

DECISÕES JUDICIAIS NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO – CONTRIBUIÇÕES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS



José Barroso Filho¹

O artigo, sob a forma ensaística, posiciona-se na seara dos debates pela concretização dos direitos sociais, de modo que perpassa o ideário de construção de um processo decisório informado pela modelagem de decisão estrutural capaz de promover concretização e desenvolvimento dos direitos sociais. Assim, envida-se o debate sobre alternativas para melhorar o plano fático de concretização de políticas públicas, a defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio lança a percepção das complexidades e dos desafios do sistema jurídico em face da necessária conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais aventada em litígios estruturais.

Palavras-chave: Decisões Estruturais; Direitos Sociais; Políticas Públicas

¹ Doutorando em Direito pelo UniCuritiba, Doutorando em Direito e em Educação, Arte e História da Cultura pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutor Honoris Causa pela Universidade Castelo Branco, Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Juiz de Carreira, é Ministro do Superior Tribunal Militar e Conselheiro do Conselho Nacional de Educação. Palestrante em eventos nacionais e internacionais, Professor Universitário e Membro de Bancas Examinadoras em Concursos Jurídicos. E-mail: jbarrosofilho@uol.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0790988051145894>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2650-2098>.

JUDICIAL DECISIONS ON THE DEVELOPMENT PROCESS – CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE ON SOCIAL RIGHTS IN THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES

The article, in essay form, is positioned in the field of debates for the realization of social rights, so that it permeates the ideal of building a decision-making process informed by structural decision modeling capable of promoting the realization and development of social rights. Thus, the debate is launched on alternatives to improve the factual plan for implementing public policies, defending the implementation of social rights. Such is the hypothesis, and the approach of this essay launches the perception of the complexities and challenges of the legal system in the face of the necessary normative conformation of public actions on social rights suggested in structural disputes.

Keywords: Structural Decisions; Social rights; Public policy.

INTRODUÇÃO

As questões afetas à aplicação da norma jurídica nos processos judiciais – o que se submete à apreciação do Poder Judiciário sob a forma de ações – parecem posicionar-se no campo de justificação da dimensão jurídica das próprias decisões. É algo como a conformação do pensamento jurídico a partir da orientação imanente dos atores envolvidos no processo da construção judicial.

Em face de um cenário marcado – nos últimos anos – pelas dificuldades de diálogos (efetivos) entre os Poderes Republicanos, a litigância em matérias que envolvem interesses públicos revelou-se alternativa constitucionalmente viável.

De um lado, a própria caracterização da linguagem jurídica através de seus signos e significados, viabilizando a ideia de constitucionalismo, vem contribuindo para o debate do final do século XIX, início do século XX, de um Direito Constitucional que seja democrático. A caracterização de um movimento, sobretudo após a Segunda Grande Guerra, aprimorando a garantia jurisdicional da prevalência da Constituição sobre as demais normas, penetrou na cultura jurídica a formar o paradigma juspositivista com o condão de enveredar a legitimação do Direito e dos seus critérios de validade nos variados Estados.

De outro, na seara pragmática, da concretização dos direitos sociais, a questão de tensionamento reside na necessidade de migração – paulatina e constantemente – de um processo decisório informado por um apego excessivo ao formalismo legal do decisor para uma modelagem de decisão estrutural capaz de promover desenvolvimento de tal categoria de direitos (tanto na dimensão de materialização quanto na função interpretativa do Direito).

Nesse contexto, discorrer sobre alternativas para melhorar o plano fático, de eficácia e efetividade de políticas públicas é defender a concretização dos direitos sociais. Tal é a hipótese e a abordagem do presente ensaio que se posiciona em face da aparente ausência de conexão entre medidas legislativas, orçamentárias, ou, ainda, burocráticas para a conformação da normatividade constitucional acerca dos direitos sociais encerrados em ações estatais versadas em políticas públicas.

De tal sorte, a enriquecer o debate, a proposta de revisita à forma de construção/argumentação da

decisão judicial (de índole estrutural) se apresenta, a fim de fornecer um padrão mínimo de debate acerca da segurança jurídica à sociedade em que se instala. Impende, assim, ponderar as linhas gerais sobre quais seriam as características comuns às decisões estruturais (levadas a efeito pelo Poder Judiciário) que concretizam/materializam os direitos sociais, orientando políticas públicas.

2 CONTEMPORANEIDADE JURISDICIONAL: CONSTITUIÇÃO, DECISÕES JUDICIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A contemporaneidade reclama que as questões afetas à aplicação da norma jurídica sejam tratadas sob o viés daquele pensamento jurídico que considera relevante a orientação do comportamento dos atores envolvidos da decisão judicial¹.

