

# O PROCESSO ESTRUTURAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A ÓTICA DA LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE

## THE STRUCTURAL PROCESS IN PUBLIC POLICIES FROM THE PERSPECTIVE OF LEGITIMACY BY REFLEXIVITY

 [doi.org/10.5212/RBDJ.v.6.0008](https://doi.org/10.5212/RBDJ.v.6.0008)

**Adriana Timóteo dos Santos\***

 <https://orcid.org/0000-0003-1788-0748>

 <http://lattes.cnpq.br/9067268366922697>

**Alexandre Almeida Rocha\*\***

 <https://orcid.org/0000-0003-0266-2190>

 <http://lattes.cnpq.br/0593948879921987>

**Alisson Fernando de Anhaia Rentz\*\*\***

 <https://orcid.org/0009-0003-6293-7544>

 <https://lattes.cnpq.br/0497490740561244>

Recebido em 06/07/2023

Aceito em 10/08/2023

**RESUMO:** O artigo dedica-se ao estudo do processo judicial estrutural e sua legitimidade na concretização dos direitos sociais a partir do controle jurisdicional de políticas públicas, com objetivo de aventar que

---

\* Doutora em Direito pela PUC/PR (2018). Mestre em Direito pela PUC/PR (2003). Graduada em Direito pela UEPG (1993). Professora Titular da Universidade Estadual de Ponta Grossa em regime de dedicação exclusiva. Mediadora do CEJUSC em Ponta Grossa/PR.

\*\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), mestre em direito na Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Doutor em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) na área de concentração “Estado, Direito e Públicas”. É Bacharel em Teologia pelo Centro Universitário de Maringá (2016). Professor Adjunto na Universidade Estadual de Ponta Grossa. Integra o corpo docente do Mestrado em Direito da UEPG na linha de pesquisa “Teorias e práticas jurídicas na proteção de direitos e promoção de políticas públicas”.

\*\*\* Mestrando em Direito Stricto Sensu, Linha de Pesquisa: Teorias e Práticas Jurídicas nas Relações Privadas e Socioeconômicas pela UEPG. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UEPG (2016). Especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR (2018). Graduado em Direito pelo UNICURITIBA (2013.1). Juiz Leigo do 3º JEC de Ponta Grossa/PR.

a incorporação do procedimento somente pode ser autorizada se este se pautar sob enfoque da teoria da legitimidade das decisões judiciais por reflexividade. Aborda-se o fenômeno da judicialização e implemento das políticas públicas pelo Poder Judiciário, que é justificado por sua missão constitucional de conceber efetividade aos direitos fundamentais sociais. Discorre-se sobre os institutos do processo estrutural, destacando sua riqueza em efetividade, já que há integração de diversos atores sociais na construção da solução mais adequada. Conclui-se, por fim, que decisões em processos estruturais para serem legítimas devem estar condicionadas ao atendimento dos reclamos da sociedade e com fito de solucionar as inconformidades de hoje e do futuro. A pesquisa foi pelo método dedutivo, com pesquisa bibliográfica acerca do tema.

**Palavras-chave:** direito processual, políticas públicas, sociedade, processo estrutural, legitimidade por reflexividade

**ABSTRACT:** The article is dedicated to study the structural judicial process and its legitimacy in the realization of social rights, starting from the jurisdictional control of public policies, with the aim of arguing that the incorporation of the procedure can only be authorized if it is based on the theory of legitimacy of judicial decisions by reflexivity. The phenomenon of judicialization and implementation of public policies by the Judiciary is addressed, which is justified by its constitutional mission to conceive effectiveness to fundamental social rights. It discusses the institutes of the structural process, highlighting its richness in effectiveness, since there is integration of several social actors in the construction of the most appropriate solution. Finally, it is concluded that decisions in structural processes to be legitimate must be conditioned to meet the demands of society and in order to solve the recurrent problems of today and the future. The research was based on the deductive method, with bibliographical research on the subject.

**Keywords:** procedural law, public policies, society, structural process, legitimacy by reflexivity.

## 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 figura 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-se que esta modalidade procedimental somente pode ser introduzida no ordenamento jurídico se for pautada nas premissas da teoria da legitimidade das decisões judiciais por reflexividade, extraída da proposta de Pierre Rosanvallon.

