

Uma Proposta de Matriz de Análise para a Pesquisa sobre a Judicialização dos Direitos Sociais

JULIA MAURMANN XIMENES

Advogada, Mestre em Direito, Doutora em Sociologia Política, Professora do Programa de Mestrado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Este trabalho é fruto de pesquisa realizada pela autora durante estágio de pós-doutorado na Universidade da Califórnia/Davis.

RESUMO: A judicialização dos direitos sociais, ou judicialização das políticas públicas no Brasil, está inserida em uma realidade complexa, com diferentes variáveis e fatores históricos, sociais, políticos e institucionais. Considerando este cenário, o artigo busca contribuir para a compreensão da realidade com uma proposta de matriz de análise do processo de litigância dos direitos sociais, buscando avaliar os impactos, diretos ou simbólicos, na relação entre Sociedade e Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização das políticas públicas; direitos sociais; matriz de análise.

ABSTRACT: The judicialization of social rights, or judicialization of public policy in Brazil is immersed in a complex reality, with different variables and historical, social, political and institutional factors. Considering this scenario, the article works for a way to comprehend the reality with a proposal of analytical framework of the litigation process of social rights aiming to evaluate the impacts, direct or symbolic, on the relation between Society and State.

KEYWORDS: Judicialization of public policy; social rights; analytical framework.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A judicialização dos direitos sociais; 2 Matriz de análise; 3 Categorias operacionais aplicadas; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

No direito comparado, a análise de diferentes estruturas e arranjos institucionais sobre o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos tem sido muito frequente. Assim, diferentes “matrizes” têm sido elaboradas para facilitar a comparação entre diferentes campos jurídicos e seu papel, como, por exemplo, a matriz de análise da judicialização da política, da transformação social e da *accountability*¹, para citar os temas e obras diretamente relacionadas à problematização deste trabalho.

Nesta perspectiva, o presente artigo tem como objetivo apresentar uma matriz de análise (ou *framework*) sobre o papel do Poder Judiciário no Brasil no

1 Para conhecer mais: TATE, N.; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995; GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: the accountability function of courts in new democracies*. London: Frank Cass Publishers, 2004; GLOPPEN, Siri et al. *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

tocante à efetivação de direitos sociais, considerando o impacto desta atuação na relação entre Sociedade e Estado. O problema de pesquisa é: como avaliar a atuação do Poder Judiciário na relação entre Sociedade e Estado?²

A iniciativa advém da necessidade de passarmos para uma análise que ultrapasse a discussão entre eixos analíticos como o procedimentalismo e o substancialismo³. O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um dado, uma realidade irreversível diante da constitucionalização dos direitos sociais e o reconhecimento de sua “força normativa”⁴. Portanto, a proposta é analisar o impacto deste fenômeno na sociedade a partir de vários fatores: social, institucional, jurídico, cultural, econômico e político.

Considerando que os direitos sociais no Brasil continuam em processo de implementação, ou seja, que ainda temos a exclusão social e econômica como grande desafio para o pleno exercício da democracia⁵, o presente artigo propõe uma matriz de análise para avaliar diferentes casos e momentos de atuação do Judiciário. A partir da matriz, as diferentes variáveis possibilitam compreender o papel do Poder Judiciário, em que medida ele contribui para uma compreensão das demandas sociais e assim melhorar o diálogo entre Sociedade e Estado⁶.

Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, *o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema política e pela própria sociedade.* (Vieira, 2008, p. 201, grifo nosso)⁷

Para tanto, começaremos com reflexões teóricas sobre a judicialização dos direitos sociais, ou judicialização das políticas públicas, considerando alguns eixos analíticos como procedimentalismo e substancialismo; constituição

2 Cumprir destacar que o presente artigo não segue o padrão do tripé metodológico tradicional já apontado pela autora em outros trabalhos (ver XIMENES, Julia Maurmann. O processo de produção científico-jurídica – o problema é o problema. *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis/SC*: Fundação Boiteux, 2008). Isto porque a proposta é, a partir do problema de pesquisa mencionado, apresentar uma ferramenta para futuras pesquisas: uma matriz de análise. Esta matriz tem sido o instrumental para alguns trabalhos em andamento durante o período de pós-doutorado da autora e será utilizada no seu grupo de pesquisa no IDP, Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania – DDFC, em 2015.

3 Estas duas categorias teóricas serão exploradas no primeiro capítulo.

4 Na linha de: HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

5 Oscar Vilhena Vieira (2008) argumenta que “a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a inviabilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade do privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições” (p. 186).

