

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO**

JULIANNA MOREIRA REIS

**EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA VIA JUDICIAL: a audiência
pública jurisdicional como instrumento de legitimação democrática**

SÃO LEOPOLDO/TERESINA

2014

Julianna Moreira Reis

**EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA VIA JUDICIAL: a audiência
pública jurisdicional como instrumento de legitimação democrática**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, pela turma especial de Mestrado Interinstitucional-Minter UNISINOS/FACID do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes

São Leopoldo/Teresina

2014

F375e Reis, Julianna Moreira
Efetivação de políticas públicas pela via judicial: a audiência pública jurisdicional como instrumento de legitimação democrática/ Julianna Moreira Reis. -- 2014.
136 f. ; 30cm.
Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.
Orientador: Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes.

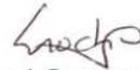
1. Direito. 2. Estado de direito. 3. Judicialização. 4. Princípio democrático participativo. 5. Audiência pública jurisdicional. I. Título. II. Moraes, José Luis Bolzan de.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELA VIA JUDICIAL: a audiência pública jurisdicional de legitimação democrática”, elaborada pela mestranda **Julianna Moreira Reis**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 06 de outubro de 2014.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

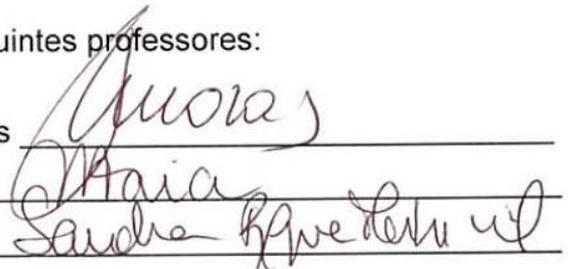
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Jose Luis Bolzan de Morais

Membro: Dra. Rosa Maria Zaia Borges

Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial



Dedico este sonho àquela que sempre me direcionou ao sentimento de coletividade, ao bem, ao amor; àquela que consegue ser tanto doçura, quanto bravura; àquela que é o meu coração: MINHA MÃE!

Ofereço também ao meu avô (*in memoriam*), como um pedido de desculpas por não termos desfrutado momentos mais descontraídos de convívio, por conta dos livros. Vovô, não foi em vão!

Ainda, como não poderia deixar de ser, tributo uma dedicatória também à minha avó, minha companheira, meu porto seguro durante toda esta trajetória.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e de joelhos, agradeço a **Deus**. Desde a seleção até cada toque de inspiração, por tudo o que foi providencialmente orquestrado por Ele, durante todo este trabalho. Foram pequenos milagres que me fizeram transpor obstáculos tão particulares - e, enfim, vencer.

À minha mãe, **Maria Teresa Neiva Moreira** - embora nenhuma palavra resuma toda a minha gratidão - pela crença no meu potencial, antes que eu mesma me sentisse capaz, e pelo investimento na minha determinação.

Ao meu pai, **Alberto Luiz Cruz Reis**, pelo dom da vida.

À minha avó, **Maria Lydia Neiva Moreira**, pelo companheirismo e pela compreensão. Não fui uma pessoa fácil na condição de mestranda.

À minha tia, **Cláudia Neiva Moreira Almino de Lima**, pelo amor dedicado na minha infância, o que se refletiu na construção de muitos dos meus valores.

Ao meu orientador, **Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes**, para além da honra de ser sua orientanda, pela calma tranquilizadora durante todas as minhas “crises” (de estado), ao longo do percurso.

À **Prof.^a Dr.^a Sandra Regina Martini Vial**, em quem me inspiro não só por sua competência intelectual, mas por sua humanidade no meio acadêmico, pelas palavras de incentivo que fizeram, ao final, toda a diferença.

Aos verdadeiros amigos, pela paciência. São seres excepcionais em minha vida. Aqui, alguns agradecimentos especiais: **Alice Pompeu Viana**, pela cumplicidade, pois o Mestrado nos fez muito mais que amigas, fez-nos irmãs; **Willame Mazza**, por ser ouvinte, sábio, prestativo, um grande ser humano; **Felipe Mello**, pela inteligência compartilhada; **Kátia Lopes**, pela insistência em nossa enorme amizade, mesmo quando nem mereci; **Henrique Moretz-Sohn** - ele sabe o porquê.

Aos **meus alunos**, como não poderia deixar de ser, já que aqueles olhares curiosos em sala de aula que fazem vibrar a alma de professora justificam todo e qualquer percalço desta trajetória.

Agradeço, ainda, aos que fazem parte do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, em especial, ao **Prof. Dr. Wilson Engelmann** e à **Vera Loebens**, sempre dispostos, gentilmente, a ajudar.

Enfim, aos que tentaram atrapalhar, já que por eles descobri uma força que não cabe em mim.

Não é verdade que as pessoas param de buscar seus sonhos porque envelhecem. Elas envelhecem porque param de buscar seus sonhos.

Gabriel García Márquez

(Uma homenagem póstuma àquele que me levou a apreciar a literatura e a refletir sobre a arte de escrever – uma experiência mágica, transcendental)

LISTA DE SIGLAS

ABIP	Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados
ABR	Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus
ABRASEL NACIONAL	Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADCL	Associação Brasileira de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
AMB	Associação Médica Brasileira
ANCINE	Agência Nacional do Cinema
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANEL	Associação Nacional dos Editores de Livros
ANIP	Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos
ANIS	Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APROMAC	Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNBS	Conselho Nacional de Biossegurança
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde
CNTU	Confederação Nacional dos Trabalhadores Universitários Regulamentados
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CREMERS	Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul
CTNBio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
DEM	Partido Democratas
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
FEBRAFARMA	Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica de Serviços de Saúde
FENAESS	Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
FMI	Fundo Monetário Internacional
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis
IDUM	Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MOVITAE	Movimento em Prol da Vida
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OAB/SP	Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional São Paulo
OGM	Organismos Geneticamente Modificados
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PNB	Produto Nacional Bruto
PNB	Política Nacional de Biossegurança
RE	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SEDH	Secretaria Especial de Direitos Humanos
SEPPIR	Secretaria Especial de Promoção de Políticas de Igualdade Racial
SIFAESP	Sindicato da Indústria de Fabricação de Álcool de São Paulo
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ - SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UBC	União Brasileira de Compositores
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UNB	Universidade de Brasília
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

RESUMO

A despeito de sua perspectiva de inclusão social, o Estado Democrático de Direito vem confinado por seus pressupostos econômicos excludentes, já que não houve o abandono das práticas capitalistas, o que caracteriza um embate que vem ameaçando a continuidade da manutenção e do aprofundamento do seu projeto de transformação da realidade. Assim, além das frustrações ocasionadas pelo não cumprimento das promessas constitucionais, a democratização do acesso à justiça e as infinitas demandas que surgem da *complexificação* das relações sociais fazem com que o Poder Judiciário seja chamado para viabilizar a concretização daquelas expectativas. Caracteriza-se, então, o fenômeno denominado como judicialização da política. Ocorre que o Poder Judiciário, diferentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo - espaços tradicionais da democracia representativa - não se legitima democraticamente pelo sufrágio popular. Surge, portanto, a necessidade da incidência do princípio democrático também no espaço do Poder Judiciário - em outras palavras, a necessidade de novas práticas na construção de decisões jurisdicionais que garantam a participação cidadã. Ainda, considere-se, diante desse quadro em que os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, uma crise da representatividade, e, por outro lado, o fato de que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece, além da democracia representativa, a democracia participativa, ou seja, a estruturação de processos que permitam, aos cidadãos, efetivas possibilidades de tomar parte nos processos de decisão. Nesse contexto, a pesquisa pretende verificar se a audiência pública jurisdicional se apresenta como procedimento apto a legitimar a efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em conformidade com o princípio democrático participativo, previsto pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, examina, como caso de estudo, a Audiência Pública nº 4, a qual fora convocada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2009, com o objetivo de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, de forma a orientar as decisões dessa Corte em processos que envolvam a matéria referida. Desse modo, a pesquisa compreende também a análise da existência - ou não - de nexo de causalidade entre os critérios ali definidos e o conteúdo das decisões judiciais naquela matéria, proferidas pelo STF desde então, verificando, na prática, eventuais efeitos democráticos do instituto.

Palavras-chave: Estado democrático de direito. Judicialização. Princípio democrático participativo. Audiência pública jurisdicional.

ABSTRACT

Despite its social inclusion perspective, the Democratic State of Law has been confined by its exclusive economic assumptions, since there was no abandonment of capitalist practices, which features a clash that has been threatening the continuity of the maintenance and deepening of its project of reality transformation. Thus, beyond the frustrations caused by disregard of constitutional promises, the democratization of access to justice as well as the endless demands that arise from the *complexity* of social relations make the judiciary called to make possible the realization of those promises. So we characterized the phenomenon called judicialization of politics. It happens that the Judiciary, unlike the Legislative Power and the Executive Branch - traditional centers of representative democracy - it is not democratically legitimized by popular suffrage. It also arises therefore the need of the incidence of the democratic principle within the judiciary - in other words, the need for new practices in the construction of judicial decisions that ensure citizen participation. It is further considered, facing this situation in which the political mediation procedures give way to judicial, a crisis representativeness and on the other hand the fact that the Federal Constitution of 1988, art. 1, sole paragraph, establish besides a representative democracy, the participatory democracy, in other words the structuring of processes which allow citizens, effective possibilities to take part in decision processes. In this context, the research intends to investigate if the jurisdictional public hearing presents itself as a procedure to be able to legitimize the execution of public policies by Judiciary, in accordance with the participatory democratic principle laid down by the Constitution of 1988. Therefore, it examines, as a case of study, the Public Hearing nº 4, which had been convened by the Supreme Court, in 2009, in order to hear testimony from people with experience and authority on the Health System, aiming to clarify the technical, scientific, administrative, political, economic and legal issues relating to the provision of health actions in order to guide the Court's decisions in cases involving the commented. Thus, the research also involves an analysis whether there is a causal link between the criteria defined therein and the content of judicial decisions uttered by the Supreme Court about that subject since then, checking, in practice, possible democratic effects of the institute.

Keywords: Democratic state of law. Judicialization. Participatory democratic principle. Jurisdictional public hearing.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ENTRE SUCESSO E RETROCESSO ...	15
2.1 O Estado Democrático de Direito e seu Projeto de Transformação Social.....	15
2.2 A Democracia Incluyente, o Neoliberalismo Excludente.....	33
2.3 Da “Desconstitucionalização” do Estado Democrático de Direito à Judicialização...53	
3 A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO PONTE ENTRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS	67
3.1 Entre a Crise Política e a Intervenção Judicial Democraticamente Legítima – da Necessidade do Diálogo entre Justiça e Sociedade	68
3.1.1 A Audiência Pública Jurisdicional como Meio de Aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a Sociedade	78
3.2 Histórico das Audiências Públicas Jurisdicionais Realizadas no Brasil.....	86
3.3 A Audiência Pública nº 4 como Caso de Estudo – Parâmetros Estabelecidos e Efeitos (Democráticos) nas Decisões Proferidas pelo Supremo Tribunal Federal Acerca das Políticas Públicas de Saúde.....	106
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS	127

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, ao carregar consigo um conteúdo transformador da realidade, busca a incorporação efetiva da questão da igualdade, através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Propõe, para tanto, a efetiva participação do povo nas decisões políticas e nas riquezas produzidas, não apenas de forma passiva, como mero destinatário de bens e de serviços, mas, também, na formação da vontade geral do Estado e na formulação das políticas distributivas e de outras prestações estatais, compondo um sistema democraticamente articulado, para além da mera democracia política - característica do Estado Liberal.

Desse modo, a democracia pretendida pelo Estado Democrático de Direito há de se caracterizar como processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária em que haja a crescente participação do povo no processo decisório estatal e a proteção da pluralidade de ideias, de culturas e de etnias, bem como das condições econômicas aptas a favorecer o pleno exercício de direitos civis, políticos e sociais, ultrapassando seu mero reconhecimento formal.

Portanto, essas são as *promessas* que vêm previstas nos textos constitucionais compromissórios que vinculam os Estados Democráticos de Direito. Na Constituição Federal de 1988, a transição para tal modalidade estatal pode ser percebida principalmente na leitura de seu art. 3º, em que se aponta para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; para a erradicação da pobreza; para a redução das desigualdades sociais; para a proibição de quaisquer formas de discriminação, dentre outros pontos.

Ocorre que, a despeito de sua perspectiva de inclusão social, tal modalidade estatal vem confinada por seus pressupostos econômicos excludentes, já que não houve o abandono das práticas capitalistas, o que caracteriza um embate que vem ameaçando a continuidade da manutenção e do aprofundamento do seu projeto de transformação da realidade. Por conseguinte, diante das frustrações ocasionadas pelo não cumprimento das promessas constitucionais - ao que se agregam tanto as infinitas demandas que surgem da *complexificação* das relações sociais, quanto a democratização do acesso à justiça - o Poder Judiciário vem sendo chamado para viabilizar a realização daquelas promessas.

Vislumbra-se, então, mais uma transição funcional no Estado, sendo a primeira da função legislativa à Executiva, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, pois já não era suficiente o reconhecimento legislativo dos direitos fundamentais, passando a esfera

executiva a ser a responsável por sua concretização, sendo, agora, em direção à função jurisdicional. É o que se denomina de judicialização da política.

Põe-se, outrossim, a questão de que o Poder Judiciário não se legitima democraticamente pelo sufrágio popular, diferentemente do Poder Legislativo e do Poder Executivo - espaços tradicionais da democracia representativa. Logo, surge a necessidade de novas práticas na construção de decisões jurisdicionais que garantam a participação cidadã; em outras palavras, a necessidade da incidência do princípio democrático também no espaço do Poder Judiciário, considerando-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único¹, ao estabelecer a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, assentou, além da democracia representativa, a democracia participativa, ou seja, a estruturação de processos que permitam aos cidadãos possibilidades efetivas de tomar parte nos processos de decisão e de exercer controle crítico na divergência de opiniões.

Nesse contexto, a pesquisa pretende verificar se a audiência pública jurisdicional se apresenta como procedimento apto a legitimar a efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em conformidade com aquele princípio democrático participativo, previsto pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o trabalho se divide em duas partes.

Na primeira, demonstrar-se-á que o protagonismo judicial é característico de um Estado Democrático de Direito tangenciado por sucessos e por retrocessos. Nesse sentido, inicialmente, a partir de uma análise mais descritiva acerca dos modelos estatais, adota, para tanto, basicamente, a postura de Bolzan de Moraes, evidenciando o escopo de transformação da realidade social daquela modalidade de Estado, através da previsão de políticas de inclusão, e a paralela ameaça à sua concretização, caracterizada pela globalização econômica e sua matriz ideológica neoliberal, eminentemente excludente.

Verificar-se-á que o neoliberalismo vem contribuindo para um processo de desconstitucionalização, pelo reforço de uma determinada postura tendente ao *esvaziamento* do caráter material dos textos constitucionais, pela resistência ao cumprimento das constituições programático-dirigente-compromissórias - como dito, ínsitas aos Estados Democráticos de Direito - o que resulta numa discrepância entre as *promessas* contempladas, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização.

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos **ou diretamente**, nos termos desta Constituição”. (grifo nosso). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Tal cenário, aliado à litigiosidade das sociedades contemporâneas e à democratização do acesso à justiça, como se perceberá, repercutirá na própria funcionalidade do Estado, passando a função jurisdicional a assumir a centralidade na concretização daquelas promessas constitucionais, caracterizando-se, portanto, o fenômeno da judicialização.

Por sua vez, a segunda parte tem o fito de, diante de um quadro em que os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais - o que *perturba* a teoria clássica da soberania popular - apresentar a audiência pública como possível prática apta a legitimar democraticamente a atuação do Poder Judiciário.

Para isso, inicialmente se demonstrará a crise da democracia representativa e, por conseguinte, a expansão do princípio democrático em uma nova vertente, ao qual se agrega um viés participativo. Nesse sentido, apontar-se-á que a abertura do processo judicial à participação de outros sujeitos para além de suas partes, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, traduz-se em verdadeiro exercício de democracia direta.

Em outros termos, revelar-se-á a necessidade de o Poder Judiciário construir a decisão em sintonia com um objetivo mais amplo do próprio Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade aumenta tanto por meio da realização efetiva das promessas contidas no texto constitucional, quanto através da abertura de canais de comunicação com a sociedade, em todas as suas esferas de atuação. A partir de então, identificada a audiência pública como instrumento hábil para permitir tal diálogo, efetuar-se-á uma análise crítica de seu modelo normativo.

A seguir, será apresentado um histórico narrativo acerca das audiências públicas jurisdicionais realizadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) até o momento da conclusão deste trabalho, sendo, então, apontada como caso de estudo, a Audiência Pública nº 4, a qual fora convocada pelo STF, no ano de 2009, com o intuito de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), para o esclarecimento das questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, de forma a orientar as decisões daquela Corte em processos que envolvam a matéria referida.

Justifica-se a escolha da Audiência Pública nº 4 como caso de estudo dentre as demais, pelo fato de que, tendo sido a única delas que não fora convocada para a solução de um caso específico em virtude da contingência e da complexidade do tema a ser tratado - ou seja, o direito à saúde - as considerações contempladas na oportunidade, segundo se verifica em seu próprio instrumento de abertura, servirão para auxiliar a solução das diversas demandas que versam sobre o assunto.

A escolha dessa audiência, portanto, amplia as possibilidades de verificação de um dos objetivos específicos dessa pesquisa, a saber, a análise da existência - ou não - de nexo de causalidade entre os critérios ali definidos e o conteúdo das diversas decisões judiciais acerca da matéria em apreço, proferidas pelo STF desde então, examinando-se, na prática, eventuais efeitos democráticos do instituto.

Quanto aos parâmetros estabelecidos na Audiência Pública nº 4, cumpre, de antemão, registrar que, na ausência de um documento que os tenha sintetizado, serão utilizadas como tais as conclusões resenhadas no julgamento do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, aprovado à unanimidade.

Já para a escolha das decisões proferidas pelo STF em que serão aferidas eventuais repercussões daqueles critérios e, conseqüentemente, os efeitos democráticos da audiência em exame, a metodologia adotada, além da óbvia delimitação temática referente ao direito à saúde, envolverá, também, um *corte* temporal. Ainda, a coleta será realizada no sítio eletrônico oficial do STF (www.stf.jus.br), na seção “jurisprudência -> pesquisa”, cujos termos de pesquisa e os resultados obtidos serão expostos oportunamente.

Por fim, resta consignar a importância do tema ora pesquisado dentro da linha de pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos* do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), diante do fato de que a referida linha de pesquisa pretende dialogar sobre o Estado e responder às demandas da sociedade a partir da concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para a necessidade da investigação da efetividade do direito e da aplicabilidade das normas, por meio da revisão dos conceitos predominantes na doutrina, na jurisprudência, na teoria do direito, na teoria da constituição e na constitucionalização dos direitos.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ENTRE SUCESSO E RETROCESSO

Na primeira parte deste trabalho, inicialmente, partindo-se da análise mais descritiva acerca dos modelos estatais, fundamentada basicamente pela postura de Bolzan de Moraes, será evidenciado o escopo do Estado Democrático de Direito de transformação da realidade social, a partir da pretensão de um processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que haja a crescente participação do povo no processo decisório estatal e a proteção da pluralidade de ideias, de culturas e de etnias, bem como das condições econômicas aptas a favorecer o pleno exercício de direitos civis, políticos e sociais, além, portanto, de seu mero reconhecimento formal.

A seguir, notar-se-á que todo o avanço que caracteriza o Estado Democrático de Direito vem sendo ameaçado pelo contexto econômico em que passa a estar inserido no final do século XX, qual seja, a globalização financeira e sua matriz ideológica neoliberal. Tem-se, portanto, um Estado confrontado entre a previsão de políticas de inclusão e os seus pressupostos econômicos excludentes.

Nesse contexto, demonstrar-se-á que o neoliberalismo vem cooperando para um processo de desconstitucionalização, diante da resistência ao cumprimento das constituições programático-dirigente-compromissórias, ínsitas aos Estados Democráticos de Direito, o que resulta numa discrepância entre as *promessas* contempladas, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização.

Tal cenário, aliado às infinitas demandas ínsitas às sociedades contemporâneas e à democratização do acesso à justiça, repercutirá na própria funcionalidade do Estado, passando a função jurisdicional a assumir a centralidade na concretização daquelas promessas constitucionais, caracterizando-se, portanto, o fenômeno da judicialização. Em outros termos, será evidenciado que o protagonismo judicial é característico de um Estado Democrático de Direito tangenciado por sucessos e por retrocessos.

2.1 O Estado Democrático de Direito e seu Projeto de Transformação Social

Em suas origens, o conceito de Estado de Direito vem alinhavado ao conteúdo do liberalismo², ou seja, aos liames jurídicos do Estado se impõe a concreção do ideário liberal

² Sobre a dificuldade de se definir liberalismo, vale registrar: “A definição de Liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos (G. De Ruggiero, M. Cranston) ou descobrir um Liberalismo ‘ecumênico’ (T. P. Neill), que não têm muito a ver com a história. [...] Acrescente-se uma certa indefinição quanto aos referenciais históricos do

“no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções*³ e, a nota central, a *garantia dos direitos individuais*”⁴.

No que concerne ao princípio da legalidade, pode-se dizer que, diante da conversão do Estado absoluto em Estado constitucional, o poder já não é mais de pessoas, mas de leis. É que “são as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político”. A legalidade, no Estado Liberal de Direito, traduzida com toda a energia no texto dos Códigos e das Constituições⁵, passa a substituir a “*vontade do soberano* enquanto fonte legitimadora das soluções jurídicas concretas”⁶. O poder que os governantes detêm passa a se apresentar como um poder submetido e sujeito ao direito⁷.