A pesquisa foi pelo método dedutivo teórico, com análise bibliográfica dos institutos do processo estrutural e da teoria da legitimidade por reflexividade, propondo-se, ao final que esta deve figurar como pressuposto de validade para que as decisões judiciais no campo das políticas públicas sejam proferidas e aceitas.

## 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 públicas<sup>1</sup> que atendam todos os direitos sociais previstos constitucionalmente (PITASSI, FERREIRA, 2019, p. 121).

Neste sentido 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

<sup>1</sup> Esclarecendo o conceito de políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci aponta: “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. (BUCCI, 2006, p. 39).

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, 2019, p. 121).

O próprio contexto político atual, com ressurgimento de postulados neoliberais<sup>2</sup> 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 se furtar 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 públicas (PITASSI, FERREIRA, op. cit., p. 122-123).

Inegável, portanto, que a nova acepção 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 e atento que a defesa dos interesses majoritários vai até os limites autorizados pelos direitos fundamentais, sendo “o controle judicial de políticas públicas 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 (...)” (CAMBI, 2010, p. 198).

A intervenção do judiciário em políticas públicas, portanto, é reflexo de sua possibilidade de intervir e contribuir para um quadro mais nobre e digno na produção de comandos que atendam as necessidades sociais, figurando como um ator importante ao lado dos demais Poderes constituídos e da propriedade sociedade, na luta constante para erradicação de todas as situações que não possam traduzir plenitude, respeito e inclusão públicas (PITASSI, FERREIRA, op. cit., p. 123).

E neste cenário intervencionista surgiu a chamada judicialização da políticas públicas, sob o reclamo da violação e da não observância pelo Estado dos direitos fundamentais sociais dos indivíduos de acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, crescente ajuizamento de ações individuais e coletivas

<sup>2</sup> Acerca das consequências do neoliberalismo para a sociedade, CAIO TACITO aponta que: “no cenário dos direitos humanos desponta a reação contra risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir 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 constribe 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).

Para Adriana Timóteo dos Santos este movimento é consequência do cenário político-econômico do País, assim discorrendo:

(...) 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).

E por tais razões, dada a magnitude alcançada, o estudo deste fenômeno ganhou destaque na jurisprudência e na literatura do direito nos últimos anos, especialmente por que os contornos destas demandas retratam, invariavelmente, a 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.

Nesta premissa, 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)

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).

Porém, 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, como bem pontua GODOY:

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 autorizar o ativismo judicial moderado como um aliado na promoção das políticas públicas no estado de bem estar social inaugurado pelo constituinte de 1988, com pontu o Ministro do STF a Luis Roberto BARROSO:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral – como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. Prossegue lecionando que: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. 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. Em todos os casos referidos acima, o judiciário decidiu porque era o que lhe competia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. 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”. “A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2009, p. 71-91)

E com esta reflexão a aceitação do ativismo judicial em processos envolvendo políticas públicas acabou bem difundida nos tribunais brasileiros, dando-se destaque acerca da possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, exprimindo-se num entendimento jurisprudencial forjado sob a 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 públicas, 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 ganhou enfoque o instituto do processo estrutural, cujas bases conceituais serão abordadas no capítulo seguinte.

## 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 Takepa*, 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, extraíndo-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).

Sérgio Cruz ARENHART destaca que “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)

E dentro desta nova formatação de conflito, as demandas de caracter estrutural apresentam características específicas (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, op. cit., p. 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.

Nos seus traços mais relevantes, 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).

O procedimento, então, se manifesta de forma multifacetária, pois vai além das balizas do processo comum clássico, externalizando uma busca pela realização do dialógico com diversas instituições da sociedade, integrantes ou não da lide, alicerçado no princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC/2015), para se formatar através de um modelo coparticipativo da atuação judicial de intervenção em políticas públicas, que dá ensejo a decisões judiciais que buscam figurar “(...) 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, cujo voto da Ministra Nancy Andrighi é bastante esclarecedor neste aspecto:

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 tensionem 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).

Em vista disto, 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).