6 Importante salientar que de forma alguma recusamos os mecanismos de participação popular e de integração entre Sociedade e Estado, a discussão aqui é sobre a eventual contribuição que o Poder Judiciário e outros atores do campo jurídico poderão acarretar para o diálogo.

7 Obviamente importante destacar que não se deposita aqui uma ingênua crença na imparcialidade das instituições jurídicas, elas também são vulneráveis aos interesses e disputas por poder.

dirigente e constituição democrático-deliberativa. Isto porque as diferentes discussões sobre a relação entre Direito e Política afetam o próprio controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Entretanto, não conseguem perceber o “real” e seguir adiante, além da crítica, positiva ou negativa, sobre a atividade jurisdicional – qual é o seu impacto na realidade?

Em seguida, faremos a apresentação da matriz de análise de Siri Gloppen (2006), acrescentando algumas categorias elaboradas por César Rodríguez-Garvito (2001) no contexto da América Latina. Por fim, traçaremos diretrizes para aplicação das categorias operacionais⁸ da matriz em futuras pesquisas.

O objetivo é proporcionar uma nova ferramenta de análise e pesquisa do fenômeno da judicialização das políticas públicas no Brasil. Esta ferramenta concentra a abordagem na dinâmica dos diferentes atores envolvidos e das variáveis que influenciam o processo de litigância, evitando dicotomias reducionistas, que não conseguem compreender a complexidade do processo propriamente dito.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A discussão sobre a judicialização dos direitos sociais perpassa alguns eixos analíticos, que não lidam diretamente com o fenômeno, mas buscam analisar teoricamente o papel do Direito e do Poder Judiciário na efetivação da justiça social.

O primeiro eixo analítico compreende a dicotomia entre procedimentalismo e substancialismo. O procedimentalismo⁹ percebe a atuação mais “política” do campo jurídico como uma perda da liberdade e consequente privatização da cidadania, ou seja, o cidadão não procura solucionar suas demandas por intermédio do exercício de seus direitos políticos, mas sim individualmente.

Já o substancialismo¹⁰ afirma que as novas relações entre Direito e Política seriam tomadas como inevitáveis e favoráveis ao enriquecimento da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. O Poder Judiciário tem legitimidade para atender às novas demandas.

8 Aqui utilizamos categoria operacional no lugar de categoria teórica, pois estamos tratando de definições cujo objetivo é ajudar o pesquisador a chegar a aspectos da realidade. “As definições operacionais surgiram de um novo modo de pensar: em vez de pensar apenas constitutivamente, os cientistas também pensam operacionalmente. Uma definição operacional é uma ponte entre os conceitos e as observações” (Kerlinger, 1980, p. 46). São ferramentas para compreensão da operação dos conceitos embutidos na matriz.

9 O procedimentalismo aqui é representado pelas obras de Jürgen Habermas (*Direito e democracia: entre facilidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997) e de Antoine Garapon (*O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001).

10 O substancialismo está associado à obra de Mauro Cappelletti (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984).

Neste sentido, a discussão jurídica sobre o tema encontra outros dois eixos analíticos: a teoria da constituição dirigente e a teoria constitucional democrático-deliberativa. A primeira se concentra na necessidade do procedimento democrático para a realização da justiça social e na “força normativa da constituição”, inclusive dotando o sistema jurídico de instrumentos processuais para a concretização do programa constitucional pelo Poder Judiciário, como é o caso da ação de inconstitucionalidade por omissão (Souza Neto, 2012, p. 13-16)¹¹.

A teoria constitucional democrático-deliberativa destaca a democracia como condição e não como fim, cabendo às constituições estabelecerem apenas a estrutura básica do Estado Democrático de Direito. O papel do Poder Judiciário aqui é controlar a violação de direitos fundamentais pelas majorias eventuais, se restringindo ao campo da imparcialidade política (Souza Neto, 2012, p. 22).

A partir da breve apresentação dos eixos analíticos, a pergunta que permanece é: qual é o papel do Poder Judiciário que se almeja? Ele deverá ser guardião do conteúdo do Estado Democrático de Direito ou apenas do direito positivo “formal”? Assim, o próprio conceito de Justiça também é questionado.