Intimamente vinculado a esse *império da lei*, outro requisito inicial do Estado de Direito se apresenta como a divisão de poderes, cujo modelo “correspondia a uma racionalidade organizativa, a uma divisão de tarefas fundamentais do Estado, com base na qual cada função deveria estar a cargo de um órgão distinto, precisamente daquele que, por sua estrutura, era o mais apropriado para isso”⁸.

O princípio da separação dos Poderes, segundo Bonavides, traçava “raias ao arbítrio do governante, em ordem a prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública”. Bonavides também sustenta que, nesse momento, qualifica-se o “Estado

termo Liberalismo: tal termo pode, conforme o caso, indicar um partido ou um movimento político, uma ideologia política ou uma metapolítica (ou uma ética), uma estrutura institucional específica ou a reflexão política por ela estimulada para promover uma ordem política melhor, justamente a ordem liberal”. BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 686. Ainda, “definir liberalismo é tarefa das mais complexas. O devir histórico da doutrina liberal apresenta constantes transformações pela incorporação de novas situações, o que nos conduz a falar em liberalismos, no plural, posto que sob a mesma roupagem estão conteúdos variados. **Contudo, há um quadro referencial unívoco que caracteriza o movimento liberal: a ideia de limites.** [...] Para avançarmos nossos objetivos, antecipadamente precisamos fazer algumas distinções no interior do modelo liberal, posto que o liberalismo é plural tanto na concepção quanto no seu conteúdo. Não é possível identificarmos, e.g, liberalismo com democracia, posto que não são interdependentes, ou liberalismo com capitalismo (liberismo), posto que é apenas a parte do todo. Há, por certo, uma política liberal, assim como há uma economia liberal [...]”. (grifo nosso). MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 56 e 58.

³ Avelãs assevera que “o liberalismo seja avesso às ideias de *justiça* e de *equidade* e não deixe espaço para a actuação dos tribunais e para a interpretação das leis como instrumentos de criação de direito. A previsibilidade e a calculabilidade são essenciais à segurança dos negócios, pelo que os juízes devem limitar-se a aplicar as leis de acordo com o seu teor literal: só os parlamentos podem aprovar leis gerais e só estas constituem o direito; os juízes são meros aplicadores das leis, segundo uma leitura extrema do princípio da separação dos poderes”. (grifo do autor). NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 20.

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70. (grifo do autor).

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43.

⁶ NUNES, op. cit., p. 19.

⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 55.

⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44

constitucional da separação de Poderes aquele que surgiu imediatamente após as duas grandes revoluções da segunda metade do século XVIII: a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa”⁹. Ainda, “a doutrina clássica da divisão de poderes era projeção de uma racionalidade axiológica unitariamente orientada: o máximo valor era a liberdade, que se tratava de garantir formalmente mediante a limitação da ação do Estado pelo freio recíproco de suas potestades”¹⁰.

Já a doutrina dos *direitos do homem* - o então pressuposto filosófico estatal¹¹ - apresenta-se, juntamente com o princípio da separação dos poderes, como *coluna-mestra* de sustentação e de reconhecimento do direito constitucional¹². Com efeito, o Estado de Direito implica “certa concepção das relações entre o indivíduo e o Estado”, pois, no fim das contas, apoia-se na afirmação da primazia do indivíduo na organização social e política, o que acarreta, concomitantemente, a *instrumentalização do Estado*, cujo objetivo passa a ser servir às liberdades individuais, e a *subjetivização do direito*, o que “dota cada um de um estatuto, que lhe atribui um poder de exigibilidade e lhe confere uma capacidade de ação”¹³.

Portanto, “os direitos do homem aparecem como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado”¹⁴ - em outras palavras, como instrumentos jurídicos que asseguram o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva. Em razão disso, o Direito, próprio a este Estado, tem como característica central “a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção”¹⁵. Nesse sentido, importa consignar que, “por seu compromisso inquebrantável com a liberdade e, por via de consequência, com os direitos políticos e civis, que formam a grande camada dos direitos fundamentais da primeira dimensão”, essa modalidade de Estado denomina-se também como Estado Liberal¹⁶.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43-44.

¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44

¹¹ BONETTO, María Susana; PIÑERO, María Teresa. **Las transformaciones del estado: de la modernidad a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 40. (Tradução nossa).

¹² BONAVIDES, op. cit., p. 43.

¹³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 46-47. “É precisamente esse aspecto o que justifica a condenação radical de Carl Schmitt a respeito da teoria do Estado de Direito: esta seria, com efeito, a própria expressão do ‘pensamento liberal burguês’, que privilegia sistematicamente a defesa do indivíduo em relação à coletividade; pretendendo suprimir a componente propriamente ‘política’ do Estado, ela tenderia à negação e à destruição do mesmo”. Ibid., p. 47.

¹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70.

¹⁵ Ibid., p. 72.

¹⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 45.

Desde então, como leciona Bobbio, atribuindo-lhe um caráter de historicidade, “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”¹⁷.

Verifica-se, ainda, o princípio democrático em oposição ao princípio monárquico do estado absolutista¹⁸, eis que “a democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a ideia de representação”¹⁹. A partir dessa concepção de democracia representativa, “o Estado não é considerado como o fato político originário, e sim como o simples prolongamento da Nação, a qual está geneticamente ligado”.

Desse modo, o Estado é considerado apenas como a expressão da Nação, ou sua *personificação jurídica*. E, “desprovido de vontade própria, privado de fim em si mesmo”, apenas assegura a “tradução em termos jurídicos do poder coletivo da Nação”. É, portanto, “na Nação que reside o fundamento da soberania”²⁰. Perceba-se que tal interpretação

é totalmente coerente com a teoria dos direitos subjetivos sobre a qual descansa a proclamação dos direitos do homem: assim como o indivíduo, a Nação é percebida como um ‘sujeito’ que dispõe de ‘direitos’ (a soberania), que ela pode opor ao Estado; com a teoria da ‘vontade geral’, passa-se logicamente do indivíduo ao coletivo, a Nação, paramentada dos atributos da

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18.

¹⁸ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 15. Vale asseverar que “el liberalismo, protagonista ideológico desde el siglo XVIII y durante el XIX, suele identificarse automáticamente con la democracia. Pero la gran expansión del liberalismo en este momento, no debe hacernos suponer que se instauraron las democracias repentinamente; primero fue el liberalismo, luego las democracias-liberales. Las monarquias eran la forma predominante en este siglo, a tal punto que el concepto de 'república' tiene connotaciones negativas”. BONETTO, María Susana; PIÑERO, María Teresa. **Las transformaciones del estado: de la modernidad a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 39.

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais**: O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70-71.

²⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 49. “[...] já os teóricos do contrato social, e notadamente Rousseau, haviam feito dele o produto de um pacto entre os indivíduos, ligado à necessidade de ‘achar uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum o poder e os bens de cada associado’ (J.J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du politique*, lv. 1, cap. 6); Siéyès prolonga essa visão, enraizando o Estado num “estado social primeiro”, que é a Nação, havida como precedente à própria formação do corpo político. [...] Correlativamente, a soberania pode pertencer somente à Nação, como o exprime abertamente a Constituição de 1971: mas, enquanto para Rousseau o soberano podia ser somente ‘o povo em corpo’, os revolucionários admitem, após Siéyès, a delegação da soberania aos representantes, cuja função não será a de exprimir a vontade particular de seus eleitores, mas de querer pela Nação; todo mandato imperativo é, dessa forma, excluído já que ele só poderia, consolidando as oposições, impedir uma verdadeira deliberação. Como diz Siéyès, a vontade geral ‘será a vontade de todos e a de ninguém, ela não será nem vontade individual, nem vontade de um grupo parcial. As vontades individuais serão seus elementos, mas ela não poderá ser reduzida à soma dessas vontades’; todavia a Constituição de 1971 não retomará integralmente as ideias de Siéyès, estabelecendo a primazia da Assembleia e optando por um mandato puramente representativo”. Ibid., p. 49.

subjetividade, sendo no final das contas bem o prolongamento do indivíduo²¹.

Ademais, nessa forma de Estado de Direito se observa a distinção entre o público e o privado, através do “recorte simbólico do espaço social em duas esferas cuidadosamente compartimentadas”: o Estado e a sociedade civil²². García-Pelayo propugna, quanto a tal característica da ordem política liberal, não somente a distinção, mas a oposição entre Estado e sociedade, concebidos com alto grau de autonomia. Isso, consoante se observará adiante, produzirá uma inibição do Estado frente aos problemas econômicos e sociais²³.

Como se vê, o Estado, nesse momento, se configura como uma racionalidade que se expressa em leis abstratas, na divisão dos poderes como recurso para a garantia da liberdade e para a diversificação e integração do trabalho estatal, e em uma organização burocrática da administração. Seus objetivos abrangiam, então, a garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança e da propriedade, além da execução dos serviços públicos²⁴, ou seja, da cobertura de tarefas socialmente indispensáveis à vida em sociedade e que o simples jogo dos interesses individuais não realizaria²⁵.

Por sua vez, a sociedade é considerada como uma ordem espontânea dotada de racionalidade previamente projetada - e não uma racionalidade de estrutura vertical ou hierárquica, tal qual a do Estado, mas horizontal e sustentada sobre relações competitivas, uma racionalidade expressa em leis econômicas.

Assim, o Estado, como organização artificial, não devia - e nem mesmo podia - modificar a referida ordem social natural, limitando-se a assegurar as condições ambientais mínimas para o seu funcionamento espontâneo e a intervir apenas transitoriamente para eliminar algum bloqueio à operacionalização da ordem autorregulada da sociedade²⁶.

Dessa feita, Estado e sociedade são engendrados como dois sistemas distintos, mantendo relações mínimas entre si. Afigura-se, então, outra especificidade desse tipo de Estado de Direito, na medida em que, se é na sociedade civil que se desenvolve a economia²⁷, aqui também se examina a separação entre Estado e economia. A esfera econômica diz

²¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 50.

²² *Ibid.*, p. 51.

²³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 17. (Tradução nossa).

²⁴ *Ibid.*, p. 17-18. (Tradução nossa).

²⁵ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2011. p. 15.

²⁶ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 18. (Tradução nossa).

²⁷ NUNES, op. cit., p. 18.

respeito à esfera privada dos indivíduos, devendo o Estado deixar livre curso à iniciativa privada, abstendo-se de toda ação que arrisque deturpar o funcionamento do mercado²⁸.

Assim, o Estado Liberal de Direito se apresenta como “Estado Mínimo”, de papel reduzido²⁹, com funções e poderes limitados, o que, na prática, significava deixar desprotegidos os setores da sociedade que não ingressavam no circuito dos interesses burgueses³⁰. Fundamentando-se nestes, o Estado Liberal assegura a distribuição conservadora dos bens existentes, tais como a propriedade privada, o contrato e a liberdade de profissão e de empresa.

Contudo, a história evidencia ter falhado tal pressuposto liberal de que o Estado deveria estar separado da sociedade e da economia³¹, podendo-se concluir que a sociedade, entregue total ou parcialmente a seus mecanismos autorreguladores, conduz à pura irracionalidade, não podendo o Estado se limitar a assegurar as condições ambientais de uma suposta ordem social imanente, nem a vigiar os distúrbios de um suposto mecanismo autorregulado³².

Se, por um lado, no liberalismo do século XIX tenham surgido e se institucionalizado direitos civis, direitos políticos e liberdades econômicas, por outro, o Estado Liberal não conseguiu assimilar as mudanças significativas e os problemas inéditos da realidade social trazidos pela Revolução Industrial. No contexto, o desenvolvimento econômico e técnico-científico trouxe consigo a intensificação do processo de urbanização e das desigualdades

²⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 51.

²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 71.

³⁰ BONETTO, María Susana; PIÑERO, María Teresa. **Las transformaciones del estado: de la modernidad a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 48. Tradução nossa. “O Estado liberal, por trás de sua aparente neutralidade, na realidade estava a serviço de uma classe social, a classe dos detentores dos meios de produção, que necessitavam de um sistema jurídico que regulasse de forma igual os conflitos que ocorressem na sociedade civil e garantissem a atividade econômica da intervenção do Estado, para que assim pudesse ser realizado o reino da autonomia e da liberdade individual”. BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 219.

³¹ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 29. Corroborar o quadro de descrédito da doutrina liberal, a emergência das experiências socialistas, as quais teciam críticas severas ao projeto liberal. Enquanto o projeto liberal considerava “a venda da força de trabalho como a venda de qualquer mercadoria”, a tradição socialista sustentava que “o trabalhador não vende sua força de trabalho porque quer, mas por ter de utilizá-la para sua sobrevivência, tendo que aceitar as condições (de trabalho) impostas pelo poder econômico. Ademais, como a quantidade de mão de obra é mais numerosa e pulverizada no mercado do que o capital, este levava vantagem no ato de contratar”. MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 74.

³² GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 18. (Tradução nossa).

sociais, tornando explícitas as contradições do liberalismo, “como o caráter excludente de seu formato econômico - o capitalismo”³³.

Assim, “a aceitação de que o sistema econômico não se regula por si próprio e muito menos pode livrar o sistema social das tensões e desequilíbrios que têm origem na economia”³⁴ acarretará a imposição de “uma mudança de rota no projeto do Estado Mínimo no sentido da intervenção do poder público estatal em espaços até então próprios à iniciativa privada”³⁵.

É que, como se depreende, o papel do Estado Liberal negativo se limita à manutenção da ordem e da segurança, bem como à proteção das liberdades civis e da “liberdade econômica dos indivíduos exercitada no âmbito do mercado capitalista”³⁶, embora a denominação do Estado Liberal como *Estado negativo* não deva traduzir a ideia de um *intervencionismo zero*, o qual, em verdade, nunca foi experimentado, eis que, simplesmente por existir na ordem jurídica, o Estado implica alguma intervenção³⁷.

No ponto, é preciso assentar que, também no modelo liberal, algum grau de intervencionismo foi experimentado, verificando-se, nessa etapa, em verdade, “uma exclusão da atuação estatal interventiva com relação ao processo econômico [...], o qual fica imune à regulação do ente público, sendo forjado pelos arranjos ‘naturais’ do próprio mercado capitalista”³⁸.

Retomando, a paulatina expansão do campo das atividades estatais pode ser justificada primeiramente pela ameaça que as tensões sociais representaram à burguesia³⁹. “As lutas da nova classe operária (os trabalhadores assalariados das ‘indústrias novas’) constituíram a forma mais visível e mais profunda de contestação do direito clássico (do direito burguês)”⁴⁰. Além disso, o aprofundamento das formas de atuação do Estado não beneficiou apenas as classes trabalhadoras, como consequência dos reclames dos movimentos sociais, mas também permitiu “uma flexibilização do sistema, garantindo a sua manutenção e continuidade”, com a

³³ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

³⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 31.

³⁵ MORAIS; STRECK, op. cit., p. 66. (grifo do autor).

³⁶ Ibid., p. 61.

³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 48.

³⁸ Ibid., p. 68.

³⁹ SCAFF apud MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

⁴⁰ NUNES, op. cit., p. 30.

constituição de “condições infra-estruturais (sic) para o seu próprio desenvolvimento”⁴¹, traduzidas em investimentos em estruturas básicas que alavancaram o processo produtivo industrial, como estradas e usinas hidrelétricas, por exemplo⁴².

Em resumo, pode-se explicar o aumento da intervenção estatal por interesse da própria burguesia, “que se sentia ameaçada pelas tensões sociais existentes e pelo fato de se beneficiar com a expansão do capital através das próprias verbas públicas”, assim como pela “força das demandas populares, alavancadas pela organização social das classes trabalhadoras”, o que “exigiu um rearranjo profundo no formato e no conteúdo da autoridade pública e da ação estatal”⁴³.

Nesse contexto, García-Pelayo invoca, como o precursor da ideia de Estado Social, Lorenz von Stein, que, em 1850, escrevia que findava a época das revoluções e das reformas políticas para começar a das revoluções e das reformas sociais, dentre as quais o Estado tem de optar. Diante dos efeitos da sociedade industrial competitiva, surge a necessidade histórica de sua correção pelo Estado⁴⁴. Tinha-se, pois, a partir da democratização das relações sociais⁴⁵, os dois momentos da democracia: o político e o social, sendo o primeiro a hipótese inexcusável para se alcançar o segundo, o qual, por sua vez, é a plena realização dos valores da liberdade e igualdade proclamados por aquela⁴⁶.

Um aspecto que merece ser ressaltado é o de que a prestação de serviços públicos perde seu caráter caritativo⁴⁷. De início, o espaço interventivo da ação estatal vai se ampliando “através de leis de pobreza para manter os desamparados⁴⁸; oficinas públicas para

⁴¹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 38. Nesse sentido, o autor indica a leitura de SCAFF, Fernando Facuri. **A responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁴² MORAIS, op. cit., p. 37.

⁴³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52-53.

⁴⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 14. (Tradução nossa).

⁴⁵ “Este fato será, posteriormente, um dos obstáculos críticos ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-estar Social se pensarmos que, com o aumento da atividade estatal, crescia, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços, e como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 84.

⁴⁶ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 15. (Tradução nossa).

⁴⁷ STRECK, op. cit., p. 84.

⁴⁸ “A ideia de uma ‘origem’ do estado do bem-estar poderia sugerir ter sido ele precedido de um vazio de intervenção pública voltada para o bem-estar. Na prática, na grande maioria dos hoje países capitalistas desenvolvidos, o ativismo público visando o (sic) alívio a situações de destituição, mesmo quando se manifestava principalmente ao nível das pequenas cidades e distritos, perde-se no tempo. Na Inglaterra, o fenômeno da ‘carestia em meio à riqueza’ havia mobilizado a organização de fundos locais para a provisão de assistência aos incapacitados desde pelo menos o século XVI (Polanyi, 1980; Hammond e Hammond, 1912). Sabe-se que esse modelo de intervenção se replicou em vários países da Europa e nos Estados Unidos. No

resolver o desemprego; legislação sobre o trabalho de menores – jornada de trabalho (10 horas em 1846, na Inglaterra); leis trabalhistas relativas à segurança do trabalho”⁴⁹.

A política social de então tinha como objetivo remediar as péssimas condições de vida dos estratos mais necessitados da população, tratando-se, portanto, de uma política setorial que, não se destinando a transformar a estrutura social, apenas reagia aos acontecimentos⁵⁰. Tal política social setorial passa à política social generalizada que se antecipa aos fatos, constituindo-se em uma ação - e não mais em uma reação - que pretende controlá-los, mediante a programação integrada e sistemática⁵¹. Paulatinamente, vai desaparecendo “o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços e estes passam a ser vistos como *direitos próprios da cidadania*”, constituindo-se em patrimônio do cidadão⁵².

Assim, enquanto no assistencialismo ocorre uma troca de garantias pela liberdade pessoal, “uma vez que o beneficiado, em último caso, era considerado perigoso à ordem pública”, no intervencionismo do Estado Social, “as prestações públicas são percebidas e construídas como uma conquista da cidadania”⁵³.

Trata-se, outrossim, do reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, os quais passam a ser “entendidos como igualdade material e exercício da liberdade real”⁵⁴, em outras

entanto, a intervenção era em geral coercitiva, manifestando-se por meio de repressão à mendicância e compulsão ao trabalho dos fisicamente capazes, e de seletividade e condicionalidades na provisão de assistência pública aos incapacitados, então denominados ‘pobres meritórios’. Em todo caso, o modelo adotado era a consequência lógica do diagnóstico de ser a pobreza (não meritória) o resultado de decisões equivocadas quando não de mau comportamento dos próprios pobres”. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 7. “O aspecto coercitivo (da intervenção) é aprofundado na Inglaterra com a reforma das Leis dos Pobres, implementada em 1834, e que praticamente exclui o *outdoor relief* (assistência social fora de instituições públicas): tratava-se de confinar os pobres, meritórios ou não, e suas famílias nas famigeradas *workhouses* (asilos onde viviam e exerciam trabalhos abjetos ou desprezíveis, tanto os pobres capazes como suas famílias, convivendo crianças órfãs, idosos, doentes e loucos), seguindo o então consagrado princípio da *less eligibility* (oferecer aos pobres condições de vida inferiores às obtíveis pelos mais baixos salários correntes e assim controlar os ‘vazamentos’ de recursos da assistência para pobres que ainda poderiam trabalhar)”. (grifo da autora). Ibid., nota de rodapé nº 6.

⁴⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

⁵⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 16. (Tradução nossa). “Apesar de ter origens remotas na Inglaterra das leis dos pobres, essa visão conserva prestígio em estados do bem-estar contemporâneos que, acentuando políticas focalizadas nos pobres, muitas vezes operam com categorias implícitas de pobres 'meritórios' e 'não meritórios’”. KERSTENETZKY, op. cit., p. 21-22.

⁵¹ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 16. (Tradução nossa).

⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 39.

⁵³ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

⁵⁴ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 207.

palavras, considerados essenciais à efetivação dos clássicos direitos, das liberdades e das garantias⁵⁵.

Essa é, em linhas gerais, a lição de T. H. Marshall, para quem os direitos sociais não guardam qualquer semelhança com aquelas políticas pauperistas/setoriais. Logo, sendo um desdobramento inevitável da ideia de cidadania - cujo *status* se assenta na noção de igualdade entre os cidadãos - os direitos sociais sinalizam aspirações à igualdade material. Marshall desenvolve, assim, uma concepção universalista de bem-estar social, a qual equivaleria à garantia daqueles direitos sociais de cidadania, cujo caráter preventivo acentua a satisfação de necessidades, a solução de problemas e a promoção de oportunidades⁵⁶.