Em face das crescentes demandas da sociedade, a decisão estrutural² vem se tornando instrumento jurídico/político de relevo para a solução de questões interpretativas (ou mesmo de ordem prática) dos direitos sociais – sobretudo na arena das ações públicas enredadas em políticas públicas.

Surge a hipótese, dessa forma, de que os gradientes de índole dogmática e técnica, os quais devem ser ponderados pelo intérprete³, a fim de conferir maior grau de segurança jurídica e previsibilidade às ações versadas em litígios estruturais, podem e devem ser minimamente parametrizados pelo julgador.

Se, por um lado, o debate pela concretização dos direitos sociais é tema que pulula na Academia e nos Tribunais e Parlamentos, por outro, a carência de ações coordenadas entre medidas políticas, burocráticas e financeiro-orçamentárias efetivas, como amplamente narrado, aportam maiores dificuldades de materialização (e mesmo desenvolvimento) dos direitos sociais.

Com efeito, a saída – pela via das decisões estruturais – passa pela migração, contínua e suave, de um modelo de decisão unicamente legalista para a decisão judicial pautada na concretização do direito social pela (re)orientação da política pública⁴. Tal modelagem deve beber da fonte da principiologia, da hermenêutica de vanguarda e da posição que veicula máxima efetividade ao bem-estar do cidadão que – in fine – é a razão de ser de todo o debate público.

Em face das diversas possibilidades de atuação jurisdicional, a revelar o Poder Judiciário como

¹ AINSWORTH, Scott H. *Analyzing interest groups: group influence on people and policies*. New York e London: W.W. Norton & Company, 2002.

² Assumindo-se a abordagem de que “Trata-se de concepção com viés muito pragmático; não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão”, nos termos anotados por DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR,

Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Notas sobre as decisões estruturantes*. *Civil procedure review*, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

³ CALSAMIGLIA, Albert. *Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico*. 1982.

⁴ De rememorar a abordagem de COUTINHO, Diogo R. *O direito nas políticas públicas*. In: *Política Pública como Campo Disciplinar*. São Paulo, 2014.

verdadeiro vocalizador de demandas⁵, mostra-se oportuno lançar à discussão os limites da dogmática tradicional – sempre na toada da concretização de direitos sociais – para o campo dos demais atores institucionais.

A afirmação do posicionamento da Constituição como feixe de interpretação (fonte de orientação) termina formatando uma verdadeira “atmosfera” a partir da qual os demais ramos do Direito passam a se conformar, segundo este novel pensamento. Por certo, não se trata de fenômeno que tenha unânime aceitação, no Brasil, uma vez que segue acompanhado por pechas daquilo que se convencionou denominar de ‘ativismo judicial’.

Com efeito, a liberdade de acesso ao Judiciário no ambiente de modernidade líquida e da sociedade de risco, em face da baixa segurança jurídica, é calcada na estabilidade e previsibilidade da produção do Direito, em uma relação que se torna ainda mais complexa em virtude da litigiosidade da realidade brasileira.

Importa destacar que, no desenvolvimento das funções neoconstitucionais (ou mesmo na sua própria aplicação), as quais, por natural se espriam por todo o ordenamento, emerge o foco para os direitos sociais fundamentais (estruturantes), especialmente em razão da elevada “abertura semântica” e “elasticidade”⁶ que tal modal de princípios enceta na busca de soluções adequadas e justas aos problemas que se apresentam.

Com azo na compreensão de que direitos sociais⁷ são elementos da cidadania⁸, a qual perpassa pela análise da existência de uma influência real dos desdobramentos individuais sobre as escolhas coletivas, pretende-se o desenvolver de um conceito mais tolerante para o alcance do ato da decisão judicial, a autorizar uma margem maior de (plural e efetiva) operação, no âmbito da ação estatal⁹.

Se o contexto da abordagem dogmática usualmente se relaciona às atividades de interpretação, de exercício hermenêutico e à sistematização de preceitos legais, urge instigar que a discussão jurídica não pode se posicionar alheia às determinações políticas do sistema jurídico¹⁰. Importa perceber o campo jurídico como meio capaz de favorecer a liberdade de acesso ao Judiciário – o que conduz, de fato, repise-se, à atual litigiosidade da realidade brasileira. Não se pode fugir de tal realidade.

Em que pese as modernas soluções de litígios e de composição extrajudicial, registrada está a

percepção de que o Judiciário é, e continuará sendo porquanto vija a Constituição de 1988, importante locus para a solução dos conflitos da vida e, portanto, dos direitos sociais.

Tal modal de percepção parece arregimentar as complexidades e desafios do sistema jurídico para a natural interação entre o Direito posto e a sua concretização prática, sobretudo no pertinente à conformação normativa das ações públicas sobre direitos sociais, – o que é aventado em litígios estruturais.