No entanto, o desafio atual não é alargar os direitos – ou elaborar declarações de direitos (por mais importantes que estas sejam para os advogados constitucionalistas e para o simbolismo político) – mas encontrar meios e recursos para tornar, tanto “efetivos”, quando “coativos”, os direitos que os cidadãos já têm. Somente por meio da aplicação de rigorosos procedimentos acadêmicos à natureza, ao escopo e ao papel dos sistemas judiciais civis no provimento dos direitos abstratos frequentemente exaltados na retórica legal será possível expor a deficiência e a hipocrisia que cercam o discurso constitucional. (Economides, 1999, p. 71)

Na mesma linha, Abramovich (2005) resgata que a atuação judicial pode ser conceituada como a participação em um “diálogo” entre os distintos poderes do Estado para a concretização do programa jurídico-político previsto na Constituição, e acrescenta:

Às vezes, as vias legais resguardam ou tornam efetivas as “conquistas” obtidas no plano político. No marco de nossas frágeis democracias, a sanção de leis pelo Congresso nem sempre assegura a efetividade dos direitos reconhecidos e, como vimos, às vezes é necessário entrar em litígio para conseguir a implementação e o cumprimento dessas normas. Dessa forma, em um sistema institucional com fortes falhas, nem as vitórias judiciais em matéria de direitos sociais nem os triunfos políticos são definitivos, e impõem a utilização de todos os meios de reivindicação e de ação disponíveis. (p. 209)

11 “Em nosso País, essa perspectiva acabou resultando em um movimento político-teórico que podemos denominar ‘constitucionalismo brasileiro da efetividade’” (p. 8). Três características do Texto Constitucional são apontadas como principais ao seu potencial emancipatório: o extenso rol de direitos sociais, “complexo aparato de garantia das liberdades individuais”, e típica Constituição Dirigente, formulando projeto de futuro (p. 10).

O autor, em outra oportunidade, destaca ainda a necessidade de se abordar a efetivação de direitos sociais a partir dos direitos e não das necessidades, dos sujeitos de direitos que demandam prestações e condutas, que precisam de garantias para o exercício pleno dos direitos reconhecidos.

El reconocimiento de derechos impone habitualmente la necesidad de establecer medidas judiciales o de otro tipo que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, si el sujeto obligado o da cumplimiento a su obligación. Esto quiere decir que el enfoque basado en derechos establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por lo tanto, el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un ámbito de poder para sus titulares y en ese sentido puede ser una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente dispares. (Abramovich, 2006, p. 40-41)

Portanto, a questão aqui é o alcance da reivindicação via arena judicial e seus impactos na relação entre Sociedade e Estado.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou. (Vianna; Burgos; Salles, 2007)

É possível então situar o problema aqui apresentado a partir da tensão entre duas abordagens: a sociedade contemporânea vivencia a era do reconhecimento dos direitos, uma política de direitos, inclusive sociais. Por outro lado, inúmeras são as discussões sobre as dificuldades financeiras que a garantia destes direitos acarreta aos Estados. O Poder Judiciário pode proporcionar um espaço para discussão entre estas duas abordagens? (Couso, 2006)

The question is whether courts can provide an appropriate arena for the confrontation of these trends. Can they effectively channel pro-poor legal action or progressive social rights litigation? Moreover, how effective or, indeed, significant is this as a path to social transformation? And what kind of social groups are most likely to benefit from successful social and economic rights litigation? (Domingo, 2006, p. 4)

Estas reflexões surgem para demonstrar a complexidade em que a problemática está inserida. A análise do fenômeno da judicialização dos direitos

sociais deve ultrapassar as dicotomias que resumem a questão em atuar ou não, e partir para a análise das variáveis envolvidas no processo. Isto porque a aproximação do campo jurídico da “questão social” é agora um dado, uma premissa irreversível.

2 MATRIZ DE ANÁLISE

A partir deste cenário, passaremos a trabalhar com as propostas de análise de Siri Gloppen (2006). A problematização é se o Judiciário, de alguma forma, contribui para que os pobres ou “marginalizados” sejam ouvidos.

We know that legal systems respond very differently to the concerns of poor people – but what accounts for the difference? Why do some courts, at certain times, function as agents of social transformation and inclusion of marginalised groups? Why do poor groups in some cases turn to the legal system rather than opting for other forms of political mobilisation? (Gloppen, 2006, p. 35, grifo no original)

A variável dependente é justamente o impacto que o Judiciário tem na transformação social e na inclusão de grupos “marginalizados” – se de alguma forma circunstâncias como classe social, sexo, gênero, religião e orientação sexual deixam de ter um peso significativo na desigualdade e nas relações de poder, e em que medida a atuação do Poder Judiciário concede “voz” para os pobres e grupos marginalizados.