Isto posto, a partir da correção do liberalismo clássico, por meio da reunião do capitalismo à busca do bem-estar social⁵⁷, surge o Estado Social de Direito⁵⁸, possuindo como conteúdo jurídico “o próprio ideário liberal agregado pela convencionalmente nominada *questão social*”⁵⁹, a qual traz à tona os conflitos relativos ao desenvolvimento das relações de produção em uma sociedade industrial.

O Estado Social de Direito “significou uma diferente representação do *estado* e do *direito*, aos quais se comete agora a missão de realizar a 'justiça social', proporcionando a todos as condições de uma vida digna, capaz de assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um”⁶⁰.

Não há, no Estado Social, possibilidade de exercitar a liberdade se suas garantias formais não forem acompanhadas de condições existenciais mínimas que possibilitem o seu exercício real⁶¹, de modo que o seu mecanismo de ação - a lei - deixa de ser considerada

⁵⁵ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 32.

⁵⁶ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

⁵⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 73.

⁵⁸ Manuel García-Pelayo aponta que tal modalidade estatal tem sido designada distintamente, dentre outras denominações como *Welfare State*, Estado de Bem-Estar. “El concepto de *Welfare State* se refiere capitalmente a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades de bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices, y los problemas que plantea, tales como sus costos, sus posibles contradicciones y su capacidad de reproducción, pueden también ser medidos cuantitativamente. En cambio, la denominación, y el concepto de Estado social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque éstos sean uno de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos. En una palabra, el *Welfare State* se refiere a un aspecto de la acción del Estado, no exclusiva de nuestro tiempo – puesto que el Estado de la época del absolutismo tardío fue también calificado como Estado de bienestar – mientras que el Estado social se refiere a los aspectos totales de una configuración estatal típica de nuestra época”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 13.

⁵⁹ MORAIS, op. cit., p. 79.

⁶⁰ NUNES, op. cit., p. 29-30.

⁶¹ GARCÍA-PELAYO, op. cit., p. 20. (Tradução nossa).

apenas como ordem geral e abstrata e passa a ser utilizada como instrumento de ação concreta estatal, e, às garantias dos indivíduos-cidadãos, somam-se as garantias coletivas⁶². Os indivíduos deixam de ser vistos como seres isolados, passando a ser percebidos como membros de determinadas coletividades, “o que lhes dava certas identidades próprias e expressava interesses comuns”, num contexto em que vai se delineando “um novo espírito de ajuda, cooperação e serviços mútuos”⁶³.

O Estado Social, além de não negar os valores básicos do Estado liberal - quais sejam a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal através do sufrágio - pretende torná-los mais efetivos, dando-lhes base material e partindo do pressuposto de que indivíduo e sociedade não são categorias isoladas e contraditórias⁶⁴. Tal construção estatal vem, portanto, concebida em uma nova fórmula legitimadora que combina a manutenção das liberdades formais com a orientação no sentido de uma progressiva igualdade entre os cidadãos⁶⁵.

Ademais, a agregação de conteúdos materiais às conquistas majoritariamente formais de natureza liberal modificou, além do paradigma do direito positivo, a própria concepção de democracia, “diante das novas demandas e reconhecimentos que não mais podiam ser satisfeitas somente com a execução do projeto democrático liberal, *absenteísta* e *minimalista*”, cujo modelo representativo passaria a ser repensado⁶⁶. Como expõe Chevallier, vê-se a passagem de uma “democracia governada” a uma “democracia governante”, em que “o povo não mais descansa sobre os seus representantes, mas entende intervir diretamente na vida política”, assim como a passagem de uma “democracia política” a uma “democracia social”, em que “os direitos são concebidos como exigências e que privilegia a ideia de igualdade”⁶⁷.

⁶² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 73-74. “En el Estado social la ley pasa a ser um instrumento para la ejecución de decisiones de distinta especie, por lo que forzosamente la legislación aumenta tanto en cantidad como en diversificación”. BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado**: de la modernidade a la globalización. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 90.

⁶³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66-67.

⁶⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madri: Alianza, 1977. p. 20. (Tradução nossa).

⁶⁵ BONETTO, op. cit., p. 76. (Tradução nossa).

⁶⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 169.

⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz dal Pozo e Augusto Neves dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 81.

Entretanto, muito embora no Estado Social de Direito tenha sido suplantada a ideia de suficiência de uma igualdade formal, perante a lei, sem bases materiais para o seu alcance, conforme se observa no modelo estatal anterior, tal questão - a da igualdade como igualdade progressiva entre os cidadãos - não obtém solução⁶⁸, pelo menos nesse seu primeiro momento promovedor-intervencionista, em que não foram asseguradas nem a justiça social e nem a verdadeira participação democrática do povo no processo decisório estatal.

É que, embora possam ser delineadas algumas características inerentes ao Estado Social - quais sejam “a intervenção do Estado voltada à promoção e proteção do bem-estar social, a implementação de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua *função social*”⁶⁹ - há de se perceber o *viés mutante* do Estado de Bem-Estar Social, diante do qual não há uma constituição definitiva acerca dessa modalidade estatal, cujas direções vão acompanhando as mudanças introduzidas pelo curso da história, de modo que “o conteúdo e os instrumentos próprios desta forma estatal se alteram, se reconstróem e se adaptam a situações diversas”⁷⁰.

Em verdade, tem-se o Estado Social como realidade complexa, como produto de uma evolução social, política e econômica que, como exposto, começa a ser gerida entre o final do século XIX e o início do século XX, se consolida nas décadas de 1920 e de 1930, e se expande definitivamente após a Segunda Guerra Mundial⁷¹.

Bonetto, invocando as lições de Sánchez e de Hecló⁷², exhibe o que se pode chamar de fases da construção do Estado de Bem-estar. A primeira delas, cujos marcos institucionais foram a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, seria a fase compreendida entre 1870 e 1925, cujo aspecto central se refere à inter-relação entre segurança social e democracia.

⁶⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 74.

⁶⁹ Id. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 40.

⁷⁰ Ibid., p. 39. Segundo o autor, a apresentação americana desse modelo estatal “se diferencia daquela do *État-Providence* francês ou do protótipo anglo-saxão ou, mesmo dos países nórdicos”, considerando-os alguns dos núcleos básicos. Pontua, ainda, que tal exemplificação merece ser confrontada com as reviravoltas produzidas pela globalização neoliberal e seus projetos de reforma do Estado. Ibid., p. 39-40.

⁷¹ BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado**: de la modernidade a la globalización. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 71. (Tradução nossa).

⁷² Ibid., p. 71. Tradução nossa. De modo similar, pode ser apontada uma periodização proposta por Pierson, em sua obra *Beyond the welfare state – the new political economy of welfare*: “à fase formativa de fins do século XIX até o final da Primeira Grande Guerra se teriam seguido a consolidação do entreguerras e o período de franca expansão, conhecido como os ‘anos dourados’ (*golden age*), que se estende do final dos anos 1940 a meados dos anos 1970”. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 16.

Nessa esteira, um dos antecedentes mais importantes do Estado social seria a paulatina substituição do conceito de segurança liberal burguesa pela segurança socioeconômica, a partir da mudança na atuação estatal, descrita anteriormente. A segurança individual corresponderia à proteção da vida e da propriedade, e as necessidades sociais ficariam a cargo individual, ou seriam objeto de caridade. Já a segurança socioeconômica demandaria ações positivas das instituições públicas. Como demonstrado, o reconhecimento dessa provisão estatal dos problemas socioeconômicos como *direitos* vai acontecendo de modo paralelo ao processo de expansão e de consolidação da democracia política⁷³.

A fase de consolidação, segundo o histórico mencionado, iniciar-se-ia a partir dos anos de 1930, quando, diante da crise econômica inerente à época, haveria um incremento na intervenção estatal, o que se justifica por dois motivos: a) o aparecimento do desemprego em massa obrigaria o desenvolvimento de políticas para fazer frente ao problema; b) a destinação de fundos públicos para a criação de serviços sociais, em resposta à problemática situação socioeconômica, marcando uma intervenção do Estado orientada para a organização da sociedade.

Como intervenções representativas desse período, podem ser mencionados o *New Deal*⁷⁴ norte-americano e, sobretudo por sua vigência e consolidação como nova visão das relações Estado/sociedade, o chamado *compromisso histórico sueco*⁷⁵. O período evidencia “a dinâmica inercial e até certo ponto contracíclica dos *welfare states* (respondem automaticamente ao aumento de demanda por benefícios decorrentes de crises e recessões)”⁷⁶.

Há de se destacar que, no período compreendido entre as duas guerras mundiais - além da crise econômica de 1930, com o conseqüente aprofundamento das lutas sociais e seus

⁷³ BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado: de la modernidad a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 71-72. (Tradução nossa).

⁷⁴ “Os programas sociais do *New Deal* de 1935, englobados no *Social Security Act* (SSA), são considerados o berço do estado do bem-estar norte-americano e constituíram uma base para a sua evolução posterior. A lei criou um seguro-desemprego federal e um programa federal de seguro para os idosos, financiado por contribuições, ao lado de uma assistência social baseada em teste de meios. Essa dualidade aparece na própria nomenclatura: *social security* para os que contribuem e *welfare* para as demandas residuais de assistência”. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 17, nota de rodapé nº 29.

⁷⁵ BONETTO; PIÑERO, op.cit., p. 72. Tradução nossa. Este “compromisso histórico” “consistiu basicamente no compromisso público com o crescimento econômico mantendo as prerrogativas do capital sujeitas à garantia do direito à sindicalização, por um lado, e por outro, em um conjunto de políticas econômicas voltadas para assegurar o pleno emprego, além de tributação progressiva para reduzir a desigualdade econômica e financiar a satisfação de necessidades coletivas, como educação, saúde e habitação”. KERSTENETZKY, op. cit., p. 17, nota de rodapé nº 30.

⁷⁶ Ibid., p. 17. “O período conhece ainda a primeira crise fiscal do estado do bem-estar. Em meio à recessão do início dos anos 30, a provisão de bem-estar social sofre em alguns países os primeiros cortes [...]. Torna-se aparente, talvez pela primeira vez, a tensão entre direitos sociais e recursos para garanti-los que acompanharia toda a existência dos estados do bem-estar”. Ibid., p. 17-18.

efeitos nas instituições políticas - iniciaram-se a instalação dos totalitarismos (fascismo-nazismo), o naufrágio da ideia mesma de Estado de Direito⁷⁷ e a consequente catástrofe da Guerra Mundial⁷⁸.

Ainda, o Estado Liberal também começa a sofrer fortes questionamentos acerca do seu desempenho e de suas funções internas. Adverte-se, então, que o desastre econômico e social tem sido produzido pela ausência da intervenção do Estado, o qual já não se legitima pela posição abstencionista no livre jogo socioeconômico. Ao contrário, começa-se a notar que somente a intervenção que garanta o bem-estar social fundamenta sua legitimidade⁷⁹.

Desse modo, a partir da Segunda Guerra Mundial, o Estado terá que articular uma nova ordem social e econômica, bem como a estrutura jurídica e política distinta daquela do Estado liberal⁸⁰. É a fase de expansão do Estado Social que se situa a partir do final da Segunda Guerra Mundial e tem seu apogeu entre as décadas de 1950 e de 1970, podendo ser caracterizada como “a fase universalista, em contraste com a precedente ênfase nos trabalhadores e nos pobres”⁸¹.

Nesse sentido, no contexto do segundo pós-guerra se vislumbra a reconstrução de muitos países, sendo que “graças ao crescimento das receitas fiscais gerado pelo crescimento da economia, a maior parte dos países capitalistas volta-se para a edificação do *Welfare State*, que atinge o seu grau máximo nos países nórdicos, em especial na Suécia”⁸². Vários países empreenderam reformas em suas políticas sociais, os quais “tendo adotado políticas keynesianas para assegurar o pleno emprego e o crescimento econômico, viabilizaram financeiramente o incremento de benefícios e, particularmente, serviços sociais públicos”⁸³.

⁷⁷ Referindo-se a um abalo das fundações do Estado de Direito, Chevallier assenta que: “A teoria do Estado de Direito foi confrontada, no século XX, com um *duplo desafio*: desafio proveniente do aparecimento de regimes totalitários, cuja ordem jurídica, apesar de bem estruturada, não se apoia em nenhum dos valores subjacente ao Estado de Direito; desafio proveniente também do advento do Estado providência, modificando em profundidade o substrato liberal sobre o qual estava fundado o Estado de Direito. Esses dois desafios não se situam no mesmo plano: enquanto o primeiro faz sobressair certas condições intrínsecas ao sistema do Estado de Direito, o segundo conduz a inflectir os princípios tradicionais; contudo, um e outro vão contribuir para fazer emergir uma concepção substancial do Estado de Direito”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 77.

⁷⁸ BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado**: de la modernidade a la globalización. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 73. (Tradução nossa).

⁷⁹ Ibid., p. 73. (Tradução nossa).

⁸⁰ Ibid., p. 74. (Tradução nossa).

⁸¹ KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

⁸² MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 75

⁸³ KERSTENETZKY, op. cit., p. 19.

A teoria keynesiana, juntamente com o *Report Beveridge*⁸⁴ de 1942, compunha os eixos doutrinários comuns do Estado Social, ainda que, como já dito, o desenvolvimento desse modelo estatal apresente certas particularidades de acordo com os contextos nacionais. Ambos surgiram como respostas sociais e econômicas à depressão e à crise.

Assim, enquanto o *Report Beveridge* cuidava de enfrentar as circunstâncias da guerra e de suavizar as desigualdades sociais através da dupla distribuição da renda que atuasse sobre a seguridade social e sobre outras subvenções estatais, a teoria keynesiana tinha como intuito disfarçar os efeitos da depressão, assegurando alto nível de atividade econômica e pleno emprego⁸⁵.

Segundo Rosanvallon, a *equação keynesiana* baseia-se no princípio estabelecido pelo próprio Keynes, o “da correspondência global entre os imperativos do crescimento econômico e as exigências de uma maior equidade social no âmbito de um Estado econômica e socialmente ativo”. Embora tenham sido construídas durante a crise de 1930, as políticas keynesianas somente foram aplicadas após a Segunda Guerra Mundial, sendo que a extensão do Estado-providência⁸⁶, versão francesa do Estado Social, vem acontecendo, nos últimos quarenta anos, sob os auspícios de tal “equação keynesiana”⁸⁷.

Paralelamente,

O período posterior à Segunda Guerra Mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo. Isso porque, para que fossem superadas as

⁸⁴ Aqui, cumpre transcrever: “A mediados de 1940 el político liberal británico William Beveridge propone al Parlamento una reorganización de la seguridad social con intervención del Estado, en cuyo marco opone el concepto de Welfare State (por oposición al War State de la Alemania nazi, con reformas sociales pero con miras a una reconstrucción preparatoria para la guerra) como aquel tipo de Estado que se hace cargo la seguridad social de los ciudadanos a fin de sentar las bases materiales para el ejercicio pleno de la democracia”. BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado: de la modernidade a la globalización**. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003. p. 75, nota de rodapé nº 14. William Beveridge publica seu famoso relatório em 1942, o Relatório sobre Seguro Social e Serviços Aliados de 1942 (Report on Social Security and Allied Services), quando germina a concepção beveridgiana de um estado do bem-estar universalista, que rompe com a tradição pauperiana e localista da política social britânica. KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 9 e nota de rodapé nº 9.

⁸⁵ BONETTO; PIÑERO, op. cit., p. 75. (Tradução nossa).

⁸⁶ “A própria expressão Estado-providência é, aliás, significativa. Ela começa a aparecer por volta de meados do século XIX, com sentido de reprovação, na pena de certos autores ditos da ‘economia política cristã’. Disso tiro uma quarta proposição: *o Estado-providência exprime a ideia de substituir a incerteza da providência religiosa pela certeza da providência estatal*. É, nesse sentido, o Estado que finaliza sua secularização, transferindo para suas prerrogativas regulares os benefícios aleatórios que apenas o poder divino era suposto poder dispensar. Ele se dá por tarefa resgatar *hic et nunc* as desigualdades de ‘natureza’ ou os infortúnios da sorte. O Estado-providência é a última palavra do Estado leigo: depois de o Estado-protetor haver afirmado sua soberania emancipando-se do religioso, apaga os derradeiros sinais deste integrando-o. Aos acasos da caridade e da providência, sucedem-se as regularidades do Estado”. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997. p. 22.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 38 e 41.

atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis. Deste modo, o fim desta Guerra impulsionou um rearranjo institucional que visava à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados [...]⁸⁸.

Diante de tais situações históricas, desenvolve-se um novo conceito e, como resultado de um aprofundamento, de uma transformação da fórmula do *Welfare State* agregada à conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito⁸⁹, surge, assim, o Estado Democrático de Direito, não se restringindo à adaptação melhorada das condições de existência, com o que se conformava o Estado Social, mas sim propondo assegurar a efetiva participação do povo nas decisões políticas do Estado e na distribuição das riquezas produzidas, na reconstrução da sociedade.

Isso porque, diante das novas condições da sociedade capitalista, em que se observa, reiterar-se, ao lado do progresso técnico e da concentração de renda, profundos conflitos sociais, o Estado Social se propõe, simplesmente, ao equilíbrio do sistema econômico e social, “condição essencial para que as suas estruturas se mantenham, nomeadamente a estrutura de classes e o estatuto da classe dominante”⁹⁰, permanecendo, portanto, os mesmos fins do Estado Liberal. Essa *adaptação* das estruturas políticas e sociais da sociedade capitalista às exigências históricas traduz-se na natureza de *solução de compromisso* do Estado Social, com o objetivo de suavizar as contradições do sistema, por meio do reconhecimento dos já mencionados direitos sociais, para, então, afastar os riscos de rupturas revolucionárias⁹¹.

Não há, nesse momento, a propositura da construção de “uma nova ordem social”, mas apenas a “salvação e a consolidação da ordem burguesa”⁹². O Estado Democrático de Direito, por sua vez, uma das mais variadas expressões do Estado Social⁹³, mantendo em evidência a tradicional *questão social*, carrega consigo um conteúdo transformador da realidade, já que a

⁸⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

⁸⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41.

⁹⁰ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 32.

⁹¹ *Ibid.*, p. 31.

⁹² *Ibid.*, p. 32.

⁹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! e o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 915.

ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência⁹⁴.

Então, se, no Estado Social de Direito, o ideário liberal vem associado à questão social, no Estado Democrático (e Social) de Direito, ao lado desse núcleo, tem-se “a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”⁹⁵.

Nessa modalidade, o Estado deve ser concebido como sistema democraticamente articulado, em que a sociedade não somente participa passivamente como destinatária de bens e de serviços, mas também, através de suas organizações, participa tanto na formação da vontade geral do Estado, quanto na formulação das políticas distributivas e de outras prestações estatais. Observa-se, aqui, a constante interação entre sociedade e Estado, ou seja, o Estado passa a ser objeto de um processo que o leva a incorporar elementos sociais⁹⁶.

Nesses termos, qualquer que seja o conteúdo do social, sua atualização deve vir vinculada a um processo democrático, mais complexo que o da simples democracia política, tendente à instauração da democracia social, diante do maior número de atores, da pluralidade de setores aos quais se estende e da quantidade e heterogeneidade dos problemas que deve abordar, sendo, portanto, o pluralismo político e organizacional uma característica da democracia atual⁹⁷.

Em outras palavras, pode-se dizer que a democracia pretendida pelo Estado Democrático de Direito há de se caracterizar como processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que haja a crescente participação do povo no processo decisório estatal e a proteção da pluralidade de ideias, de culturas e de etnias, bem como das condições econômicas aptas a favorecer o pleno exercício de direitos civis, políticos e sociais, indo além de seu mero reconhecimento formal⁹⁸.

Nesse momento, o conteúdo da legalidade “assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela

⁹⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 75.

⁹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103-104.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 33. (Tradução nossa).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 34. (Tradução nossa).

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*”⁹⁹.

Em perfeita síntese, pode-se inferir que

Quando assume o feitiço *democrático*, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais¹⁰⁰.

Ainda, vislumbra-se a vinculação deste Estado à Constituição, colocada no ápice do ordenamento jurídico, o que aponta para uma “soberania constitucional, a forma mais avançada, ilustrativa, fiel e legítima da vontade popular”¹⁰¹. Enfim, “o atualíssimo e complexo”¹⁰² Estado Democrático de Direito, diferentemente dos modelos anteriores, “mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade”¹⁰³, embora se perceba que “a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade”, já que os instrumentos utilizados ou mesmo grande parte de seus conteúdos já vinham sendo construídos anteriormente¹⁰⁴.

Tal conceito de Estado Democrático de Direito vem, desde 1988, estampado no texto constitucional brasileiro em seu art. 1º, tendo o constituinte buscado inspiração em Constituições produzidas em realidades históricas semelhantes, “como é o caso da Constituição portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição espanhola seguinte à derrubada do regime franquista, ou seja, documentos legislativos produzidos no interior de processos de redemocratização”¹⁰⁵.

⁹⁹ SILVA apud MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 74.

¹⁰⁰ SILVA op. cit., p. 83.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 55.

¹⁰² MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104.

¹⁰³ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 104.

¹⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 76.

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85.

Todo esse avanço que caracteriza o Estado Democrático de Direito, no entanto, vem sendo ameaçado por uma “armadilha neoliberal e globalizadora”, “dissolvente das nacionalidades, da estatalidade soberana e das Constituições”¹⁰⁶, como se confere na seção a seguir.

2.2 A Democracia Incluyente, o Neoliberalismo Excludente

No final do século XX, modificou-se o contexto econômico em que se encontrava inserido o Estado. O neoliberalismo surge, formalmente, após a Segunda Guerra Mundial, na Europa e na América do Norte, como reação teórica e política contra o intervencionismo estatal e contra o Estado de Bem-Estar.