Por certo, como o Judiciário não pode recusar o recebimento de novas ações, ainda que esteja assoberbado de trabalho¹¹, resta encontrar, em certa medida, na decisão estrutural e nos provimentos usuais dos processos coletivos, formas pragmáticas de concretização dos direitos sociais.

À abordagem da atuação judicial tem-se informado que as decisões estruturais são formuladas quando o órgão julgador, diante de significativas dificuldades de agenda dos demais Poderes do Estado, segue a cuidar da materialização dos comandos constitucionais. Tal processo acaba por determinar providências organizacionais para a eliminação de barreiras à realização dos direitos sociais¹².

3 CONTRIBUIÇÕES ESTRUTURANTES AO DEBATE DOS DIREITOS SOCIAIS – A OPÇÃO PASSA PELO VIÉS DA CONCRETIZAÇÃO

A fim de conferir azo à discussão jurídica legitimadora de novos mecanismos jurisdicionais (para o enfrentamento à crise de concretização dos direitos sociais, especialmente por meio da tecnologia das decisões estruturais), o debate que se propõe – de cunho teórico – deve revisitar a análise de como a decisão judicial apresenta potencial para promover o desenvolvimento, por meio de uma abordagem francamente direcionada ao destravamento na prestação de direitos sociais.

O debate é também informado pelo fato de que a concretização de tal categoria de direitos usualmente pode não se dar pelas vias ordinárias, mas mediante inserção de outro ator institucional no cenário – qual seja, o Judiciário (que atua por meio do provimento judicial). Isto se opera em virtude da carência de coordenação entre as medidas executivas

⁵ Idem.

⁶ FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

⁷ Por todos, TELLES, Vera da Silva. Direitos sociais: afinal do que se trata?. Revista USP, n. 37, p. 34-45, 1998.

⁸ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 5-16, 1994.

⁹ CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Fórum, 2009.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Método Editora, 2006.

¹¹ FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. 2020.

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro – Revista de Processo, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013

e legislativas, o que implica nas conhecidas violações a direitos constitucionais sociais¹³.

Analisa-se, assim, a conformação do pensamento jurídico a partir do comportamento dos atores implicados no processo dogmático de interpretação do texto jurídico. É que a litigância segue, desta feita, pautada por interesses públicos, a conferir factibilidade ao conhecido controle jurisdicional de políticas públicas no país.

Para compreender os resultados de tais litígios estruturais é necessário desenvolver a abordagem da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de efetivação de direitos sociais e, nesta senda, de promoção do desenvolvimento – sem olvidar das políticas públicas da área.

Diante desta sociedade complexa, a formação do juiz acaba demandando deste ator um engenhoso trabalho de compreensão das multifacetadas questões que se lhe são apresentadas – importa relevar que se conhece o fortalecimento das Escolas Judiciárias que, formalmente, impulsionam a renovação do conhecimento dos magistrados, para as quais, felizmente, há farto e amplo campo de desenvolvimento.

Ao cotejar referidos dados com a agenda da sociedade de risco e considerando a abertura do texto constitucional normativo para o que se pode denominar de processo interpretativo construtivo, percebeu-se a ampliação do papel do magistrado, especialmente em razão de princípios constitucionais e conceitos jurídicos indeterminados, que conferem supedâneo para os desenvolvimentos interpretativos na construção de uma decisão justa.

De tal sorte, razoável é demandar uma magistratura pluralista e disposta a entender as diversidades da sociedade contemporânea.

É que, se, por um lado, a proposta dogmática objetiva garantir a estabilização institucional, conferindo maior cientificidade à abordagem do Direito, por meio do desenvolvimento da discussão jurídica e de argumentação, por outro, a invocação da dogmática pode – simplesmente – produzir a redução de encargos de justificação, o que não contribui, *prima facie*, para a evolução democrática.

Relacionando-se às atividades de interpretação e sistematização de preceitos legais, a dogmática, como clara contribuição sistêmica do positivismo jurídico é ínsita na tarefa de compreender a estrutura da norma segundo a proposição de institutos eminentemente jurídicos.

Nesse mesmo compasso, veja-se que a discussão jurídica não pode se ilhar do social. Não é

alheia ao estudo de outras áreas, como a economia, a filosofia, a política ou a sociologia, de sorte a perceber o campo jurídico como arena de disputa entre atores diversos, formatando uma verdadeira comunidade epistêmica¹⁴ para a concretização de direitos.

É necessário que a decisão judicial atue assim, ancorada em fortes princípios, esforçando-se para seguir o processo planejado e metódico a fim de justificar – no Direito – a apuração da eficácia, da eficiência, da efetividade e mesmo da economicidade das ações públicas de conformidade com o plano normativo – nas políticas públicas.