Social transformation can be defined as the altering of structured inequalities and power relations in society in ways that reduce the weight of morally irrelevant circumstances, such as socio-economic status/class, gender, race, religion or sexual orientation. Courts’ transformation performance is their contribution to the altering of such structured inequalities and power relations, or in other words, whether they serve as an institutional voice for the poor and contribute to the social inclusion of disadvantaged and marginalised groups. Which groups are the most vulnerable and marginalised varies between societies, depending on the structure and depth of social inequalities. (Gloppen, p. 38)

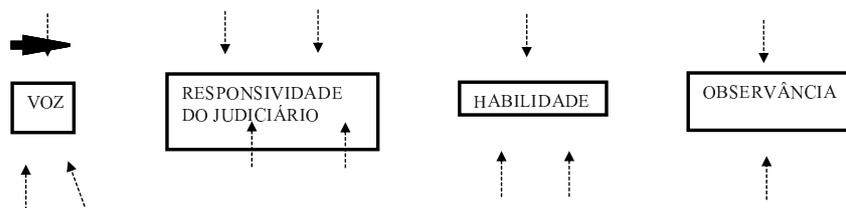
Gloppen apresenta a matriz diante da ausência de pesquisa sistematizada sobre como a mudança de papel do Poder Judiciário tem afetado ou não as pessoas que mais necessitam dos direitos sociais. A pesquisa foi utilizada para análise de diferentes países, ou seja, no âmbito do direito comparado. Para nosso propósito, adaptaremos a problematização e as categorias teóricas mais adiante.

Na matriz, analisa-se a variação entre as quatro etapas ou componentes do processo de litigância de direitos sociais: *voz, responsividade, habilidade e observância*.

Voice concerns the ability of marginalised groups effectively to voice their claims or have them voiced on their behalf. Court responsiveness refers to the willingness of the courts to respond to the concerns of marginalised groups. Capability refers to judges ability to give legal effect to social (and other) rights in ways that significantly affect the situation of marginalised groups, while compliance concerns the extent to which these judgments are politically authoritative, and whether the political branches comply with them and implement and reflect them in legislation and policies. (Gloppen, p. 37, grifos no original)¹²

Cada uma das etapas, por sua vez, é desmembrada em uma série de variáveis intermediárias, que, conectadas, criam uma “rede” de instituições e práticas com impacto no processo de litigância e de transformação social. Assim, os direitos sociais são demandados perante o Poder Judiciário, são aceitos por ele, os julgamentos efetivam direitos sociais e há impacto nos direitos sociais ou na inclusão dos sujeitos envolvidos. A lógica pode ser compreendida a partir da figura a seguir.

ANATOMIA DO PROCESSO DE LITIGÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS



Fonte: Adaptação da autora do texto de Gloppen (2006, p. 43).

Para a análise das etapas, dois tipos de indicadores¹³ são utilizados: indicadores para avaliação do *output* de cadanexo causal em termos de contribuição para a transformação social (as setas grifadas); e indicadores que capturem os fatores e processos que juntos possam produzir cada *output* (as setas finas).

Os fatores que afetam cada uma das etapas e sugestão de indicadores são:

12 A ideia de “voz” representa os que provocam o Poder Judiciário com demandas sociais, individual ou coletivamente. A “responsividade” está relacionada à “abertura” do Poder Judiciário para os direitos sociais. Habilidade diz respeito a capacidade do Judiciário de atender as demandas, as diferentes estratégias disponíveis e utilizadas para a resposta. E observância está relacionada a execução da decisão e seus impactos no campo político e social.

13 Indicador é um recurso metodológico, de caráter empírico, um valor usado para medir e acompanhar um determinado processo e eventuais mudanças deste ao longo do tempo.

“VOZ”	Barreiras para o acesso à justiça, práticas (custos, distância, ausência de informação) e motivacionais (percepção sobre a justiça, medo ou descrédito, experiências passadas, ambiente), recursos disponíveis para articular e mobilizar as demandas (associações, presença de Defensoria Pública ou Ministério Público). Para analisar estes fatores durante o tempo, é importante verificar a frequência dos casos provocados e o seu significado político.
“RESPONSIVIDADE” (capacidade de resposta)	Força da “voz”, sistema legal, cultura legal e sensibilidade do Judiciário. Aqui poderemos verificar o <i>output</i> a partir da frequência que os direitos sociais são aceitos comparando com os que são demandados, a natureza dos casos aceitos e o significado para uma perspectiva de transformação social.
HABILIDADE	Fundamentação legal, cultura legal, qualificação profissional. Para verificar a habilidade os indicadores são: frequência de decisões efetivando o direito, o significado das decisões e estratégias jurisprudências utilizadas.
OBSERVÂNCIA (execução)	Contexto político, legitimidade do Judiciário na sociedade (confiança, percepção de sua relevância social, proteção significativa) e execução por parte do Executivo (capacidade regulatória, financeira e administrativa). <i>Outputs</i> : execução, impacto na legislação, relação com outros Poderes, efeito na mobilização social.