O filósofo político austríaco Friedrich Von Hayek é o autor do texto que inaugura o neoliberalismo - *O Caminho da Servidão* - escrito em 1944, atacando qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, encarada como ameaça à liberdade econômica e política, à afirmação da liberdade do indivíduo e à soberania das preferências e dos gostos individuais¹⁰⁷. É que “as decisões do Estado em questões de investimento e acumulação do capital estavam fadadas a ser erradas porque as informações à disposição do Estado não podiam rivalizar com as contidas nos sinais do mercado”¹⁰⁸.

Como visto, é no cenário do segundo pós-guerra que se configura o período de expansão do Estado Social, sendo que, paralelamente, em 1947, Hayek funda a sociedade de

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43 e 46.

¹⁰⁷ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 87-88. O sujeito contemporâneo é um sujeito consumidor. “A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel. [...] O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filósofos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 88-89. Nesse sentido, “segundo o modelo liberal, o capitalismo é uma economia de mercado livre, na qual a soberania do consumidor (a *liberdade para escolher* de que fala Milton Friedman) determina todas as escolhas – feitas *livremente* no mercado por *cada um* dos indivíduos que nele actuam -, decidindo, em último termo, à escala da economia como um todo, *o quê, como e para quem* se vai produzir”. Tal concepção parte da premissa de que tais indivíduos são “livres, independentes e iguais em direitos”, dispondo, cada um, de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabendo, cada um, perfeitamente o que quer. Desse modo, a economia de empresa seria tida como a outra face da democracia. É “esquecido”, contudo, o fato de que aquela participação nos rumos da economia “depende do que cada um gasta no mercado, o que, por sua vez, depende da riqueza e do rendimento de cada um”, e, assim, “o problema da distribuição do poder de compra entre a população”. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 57-60.

¹⁰⁸ HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 30.

Mont Pèlerin, juntamente com Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polany e Salvador de Madariaga, dentre outros pensadores, a fim de combater o keynesianismo, e também de preparar as bases para um novo capitalismo, mais livre de regras.

Contextualizando, a Grande Depressão dos anos 1929-1933, deitando por terra os mitos liberais difundidos pela teoria econômica burguesa, ao longo dos séculos XVIII e XIX¹⁰⁹, trouxe consigo o temor do colapso do capitalismo e a miséria de milhões de pessoas, em todo o mundo.

Em resposta, surge a teoria keynesiana, defendendo que situações de crise são inerentes às economias capitalistas¹¹⁰, sendo, ao contrário, raras as situações de pleno emprego. Nesse sentido, Keynes postula a necessidade e a possibilidade do equilíbrio dessas economias - instáveis por natureza - carecendo, para tanto, que o Estado assuma responsabilidades, como a promoção do desenvolvimento econômico, o combate ao desemprego e a promoção ao pleno emprego, à redistribuição do rendimento e à segurança

¹⁰⁹ NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 71. “A economia política, surgida com o capitalismo como ‘ciência da burguesia’, dando-se conta de que a miséria crescia a par da riqueza, procurou, desde o início, ‘legitimar’ essa desigualdade, apontando-a como dado inelutável, inerente à ‘natureza das coisas’, resultante das *leis naturais* que regulam a economia, leis que os homens não poderiam alterar, por serem leis de validade absoluta e universal, válidas em todos os tempos e em todos os lugares como as *leis da física* (por isso o capitalismo é, para os clássicos ingleses, *o fim da história...*) e perante as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque *o que é natural é justo*”. Id. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32.

¹¹⁰ Nesse quesito, Wallerstein observa um “ciclo alternado de expansões e estagnações no sistema como um todo. Esses ciclos envolveram flutuações de tal magnitude e regularidade, que fica difícil não considerá-las intrínsecas ao funcionamento do sistema. Se me permitem a analogia, elas parecem ser o aparelho respiratório do organismo capitalista, inalando o oxigênio purificador e exalando o refugo venoso. Analogias são sempre perigosas, mas esta parece ser pertinente. Os refugos acumulados seriam as ineficiências econômicas que, através dos processos de troca desigual, acima descritos, em geral se enrijecem em estruturas políticas. O oxigênio purificador seria uma alocação mais eficiente de recursos (mais eficiente no sentido de propiciar maior acumulação de capital) do que aquela permitida pela reestruturação normal das cadeias mercantis. O que parece ter acontecido – aproximadamente a cada cinquenta anos – é que, pelo esforço de um número cada vez maior de empreendedores para controlar mais e mais conexões nas cadeias mercantis, ocorreram desproporções de investimentos, as quais chamamos, de forma um pouco equivocada, superprodução. A única solução para essas desproporções têm sido crises no sistema produtivo, crises que resultam em uma distribuição mais equilibrada”. WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 32-33. Bauman também define esse processo: “o capitalismo é um sistema *parasitário*. Como todos os parasitas, pode prosperar durante certo período, desde que encontre um organismo ainda não explorado que lhe forneça alimento. Mas não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo assim, cedo ou tarde, as condições de sua prosperidade ou mesmo de sua sobrevivência”. Nesse sentido, “a força do capitalismo está na extraordinária engenhosidade com que busca e descobre novas espécies hospedeiras sempre que as espécies anteriormente exploradas se tornam escassas ou se extinguem. E também no oportunismo e na rapidez, dignos de um vírus, com que se adapta às idiossincrasias de seus novos passos”. Corroborando suas colocações, menciona que “no número de 4 de dezembro de 2008 da *New York Books Review*, no artigo intitulado ‘The Crisis and What to Do About It’, George Soros, brilhante analista econômico e praticante das artes do marketing, apresentava o percurso das aventuras capitalistas como uma sucessão de ‘bolhas’ que, em regra, se expandem muito além de sua capacidade e explodem assim que atingem o limite de resistência”. BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 8-10.

social¹¹¹. Assim, Keynes destaca a importância do Estado e a necessidade do alargamento das suas funções, sendo necessário assumir a economia como problema político de curto prazo, já que as crises e seus efeitos perniciosos se fazem sentir em curto prazo¹¹².

Identificando a distribuição arbitrária da riqueza como um dos vícios da economia capitalista - cuja correção, reitere-se, seria responsabilidade estatal - Keynes, embora aceite que a propriedade privada e a busca pelo lucro possam ser fatores estimulantes ao progresso econômico, defende que a acentuada desigualdade de rendimentos “contraria mais do que favorece o desenvolvimento da riqueza”¹¹³.

Torna-se justificável, então, que os desempregados não percam totalmente o seu poder de compra, por meio do seguro-desemprego, que os doentes e os inválidos recebam algum dinheiro para gastar, como as contribuições por doença e por invalidez, que os velhos, ao deixar de trabalhar, não percam o seu rendimento, através da aposentadoria¹¹⁴. Assim, a teoria keynesiana legitima “a intervenção do estado na busca de maior justiça social, de maior igualdade entre as pessoas, os grupos e as classes sociais”.

Como comentado no tópico anterior, de acordo com Rosanvallon, Keynes estabeleceu o princípio “da correspondência global entre os imperativos do crescimento econômico e as exigências de uma maior equidade social no âmbito de um Estado econômica e socialmente ativo”, o que configura a “equação keynesiana”¹¹⁵.

Dito de outro modo, “a 'equação keynesiana' foi uma tentativa de conciliar o progresso social e a eficácia econômica”¹¹⁶, inexistindo, em verdade, conflito entre o crescimento econômico e o desenvolvimento estatal. É que, “para Keynes, o social – isto é, a organização das relações sociais – é imediatamente compreendido como estruturante interno da dinâmica econômica”¹¹⁷.

Após a Segunda Guerra mundial, reparou-se a reestruturação das formas de Estado e das relações internacionais, com o intuito de impedir o retorno a um cenário que provocasse uma crise como a de 1930, bem como de impedir o ressurgimento das rivalidades geopolíticas interestatais que ocasionaram a guerra. Uma nova ordem mundial foi construída com os acordos de Bretton Woods e com várias instituições como a Organização das Nações Unidas

¹¹¹ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

¹¹² NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 72-74.

¹¹³ Ibid., p. 33.

¹¹⁴ Ibid., p. 32.

¹¹⁵ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997.

¹¹⁶ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 34.

¹¹⁷ ROSANVALLON, op. cit, p. 40.

(ONU), o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional de Compensações (BASIIEIA), criadas para ajudar a estabilizar as relações internacionais. Ainda, “o livre comércio de bens foi incentivado sob um sistema de câmbio fixo escorado na convertibilidade do dólar norte-americano em ouro a um preço fixo”¹¹⁸.

A despeito de ter sido construída durante a crise de 1930, é no contexto do segundo pós-guerra que a teoria keynesiana se insere acentuadamente na doutrina do Estado Social, em expansão nesse período, pugnando pela intervenção econômica, pela redistribuição da riqueza e do rendimento, pela regulação das relações sociais, pelo reconhecimento de direitos econômicos e sociais aos trabalhadores, pela implantação de sistemas públicos de segurança social. Chegou-se num ponto em que a alternativa era combinar adequadamente Estado, mercado e instituições democráticas, com o escopo de se atingir a estabilidade¹¹⁹.

Há quem diga que não houve, mais uma vez, a pretensão de *subverter o sistema*, ou de “promover nenhuma revolução social”¹²⁰, mantendo-se a lógica do capitalismo e sua racionalidade intrínseca, embora o keynesianismo tenha disfarçado os efeitos da depressão, ao assegurar o alto nível de atividade econômica e o pleno emprego.

No entanto, essa seria uma análise marxista, a qual pressupõe “uma ‘inteligência política pura’ da burguesia, que teria concebido claramente o desenvolvimento do Estado-providência como simples *meio* de superar certas contradições da acumulação capitalista”, “compreendido como sendo funcional em relação ao capitalismo”, “o prolongamento deste, a ‘muleta’ necessária”¹²¹.

Rosanvallon percebe aí a relação entre Keynes e Marx, que possuem como característica comum “pensar ao mesmo tempo as relações do capital e do trabalho, compreender que a ‘economia’ é a resultante de sua imbricação”. Atenta que, enquanto Marx analisa esse movimento como contradição permanente, a qual não será solucionada senão pela vitória do proletariado, “que conduz à abolição das classes e, portanto, da luta de classes”; Keynes, ao contrário, entende que é possível se encontrar “as condições de um novo equilíbrio econômico relativamente *estável* na redefinição das relações entre o Estado e a economia, e na reorganização das relações sociais”.

Averigua, então, a ligação entre o que denomina de Estado-providência Keynesiano e a social-democracia, previamente esposada, asseverando que esta se baseia na ideia de

¹¹⁸ HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 19-20.

¹¹⁹ Ibid., p. 20.

¹²⁰ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32 e 34.

¹²¹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997. p. 41.

compromisso social, “ligando o Estado, o patronato (o capital) e os sindicatos (a classe operária): a classe operária aceita não contestar as relações de produção (a propriedade privada) em troca de um Estado social redistributivo e da existência de um sistema ativo de negociações sociais”. Assim, “as sociais-democracias são mais keynesianas que marxistas porque se baseiam na ideia de compromisso social *estável*”¹²².

De qualquer modo, embora, de fato, a teoria keynesiana não possa ser tida como “uma revolução em nome do bem-estar da sociedade”, legitimando-se na tentativa de *salvar* o ideário capitalista, propugna por maior intervenção estatal, a fim de permitir maior equilíbrio nas relações entre economia e sociedade e de buscar a construção de um ambiente de maior justiça social, mesmo que seja “a suficiente para a manutenção do modelo”¹²³.

Hoje, essa forma de organização político-econômica é denominada como “liberalismo embutido”, sinalizando “como os processos de mercado e as atividades empreendedoras e corporativas vieram a ser circundados por uma rede de restrições sociais e políticas e um ambiente regulatório que às vezes restringiu, mas em outros casos liderou a estratégia econômica e industrial”. Tal *liberalismo embutido* foi responsável por elevadas taxas de crescimento nos países capitalistas, avançados durante os anos de 1950 e de 1960¹²⁴.

No início da década de 1970, contudo, na grande crise econômica - denominada crise do petróleo - em que “uma grande e longa recessão se abateu sobre o mundo capitalista”, a teoria keynesiana, concebida como um mecanismo anticrise, passa a ser questionada e a ganhar espaço o ideário neoliberal. Nesse contexto, como bem afiança Rosanvallon, “retorno do liberalismo e crise do keynesianismo são as duas faces complementares de um mesmo movimento”¹²⁵.

A circunstância que “marcou um ponto de viragem a favor das correntes neoliberais” foi o rompimento unilateral, em 1971, por parte dos Estados Unidos, do compromisso assumido em Bretton Woods de “garantir a conversão do dólar em ouro à paridade de 35 dólares por onça troy de ouro”. Disso, resultou a adoção do sistema de câmbios flutuantes,

¹²² ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997. p. 41-42.

¹²³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAN, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O papel do Estado Constitucional face ao modelo político-econômico neoliberal. **Derecho y Cambio Social**, [S.l.], 01 out. 2013. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista034/O_PAPEL_DO_ESTADO_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

¹²⁴ HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 20-21.

¹²⁵ ROSANVALLON, op. cit., p. 47.

primeiramente entre os Estados Unidos e os seus parceiros comerciais e, logo a seguir, em todo o mundo¹²⁶.

Os neoliberais apontam como *imperfeições* introduzidas no mercado de trabalho, “o subsídio de desemprego, a garantia do salário mínimo, os direitos decorrentes da existência de um sistema público de segurança social”, insistindo na necessidade de flexibilizar esse mercado de trabalho e de “imputar aos sindicatos toda a responsabilidade pela criação das condições para o pleno emprego da mão-de-obra”¹²⁷. A propósito, a origem da crise, segundo os neoliberais, estaria no “poder excessivo concedido aos sindicatos, que, por suas ações reivindicatórias, acabaram corroendo as bases de acumulação capitalista, na medida em que o estado aumentava cada vez mais seus gastos sociais”¹²⁸.

O neoliberalismo, assim, apresenta como solução para a crise a manutenção da força estatal, referente à sua “capacidade de romper o poder sindical e controlar as receitas públicas, com mínimos gastos sociais” e comedidas intervenções da vida econômica, e, como meta governamental, a busca da estabilidade monetária, com a necessária disciplina orçamentária rigorosa, “contendo-se gastos com o bem-estar social e dando-se espaço a uma taxa de desemprego que permita enfraquecer as entidades sindicais”¹²⁹.

Inverte-se, portanto, a *equação keynesiana*, o que merece alguma digressão. É que a essência do pensamento de Keynes, numa crítica aos economistas tidos então como clássicos, constituía-se na rejeição ao mito do equilíbrio espontâneo da economia e à *lei de Say*, a qual

[...] pressupõe que o móbil das economias capitalistas é a satisfação das necessidades das pessoas (dos produtores): cada pessoa produz para satisfazer as suas necessidades, consumindo directamente os bens que produz ou, nas economias mais complexas, troca a totalidade ou uma parte dos bens que produz por moeda, que vai de imediato utilizar para adquirir bens de que necessita e que são produzidos por outrem. É o que se traduz no esquema M-D-M: quem tem mercadorias vai trocá-las por moeda (D = dinheiro) para com ela adquirir imediatamente outras mercadorias de que precisa e não produz¹³⁰.

Contrariamente, Keynes defende que a circulação, nas economias capitalistas, ocorre segundo o modelo marxista (D-M-D): “quem tem capital-dinheiro acumulado, vai comprar mercadorias, incluindo a força de trabalho, com as quais promove a produção de outras

¹²⁶ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9.

¹²⁷ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 123.

¹²⁸ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 89.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 89.

¹³⁰ NUNES, op. cit., p. 71.

mercadorias para vender no mercado, com o objectivo de obter mais dinheiro”, ou seja, segundo a lógica do lucro - e não da satisfação das necessidades - sendo-lhes inerentes situações de equilíbrio com *desemprego involuntário*¹³¹.

Desemprego involuntário, para Keynes, significava que havia pessoas sem emprego que aceitariam trabalhar por um salário inferior ao praticado. Logo, o nível do emprego seria determinado por um fator externo ao mercado, a *procura efetiva*¹³², de modo que, ao contrário do que alegavam os clássicos, o nível de emprego não dependeria do “jogo da oferta e da procura no mercado de trabalho”, e, ainda, o volume de emprego que determinaria, de modo exclusivo, o nível dos salários reais - e não o contrário¹³³.

Com base no que propugnava Keynes, os trabalhos de A.W. Philips e de Richard Lipsey procuraram demonstrar, inicialmente, “a existência de uma relação negativa mais ou menos estável” entre a taxa de desemprego e a taxa de variação da taxa dos salários - “relação expressa na Curva de Phillips”. Tendo em conta o aumento secular da produtividade e considerando o excesso do preço sobre o custo salarial, Phillips verificou que a variação dos salários estava ligada à variação dos preços, de modo que, nos trabalhos subsequentes de outros autores, a Curva de Phillips “passou a ser apresentada relacionando diretamente a *taxa de desemprego* e a *taxa de inflação* (taxa de variação do nível geral dos preços)”, cuja relação passou a ser interpretada como causal. As conclusões de Phillips, mantendo-se, aqui, em consonância com o pensamento keynesiano, “apontam para a necessidade de uma *política activa de estabilização* com o objetivo de conciliar desemprego e inflação através do controlo da procura global por meio de instrumentos próprios da política financeira”¹³⁴.

Até o final da década de 1960, a lógica inserida na *Curva de Phillips* assegurou, em especial na Europa, bom ritmo de crescimento económico, sem oscilações significativas da atividade económica, com baixas taxas de desemprego e com taxas aceitáveis de inflação. É que, se o intuito era combater o desemprego, “bastava aceitar um pouco mais de inflação, ‘aquecendo’ a economia através de políticas expansionistas”; por outro lado, se a necessidade era vencer a inflação, “havia que aceitar um pouco mais de desemprego, ‘arrefecendo’ a economia através de políticas contraccionistas”¹³⁵.

¹³¹ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 71-72.

¹³² Conceito introduzido na teoria económica por Malthus e utilizado por Keynes, significando “o montante das despesas que se espera a comunidade faça – por ter capacidade para as pagar – em consumo e em investimento novo”. *Ibid.*, p. 72.

¹³³ *Ibid.*, p. 72.

¹³⁴ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7.

¹³⁵ NUNES, op. cit., p. 115.

Contudo, no início da década de 1970, começaram a ser verificadas “situações caracterizadas por um ritmo acentuado de subida de preços (inflação crescente), a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PNB”¹³⁶, desencadeando a fase global de *estagflação* – e que duraria por boa parte dessa década.

A crise do petróleo veio contribuir com o aprofundamento do descompasso entre as receitas e as despesas estatais, sentidas inicialmente na década de 1960. Houve também crescimento do déficit público causado pelo aumento das necessidades sociais, pela multiplicação dos riscos sociais, numa velocidade desproporcional ao surgimento das fontes para subvencioná-las. Dada a conjuntura econômica, muitas das políticas públicas, que antes possuíam caráter provisório, passaram a ser permanentes¹³⁷.

Assiste-se à “impiedosa exclusão e inacessibilidade dos trabalhadores ao desemprego formal”, o que “produz um duplo efeito nefasto às finanças do Estado, posto que, uma vez alijados do emprego formal, os trabalhadores deixam de contribuir e, concomitantemente, passam a ter necessidades crescentes de assistência”. A par disso, as alterações demográficas, resultantes da maior - e melhor - expectativa de vida, com a consequente redução da população ativa, não apenas pressionaram o sistema de aposentadorias e pensões, como também aumentaram “a necessidade de cuidados de saúde e de serviços de apoio e proteção social para a terceira idade”¹³⁸.

Em outros termos, os gastos sociais com desemprego e com previdência sofreram sensível aumento. Formou-se, assim, “um círculo vicioso entre crise econômica, debilidade pública e necessidades sociais”¹³⁹. Começou então a delinear-se o que Bolzan de Moraes denomina de *crise estrutural*, a qual “diz respeito às condições - ausência delas - de e para o Estado Social continuar mantendo e aprofundando seu projeto incluyente”¹⁴⁰. Essa crise não

¹³⁶ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 9.

¹³⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 45.

¹³⁸ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 82-84. Nesse sentido, vide ainda MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

¹³⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 44.

¹⁴⁰ Id. O Estado Constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 154.

está relacionada apenas ao aspecto fiscal, ao desequilíbrio entre o que o Estado arrecada e as demandas sociais que necessitam ser atendidas: ela é muito mais profunda do que o desajuste de finanças públicas, relacionando-se ao questionamento acerca das relações da sociedade com o Estado¹⁴¹. É que, ao tempo em que o Estado do Bem-Estar Social desempenhou papel fundamental como redutor das desigualdades sociais, deu também ensejo a um formato novo de cidadania, ao forjar o surgimento de *individuos clientes*, ao invés de cidadãos.

Nesse sentido, ocorre a ruptura de vínculos de solidariedade entre os cidadãos, os quais deixam de se responsabilizar pela solução de suas demandas, transferindo e exigindo o cumprimento de tal tarefa, por parte do Estado. Os cidadãos passam, portanto, “a ser tratados pelo ‘pai’ (Estado), como filhos que, mesmo após a maioridade, permanecem dependentes e infantis”¹⁴².

Denominando tal processo de *infantilização dos atores*, Bolzan de Moraes repara que, em um ambiente de abundância de recursos, a sociedade - pelo menos aparentemente - não se ressentia profundamente das insuficiências estatais. Contudo, reduzindo-se a capacidade de financiamento público, “a coesão social parece ir perdendo forças em seu caráter de grupo solidário, passando a produzir-se uma disputa iníqua pela apropriação do que resta de pressupostos públicos”¹⁴³.