A ideia que se entabula passa por empreender a formação e a própria análise das políticas públicas, sob a perspectiva das formas de atuação das instituições incumbidas da ação pública. Tal missão – anote-se – revela-se deveras complexa, mas de cariz mais factível se levada a efeito no campo jurisdicional, sobretudo quando havido pelas decisões estruturais.

De se ponderar que tem ganhado força a análise do potencial para as diferenças interpessoais havidas nas bases para as escolhas empreendidas pelos juízes. Trata-se das discussões acerca dos vários tipos de público (audiências), capazes de enfatizar as diferenças entre os posicionamentos judiciais.

A análise de políticas públicas ocupa-se da descrição e compreensão da ação do Estado – busca-se o entendimento da atividade dos governos com potencial de contribuição para a solução de demandas sociais e o viés comportamental também engendra destaque. É tema relativamente novo, que desafia discussões (nas quais não se adentrará aqui, por razões de coesão argumentativa no espaço)

Rememorem-se, nessa mesma virada, as ideias de Keynes incentivaram a adoção de políticas que formataram um novo tipo de Estado, o Welfare State (Estado do bem-estar social), que representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política¹⁵.

Por outro lado, verifica-se que a concretização dos direitos sociais versados nas políticas públicas, com é de conhecimento amplo, pode não ocorrer pelo processo ordinário entre os Poderes Executivo e Legislativo. Não raro, a materialização de ações se dá mediante interação de/com o Judiciário, por meio do provimento judicial.

O fenômeno da judicialização de dá em face do alcance insuficiente das políticas públicas, em cenário que se ergue violando a direitos constitucionais, sobretudo direitos sociais. Nessa esteira, é possível posicionar a discussão acerca da concretização das

¹³ GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. *Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas*. 2019.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. Método Editora, 2006.

¹⁵ Nesse sentido, destaque-se COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. *O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES?*. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

políticas públicas versadas em direitos sociais pela via jurisdicional.

É possível exercer uma apropriação da hermenêutica desenvolvida nas/pelas decisões estruturais como mais uma forma de atuação jurisdicional vinculada (em observância à vedação ao *non liquet*). O exercício pode se dar pelo suprimento da ausência de regras (via mecanismos de integração), ou pela extração da carga semântica indeterminada que povoa parcela significativa das normas jurídicas.

Disto resulta a observação de que o resultado da atividade judicante, quanto se opera na toada da materialização de direitos sociais atrelados a políticas públicas, encontra nas decisões estruturais, no plano teórico, campo fértil.

CONCLUSÕES

Como se pode perceber, há reclames para investigar a consecução de descritores e paradigmas para o emprego e reprodução das decisões estruturais (ou estruturantes) para o mister de cumprir o objeto da presente síntese – dos direitos sociais.

Verifica-se que a litigância marcada por interesses públicos empresta supedâneo ao controle jurisdicional das ações públicas no Brasil, de sorte que é possível anotar que as decisões estruturantes se situam no campo da análise das leis e políticas públicas, eis que representam uma expansão da atuação judicial na interação com os demais Poderes (Executivo, Legislativo).

Desenvolver uma (ou algumas) abordagem(ns) da decisão estrutural (ou estruturante), como mecanismo de concretização de direitos e, nesta esteira, de promoção do desenvolvimento, é a proposta que se entabula, a elucidar resultados que apontem para a segurança jurídica e à razoável estabilidade institucional.

É necessário ponderar e analisar a relação entre direito e política pública, a partir das funções usualmente assumidas pelo Direito, por meio das decisões estruturais, com o fito de emprestar aplicabilidade prática às normas definidoras de direitos sociais em face do processo natural de desenvolvimento.

O Direito, e o campo da Decisão Judicial se vocacionam a desempenhar, nesse cotejo, a função de instrumento de interpretação das normas, atentos ao rol de elementos que integram a ação estatal, das políticas públicas, do diálogo institucional, sempre construtivo e voltado para o desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINSWORTH, Scott H. Analyzing interest groups: group influence on people and policies. New York e London: W.W. Norton & Company. 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. RePro – Revista de Processo, São Paulo, v. 225, p. 389-410, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 5-16, 1994.

CALSAMIGLIA, Albert. Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico. 1982.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado pós-moderno. Fórum, 2009.

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES? Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, p. 373-394, 2013.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: Política Pública como Campo Disciplinar. São Paulo, 2014.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. Civil procedure review, v. 8, n. 1, p. 46-64, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. Método Editora, 2006.

FRANCISCO, José Carlos. BUSCA POR ALTERNATIVAS A JUDICIALIZAÇÃO E POSSIBILIDADES. In: NASCIMENTO, Salette et alii. ARBITRAGEM EM GERAL E EM DIREITO TRIBUTÁRIO SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

GUEDES, Jefferson Carlos Carús; PINTO, Henrique Alves. Decisões Estruturais: Vetores de implementação de políticas públicas. 2019.