Importante destacar que a autora sugere como indicador na “voz”, na “responsividade” e na habilidade, a frequência de casos e de respostas como mecanismos para verificar se o grupo está sendo ouvido e como. Na observância, o indicador de impacto na legislação também é interessante no sentido de perceber se alguma nova política pública ou alteração em uma já existente foi motivada pela judicialização da política pública¹⁴.

E é neste sentido que na etapa habilidade é possível refletir sobre um outro aspecto da judicialização das políticas públicas, especialmente na América Latina¹⁵: o impacto “simbólico” das decisões.

14 Um exemplo é o estudo sobre o fornecimento de medicamentos a portadores de HIV/AIDS que demonstra que a política pública implementada em 1996 foi provocada pela mobilização da sociedade civil por meio de uma campanha da mídia liderada por ONGs, e que o aumento dos litígios está atrelado à gestão ou implantação da política pública. (HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando R. N. M. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 383-416). Nesta pesquisa, a análise dos indicadores relacionados à etapa observância na matriz demonstraria que a litigiosidade acarretou uma expansão da política pública vigente.

15 Villegas e Rodríguez (2003) abordam algumas tendências, decorrentes de fatores estruturais dos campos sociais da região: pluralidade jurídica, autoritarismo e ineficácia instrumental do Direito. Para o presente artigo, esta última reitera alguns dos nossos pressupostos: o Direito é utilizado como mecanismo de compensação do déficit de legitimidade e da ineficácia instrumental do Estado. A produção de normas e discursos legais é utilizada como resposta a demandas sociais por justiça social. Assim, o sistema jurídico acaba assumindo tarefas que poderiam ser resolvidas no sistema político e algumas reformas são feitas para

Isto porque a presente pesquisa tem também uma premissa importante: o contexto sociopolítico de “novas” democracias, ou seja, de países que atravessaram períodos de ditadura e mais especificamente, que possuem uma história de desigualdade, relacionada ao distanciamento entre o conteúdo positivado e a concretização dos direitos.

Ante todo, es preciso tener en cuenta que las políticas sociales e incluso las prestaciones estatales en educación y salud no han estado guiadas en su organización y funcionamiento por la lógica de los derechos. Por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente conforme a la lógica inversa, la de los beneficios asistenciales, de modo que este campo de acción de las administraciones públicas – salvo algunos controles institucionales – ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política. El tema es complejo y difícilmente puede entenderse de igual manera en todos los países de la región. La ampliación de las funciones sociales del Estado – en áreas como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o el fomento de la participación de grupos sociales desaventajados – no se ha traducido necesariamente, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. (Abramovich, 2006, p. 47)

Justamente diante dos objetivos implícitos em algumas políticas públicas, mas não necessariamente concretizados, que César Rodriguez-Garavito (2011) aponta duas abordagens de análise para a atuação do Poder Judiciário: uma constutivista e outra neorealista. Os neorealistas se concentram nos efeitos diretos e palpáveis da decisão. Para estes autores, o Direito é um conjunto de normas que molda a conduta humana, e assim aplicam relações de causalidade direta entre a decisão e o que é observável como resultado. Já para os construtivistas, o Direito e as decisões judiciais acarretam uma transformação social não apenas quando afetam mudanças na conduta de grupos e indivíduos diretamente envolvidos, mas também quando produz transformação indireta nas relações sociais ou quando provoca alteração na percepção social dos atores e legitima as compreensões¹⁶.

Neste sentido, podemos refletir sobre a tabela a seguir:

legitimar o discurso do Estado, mas não necessariamente são efetivadas. “*La dimensión simbólica radica en el hecho de que la reforma es producida principalmente para establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones, de un lado, y los actores del campo jurídico y los ciudadanos en general, del otro, más que para satisfacer sus objetivos instrumentales declarados*” (p. 43).

16 “On the other hand, authors inspired by a constructivist conception of the relationship between law and society have criticized Rosenberg and the neorealists for focusing only on judgments’ direct, material effects. According to these critics, law and judicial decisions generate social transformation not only when they induce changes in the conduct of the groups and individuals directly involved in the case, but also when they produce indirect transformations in social relations or when they alter social actors’ perceptions and legitimize the litigants’ worldview.” (p. 1678)

	DIRETO	INDIRETO
MATERIAL	Desenho da política pública, como determinado na decisão	Fomenta o debate influenciando a articulação entre atores sociais e políticos que passam a considerar a temática em questão
SIMBÓLICO	Definição e percepção do problema como uma violação de direitos	Transforma a opinião pública sobre a urgência e relevância do problema

Fonte: Adaptação de Rodriguez-Garavito, 2011, p. 1679.