Contempla-se, por conseguinte, a desagregação da base filosófica do Estado Social, quais sejam os laços de solidariedade, “a ideia do coletivo, do agir dentro de uma comunidade compromissada com uma coexistência menos desigual, na qual os recursos sejam aplicados em políticas públicas direcionadas àqueles que mais do Estado precisam”¹⁴⁴. Como consequência, surge a dúvida no que se refere à capacidade do Estado Social em consolidar seu projeto antropológico¹⁴⁵, sendo inevitável o surgimento de novas concepções.

Exatamente nesse contexto, o neoliberalismo ganha força e coloca em xeque o paradigma keynesiano, como já mencionado inicialmente, trazendo consigo políticas que concedem prioridade absoluta ao combate à inflação, ao tempo em que colocam em segundo plano a redução do desemprego.

¹⁴¹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997. p. 25.

¹⁴² BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 86.

¹⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 48.

¹⁴⁴ BUFFON, op. cit., p. 88.

¹⁴⁵ MORAIS, op. cit., p. 48. Nesse mesmo sentido, François Ost também identifica que a crise não é unicamente financeira, mas também e mais profundamente ideológica. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 340.

Para o ideário neoliberal, em sendo o combate à inflação - tendo em vista a estabilidade dos preços, a única política econômica que faz sentido - devem ser sacrificados os demais objetivos, “nomeadamente os introduzidos por Keynes para conciliar o capitalismo com a democracia (crescimento econômico, pleno emprego, desenvolvimento regional equilibrado, redistribuição do rendimento e justiça social) e que constituem a essência do *estado social*”¹⁴⁶.

Recupera-se, portanto, a *lei de Say*, já que “as economias se encaminhariam espontaneamente para a situação de pleno emprego, desde que se deixassem funcionar livremente os mecanismos do mercado”¹⁴⁷. Relançada, também, está a tese do *desemprego voluntário*, segundo a qual, “se o mercado de trabalho funcionar sem entraves, quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura o preço da mão-de-obra (salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores”, de modo que as economias tenderão ao equilíbrio entre a oferta e a força de trabalho, independentemente da taxa de inflação, o que seria traduzido pelo que Milton Friedman conceituou como *taxa natural de desemprego*.

Assim, as variações do nível de desemprego passariam a ser explicadas através das “variações da procura voluntária de emprego (trabalho) e de lazer (não-trabalho) por parte dos trabalhadores”. Nesse ponto de vista, quem não tiver emprego e não aceitar um posto de trabalho que ofereça salário menor que o concorrente, é porque prefere continuar procurando um novo posto de trabalho¹⁴⁸. A partir desse raciocínio, “o emprego e o desemprego efetivos revelariam as verdadeiras preferências dos trabalhadores entre trabalhar e dedicar o seu tempo a usos alternativos”¹⁴⁹.

Da análise das concepções neoliberais, conclui-se que sustentam um regresso às teorias pré-keynesianas, por defenderem que “a *diminuição dos salários reais* é a condição indispensável e decisiva para que possa reduzir-se o desemprego e possa promover-se o (pleno) emprego”, reduzindo, assim, a questão do emprego a um problema de salário, sendo necessário, para o restabelecimento de um estável mercado de trabalho, salários compatíveis com uma moeda estável.

No ponto, Avelãs mensura que apenas no liberalismo econômico dos séculos XVIII e XIX - quando os trabalhadores não estavam suficientemente organizados politicamente e nem

¹⁴⁶ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 118.

¹⁴⁷ Id. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11.

¹⁴⁸ Ibid., p. 11-14.

¹⁴⁹ Ibid., p. 20.

gozavam de todos os direitos de liberdade - funcionou a solução de lhes impor o ônus de pagar a crise. Conscientes, então, de que, na realidade social e política dos países capitalistas industrializados, em que os trabalhadores assalariados “não se deixarão facilmente convencer a votar numa política de desemprego em massa”, os neoliberais passam a pugnar pelo dismantelo dos *monopólios estatais*, acusando-lhes de contribuir para a restrição do número de postos de trabalho, ao exigirem salários elevados.

Assim, atribuía-se aos sindicatos toda a responsabilidade pela criação das condições para o pleno emprego, legitimando o discurso de que os sindicatos seriam incompatíveis com a economia de livre empresa¹⁵⁰. Em verdade, na lógica da economia de mercado, deveriam ser garantidas a propriedade privada e o mercado de concorrência, a fim de se assegurar o que os teóricos neoliberais denominavam como sociedade livre. Somente por meio da espontaneidade da economia de mercado é que se avalizariam as liberdades civis e políticas.

Tal discurso se alinha à democracia econômica e social, em outras palavras, leva à conclusão de que o liberalismo econômico, nos moldes atuais do capitalismo, é incompatível com as liberdades democráticas¹⁵¹.

Novamente, em sentido contrário à atual doutrina democrática e igualitária, caracterizada pela afirmação de uma igualdade civil e política para todos, além da busca pela redução das desigualdades entre os indivíduos econômica e socialmente, “no âmbito de um objectivo mais amplo de libertar a sociedade e os seus membros da *necessidade* e do *risco*”¹⁵², que configura a base dos sistemas públicos de segurança social; os neoliberais pressupõem o regresso ao mito individualista de que cabe a cada indivíduo organizar a sua vida, assumindo o risco de sua própria sobrevivência¹⁵³. Separa-se, mais uma vez, o indivíduo do homem público e da comunidade, retornando a concepção de indivíduo como “mônada isolada” na sociedade¹⁵⁴, e, por consequência, a concepção atomística da sociedade¹⁵⁵.

¹⁵⁰ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 21-25.

¹⁵¹ Id. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 126. NUNES, op. cit., p. 28.

¹⁵² “A dinâmica do Estado-providência repousa, com efeito, *num programa ilimitado: libertar a sociedade da necessidade e do risco*. É neste programa que se baseia sua legitimidade”. ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997. p. 27-28.

¹⁵³ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 131.

¹⁵⁴ MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Editora Moraes, 1970.

¹⁵⁵ Para além do retorno a uma sociedade individualista, Dany-Robert Dufour sustenta a passagem para uma sociedade egoísta pós-moderna, pois foi trocado o estar inserido individualmente numa coletividade, por estar egoisticamente inserido em uma “sociedade rebanho”, em que se constrói uma relação de alienação recíproca entre indivíduo e sociedade. DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado: a revolução cultural liberal**. Trad.: Procópio Abre. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008. p. 22-23.

Desse modo, o neoliberalismo exclui da responsabilidade do Estado questões relativas à justiça social, encarando as políticas que buscam realizá-la - como a seguridade social - atentatórias à liberdade individual, trazendo à tona novamente a importância da caridade privada como meio adequado para o alívio da pobreza. Se o Estado Social de Direito teve o mérito de conciliar os valores *liberdade* e *igualdade*, nesse momento, novamente os mesmos passam a se contrapor, sendo a liberdade colocada em evidência pelos neoliberais, na justificativa de que somente assim poderia ser legitimado o maior grau de igualdade possível¹⁵⁶.

Sob tais argumentos, há diminuição do Estado nas prestações sociais fundamentais, permitindo-se que o setor privado atue naqueles setores em que o Estado era concorrente - ou único ator - através de processos de privatização. Ademais, há diminuição dos direitos sociais - especialmente os direitos constitucionais do trabalhador¹⁵⁷ - o que se pode denominar de flexibilização.

Percebe-se claramente o regresso ao “velho mito liberal da separação estado/economia e estado/sociedade”, segundo o qual a economia seria novamente coisa exclusiva dos privados, restando ao Estado a garantia da liberdade individual, entendida como a liberdade econômica, a liberdade de adquirir sem entraves, o que proporcionaria igualdade de oportunidades para todos¹⁵⁸.

Ao Estado caberia, apenas, o papel de criar e de preservar a estrutura institucional apropriada aos direitos relativos à propriedade privada, aos livres mercados e ao livre comércio¹⁵⁹. Enquanto, como visto, Keynes sublinha a importância do Estado e do alargamento das suas funções - sendo necessário assumir a economia como problema político de curto prazo, pois as crises e seus efeitos perniciosos se fazem sentir em curto prazo - o neoliberalismo propõe ser pertinente suportar sacrifícios, num primeiro momento, para, posteriormente, usufruir-se os benefícios do crescimento¹⁶⁰. Eles admitem que as medidas supracitadas, a curto prazo, “irão gerar elevado desemprego e prejudicar especialmente os que já estão na posição mais baixa da economia”, embora propugnem que esse prejuízo será apenas temporário, uma vez que “uma economia mais dinâmica irá gerar prosperidade, o que,

¹⁵⁶ NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011. p. 129-130.

¹⁵⁷ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 90.

¹⁵⁸ NUNES, op. cit., p. 134.

¹⁵⁹ HARVEY, David. **O neoliberalismo**: história e implicações. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 12.

¹⁶⁰ Ibid., p. 91.

no fim, oferecerá mais empregos e mais dinheiro para os deficientes e outros realmente necessitados”¹⁶¹. Tal raciocínio só corrobora o fato de que o neoliberalismo pretende fazer cada vez mais ricos os ricos, e cada vez mais pobres, os pobres.

A efetiva aplicação das propostas neoliberais, com a conseqüente consolidação desse novo modelo político-econômico, entretanto, só ocorreu ao final da década de 1970, quando da eleição do Governo Thatcher, em 1979, e, um ano após, com a chegada de Reagan à presidência dos Estados Unidos da América¹⁶².

Margaret Thatcher teria sido eleita primeira-ministra da Grã-Bretanha com a tarefa de elidir uma devastadora estagnação inflacionária que acometera o país na década anterior. Isso significaria a revolução em políticas fiscais e sociais e o conseqüente fim das instituições e práticas políticas do Estado social-democrata que se consolidara no país, desde 1945.

Para tanto, caberia enfrentar o poder dos sindicatos¹⁶³; atacar todas as formas de solidariedade social em prol da flexibilidade competitiva, do individualismo, da propriedade privada e da responsabilidade individual; reverter os compromissos do Estado do bem-estar social; privatizar empresas públicas; reduzir impostos (das camadas mais ricas da sociedade, aprofundando a desigualdade social); promover a iniciativa dos empreendedores e criar um clima de negócios favorável para induzir o forte fluxo de investimento externo¹⁶⁴.

Por sua vez, Ronald Reagan “impeliu seu país a revitalizar a economia”, apoiando as decisões de Paul Volcker (quem, assumindo o comando do Banco Central dos Estados Unidos em julho de 1979, mudou drasticamente a política monetária, liderando a luta contra a inflação, independentemente das conseqüências, particularmente o desemprego) e por meio de

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 312. Em relação a tal tese, Dworkin levanta objeções concretas: “É muito improvável que pessoas destituídas há muitos anos, sem receber nenhum treinamento eficaz, recobrem seus prejuízos mais tarde, particularmente se forem considerados os danos psicológicos. Crianças que não tiverem alimentação adequada nem chances efetivas de uma educação superior sofrerão prejuízo permanente, mesmo que a economia siga o caminho mais otimista de recuperação. Parte daqueles a quem são negados empregos e assistência social agora, particularmente os idosos, não viverão o suficiente para compartilhar essa recuperação, por mais generalizada que ela venha a ser”.

¹⁶² MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 90-91. Embora tidos como os principais expoentes neoliberais de então, pode-se dizer que, “neste período, os governos de direita da Europa Continental adotaram um neoliberalismo menos extremado que os ingleses e americanos, caracterizando-se por uma menor intensidade no que diz respeito a cortes de gastos sociais e enfrentamento com as forças sindicais”. Ibid., p. 91. Antes disso, “a teoria neoliberal obteve respeitabilidade acadêmica quando Hayek em 1974 e Friedman em 1976 ganharam o prêmio Nobel de economia”. HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 31.

¹⁶³ “Mesmo no Reino Unido, país onde o movimento sindical era tradicionalmente considerado uma instituição quase tão intocável como a realeza, a Sra. Thatcher, enquanto Primeira Ministra, não hesitou em acusar os sindicatos de quererem 'destruir o estado', erigindo-os desse modo em *inimigo interno* sobre o qual toda a repressão se pretende legitimada”. NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 28.

¹⁶⁴ HARVEY, op. cit., p. 11-12 e 31-32.

“políticas destinadas a restringir o poder do trabalho, desregular a indústria, a agricultura e os setores extrativistas, assim como liberar os poderes das finanças tanto internamente como no cenário mundial”, além de cortes de impostos (do capital, diga-se de passagem, deixando que a classe assalariada arcasse com o que subsistia dos serviços públicos¹⁶⁵) e orçamentários.

Transformado, portanto, o neoliberalismo, “na diretriz central do pensamento e da administração econômicos”, os anos 1978-1980 podem ser entendidos como “um ponto de ruptura revolucionário na história social e econômica do mundo”¹⁶⁶. O neoliberalismo vem sendo, desde então, a matriz ideológica da chamada política de globalização que marca a atual fase do capitalismo à escala mundial.

Pode-se falar que, no último quarto do século XIX - momento em que acontecia o que se denomina de segunda revolução industrial, graças, sobretudo, ao disparado desenvolvimento dos transportes e das comunicações - aconteciam a unificação definitiva do mercado mundial e a consequente internacionalização do mercado. Naquele momento, os *capitalismos nacionais* são afundados por uma “onda globalizadora”¹⁶⁷. O mercado mundial unificado contava agora, também, com as tecnologias da informação, de modo que, como reflexo - inclusive, das transformações tecnológicas ocorridas ao longo do século XX - o capitalismo deixa de se vincular à produção e ao consumo e passa a um novo modelo de produção de lucro, em que “os investimentos não se dão na base produtiva e em suas estruturas, mas na reprodução acética do próprio capital”, ascendendo um novo mercado, o mercado financeiro¹⁶⁸. É o que se pode entender como a passagem do *capitalismo de produção* para o *capitalismo financeiro*.

Também chamado de *globalização financeira*, o processo se traduz “na livre circulação dos fluxos financeiros de um ponto a outro do planeta” e resulta de “um triplo

¹⁶⁵ BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 90.

¹⁶⁶ HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013. p. 11-12 e 32-34.

¹⁶⁷ Avelãs apresenta o movimento da globalização, a partir de “ondas” que o caracterizam: “[...] faz sentido defender que as viagens oceânicas dos portugueses, a partir do século XV, deram origem à *primeira onda de mundialização e de globalização*, marcada pela colonização e pela pilhagem de vários povos e pelo tráfico de escravos. A *segunda onda de globalização* teve lugar por força e por ocasião da corrida às colônias que acompanhou a 'segunda revolução industrial', no último quartel do século XIX e que teve como ponto alto a célebre Conferência de Berlim. [...] Neste nosso tempo marcado pela *terceira onda de globalização*, a produtividade do trabalho humano e a produção efetiva de riqueza têm aumentado como em nenhum outro período da história [...]”. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 57-71.

¹⁶⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

movimento ('os três D')¹⁶⁹. O primeiro deles - a “desregulamentação” - caracteriza-se pela plena “liberalização dos movimentos de capitais”, pela “mobilidade geográfica dos capitais”¹⁷⁰, pelo “desmantelamento dos dispositivos de controle das trocas: doravante, os capitais podem se deslocar livremente em função de considerações de estrita rentabilidade financeira”¹⁷¹. Observa-se assim a *ação predadora* dos grandes operadores financeiros. Os Estados - especialmente os mais vulneráveis economicamente - ficam “à mercê da chantagem da retirada dos capitais para países mais atractivos” e “já nem ousam tributar os rendimentos do capital, o que é um bom contributo para os escandalosos superlucros dos especuladores”¹⁷².

Em outros termos, diante do tremendo poder de pressão dos investidores, os Estados necessitam ganhar e depois conservar a confiança dos mercados financeiros, se eles quiserem evitar um “êxodo de capitais”, de modo que são constrangidos, em consequência, a ajustar sua política orçamentária e fiscal¹⁷³. O *ganho* mais ansiado pelo capital móvel é a “liberdade de preocupações e responsabilidade”, de modo que “os custos de se arcar com as consequências não precisam agora ser contabilizados no cálculo da ‘eficácia’ do investimento”¹⁷⁴.

Sem amarras, sem aviso, ou, de repente, “o capital pode se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a ‘alteridade’ exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar”¹⁷⁵.

Por sua vez, a *descompartimentação* “significa a perda de autonomia de (a abolição das ‘fronteiras’ entre) vários mercados até há pouco tempo separados (mercado monetário, mercado financeiro, mercado de câmbio, mercados a prazo)” e sua transformação em um mercado financeiro único à escala mundial¹⁷⁶. Ainda, “o sistema financeiro internacional tornou-se um mercado único do dinheiro, caracterizado pela unidade de lugar (em virtude da interconexão das praças financeiras) e de tempo (ele funciona continuamente)”¹⁷⁷.

Por fim, o último movimento, o da *desintermediação*, “dá aos operadores econômicos a possibilidade de recorrer diretamente aos mercados financeiros, sem passar pelos

¹⁶⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 34.

¹⁷⁰ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

¹⁷¹ CHEVALLIER, op. cit., p. 34.

¹⁷² NUNES, op. cit., p. 73-75.

¹⁷³ CHEVALLIER, op. cit., p. 34.

¹⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 16-18.

¹⁷⁵ Ibid., p. 16-18.

¹⁷⁶ NUNES, op. cit., p. 74, nota de rodapé 65.

¹⁷⁷ CHEVALLIER, op. cit., p. 34.

intermediários financeiros e bancários tradicionais”¹⁷⁸, de modo que “os grandes investidores institucionais (empresas multinacionais, empresas seguradoras, bancos, fundos de pensões e mesmo os Tesouros nacionais de alguns países)” acessam diretamente, e em tempo real, os mercados financeiros de todo o mundo para a colocação dos fundos disponíveis e para a obtenção de crédito¹⁷⁹.

A globalização se apoia num postulado de que seu caráter benéfico aproveita a todos, enquanto vetor de crescimento e de desenvolvimento, sendo, para isso, conveniente deixar operarem os mecanismos de mercado, “os únicos capazes de assegurar o ótimo econômico e social”¹⁸⁰. Aqui se identifica a globalização como também um movimento de natureza cultural e ideológica, “marcadamente imperialista na sua tentativa de submeter o mundo à ditadura do pensamento único”¹⁸¹. A partir da revolução tecnológica, não apenas se “mundializa”¹⁸² a economia, como também se “homogeinizam” as práticas sociais, a partir de uma profunda convicção “na superioridade do modo de produção capitalista”¹⁸³.

De fato, a globalização econômica, coerente com as orientações neoliberais, substituiu a política pelo mercado, como *locus* de regulação social, fazendo com que o Estado se adaptasse aos interesses e às vontades do capital transnacionalizado¹⁸⁴.

Uma das crenças centrais do paradigma keynesiano era a confiança na capacidade de os Estados nacionais influenciarem os parâmetros do desenvolvimento econômico – particularmente, da taxa de juros. Com a nova realidade da globalização econômica, “à vista da necessidade de inserção nesse cenário macroeconômico internacional, dominado pelo grande capital, os governos nacionais perdem toda a capacidade de influenciar as evoluções econômicas nacionais, bem como de controlar a situação social daí decorrente”¹⁸⁵.

Em resumo, “em vez de o Estado regular o mercado, o mercado se incumbe de regular o Estado”¹⁸⁶. Os neoliberais, portanto, inscrevem o Estado de Direito numa perspectiva do

¹⁷⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 34.

¹⁷⁹ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74, nota de rodapé 65.

¹⁸⁰ CHEVALLIER, op. cit., p. 280.

¹⁸¹ NUNES, op. cit., p. 99.

¹⁸² A propósito, os franceses preferem o termo “mundialização” ao significante “globalização”.

¹⁸³ CHEVALLIER, op. cit., p. 280.

¹⁸⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹⁸⁵ MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 96; 99.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 82.

“direito sem o Estado”, sendo que o verdadeiro direito tem sua fonte fora do Estado e constitui, assim, limite ao seu poder¹⁸⁷.

Em 2008, no entanto, houve uma crise financeira e econômica que invalidou, mais uma vez, a crença de que o capitalismo é capaz de se autorregular, impedindo que o fenômeno da globalização seja tido somente como “um ‘progresso’ na história das sociedades”, e, assim, marcando o fim do mito da “globalização feliz”:

As condições em que a crise se desenvolveu foram reveladoras: a explosão do superendividamento das famílias em virtude das facilidades na concessão dos créditos imobiliários (*subprimes*)¹⁸⁸ foi o elemento desencadeador, propiciando a crise no sistema bancário que, a partir dos Estados Unidos, alcançou sucessivamente o conjunto dos países, antes de produzir os seus efeitos sobre a economia real; como sinais precursores já o haviam demonstrado, a globalização econômica é, ela própria, portadora de um risco que não podia ser subestimado¹⁸⁹.

A globalização, assim, também passa a ser entendida como geradora de riscos - riscos cosmopolitas, riscos sistêmicos: econômicos - “ao propiciar a propagação dos desequilíbrios econômicos de um país a outro com uma rapidez extrema”; tecnológicos, através da “difusão recorrente de vírus atacando os sistemas de informática ou pela explosão das nanotecnologias”; ecológicos (catástrofes); e até sanitários, resultantes de acidentes nucleares ou da propagação de epidemias.

