101-136, jan./mar. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. Revista USP, [S. l.], n. 21, p. 12-21, 1994. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>. Acesso em: 16 fev. 2023.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Riode Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional, Democracia E Direitos Fundamentais (Sociais) No Estado Constitucional Democrático De Direito**. II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais. Unoesc, SC. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/1588/1056>>. Acesso em: 02 fev. 2023

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. 8º Ed. São Paulo: RT, 2015.

PITASSI, Sandro Lúcio Barbosa; FERREIRA, Aldo Pacheco. **A atuação do Poder Judiciária na concreção das políticas públicas de saneamento básico: possibilidades e limites**. Revista Saúde em Debate, v. 4. Fio Cruz. Rio de Janeiro. 2019.

ROCHA, Leonel Severo. **Forma de sociedade, cultura política e democracia**. In: ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica e democracia. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 180.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Trad. Heber Cardoso. Barcelona: Paidós, 2010.

SANTOS, Adriana Timóteo dos. **O Tonel das Danaides: Judicialização e políticas públicas de saúde no Brasil – Uma contribuição a partir da Teoria dos Diálogos**

Institucionais. Tesede Doutorado. Doutor em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade, Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Curitiba, 2018.

SANTOS, Camila Perez Yeda Moreira dos. **Processo estrutural: controle jurisprudencial de políticas públicas.** ed. Almedina, 2021.

SOUZA, Zaphia Boroni; RIBEIRO, Adriano da Silva; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná. **Análise crítica dos processos estruturais na perspectiva da processualidade democrática.** Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 3, p. 124-139, Set./Dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.8298>.

VITORELLI, Edilson. **Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual.** In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais.** 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças.** Revista dos Tribunais online, v. 284, p. 333-369, 2018.

_____. **Processo civil e estrutural.** 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

_____. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos.** 2ª ed. Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book