Aprofundando a percepção construtivista, o autor defende que é preciso uma ampliação de caráter metodológico nas atuais análises, incluindo técnicas qualitativas que possam captar os efeitos simbólicos, e aponta como, por exemplo, entrevistas com servidores públicos, ativistas e membros da sociedade para examinar o impacto da decisão na percepção individual destas pessoas (Rodriguez-Garavito, 2011, p. 1679).

Portanto, a questão do impacto indireto e simbólico vai além das questões quantitativas mensuráveis, incluindo fatores externos, a percepção das pesquisas que têm sido feitas sobre a judicialização das políticas públicas. O debate pode ser também conduzido para analisar as lutas simbólicas por poder simbólico dentro do próprio campo jurídico¹⁷, valorizando as representações dos diferentes atores segundo sua posição (por exemplo, o embate entre o posicionamento do Supremo e os juízes federais).

Quando recuperamos o significado de “dizer o direito”, ou seja, da prestação jurisdicional, ampliamos o leque de funções dos tribunais, construindo um quadro conceitual e teórico que extravasa o domínio do litígio, incluindo as funções políticas e funções simbólicas dos tribunais (Sousa Santos et al., 1996). As funções políticas implicam na própria consciência de direitos e na afirmação da capacidade para os reivindicar, ou seja, uma forma de exercício da cidadania.

Na obra de Gloppen, José Reinaldo de Lima Lopes (2006) utiliza a matriz para análise de ações civis públicas sobre direito à saúde e à educação, e avalia que os casos buscam provocar mudanças no setor público. O autor salienta ainda que é necessário conduzir mais pesquisas no sentido de construir determinados padrões de habilidade e de observância, que se coaduna com o que almejamos com o presente trabalho.

17 Para saber mais sobre campo jurídico e lutas simbólicas, ler: BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. Campo para o autor é o espaço no qual as posições dos agentes se encontram, a priori, fixadas, mas no qual se trava uma luta concorrencial entre os atores em torno de interesses específicos, caracterizados pelas manifestações de relações de poder. Assim, os diferentes atores lutam em função da posição que ocupam nos respectivos campos.

A partir das etapas e indicadores de Gloppen, aliada à percepção dos impactos simbólicos de Rodriguez-Garavito, apresentaremos uma proposta de aplicação das categorias operacionais sugeridas pelos autores.

3 CATEGORIAS OPERACIONAIS APLICADAS

Nossa proposta aqui é desenvolver os indicadores da matriz para análise de diferentes casos demandados no Poder Judiciário Brasileiro – é possível encontrar algum padrão? Podemos separar os diferentes indicadores de análise no Brasil? A atuação na efetivação dos direitos sociais é um dado atualmente, mas não uma unanimidade. É possível verificar o motivo para a diferente percepção sobre o papel? A partir do direito em questão? Em virtude dos impactos na execução?

Nossa hipótese é que, conforme a variação dos indicadores (podemos incluir ainda regiões do país e diferentes momentos sociopolíticos), a percepção sobre atuação do Poder Judiciário também irá mudar e, portanto, influenciar na relação entre Sociedade e Estado, positiva ou negativamente.

Conforme destacado anteriormente, discordamos de Gloppen no sentido de que necessariamente a atuação do Poder Judiciário leva a uma perspectiva positiva. Não descartamos aqui as diferentes dificuldades nesta atuação do Poder Judiciário¹⁸, mas considerando seus impactos no campo jurídico, a proposta é elaborar diagnósticos mais precisos sobre esta atuação.

There is obviously some truth to this point: trials – at least in their traditional bilateral format – do not constitute the best forum for deciding some of these issues, not least because they involve a multiplicity of actors and interests. Our discussion here, however, focuses on the extent to which this argument relates to the reluctance of judges to enforce social rights. Court responsiveness to claims based on social rights could thus be conditioned by judges' perception of their role, and by a corresponding lack of sensitisation regarding the legal character of social rights. Conversely, even if judges considered themselves able, as a formal matter, to decide on social rights issues, they might feel that their capacity to impose duties on the political branches was weak, and that venturing their opinions in this uncertain field might undermine their authority. (Courtis, 2006, p. 175)¹⁹

18 *"Judicial enforcement faces a number of 'technical' obstacles, namely doctrinal, procedural and cultural barriers, most of which are founded on the idea that courts should mainly be devoted to settling property rights disputes between individual private parties, and that the state should be granted wide discretion in the design and implementation of social policies. Most of these arguments, while influential in local legal cultures, are ideological reflexes of the nineteenth-century hegemonic legal model; as such, their 'necessity' is open to conceptual challenge."* (Courtis, 2006, p. 180)

19 Explicando a citação: o autor admite que o julgamento não é a melhor forma de atender demandas sociais, justamente pelo formato "bilateral", mas o foco seria até onde este argumento está relacionado à relutância dos juízes em implementar direitos sociais. Assim, a "responsividade" está muito mais relacionada à percepção que o Judiciário tem do seu papel. Por outro lado, se o juiz passa a considerar a possibilidade de decidir sobre temas sociais, ele pode também perceber que seu poder é fraco em relação aos outros dois Poderes.