A *face sombria* da globalização abarca ainda o desenvolvimento da criminalidade transnacional e dos “paraísos fiscais” - países em que o regime fiscal é mais favorável e os controles são menos rigorosos¹⁹⁰. Também chamados de “paraísos bancários”, tidos também como “paraísos judiciários” - ou seja, espaços sem lei, sem impostos, sem polícia, sem tribunais - caracterizam-se como uma contradição da globalização financeira, já que os defensores do mercado livre, da liberalização e da desregulamentação se esforçam no sentido de criar “novos espaços protegidos por fronteiras artificiais, muito mais invioláveis e

¹⁸⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 100-101.

¹⁸⁸ Vale registrar que “foi do presidente Clinton a iniciativa de introduzir nos Estados Unidos as hipotecas *subprime*. Elas eram garantidas pelo governo, a fim de oferecer crédito, para compra da casa própria, a pessoas desprovidas dos meios para pagar a dívida assumida, e, portanto, a fim de transformar setores da população até então inacessíveis à exploração creditícia em devedores”. Havia a esperança de que “o aumento dos preços das casas, estimulado por uma demanda artificialmente inflada, pudesse garantir, como um círculo que se fecha, que os ‘compradores de primeira viagem’ pagassem os juros regularmente (pelo menos por algum tempo).” BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 9 e 19.

¹⁸⁹ CHEVALLIER, op. cit., p. 280.

¹⁹⁰ Ibid., p. 36-37 e 280.

intransponíveis do que as fronteiras dos estados nacionais soberanos que se dizem coisa do passado”¹⁹¹.

Em suma, são “verdadeiros ‘estados mafiosos’ ou de reservas criadas por medida para garantir refúgio seguro, em nome da liberdade e do mercado, a capitais especulativos de todo o tipo, muitas vezes oriundos de (e promotores de) negócios escuros e criminosos”. Esse mundo à margem da lei serve como canal para a lavagem de dinheiro proveniente do crime organizado - esquema que não é desmantelado, embora conhecido, “em nome da liberdade do capital”¹⁹².

Além disso - e pior que isso (?) - a crise mostrou que a globalização é geradora de injustiças e de desigualdades, principalmente em prejuízo dos países mais pobres. A soberania desses países é dominada através de “pactos de vassalagem e recolonização”, por parte do “capitalismo globalizador”.

O capital internacional “tem ação predatória sobre a base econômica dos países em desenvolvimento, porquanto gira de maneira especulativa, provoca crises, abala a fazenda pública, desorganiza as finanças internas, derruba bolsas, dissolve economias, esmaga mercados”¹⁹³. Logo, é nesses sistemas nacionais indefesos que a globalização mais contribui para a dependência econômica, em que, muitas vezes, sequer chegou a ser estabelecido o estado social.

O projeto neoliberal - particularmente depois de suas experiências, inglesa e americana - parece ter encontrado terreno fértil nessas realidades. Esse é o caso, por exemplo, dos países da América Latina, cujas peculiaridades de desenvolvimento - processo de colonização, com séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica - não permitiram “a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social”. Nesses países, o intervencionismo estatal confunde-se historicamente com a prática autoritária/ditatorial, construindo-se o avesso da ideia de Estado Providência, aumentando as distâncias sociais e o empobrecimento das populações, já que, em verdade, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo¹⁹⁴.

Tal raciocínio aplica-se perfeitamente à realidade brasileira, em que a modernidade é tardia e arcaica, haja vista as promessas da modernidade ainda não terem se realizado, em que o intervencionismo estatal “serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população”¹⁹⁵.

¹⁹¹ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 78.

¹⁹² Ibid., p. 78.

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.10 e 12.

¹⁹⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 81.

¹⁹⁵ Ibid., p. 81-82.

A questão é que o Estado intervencionista representa “uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa”, “o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito”. E isso não ocorreu aqui¹⁹⁶.

É evidente, pois, que, em países como o Brasil, onde o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deveria ser o Estado. Contudo, acabaram não resistindo à onda neoliberal, seguindo a *cartilha* dos organismos internacionais comprometidos com esse ideário: FMI e Consenso de Washington, especificamente¹⁹⁷.

O Consenso de Washington surgiu no final dos anos de 1980, “como fruto de um estudo feito por economistas de organismos internacionais sediados em Washington (FMI, Banco mundial e Departamento de Tesouro dos Estados Unidos)”, para ajustar macroeconomicamente os países periféricos e permitir o recebimento de ajuda financeira, por parte de tais organismos. A despeito de uma aparente pretensão de crescimento econômico e social daqueles países, produziram-se resultados desastrosos, com aumento da miséria e da recessão nos países que o adotaram¹⁹⁸.

Não parece ser crível, portanto, que o mercado, por si só, com sua mão invisível, contorne as desigualdades sociais e traga a tão almejada igualdade material para os cidadãos, solucionando os problemas da sociedade.

A questão é que “o mercado não é bom condutor de políticas públicas, que não se regulam pelo lucro, mas pela redução das desigualdades, sejam econômicas, sociais, culturais, etc. O ajuste fino entre estas duas situações extremas é muito difícil, senão impossível”¹⁹⁹. O mercado, ao contrário, além de ser excludente, é incapaz de eliminar a pobreza, de modo que a retórica neoliberal é extremamente negativa, pois vai de encontro à democracia e ao

¹⁹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 81-82.

¹⁹⁷ BUFFON, Marciano. A Crise Estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93.

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 81, nota de rodapé nº 7. “As medidas englobavam: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; juros de mercado; câmbio de mercado; abertura comercial; investimento estrangeiro direto, com eliminação de restrições; privatização das estatais; desregulamentação das leis econômicas e trabalhistas; proteção da propriedade intelectual”. Lembre-se também que os países do Leste da Ásia rejeitaram o “pacote” e registraram forte crescimento econômico no período.

¹⁹⁹ SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal, neoliberalismo e democracia. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 138, jan./jun. 1999.

primado da igualdade entre os homens²⁰⁰. Calha dizer que jamais houve tanto desrespeito à dignidade e aos direitos fundamentais do homem como na aplicação da doutrina neoliberal²⁰¹.

A crise de 2008, então, aponta “a derrocada da utopia neoliberal” (não o fim do neoliberalismo, mas apenas a queda de seus ideais)²⁰², e os Estados são constrangidos a intervir para tentar contê-la²⁰³. Isso explicita que o Estado continua investido de responsabilidades essenciais na vida social, o que, por sua vez, “traduz o refluxo da concepção de um mercado dotado de todas as virtudes e considerado como apto a atingir, por si próprio, o equilíbrio”. Desse modo, há uma mudança no contexto ideológico²⁰⁴.

Pode-se assim afirmar que a História vem a comprovar a necessidade de ajuste entre desenvolvimento econômico e desenvolvimento social sustentável, a necessidade de conciliação entre as duas condições essenciais à sobrevivência do Estado e à sobrevivência do próprio sistema capitalista: garantir a acumulação do capital e salvaguardar a sua legitimação

²⁰⁰ BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Da crise do estado social ao pós-neoliberalismo: uma breve história entre dois séculos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco**, Curitiba, ano 5, n. 10, p. 74, jul./dez. 2011.

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

²⁰² BUFFON, op. cit., p. 80; 81.

²⁰³ “Alguns planos de salvamento foram, primeiramente, colocados em execução para evitar o desmoronamento do sistema financeiro. Três meios de ação foram utilizados: a garantia dos empréstimos no mercado interbancário, as quantias consideráveis previstas para tanto (320 bilhões de euros na França) podendo ser desbloqueadas apenas a título subsidiário; a aquisição dos ativos ‘tóxicos’ dos bancos, quer dizer, dos créditos hipotecários e de seus derivados (o Plano Paulson de outubro de 2008 nos Estados Unidos previa uma quantia de 700 bilhões de dólares para essa aquisição); o ingresso do Estado no capital dos bancos ameaçados, por meio de operações de recapitalização (fórmula preferencial no Reino Unido e inaugurada a partir de fevereiro de 2008 pela nacionalização do *Northern Rock*) – ingresso acompanhado, ou não (como na França), da atribuição de correspondentes direitos de voto. Todos esses meios, genericamente combinados (assim o previa o Plano Geithner de fevereiro de 2009 nos Estados Unidos), revelaram-se imediatamente insuficientes para resolver as dificuldades do setor bancário. Em seguida, os Estados foram levados no mundo inteiro (a própria China adotou um plano de incentivos de 585 bilhões de dólares) a implantar planos de incentivos de um montante considerável (2.800 bilhões de dólares em dois anos, algo como 5% do PIB mundial), visando a combater os efeitos depressivos da crise sobre a Economia; além do financiamento de grandes obras e projetos de infraestrutura, esses planos comportam medidas de ajuda às empresas e aos setores industriais mais vulneráveis, como o automobilístico, tal como medidas de suporte ao consumo e às vítimas do desemprego; o plano de 787 bilhões de dólares adotado em fevereiro de 2009 nos Estados Unidos, por iniciativa do novo presidente, combina essas diferentes facetas, cujo equilíbrio sofreu, no entanto, inflexão pelo Congresso. Esses dispositivos envolvem importantes déficits públicos (8% no Reino Unido para 2009) e um agravamento muito sensível do peso da dívida. Paralelamente, algumas medidas foram adotadas relativamente à remuneração dos dirigentes”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 281-282. Bauman assevera que “por mais imponentes que sejam as medidas que os governos já tomaram, pretendem tomar ou dizem que querem tomar, todas elas buscam ‘recapitalizar’ os bancos e deixá-los novamente em condições de desenvolver suas ‘atividades normais’” (leia-se: o crédito). A lógica seguida era a de que “se os devedores não tiveram condições pessoais de pagar os juros sobre a orgia consumista inspirada e amplificada pelos bancos, talvez possam ser induzidos/obrigados a fazê-lo por meio dos impostos que pagam ao Estado”. Estaria caracterizada uma espécie de Estado assistencial para os ricos ou, mais exatamente, “a política de mobilizar, por intermédio do Estado, os recursos públicos que as empresas capitalistas não conseguem convencer o público a lhes entregar diretamente”. BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 25 e 27.

²⁰⁴ CHEVALLIER, op. cit., p. 281-282.

social. Para tanto, é imprescindível a estrutura do “estado-providência de inspiração keynesiana”, “ainda carecida de algumas adaptações”²⁰⁵.

Constata-se, portanto, que, a despeito de sua perspectiva de inclusão social, o Estado Democrático de Direito vem confinado por seus pressupostos econômicos excludentes, já que não houve o abandono das práticas capitalistas - embate que vem ameaçando a continuidade da manutenção e do aprofundamento do seu projeto de transformação da realidade social.

A seguir, verificar-se-á que o neoliberalismo vem sendo o fator responsável pelo processo de desconstitucionalização e pelo reforço de uma determinada postura tendente ao *esvaziamento* do caráter material dos textos constitucionais, ínsito ao Estado Democrático de Direito.

2.3 Da “Desconstitucionalização” do Estado Democrático de Direito à Judicialização

Conforme as lições de Elías Díaz, bem sintetizadas por Lenio Streck²⁰⁶, o Estado Democrático de Direito *supera* as noções anteriores de Estado Liberal e de Estado Social de Direito. É que, no Estado Liberal de Direito, produz-se “uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas”, beneficiando o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial. Institucionalizado desde o “triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime”, dura até aproximadamente o fim da primeira grande guerra.

Por sua vez, o Estado Social, correspondente à fase do “capitalismo maduro”, abandona a sua postura abstencionista, “passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil”, como também se convertendo “em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens”.

Já o Estado Democrático de Direito pretende a transformação do modo de produção capitalista e “sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”. Para Díaz, o adjetivo “democrático” vai além de um incremento das exigências e dos valores estabelecidos pelo Estado Social de Direito, eis que, mantendo-os, “permite uma práxis política e uma atuação dos Poderes públicos que [...] sirva para uma modificação em

²⁰⁵ NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 121-122.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52-53.

profundidade da estrutura econômica e social e uma mudança no atual sistema de produção e distribuição dos bens”.

Pode-se dizer, por conseguinte, que a noção de Estado Democrático de Direito está atrelada à realização dos direitos fundamentais - o “*plus* normativo” do Estado Democrático de Direito, que, sendo uma síntese das fases anteriores, agrega “a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais”²⁰⁷. Surge um novo paradigma de Estado e também de direito. Como visto, se trata, em uma breve síntese, da ideia desenvolvida no tópico 1.1, cujo aprofundamento se faz necessário ao que se propõe, neste momento do trabalho.

O direito construído na segunda metade do século passado é resultado da necessidade de superação das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial - em especial, pelos regimes totalitários, legitimados “através do argumento de obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para a criação das leis”²⁰⁸, na forma do reforço aos direitos humanos, dando-lhes caráter de proteção internacional com mecanismos, como a declaração de direitos de 1948²⁰⁹.

Ocorre, por isso, um rearranjo institucional que visa “à garantia de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, configurando-se, assim, a transição do que se

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 53.

²⁰⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40. “Na realidade, a lógica totalitária mina os fundamentos do Estado de Direito. Por uma parte, o domínio total adquirido pelo Estado sobre a vida social priva de toda pertinência os conceitos de ‘sujeito de direito’, de ‘Nação’ e de ‘esfera privada’: o indivíduo não poderia opor ao Estado direitos subjetivos extraídos de sua qualidade de Homem; já não existe nenhuma distância entre o corpo social e o Estado, que é somente a própria expressão de sua unidade constitutiva; enfim, já não há mais, em face do Estado, uma sociedade civil estruturada dotada de uma dinâmica própria de desenvolvimento e o poder estatal se irradia, doravante, sem entraves, através de todo o campo social. Por outra parte, apesar dos sistemas totalitários conhecerem uma profusão de regras e implementarem uma ordem jurídica estruturada, o seu direito apresenta características fundamentalmente diferentes em relação àquelas do direito das sociedades liberais: perdendo toda dimensão protetora, ele nada mais é que um simples instrumento de ação a serviço do poder: a ‘abolição da dialética’, traduzida pela unilateralidade da relação jurídica e a ‘perda da transcendência’, pelo fato da supressão da distância simbólica entre o direito e o poder, marcam a degenerescência da forma jurídica em si mesma (D. Loschak, *Droit et non-droit dans les institutions totalitaires*, in: *L’institution*, PUF, 1981). Essa concepção do direito basta para falsear completamente o sentido da hierarquia das normas e privar os dispositivos de controle jurisdicional de todo alcance: é somente em se deixando prender na armadilha de uma analogia puramente formal que esses sistemas poderão ser qualificados de ‘Estados de direito’”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 79.

²⁰⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96-97.

conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito”²¹⁰, surgindo a noção de *constitucionalismo*²¹¹ *democrático*²¹².

O direito desse período reflete, também, o caráter de exigência democrática, legitimado em constituições que marcaram o fim de períodos ditatoriais. É que tal movimento *constitucionalizante* foi engendrado na Europa, espalhando-se pelo mundo, mas, nos países da América latina, chegou com certo atraso. No ponto, é oportuno registrar que “o contexto latino-americano, na sequência do fim desta grande guerra, é marcado por sofrer golpes ditatoriais (Brasil, em 1964; Argentina, em 1966; Chile, em 1973; Uruguai, em 1973; Colômbia, em 1953)”. No Brasil, o movimento só foi sentido com o processo constituinte estabelecido entre 1987 e 1988, com a ruptura do regime ditatorial²¹³.

Além disso, o direito em tela “se pauta pela manutenção do que já fora constitucionalizado no início do mesmo século, a forma social de Estado, que permanece intrínseca ao Estado Constitucional”²¹⁴. O Estado Democrático de Direito representa, dessarte, “a vontade constitucional de realização do Estado Social”²¹⁵.

Em verdade, teve grande importância a proposta teórica do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, consubstanciada em sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, consagrando o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente”. Canotilho pretendeu demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, sendo que, ao se utilizar da expressão “constituição dirigente”, referiu-se à “força actuante do direito constitucional”²¹⁶, sendo “uma das suas mais importantes dimensões positivas: impulso, incentivo e direcção do processo social”. Sustentou que o direito não deve se

²¹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

²¹¹ A noção de constitucionalismo, em suas mais variadas acepções, demonstra o modo de articulação entre o Direito e a Política. “Mais especificamente, o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (política), o que se dá por meio das Constituições”. *Ibid.*, p. 28.

²¹² *Ibid.*, p. 40. Sobre o seu entendimento acerca da dificuldade de se manter o termo “neoconstitucionalismo” e, conseqüentemente, a sua preferência pela expressão constitucionalismo contemporâneo, vide STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-37.

²¹³ TASSINARI, op. cit., p. 41.

²¹⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 97.

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 27.

circunscrever a um conjunto de “normas negativas”, mas aceitar o “desafio da sociedade”, trazendo para si uma “função distributiva” e uma “função promocional”. Diante dessas novas funções do direito, uma Constituição deveria se afirmar “nas vestes de 'constituição distributiva' e de 'constituição promocional’”²¹⁷.

Dessa feita, agregou-se, à concepção de Estado de Direito, um conteúdo extraído do próprio texto constitucional, de forma que a Constituição passa a ser “um meio de direção social” e uma “forma racionalizada de política”²¹⁸. Ainda conforme Canotilho, a “racionalidade constitucional” não deve ser entendida apenas como esquema organizatório de competências, de formas e de processos, assim como o modelo constitucional de racionalidade do Estado de Direito Liberal, sob pena de se colocar em causa a racionalidade dos “documentos constitucionais programaticamente orientados”.

No Estado Democrático de Direito Constitucional, há uma evolução em relação a um “sentido plúrimo” de racionalidade, pois, além de “alicerçado em normatividade jurídica quanto aos direitos fundamentais, garantias, definição de competências, controlo do poder, solução de conflitos (*racionalidade do Estado de Direito Liberal*)”, é aberto “a uma definição normativo-constitucional de direitos sociais, económicos e culturais, a uma fixação dos fins e tarefas do Estado, a uma planificação (em sentido não ideológico) dos problemas económicos e sociais (*racionalidade do Estado de Direito Democrático*)”²¹⁹.

Interpretando essa preleção de Canotilho, Bercovici assevera que o grande debate constitucional trava-se entre os defensores da Constituição garantia e os defensores da Constituição dirigente. A Constituição, na forma de instrumento de garantia, deve ser entendida apenas como norma jurídica superior, alheia aos problemas de legitimação, já que apenas estabelece competências, preocupando-se com o procedimento - não com o conteúdo das decisões políticas. Serve, somente, para manter o *status quo*, não possuindo qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do seu texto. A essa tese, alia-se “o liberalismo e sua concepção equivocada de separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado-mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas”.

Tal teoria, contudo, é tida como insuficiente, diante da constatação de que “organizar e racionalizar os poderes pressupõe alguma medida material para o exercício desses poderes”, passando-se a exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Isso gera

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 30.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 48.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 42-43 e 49.

o fenômeno da “dinamização da Constituição”, expresso na consagração de linhas de direção e na constitucionalização dos direitos econômicos e sociais.

Nesse sentido, se o Estado Constitucional Democrático pretende se legitimar como Estado Social, deve ir além dos limites formais do Estado de Direito e também se basear na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico, de modo que a Constituição deixa de ser apenas do Estado e passa a ser da sociedade, inclusive. Sendo uma Constituição estatal e social, portanto, enquanto lei fundamental, “tende a refletir a interdependência do Estado e da sociedade”²²⁰.

É essa ideia que sintetiza a Teoria da Constituição Dirigente: a interdependência entre Estado e sociedade. A Constituição dirigente é uma Constituição estatal e social, um programa de ação para a alteração da sociedade, sendo o seu objetivo: dar força e substrato jurídico para a mudança social²²¹.

No constitucionalismo brasileiro, tal proposta teórica teve grande repercussão no processo de ruptura ditatorial, desaguando na promulgação da Constituição Federal de 1988, que determina um programa vasto de políticas públicas inclusivas e distributivas, por meio de suas cláusulas transformadoras²²².

Observa-se, para além de uma ampliação do catálogo de direitos aos cidadãos, com o intuito de criar uma política de bem-estar, que os textos constitucionais da contemporaneidade assentam o dever de que tal programa seja cumprido de modo imediato, a fim de que se tornem efetivos. Todavia, quando se “constitucionaliza” o Estado Democrático de Direito, a “nova versão” do Estado social, deve-se atentar “para as condições, possibilidades e limites de realização das promessas construídas no/pelo 'contrato constitucional' e contidas no bojo da Carta política que o caracteriza”²²³.

O Estado Democrático de Direito - reitere-se - “carregando a marca de um projeto de transformação social”, manteve-se “adstrito à tradição do liberalismo, em particular ao seu viés econômico pautado pela doutrina e pelas práticas capitalistas”, já esmiuçadas no tópico anterior. Em outros termos, vislumbra-se um Estado confrontado, por um lado, “com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional”, e, por outro, “com as proteções, resguardos e salvaguardas

²²⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 37-38, abr./jun. 1999.

²²¹ Id. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 151, 2008.

²²² Ibid., p. 152.

²²³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

impostos por uma economia capitalista”, como projeto político econômico. Dessa fórmula de tensão entre política de inclusão e economia de exclusão surgem dilemas quanto à efetivação das promessas constitucionais, pelo reconhecimento das limitadas condições político-econômico-sociais para tanto²²⁴.

Logo, surge o questionamento acerca da compatibilização entre o constitucionalismo característico ao Estado Democrático de Direito e o neoliberalismo. No quadro, há quem entenda que a Constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é a causadora última das crises econômicas e do déficit público, propugnando por algo que se pode denominar de constituição dirigente invertida, ou seja, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal e de liberalização da economia vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional.

Os críticos da Constituição dirigente alegam que ela *amarra* a política, substituindo o processo de decisão política pelas imposições constitucionais²²⁵. Para eles, o Estado deve se limitar a fiscalizar e a incentivar a iniciativa privada, condenando a realização de políticas públicas, ou seja, visam ao retorno ao Estado mínimo²²⁶. Entretanto, a verdadeira Constituição dirigente, a partir dessa concepção, é a Constituição dirigente invertida, por vincular toda a política estatal à garantia da acumulação de riqueza privada²²⁷.