Segundo Sérgio Cruz ARENHART, o processo estrutural é o caminho mais seguro para para atendimento das questões complexas, envolvendo especialmente o campo das políticas públicas, justamente por ser “(...) 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”. ARENHART, 2015, p. 389-410)

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 julgador.

E de fato, por serem as políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos mais básicos dos cidadãos, responsabilidade maior precisa agregada no curso destes processos judiciais especiais, já que se espera a resolução de problemas atuais e futuros, 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 enquanto princípio do Estado Democrático de Direito.

Apesar de não ser o objeto de análise deste artigo, importante relatar que, está em trâmite perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT-SP), que visa instituir processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Judiciário, mas que ainda não teve sua análise finalizada pela Casa Legislativa.

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.

Dante de todas as considerações aqui expostas, pode-se afirmar que, em sede de políticas, é preciso abrir mãos dos mecanismos engessados do processo civil clássico, demandando uma atuação judicial intervencionista neste campo com eficiência necessária e condizente para assegurar tais direitos, sendo o modelo do processo judicial estrutural a melhor arena para produção de um debate participativo, para que manifestações pontuais sejam produzidas a respeito do problema identificado, visando a obtenção de um resultado satisfativo e esperado pela sociedade.

## A LEGITIMIDADE POR REFLEXIVIDADE COMO REQUISITO DE VALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL ESTRUTURAL 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”, naquilo que intitulou como povo-princípio, assim descrevendo:

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 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)

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).

Dentro desta teoria, 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 e para atender suas vozes, numa concepção de democracia em que o sujeito constitucional é a sociedade.

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 falar em nome do povo-princípio, respeitando, acima de tudo, seus reclamos, já que em se tratando de políticas públicas, não se pode perder de vista a 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 interdita 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 abertura dos 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 da função jurisdicional pelo Estado está intrinsicamente ligada a legitimidade democrática do no art. 1º da Constituição Federal de 1988, de forma 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, (...) e envolve um esforço estatal estratégico de estabilização

de práticas que vulneram a igualdade institucional entre Estado e Cidadania (GRESTA, 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)

As decisões judiciais em processos judiciais para promoção de políticas públicas somente serão legítimas se consubstanciadas na teoria da legitimidade por reflexividade de ROSANVALLON, já que devem se aproximar, indubitavelmente, de toda a sociedade e preocupadas tão somente com ela, ou seja, com o povo-princípio, na proposição de um dever do judiciário de estar atento as mais variadas vozes (especialmente de grupos minoritários), e que estas 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 GRESTA:

“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” (GRESTA, op. cit., p. 56).

Portanto, 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.

De nada adianta a produção de dialógos institucionais se a decisão não ocasionar uma mudança sensível nos direitos reclamados pela sociedade, de modo a produzir um efeito em cascata no mundo real, pautada na premissa maior da melhoria da qualidade

de vida das pessoas, no intuito de promover aos cidadãos mais acesso ao bem-estar, com a garantia de direitos como saúde, educação, segurança pública e assistência social.

Seria basicamente dizer que, a condicionante do processo judicial estrutural em políticas públicas reside na obrigatoriedade de que suas decisões tragam o comando das vozes da sociedade postos na demanda, com o fito de reduzir desigualdades e inconformidades verificadas, mitigar os impactos negativos, adequando a resolução de um caso a um efeitos de macrojustiça, ou seja, que seja legítima por reflexividade.

## 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, 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, que é o povo.

E somente serão legítimas, por reflexividade, as decisões estruturais em políticas públicas 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 da sociedade.

A legitimidade que se espera das decisões judiciais decorre da elaboração e aplicação de uma teoria substantiva da representação, que busque suas razões de agir e decidir nas mãos dos cidadãos enquanto povo-princípio.

A conclusão que exprime é que, para que o processo estrutural em políticas públicas seja legítimo em nosso ordenamento jurídico, seu resultado deve apresentar elevado grau de proximidade com a sociedade, além de conter soluções diretas para correção das inconformidades públicas, afim de produzir nas pessoas o sentimento de efetivo de

restabelecimento de seus direitos fundamentais básicos, como bem-estar, a garantia de direitos da saúde, educação, segurança pública e assistência social.

## 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/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.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.** Rio de 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 eficacias 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 Judiciário 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.** Tese de 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 Henrique Zandona. **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