Portanto, a “responsividade” e a habilidade não dependem única e exclusivamente do Poder Judiciário: a formação, a cultura jurídica, a influência da doutrina e da jurisprudência também são fatores que afetam o *output*. Neste sentido, indicadores que abordem as diferenças regionais sobre as demandas e sobre o próprio Poder Judiciário também são relevantes.

Nesta mesma linha, a proposta aqui, quando atrelada com a de Rodriguez-Garavito sobre os impactos simbólicos, visa compreender a judicialização das políticas públicas na perspectiva institucional.

Rodriguez-Garavito desenha referenciais para o que chama de “ativismo dialógico” por meio de dois mecanismos institucionais: a) as decisões dialógicas determinam claros caminhos de implementação por meio de metas e apresentação de relatórios, deixando para as agências governamentais decisões mais substanciais; b) as decisões dialógicas influenciam mecanismos participativos após a decisão como audiências públicas, comissões de monitoramento, envolvimento da sociedade civil em discussões por parte do governo.

I argue that impact is likely to be higher when courts engage in “dialogic activism” through two institutional mechanisms. First, dialogic rulings set broad goals and clear implementation paths through deadlines and progress reports, while leaving substantive decisions and detailed outcomes to government agencies. Orders of this nature are not only compatible with the separation of powers principle but also can bolster the overall efficacy of a given decision. Second, a dialogic approach to SER [socioeconomic rights] cases encourages participatory follow-up mechanisms – public hearings, court-appointed monitoring commissions, and invitations to civil society and government agencies to submit relevant information and participate in court-sponsored discussions – which both deepen democratic deliberation and enhance the impact of court interventions. (2011, p. 1676)

Para o autor, as quatro características são: a) forte afirmação dos direitos (*clear affirmation of the justiciability of the right in question* ou *strong rights*); b) deixar a decisão sobre a política para outros poderes, mas determinando claro acompanhamento do progresso (*leave policy decisions to the elected branches of power while laying out a clear roadmap for measuring progress* ou *moderate remedies*); c) ativamente monitora a implementação das decisões por intermédio de mecanismos participativos como audiências públicas (*actively monitor the implementation of the court’s orders through participatory mechanism like public hearings, progress reports, and follow-up decisions* ou *strong monitoring*).

Obviamente que não é função típica do Poder Judiciário definir políticas públicas e exercer o papel de “protagonista de transformação social” (Souza Neto, 2012, p. 35) e esta nem é a hipótese aqui levantada.

Por outro lado, isso não quer dizer que o Judiciário não possua um papel fundamental no regime democrático. A história está repleta de exemplos que levam à conclusão de que a democracia não pode ser entendida apenas a partir do princípio majoritário. A democracia implica, além da decisão majoritária, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias. É justamente na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial. O Judiciário pode ser, nessa linha, um guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias. (Souza Neto, 2012, p. 36)

Entretanto, importante refletir e analisar mais concretamente em que medida a judicialização das políticas públicas tem influenciado ou não a relação entre Sociedade e Estado²⁰.

Neste contexto que o presente trabalho busca abordar a própria judicialização das políticas públicas por cidadãos que não conseguem “se enxergar” no arranjo democrático, confiando no Poder Judiciário a alteração de uma decisão governamental que os afeta profundamente. Em que medida a prática social de judicializar não permite uma análise positiva sobre a participação do cidadão na democracia brasileira, ainda que não utilizando os mecanismos convencionais de participação popular?