O próprio Canotilho, inicialmente, em sua obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*²²⁸, revê posições anteriores, passando a afirmar que o problema fundamental da Constituição, na atualidade, é a ponderação de medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional, a fim de que não se converta em um instrumento *totalizador* com concepções unidimensionais do Estado e da sociedade. Sustenta, ainda, que as constituições de cunho dirigente perderam a capacidade de absorver as mudanças e as inovações da sociedade, tendendo a exercer uma função meramente supervisora.

Tais constituições não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas às cada vez mais complexas demandas e exigências sociais. O sistema jurídico e o político não poderiam mais ter a pretensão de regular, de maneira eficaz, outros sistemas, como o econômico, por exemplo. A Constituição, perdendo a sua capacidade de ser dirigente, deveria

²²⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61; 64.

²²⁵ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 154-155, 2008.

²²⁶ Id. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 42, abr./jun. 1999.

²²⁷ BERCOVICI, op. cit., p. 154-155.

²²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1191-1192.

se limitar a fixar a estrutura e os parâmetros do Estado, bem como estabelecer princípios relevantes para a sociedade.

O fato é que, “ao invés de propor a concretização constitucional, Canotilho limitou-se a substituir a inefetividade das políticas estatais previstas nas chamadas constituições dirigentes pela responsabilização da sociedade civil pela implementação dessas mesmas políticas”²²⁹.

Posteriormente, Canotilho amadurece seu posicionamento, o que foi recentemente considerado por muitos como abandono da Teoria da Constituição Dirigente. Em seu livro, *‘Brançosos’ e interconstitucionalidade*²³⁰, o constitucionalista português adota o termo *aparente desencanto* para designar a experiência que o levou a revisitar sua tese sobre o constitucionalismo dirigente.

O termo *desencanto* seria referente a uma espécie de decepção com o dirigismo constitucional, o que acabou conduzindo à compreensão de Constituição como uma “bíblia de promessas” - na maioria das vezes, não cumpridas. Por sua vez, a palavra “aparente” estaria relacionada ao fato de que não se pode, de qualquer modo, negar a *programaticidade* da Constituição.

Para Canotilho, o problema do dirigismo constitucional é ter colocado o Estado como *homem de direção*, causando a excessiva centralização, o que, segundo o estudioso, traria prejuízos tanto por desconsiderar o alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada, como por se esquecer de outros meios de direcionamento estatal.

Há de se ponderar que referida crítica é lançada justamente porque Canotilho “passou a conviver com uma significativa mudança na história de seu país - o enfraquecimento do Estado em face da constituição de um espaço global, que é a União Europeia”, sendo evidente que, em função das diferenças históricas e de desenvolvimento entre Brasil e Portugal, no estágio atual, “seria impossível pensar em *descartar* o constitucionalismo dirigente, especialmente porque muitos dos direitos constitucionalmente assegurados ainda estão carentes de concretização”²³¹.

²²⁹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 41-42, abr./jun. 1999.

²³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 31-37.

²³¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 42. Ainda sobre os mais recentes posicionamentos teóricos de Canotilho, vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Sob outra perspectiva, como obtempera Streck, “a globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível”, ressaltando a importância do cumprimento do texto constitucional, especialmente em Estados Nacionais, como o Brasil, “onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado *Welfare State* não passou de um simulacro”. A noção de Constituição programático-dirigente-compromissória ainda assume relevância como contraponto à “tempestade globalizante/neoliberal”, sendo “exatamente o espaço de resistência a essa espécie de barbárie econômica que tem como lugar cimeiro a *lex mercatoria*”.

Nesse ponto de visão, Streck apura que, “enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista”, pautado por políticas públicas distributivas, o que se consubstancia nos fins do Estado, estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal de 1988²³².

Arrematando tal entendimento, Bonavides propõe a necessidade de se restaurar, a todo custo, na consciência jurídica do Brasil, diante “da ameaça de aniquilamento do que ainda resta de soberania a um governo irremediavelmente atado aos acordos sigilosos do Fundo Monetário Internacional”, “o dogma da Constituição vinculante, programática, prospectiva, futurista; a única, aliás, que se compadece com o destino e as aspirações desenvolvimentistas” dos Estados da periferia²³³.

Como reflexo daqueles argumentos contrários ao constitucionalismo dirigente, a década de 1990 vem marcada por uma onda de reformas constitucionais neoliberais. Foram “pequenas, tópicas, silenciosas e eficientes reformas no ordenamento jurídico ocidental capazes de realinhar, ou melhor, submeter o ‘Direito’ a uma racionalidade ‘Econômica’, de cariz ‘Neoliberal’”.

²³² STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 197-198 e 201. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

²³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 174.

O direito passa a ser transformado em instrumento econômico diante da propagação do neoliberalismo, submetendo-se a uma racionalidade diversa, “manifestamente pragmática de ‘custos e benefícios’ (*pradmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas”²³⁴.

Nesse contexto, vislumbra-se o reforço de determinada postura tendente ao “esvaziamento” do caráter material dos textos constitucionais, “com o prevalecimento da lógica mercantil e da já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico”²³⁵. O modelo Estado Constitucional sofre uma política de “colonização econômica”, e, assim, como visto, está “à mercê de resultados positivos da balança comercial ou do afastamento de limites impeditivos à atuação dos agentes econômicos hegemônicos”²³⁶.

Como reflexo, tem-se “uma discussão acerca do papel destinado ao instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade”²³⁷. Assim, apresenta-se a crise constitucional - ou institucional - como processo de desconstitucionalização promovido pelo neoliberalismo, desaguando num descompasso entre as *promessas* contempladas, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização²³⁸.

Identifica-se, como propõe Bolzan de Moraes, um dilema que põe, de um lado, o que já se denominou de “crise estrutural” do Estado de Bem-Estar, paralela às crises e transformações do capitalismo, e, de outro, a “crise constitucional”. Se a política vem tensionada pela economia, quem decide?²³⁹ Esse contexto de crises e de conflito de interesses repercute na própria funcionalidade do Estado, passando a função jurisdicional a assumir a

²³⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 18, 2008. A “Justiça Econômica”, por suas várias escolas, fundamentada na matriz teórica neoliberal, apresenta como características: “i) proeminência do campo econômico sobre o jurídico; ii) manipulação do critério de ‘Justiça’ por ‘Eficiência’; iii) desprezo pelos Direitos Sociais e pelo Estado Democrático de Direito em nome da flexibilização”. “Denomina-se *Análise Econômica do Direito* o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca ampliar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito”. *Ibid.*, p. 18-19.

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

²³⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

²³⁷ STRECK, op. cit., p. 90.

²³⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

²³⁹ Id. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110-111 e 115.

centralidade, a se caracterizar como o espaço privilegiado de disputa e de definição política na atualidade, o que se percebe sob a nomenclatura de “crise funcional”²⁴⁰.

Em outros termos, constata-se transformações nas relações entre as tradicionais funções estatais, diante da incapacidade do Poder Legislativo e do Poder Executivo em realizar as promessas contidas no projeto constitucional, fazendo com que haja um deslocamento do debate político para o âmbito jurisdicional, o que fica reconhecido como “judicialização” da política²⁴¹.

Nesse ambiente de fragilização da esfera estatal - especialmente visível nos países de modernidade tardia - “os cidadãos assumem uma *postura* direcionada ao conflito, à reivindicação de direitos pela via do litígio judicial”, apresentando-se a sociedade “imersa em uma *ampla litigiosidade* como modo de resgatar e exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito”²⁴².

Observe-se, então, que a judicialização é fenômeno que possui seu ponto inicial em um maior - e mais amplo - reconhecimento de direitos, ínsitos ao constitucionalismo democrático, que passa pela ineficiência estatal na implementação dos mesmos e que deságua no aumento da mencionada litigiosidade, o que significa que o fenômeno da judicialização não ocorre exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos constitucionais, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais. Na verdade, faz-se necessário agregar a esse contexto os diferentes contornos que a esfera social assumiu²⁴³.

Nesse intuito, Werneck et al., ponderando que “a invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões ao âmbito dos poderes republicanos e à

²⁴⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 55-56 e 61. Sobre tal crise funcional, vide também STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95-96.

²⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! e o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 103. O realismo jurídico e suas diversas vertentes preconizavam o ideal de uma jurisprudência criativa, crendo na decisão judicial como uma fonte de direito, o que não se acolhe aqui, por se atribuir à decisão judicial um caráter meramente interpretativo. Contudo, “em uma análise da condição contemporânea da interpretação do direito”, ainda se identificam resquícios da função criativa dos tribunais, o que rompe qualquer conceito de judicialização, passando ao que pode ser chamado de “judicialismos, apresentado nas interpretações discricionárias e no ativismo judicial”. Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96, nota de rodapé n. 8. Sobre o ativismo judicial, TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²⁴² Ibid., p. 46.

²⁴³ Ibid., p. 32 e 45.

esfera propriamente política”²⁴⁴, asseveram que esse traço do comportamento das sociedades contemporâneas, qual seja, a litigiosidade, resulta no que denominam de “judicialização das relações sociais”.

Essa litigiosidade vai aumentando diante das infinitas demandas que surgem da “complexificação” das relações sociais²⁴⁵, num contexto de conteúdos inovadores; de atores múltiplos; de avanço tecnológico, de novos riscos e de relações massificadas²⁴⁶.

É que as sociedades do mundo contemporâneo são caracterizadas por “uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa”, o que, ultrapassando o setor econômico, também se refere “às relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais”. Essa “massificação” das “ações e relações humanas assumem caráter coletivo, mais que individual”, por se referirem muito mais a grupos, categorias e classes de pessoas, do que apenas a um ou poucos indivíduos²⁴⁷. É a “crise da racionalidade jurídica individualista”²⁴⁸.

Como consequência, diante dos conflitos entre grupos sociais e da produção de interesses coletivos e difusos²⁴⁹, o “esquema tradicional” do processo judiciário, como “lide entre duas partes” e “coisa das partes”, torna-se inadequado. Novas formas de ação judiciária²⁵⁰ surgem e conduzem a um novo e acentuado papel do Poder Judiciário²⁵¹. Assim, a tutela jurídica também passa a ser prestada, de forma massificada.

A tais transformações - ou seja, caráter de litigiosidade, de complexidade e de massificação da sociedade - agregue-se, como fator de incremento da judicialização, o

²⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

²⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 96.

²⁴⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A dupla face do acesso à justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 122.

²⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 56-57.

²⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

²⁴⁹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22. Sobre interesses coletivos e difusos, consultar MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

²⁵⁰ Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é inovadora, ao prever ações como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação popular.

²⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 56-57.

sucesso do Estado democrático em prover a cidadania de melhores vias e meios de acesso ao sistema de justiça²⁵².

No ponto, cumpre registrar a transformação no conceito de acesso à justiça demonstrada por Cappelletti, que aborda que “nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove”, o direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, o direito formal do indivíduo de propor ou de contestar uma ação. Em outras palavras, embora tido como um “direito natural”, esse direito significava “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”.

Como os demais direitos característicos daquele período, o acesso à justiça era tido como direito que não necessitava de uma ação do Estado para a sua proteção. O Estado, então, mantinha-se passivo em relação à inaptidão do indivíduo em, na prática, reconhecer seus direitos e em defendê-los adequadamente. A incapacidade de muitos em utilizar plenamente a justiça e suas instituições, por conta de uma *pobreza no sentido legal*, não era preocupação estatal.

No *welfare state*, surgem os direitos sociais, os quais, ainda conforme Cappelletti, não podendo ser simplesmente *atribuídos* ao indivíduo, dependem da atuação estatal para a sua realização. Além disso, são tidos como necessários para tornar efetivos, “quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos dantes proclamados”²⁵³, acompanhando o que preceitua uma concepção contemporânea dos direitos humanos/fundamentais²⁵⁴, ou seja, a indivisibilidade e interdependência entre os direitos relativos à liberdade e os referentes à igualdade²⁵⁵.

O direito ao acesso efetivo à justiça tem, desde então, sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital, já que “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. Portanto, o acesso à

²⁵² MORAIS, José Luis Bolzan de. O estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9-12.

²⁵⁴ Diversas são as nomenclaturas utilizadas: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, direito humanitário, dentre outras. SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁵⁵ Sobre a temática, consultar PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

justiça pode ser encarado como o requisito fundamental “de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”²⁵⁶.

Assim, tal direito, inicialmente visto apenas como “uma liberdade de não impedimento, passa a ser percebido e reconhecido como um direito de acessar as estruturas estatais incumbidas de tratar conflitos e delas receber uma resposta - de qualidade e em tempo razoável”, estando previsto em inúmeros textos internacionais de base convencional²⁵⁷ e na generalidade dos textos constitucionais²⁵⁸.

A partir da evolução do conceito de acesso à justiça, foram elaborados instrumentos para tornar possível a interação entre o Poder Judiciário e a sociedade. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, acolhe o tema do acesso à justiça introduzindo inovações, como a previsão de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”²⁵⁹, em consonância com os ensinamentos de Cappelletti de que o processo de democratização do Estado fez com que se rompesse a ideia liberal de que “a justiça [...] só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos”²⁶⁰ e, desse modo, uma das soluções práticas para os problemas de acesso à justiça é justamente “proporcionar serviços jurídicos para os pobres”²⁶¹.

Outrossim, a Constituição prevê, “como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, a Defensoria Pública, atribuindo-lhe a incumbência “como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados”²⁶².

No Brasil, também há a previsão constitucional de criação dos juizados especiais no âmbito da União e dos Estados, “competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo,

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9-12.

²⁵⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos VII, X e XI. Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, art. 2º, alínea 3, “a” e “b” e art. 14; Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia), art. 6º; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), art. 6º e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul), art. 7º.

²⁵⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A dupla face do acesso à justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 122; 124.

²⁵⁹ Art. 5º, LXXIV. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

²⁶⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 9.

²⁶¹ Ibid., p. 31-32.

²⁶² Art. 134. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). BRASIL, op. cit.

mediante os procedimentos oral e sumariíssimo”²⁶³. Tais juizados compõem o movimento de acesso à justiça por corresponderem “a um esforço criativo, abrangente e multifacetado para reestruturar a máquina judiciária”, “atendendo ao desafio crucial de criar órgãos eficazes para a defesa dos direitos do cidadão comum”. Tem-se, aqui, “órgãos informais, acessíveis e de baixo custo”, bem como “procedimentos que oferecem a melhor oportunidade de fazer valer essas novas normas técnicas a favor dos indivíduos em confronto com adversários poderosos e experientes”²⁶⁴.

Enfim, pode-se aduzir que, diante dessas múltiplas mutações - tanto institucionais, quanto sociais - vem sendo criada em torno do Poder Judiciário “uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*’”, em que “os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais”, o que se constitui em “ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular”²⁶⁵.

Assim, diante da judicialização, há de se buscar práticas que legitimem democraticamente a atuação do Poder Judiciário. Sob esse olhar, as audiências públicas jurisdicionais aparecem como alternativa para tal legitimação, como se pretende demonstrar na parte seguinte deste trabalho.

²⁶³ Art. 98, I. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014. No âmbito das Justiças Estaduais, seguem os preceitos constantes pela Lei nº 9.099 de setembro de 1995, a qual prevê “um conjunto de princípios que orientam a condução do processo para o consenso, para a informalidade e para a rapidez da resposta”. No âmbito da Justiça Federal, os Juizados Especiais foram instituídos pela Lei nº 10.259 de julho de 2001, aplicando-se subsidiariamente a lei anterior. MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A dupla face do acesso à justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 129.

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 113. Bolzan de Moraes e Jânia Saldanha desenvolvem trabalho em que questionam até que ponto a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais Federais se orientam para a efetivação de direitos humanos e a democratização do acesso à justiça, bem como até que ponto têm sido pautados pela lógica utilitarista, ou econômica, “mais preocupada com a eficiência (rapidez) com que responde as demandas massificadas do que com a qualidade das decisões”, ou seja, com a efetivação dos direitos dos cidadãos. MORAIS, op. cit.

²⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22-23.

3 A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO PONTE ENTRE A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, diante de múltiplas mutações - tanto institucionais, quanto sociais - anteriormente expostas, vem sendo criado um quadro em que os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, o que, como se perceberá no início desta parte do trabalho, abalando a teoria clássica da soberania popular, acaba corroborando o que se denomina por crise da representatividade - ou crise política - como preconiza Bolzan de Moraes.

Assim, fundamentando-se em um cenário de profundo esgotamento da representatividade, apontar-se-á a tendência mundial à incorporação constitucional do que vem sendo conceituado como princípio democrático participativo, percebido, ainda que de forma tímida, no Brasil, no parágrafo único, do art. 1º de sua Constituição Federal de 1988. Em tal perspectiva, o princípio democrático, além de acolher os mais importantes postulados da teoria democrática representativa, passa a implicar, ainda, em processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de participar dos processos de decisão.

Põe-se em xeque, assim, a validade da democracia representativa clássica e tradicional, e encontrando-se o Poder Judiciário, contemporaneamente, na centralidade da realização das promessas constitucionais, surge a imperiosa necessidade de legitimar sua função intervencionista, de forma condizente com a medida do Estado Democrático de Direito, a partir da superação da leitura liberal-individualista dessa intervenção, permitindo-se a construção da decisão judicial, a partir do diálogo da Justiça com a sociedade, o que se traduz em verdadeiro exercício de democracia direta. Explicitado todo esse processo, será apresentada a audiência pública jurisdicional como possível prática apta a permitir tal diálogo, a legitimar democraticamente a atuação do Poder Judiciário, efetuando-se a análise crítica do modelo normativo do instituto.

A seguir, será delineado um histórico narrativo acerca das audiências públicas jurisdicionais realizadas pelo STF, até o momento da conclusão deste trabalho, sendo, então, apontada como caso de estudo a Audiência Pública nº 4, convocada pelo STF, no ano de 2009, com o intuito de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade sobre o SUS, para o esclarecimento das questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, de forma a orientar as decisões daquela Corte em processos que envolvam a matéria referida.

A Audiência Pública nº 4 - também denominada como Audiência Pública da Saúde - como se verá, representou uma inovação na história do STF, não apenas por se tratar da primeira audiência com regulamentação própria, trazida pela Emenda Regimental nº 29/2009, quanto por não seguir atrelada a um caso específico, em virtude da contingência e da complexidade do tema a ser tratado, tendo em vista que as considerações então apresentadas serão utilizadas para a instrução de feitos acerca do direito à saúde, no âmbito da Suprema Corte.

Tais peculiaridades justificam a escolha dessa audiência dentre as demais, até mesmo por ampliar as possibilidades de verificação de um dos objetivos específicos da pesquisa, correspondente ao último tópico desta parte, que se concentra na análise da existência - ou não - de nexo de causalidade entre os critérios então definidos e o conteúdo das decisões judiciais acerca da matéria em apreço, proferidas pelo STF, desde então, a fim de se examinar, na prática, eventuais efeitos democráticos do instituto.

3.1 Entre a Crise Política e a Intervenção Judicial Democraticamente Legítima – da Necessidade do Diálogo entre Justiça e Sociedade

A hegemonia do ideário neoliberal também provocou reflexo nas formas de legitimação democrática²⁶⁶. A supressão de direitos sociais, acompanhada pelo enfraquecimento gradativo das políticas públicas devido ao ajuste fiscal, a partir dessa nova fase da acumulação capitalista tende à restrição dos direitos civis e políticos, e, conseqüentemente, à restrição da própria democracia, pois foi através da conquista do direito à participação política que se ergueram as bases igualitárias da noção de cidadania²⁶⁷.

É fato que um nível mínimo de inclusão do indivíduo na comunidade - e, com isso, condições melhores de participação na escolha e nas decisões - necessita da conjugação de elementos materiais como, por exemplo, educação, moradia e saúde. Ao se invocar o papel do povo “como legitimador das funções estatais”, é preciso “que este mesmo povo esteja e seja n(o) centro do espaço decisório e domine as condições necessárias e suficientes para decidir”²⁶⁸. A democracia social já havia superado a ideia de que o processo eleitoral é suficiente para se verificar o conteúdo da vontade popular.

²⁶⁶ FEDOZZI, Luciano. **Democracia participativa, lutas por igualdade e iniquidades da participação**. Porto Alegre, [2014?]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/democraciaparticipativa/biblioteca-1/arquivos/Democracia%20participativa%20lutas%20por%20igualdade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

²⁶⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82.

Além disso, pode-se vislumbrar a insuficiência do modelo da democracia representativa numa sociedade que se “complexificou”, seja em razão da universalização do voto; seja diante das dificuldades técnicas trazidas pelo conteúdo dos temas postos em discussão, “o que transformou a política, muitas vezes, em refém das referências tecnológicas, das estatísticas, das probabilidades e das valorações macro e microeconômicas, além dos detalhes técnicos peculiares aos temas tratados”, e tornou menos viável “a tarefa política como o jogo dialético das pretensões”; seja, ainda, pela incapacidade de o cidadão comum das sociedades complexas, envolvido numa atividade *full time*, “ocupado demais em prover o seu cotidiano”, envolver-se com o volume qualitativo das questões postas para solução, o que não só exclui o cidadão do jogo político, como também exclui o político do debate social²⁶⁹.

Diante desse quadro, há uma tentativa de tentar *fantochizar* a democracia representativa, “tornando-a apenas um estereótipo formal pela ausência de alternativas reais de escolha”. É que, para que se constitua efetivamente a democracia representativa, embora não seja o único, um importante pressuposto, em um modelo formal-procedimental, são as alternativas reais de escolha.