Ainda mais – a matriz permite analisar a participação de outros atores no processo de litigância dos direitos sociais – Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos, Associações, etc. Nesta linha, Abramovich destaca que:

Quando se habla aquí de mecanismos para hacer exigibles los derechos no se hace referencia solo a los sistemas de administración de justicia, aun cuando estos tengan un papel muy importante: se incorporan asimismo en el concepto, entre otros instrumentos, los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización ciudadana de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias parlamentarias de fiscalización política y las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales (defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, etc.). (2006, p. 47)

20 Gargarella (2006) aponta que o Poder Judiciário pode responder de várias formas às demandas de direitos sociais: solicitar mais informações para o não atendimento do direito; pode definir diretrizes para as autoridades, entre outras. “*In sum, through this dialogue between the different branches, and between them and the people, the deliberative process would be enriched and the quest for impartiality improved*” (p. 29). A discussão sobre a possibilidade de diálogo a partir da judicialização tem sido recorrente.

Assim, as categorias operacionais podem perceber, por exemplo, como ocorreu o processo de litigância e os impactos das decisões, em dois temas recentemente discutidos no Brasil:

- a) em que medida o Judiciário proporcionou uma nova arena de discussão para as demandas de grupos “marginalizados”, como aconteceu com o reconhecimento da união homoafetiva;
- b) como o Judiciário pode reforçar políticas públicas voltadas para os pobres que correm riscos ou precisam ser revisadas mas não são “ouvidas” no campo político, como foi a revisão do critério de concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC²¹.

Estes exemplos demonstram que a utilização da matriz de análise permitirá avaliar o efetivo impacto da atuação no Poder Judiciário, utilizando as etapas do processo – “voz”, “responsividade”, habilidade e observância – para desenhar um diagnóstico preciso do processo. A partir das etapas, surgirão os diferentes indicadores que proporcionarão a desconstrução das etapas em detalhes. Este é o processo de avaliação que a matriz proporciona e que permite uma avaliação precisa da atuação do Poder Judiciário, ultrapassando a análise teórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição teórica para este trabalho, desenvolvemos algumas reflexões sobre a utilização da “grade de leitura” sobre a judicialização dos direitos sociais no Brasil.

O presente trabalho partiu de uma premissa na pesquisa jurídica: esta tem se preocupado predominantemente com os impactos materiais e diretos da judicialização das políticas públicas, analisando o fenômeno a partir de eixos analíticos teóricos que não conseguem conduzir a questão para a realidade, esquecendo os impactos indiretos e simbólicos. Arelada às dificuldades na efetivação de direitos sociais e à distância entre o conteúdo positivado e a realidade, típica da América Latina, a proposta buscou abordar as diferentes variáveis envolvidas: social, institucional, jurídica, cultura, econômica e política.

Importante destacar que não defendemos o “guardião de promessas” do Poder Judiciário, mas admitimos que ele foi envolvido na questão social pelo Texto Constitucional de 1988 e que este desenho institucional precisa ser compreendido a partir de indicadores como frequência dos casos, contexto social, institucional, jurídico, cultural, econômico e político das demandas, participação dos outros Poderes e outros atores do campo jurídico, etc.

21 De acordo com pesquisa em andamento da autora, as Conferências Nacionais de Assistência Social já tinham sinalizado ao Poder Público a necessidade de revisão do critério de concessão do benefício.

A partir do diagnóstico das variáveis e indicadores, poderemos avaliar o impacto da atuação do Poder Judiciário na relação entre sociedade e Estado – os que mais necessitam dos direitos sociais foram “ouvidos”? Era a única arena para discussão do tema? A “decisão” acarretou algum impacto na condução de políticas públicas para o grupo? A sociedade reagiu com a decisão, de forma positiva ou negativa? Estas são apenas algumas das possíveis perguntas-problema que decorrem da análise da matriz de um processo de litigância.

A pesquisa continua.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, n. 88, abr. 2006.
- _____. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, a. 2, n. 2, p. 188-223, 2005.
- COURTIS, Christian. Judicial Enforcement of Social Rights: perspectives from Latin America. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- COUSO, Javier A. The changing role of law and courts in Latin America: from an obstacle to social change to a tool of social equity. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce et al (org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- GARGARELLA, Roberto. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- GLOPPEN, Siri. Courts and Social Transformation: an analytical framework. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.
- KERLINGER, Fred. N. Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual. São Paulo: EPU, 1980.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Brazilian Courts and Social Rights: a case study revisited. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Hampshire: Ashgate, 2006.

RODRIGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

SOUSA SANTOS, Boaventura; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J.; FERREIRA, P. L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – O caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: dez. 2012.

VIANNA, Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social (Revista de Sociologia da USP)*, v. 19, n. 2, p. 39-85.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 185-201, jun. 2008.

VILLEGAS, Maurício García. *Sociología y crítica del derecho*. México: Fontamara, 2010.

VILLEGAS, Maurício García; RODRIGUEZ, César A. *Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos*. Colección En Clave de Sur. 1. ed. Bogotá: ILSA, abr. 2003.