Haja vista a “economicização” da política, num contexto “de jogo econômico global de um capitalismo financeiro”, observa-se o desaparecimento de tais alternativas, estabelecendo-se “um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas”, resultando num processo de apatia política do cidadão.

As opções políticas presentes no jogo eleitoral passam a dar soluções idênticas às questões postas ao contexto econômico, desaparecendo o caráter representativo do sistema, diluído na homogeneidade dessas respostas. Assim, “o sistema representativo, calcado na diferença, na alternância, na incerteza dos resultados”, acaba cedendo espaço “às *certezas* econômicas e desfaz-se o espaço próprio da política e de seus mecanismos”. O instrumento de escolha dos candidatos, as eleições, passa a ser tido como desnecessário e incapaz de atender às necessidades sociais²⁷⁰.

Ademais, cabe a indagação feita por Bonavides: “quem forma, todavia, essa vontade representativa?”. Ele próprio responde que “vistas as coisas pelas suas aparências ou por um exame tão-somente superficial dos mecanismos institucionais”, poder-se-ia pensar que é o povo, que são “as correntes majoritárias da Sociedade”, que é a cidadania esclarecida, ou mesmo que são “as forças mais habilitadas da opinião”. Contudo, “a verdade se acha longe

²⁶⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 70.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 71-72.

daí, alojada na vontade e no interesse dos titulares de um poder invisível, terrivelmente poderoso e incontrastável, que a Constituição não declina, cuja competência ela ignora e que não tem limites nem freios de exercício em nenhum quadro institucional”.

Bonavides se refere aos meios de comunicação de massa, “liberados a um oligopólio fático de pessoas cujo título de legitimidade não passa pela outorga nem pela sanção do elemento popular, nominalmente sede de todos os poderes da soberania”. Assim, “manipulando e fabricando opinião”, os grandes empresários dos meios de comunicação em massa acabam se tornando um círculo privilegiado “que dispõe com desenvoltura da vontade social para amparar situações e corpos representativos em oposição aos legítimos interesses da Sociedade e do País”. Embora fora do Estado e da Constituição, esse “quarto poder” acaba os subjugando, “fazendo da soberania do povo a irrisão e o escárnio da democracia”²⁷¹.

O excessivo poder das mídias resulta na imposição de um pensamento único, o que inviabiliza a formação de um pensamento crítico de cidadãos numa democracia, a fim de que possam fazer suas escolhas políticas, de modo livre e consciente²⁷². Em outros termos, há uma crescente perda da capacidade da população de influenciar as decisões de governo, apesar das formalidades democráticas, diante do monopólio midiático da legitimidade da informação, o que também corrobora o déficit de legitimidade da democracia representativa²⁷³.

Diante de todo esse cenário, “os mecanismos tradicionais da democracia representativa mergulham num momento de profundo esgotamento”²⁷⁴. Assim, hoje, na perspectiva procedimental, a democracia passou a se constituir “sob variadas formas, fórmulas e estratégias de participação para além da disputa eleitoral pela representação popular”, adquirindo importância outras formas de tomada de decisão²⁷⁵.

É que “a posição passiva em face da coisa pública faz súditos, e não cidadãos”, manifestando-se a cidadania “pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada

²⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29-30.

²⁷² TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia) -- Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

²⁷³ FEDOZZI, Luciano. **Democracia participativa, lutas por igualdade e iniquidades da participação**. Porto Alegre, [2014?]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/democraciaparticipativa/biblioteca-1/arquivos/Democracia%20participativa%20lutas%20por%20igualdade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

²⁷⁴ CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 288.

²⁷⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.

membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo”²⁷⁶.

Bonavides aponta como “artefatos institucionais para tornar instrumentalmente eficaz a vontade soberana do povo”, “técnicas de consulta e expressão da nova democracia”: o plebiscito, o *referendum*, a “iniciativa”, o veto, o direito de revogação (*recall*), tanto a revogação do mandato individual do agente político como a revogação do mandato coletivo de uma Assembleia (o *Abberufungsrecht* do direito constitucional suíço), o que permitirá que se destitua todo um Parlamento ou uma Assembleia infiel à outorga da confiança popular²⁷⁷.

A tendência mundial à incorporação constitucional do que vem sendo denominado de princípio democrático participativo pode ser percebida, ainda que de forma tímida, na Constituição Federal de 1988. O parágrafo único de seu art. 1º preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”²⁷⁸. A Carta Magna prevê, basicamente, como instrumentos de exercício direto de poder pelo povo, o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular de projetos de lei, o que se verifica a partir da leitura do art. 14, *caput* e incisos I, II e III; do art. 18, §§ 3º e 4º e art. 61, §2º²⁷⁹.

No ponto, tomam-se emprestadas as lições de Canotilho, já que, como mencionado no primeiro tópico deste estudo, a constituição portuguesa também fora produzida em um processo de redemocratização, inspirando, então, o constituinte pátrio. Para Canotilho, o princípio democrático, além de acolher os mais importantes postulados da teoria democrática representativa - quais sejam, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes - ainda implica em democracia participativa, o que significa a

²⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 21.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 30.

²⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

²⁷⁹ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Art. 18 (omissis) § 3º - Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar. § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (omissis) § 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. *Ibid.*

estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de *aprender* a democracia, de participar dos processos de decisão, de exercer controle crítico na divergência de opiniões.

Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição, além de consagrar uma inequívoca “dimensão representativa”, trouxe também a “dimensão participativa” como componente essencial da democracia. Canotilho prossegue e sinaliza “as premissas antropológico-políticas da participação”: “o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política”. Nesse sentido, expõe a conclusão transponível para a Constituição Federal de 1988, ao afirmar que, entre o conceito de democracia reduzida a um processo de representação e o conceito de democracia como otimização da participação, “a Lei Fundamental ‘apostou’ num conceito ‘complexo-normativo’, traduzido numa relação dialética (mas também integradora) dos dois elementos - representativo e participativo”²⁸⁰.

Todo esse contexto caracteriza o que Bolzan de Moraes chama de crise política (ou da representação). Alguns entenderão que “o apelo permanente à jurisdição” é quase que exclusivamente responsável pelo descredenciamento do modelo de democracia representativa, que a judicialização da política pode “estar promovendo o surgimento de uma cidadania que se confunde com a mera busca da tutela jurisdicional do Estado, desresponsabilizando o cidadão de seu político”²⁸¹.

Prefere-se assentar aqui a crise da representação e da judicialização da política como movimentos que se retroalimentam. Porque sim, o protagonismo judicial, além de um fenômeno complexo, como se expôs, também é reflexo da crise política - especificamente na realidade dos países da América Latina, em que os titulares do poder em exercício não se mostram efetivamente identificados com os interesses da cidadania, do bem-estar, da justiça e da prosperidade social. Fica em xeque, assim, a validade da democracia representativa clássica e tradicional, e encontra-se desfalcada a possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular²⁸².

Não se exclui, de fato, embora não haja neste trabalho espaço para desenvolver tal discussão, a necessidade de uma leitura crítica acerca da “reapropriação da decisão política”,

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 288-289.

²⁸¹ TONELLI, Maria Luíza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia) -- Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2013.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15-16.

por parte dos espaços tradicionalmente designados para isso²⁸³. Até porque, acredita-se que há atribuições próprias à representação política, tanto “no sentido de dar conta do projeto constitucional”, quanto no “de evitar a sua desconstrução, através de posturas pró-ativas (sic) de resguardo-promoção-concretização da principiologia constitucional e seu conteúdo material”²⁸⁴.

Esse parêntese, contudo, não afasta a admissão da função intervencionista do Poder Judiciário, o que não significa “uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política)”, mas sim, como diz Streck, referindo-se à realidade brasileira, o “cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988”²⁸⁵. De qualquer modo, “é preciso uma intervenção condizente com a medida do Estado democrático de Direito, para a superação da leitura liberal-individualista da intervenção”²⁸⁶, o que se debate a seguir.

O surgimento da jurisdição constitucional ocorreu ao mesmo tempo em que se estabelecia a garantia dos direitos do homem no constitucionalismo do segundo pós-guerra. É que, no contexto da Segunda Guerra Mundial, tanto Legislativo, como Executivo estavam sob desconfiança, sendo, então, a criação dos Tribunais Constitucionais europeus - em especial, o alemão - a primeira forma de incorporação do constitucionalismo democrático²⁸⁷.

Não seria mesmo plausível que as Constituições delineassem valores para reger a vida em sociedade e não estabelecessem minimamente condições de acesso à sua efetivação e respeito. Assim, além da introdução de instrumentos necessários à concretização do direito ao acesso à justiça - cuja evolução já fora mencionada no tópico anterior - as cartas constitucionais passaram a prever os caminhos procedimentais pelos quais os juízes

²⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! E o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 108.

²⁸⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 70, nota de rodapé nº 42.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 203.

²⁸⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**, Itajaí, v. 14. n. 3. p. 208-254. 3º quadrimestre 2009.

²⁸⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 43.

realizariam a tarefa de controlar a constitucionalidade dos atos dos legisladores e dos administradores²⁸⁸.

No caso brasileiro, adotou-se o sistema misto de constitucionalidade²⁸⁹ que atribui aos juízes poderes de realizar esse controle, tanto em casos concretos, quanto diretamente, num processo dito objetivo, em que se ausentam o interesse individual e o litígio - característicos da matriz clássica de processo²⁹⁰.

O certo é que, além da previsão de tal *caminho* - controle de constitucionalidade - é preciso identificar, eleger um tipo de Estado coerente com as exigências de um novo século e com a emergência de uma nova sociedade. Também antes de investigar sobre que tipo de Jurisdição ou de Processo Judicial se pretende para uma determinada sociedade, é inevitável observar qual o perfil do Estado em que se fazem presentes²⁹¹.

O Estado brasileiro é aquele que se diz *Democrático de Direito* - como consta no *caput* do art. 1º da Constituição Federal²⁹² - porém, comporta-se como *Liberal de Direito* - assim é extraído do seu texto legal e das suas preocupações iminentemente individualistas ou reféns da *lex mercatória* -²⁹³ além de padecer de crises de um Estado Social sem nunca ter alcançado o correspondente conteúdo. É que se apresentam como características essenciais do modelo estatal brasileiro atual o culto à razão e o primado do individualismo, os quais se traduzem como valores subjacentes à modernidade. Como visto, no Estado Liberal existe a separação entre o Estado e a Sociedade Civil e a pretensa abstenção na vida dos particulares.

²⁸⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

²⁸⁹ “O controle de constitucionalidade é organizado de acordo com *dois grandes sistemas*. De um lado, o modelo americano, no qual o controle é exercido por via de exceção pelos tribunais ordinários: desde a célebre decisão *Marbury v. Madison* (1803), a Corte Suprema havia afirmado que a superioridade da Constituição se impunha a todos, inclusive aos tribunais que deveriam assegurar-lhe o respeito; qualquer tribunal pode e até deve se recusar a aplicar uma lei que julga inconstitucional, porém sob reserva da interpretação em última instância da Corte Suprema Federal, garantidora da uniformidade das decisões (*Martin v. Hunter's Lessee*, 1816). Esse sistema foi adotado no Canadá, no Japão, e em alguns países europeus. Por outro lado, o modelo europeu, que confia a um órgão especial, uma Corte constitucional, a responsabilidade desse controle: introduzido na Áustria em 1920, por iniciativa de Kelsen, esse sistema foi progressivamente instituído na maioria dos países europeus - Itália (1947), Alemanha (1949), França (1958), Turquia (1961), Iugoslávia (1963), Portugal (1976), Espanha (1978), Grécia (1979), os PECO -, em alguns antes mesmo do fim do socialismo - Polónia (1982), Hungria (1983), URSS (1988) -, na América Latina e na África”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Daz Pozzo; Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 68.

²⁹⁰ SALDANHA; ESPINDOLA, op. cit., p. 311-328.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (omissis). BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jun. 2014.

²⁹³ SALDANHA; ESPINDOLA, op. cit.

No mesmo sentido, “o *modo de agir* do judiciário brasileiro ainda se encontra baseado no *modo de pensar* do Estado Liberal”²⁹⁴. Apresenta-se, por outro lado, uma “verdade paradoxal: uma jurisdição pós-moderna - mas hipermoderna, porque ainda eleva valores modernos - que ainda existe²⁹⁵ e uma jurisdição pós-moderna – porém antimoderna, já que é levada a romper com os valores modernos - construindo-se”²⁹⁶. Tal rompimento torna-se visível a partir de um *refluxo do individualismo*, eis que o Poder Judiciário - como toda e qualquer esfera de atuação do Estado Democrático de Direito - para se legitimar, necessita se direcionar tanto à realização efetiva das promessas contidas no texto constitucional, quanto à abertura de canais de comunicação com a sociedade, em todas as suas esferas de atuação.

No Estado Democrático de Direito, o direito, como visto, “para além de um simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição”, e o juiz, “para além de um funcionário público e do objetivo da resolução de um conflito intersubjetivo”, é também “um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle de constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei”. Assim, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo o judiciário papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição²⁹⁷.

²⁹⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado democrático de direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? **Revista Novos Estudos Jurídicos -NEJ**, Itajaí, v. 14, n. 3, p. 208-254, 3º quadrimestre, 2009.

²⁹⁵ Aqui, Jânia Saldanha faz uma referência ao termo pós-modernidade, nos moldes preconizados por Chevallier: “Preferir-se-á aqui falar de ‘pós-modernidade’, na medida em que se assiste ao mesmo tempo à exacerbação das dimensões já presentes no coração da modernidade e à emergência de potencialidades diferentes: comportando aspectos complexos, mesmo facetas contraditórias, a pós-modernidade se apresenta tanto como uma ‘hipermodernidade’, na medida em que ela leva ao extremo certas dimensões presentes no cerne da modernidade, tais como o individualismo, e como uma ‘antimodernidade’, na medida em que ela se desvincula de certos esquemas da modernidade”. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 20. Partindo dessa ideia, a autora assevera que, “a partir do momento em que o neoliberalismo agrega outros elementos àqueles já plantados pela modernidade que se confundem, em boa medida ao próprio espírito do capitalismo – ideia de progresso material; eficácia e eficiência na satisfação das necessidades; modo de organização social favorável às atividades econômicas -, serve-se da feição hipermoderna da pós-modernidade e exige das instituições estatais funcionamento e estrutura compatíveis com os valores concorrência, estratégia e planificação”. Nesse contexto, vislumbra uma “relação de circularidade entre pós-modernidade, neoliberalismo e hipermodernidade”, em que se faz “necessário que o processo e a jurisdição modelem-se aos interesses neoliberais, alinhem-se à quantificação e ao fluxo, por meio de um conjunto de reformas que conjugam esforços para funcionar melhor, ser eficiente e compatibilizar os tempos do processo com o tempo da economia”. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010.

²⁹⁶ SALDANHA, op. cit.

²⁹⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

A função jurisdicional, portanto, não se contenta com o modelo de solução de controvérsias - de cariz eminentemente privado, individualista - mas deve ultrapassá-lo exatamente para atender aos valores constitucionais. A tarefa da jurisdição não é declarar o “certo” ou o “errado”, ou simplesmente atribuir significado à lei, mas realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição²⁹⁸.

Por outro lado, vale considerar que a atividade da jurisdição é ainda predominantemente marcada pela decidibilidade, por meio do direito processual²⁹⁹. Infelizmente, os juízes nacionais permanecem vinculados à normatividade processual que não escapou da racionalidade do processo de rito ordinário, moroso e repressivo, e nem mesmo se afastou de seu cariz individualista³⁰⁰. As reformas legislativas realizadas apenas têm corroborado essa matriz clássica do processo³⁰¹, permanecendo um tipo de jurisdição “inefetiva e burocrática, refém da limitação subjetiva, da restrição da prova e da extensão da coisa julgada”.

Exige-se, portanto, do juiz, o “alargamento de seus campos de mentalidade” para acolher um processo diferente em que a decisão a ser dada seja resultado de uma construção, o que pode ser proporcionado pela jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional, em sua perspectiva coletiva, caracteriza-se como um diverso modelo de jurisdição, seja quanto à sua estrutura de atuação, seja quanto à competência de seus juízes, seja quanto ao seu sentido³⁰².

Primeiramente, quanto à sua estrutura de atuação, difere do processo civil clássico porque marcada, sobretudo, pela competência colegiada para decidir ações originárias, à exceção das hipóteses em que o Relator, isoladamente, pode decidir o destino do processo. Quanto à competência, o modelo, indo além das matérias comuns que a jurisdição está habituada a enfrentar, depara-se com temas de significativa repercussão social e de envergadura política - o que é característico dos casos em que o STF é provocado para decidir

²⁹⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

²⁹⁹ Ibid.

³⁰⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado democrático de direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? **Revista Novos Estudos Jurídicos -NEJ**, Itajaí, v. 14, n. 3, p. 208-254, 3º quadrimestre, 2009.

³⁰¹ Sobre tais reformas, Jânia Saldanha discorre que, no Brasil, elas seguem orientações paranormativas, como as do Banco Mundial, que indica a necessidade de reforma do Poder Judiciário com o intuito de otimizar a prestação de seus serviços, restando claro o caráter neoliberal de tais orientações. Como resultado, são criados mecanismos como súmulas vinculantes, repercussão geral e súmula impeditiva de recursos que, a despeito do pretexto de resolver a questão da funcionalidade do processo, abafam a ausência de quesitos relativos à busca pela qualidade da prestação jurisdicional SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010.

³⁰² SALDANHA; ESPINDOLA, op. cit., p. 311-328, 2009.

acerca do respeito à Constituição. Nesse ponto, é preciso reconhecer que somente por intermédio de uma abertura à sociedade que a jurisdição pode realizar sua função de modo democrático enquanto poder do Estado que tem por finalidade maior concretizar os valores constitucionais³⁰³.

Ademais, a jurisdição constitucional brasileira, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, abre-se à perspectiva coletiva de processo, seja pelos entes legitimados à propositura da ação, seja pelos efeitos das decisões que profere. Ademais, a abertura do processo à participação de outros sujeitos para além das partes do processo – ou, no máximo, para as figuras interventivas clássicas - inaugura uma nova fase, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, através do processo, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta³⁰⁴.

De acordo com Bolzan de Moraes, isso caracterizaria, ainda que de forma tênue, a inauguração do princípio democrático participativo no âmbito da função jurisdicional, “como expressão de uma *abertura a sociedade* ao estilo de P. Häberle”³⁰⁵. Na sequência, a partir do reconhecimento de que a decisão judicial pode ser construída de forma coletiva, apresenta-se a audiência pública jurisdicional como possível instrumento de participação social no STF, analisando-se os instrumentos normativos que regem tal instituto.

³⁰³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 162-163. “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 15; 43. Consultar, ainda, MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, ano 2, 2008/2009.

3.1.1 A Audiência Pública Jurisdicional como Meio de Aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a Sociedade

Como já mencionado em linhas anteriores, a Constituição Federal de 1988 instituiu o sistema misto de controle da constitucionalidade das leis no Brasil. Tal controle pode ser realizado pela via difusa, por meio da qual qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la contrária à Constituição. A apreciação final poderá ser realizada pelo STF, por meio do recurso extraordinário, com a novel imposição da justificativa da repercussão geral da matéria constitucional suscitada, nos moldes do artigo 102, §3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004³⁰⁶.

Por sua vez, a via concentrada é instrumentalizada por intermédio de ações específicas para tal - também previstas no mesmo dispositivo, como a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação por descumprimento de preceito fundamental, inseridas no inciso I, “a” e §1º daquele dispositivo constitucional³⁰⁷. Mais recentemente, introduziu-se no ordenamento jurídico a possibilidade de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão.

Nos limites deste trabalho, interessam alguns aspectos concernentes às ações de controle concentrado, especificamente quanto às leis que regulamentam o seu processo perante o único juízo competente, que é o STF³⁰⁸.

Nessa esteira, a Lei nº 9868/99 regulamenta o processo das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade e a Lei nº 9882/99 rege o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tais leis expressam um processo objetivo, sem as tradicionais partes dos processos de natureza individualista e que, por isso, geram uma espécie diversa de eficácia das decisões proferidas.

³⁰⁶ Art. 102 (omissis) § 3º No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³⁰⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (omissis) § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93). Ibid.

³⁰⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

Houve o rompimento com o perfil individualista e privado de processo, diante da constituição de um processo de natureza coletiva, uma vez que as pessoas e os entes legitimados pelo art. 103 da Constituição Federal³⁰⁹, repetidos nos art. 2º das Leis nº 9868/99³¹⁰ e 9882/99³¹¹, embora ajam em nome próprio, o fazem defendendo, invariavelmente, o direito de toda a sociedade; projetando, para o exterior da demanda, efeitos *erga omnes* e vinculantes para todos³¹².

Além disso, como dito, o STF, no exercício da tarefa de controlar a constitucionalidade formal e material das leis, é chamado a proferir decisões que repercutirão em toda a sociedade. Na maioria das situações, chama mais a atenção não a suscitação da inconstitucionalidade/constitucionalidade em si mesma, mas a natureza da matéria levada à apreciação, que exige dos julgadores “o escape do exame tão só jurídico”, pelo fato de possuir natureza interdisciplinar³¹³.

O conhecimento fiel dos fatos, não isoladamente, mas projetado no seio de uma realidade social, “traz um signo de sensatez para análise de todos os prismas da controvérsia, possibilitando melhores escolhas dentro dos fins constitucionalmente protegidos”³¹⁴. Há, portanto, a necessidade de diálogo entre os aspectos fáticos e os preceitos jurídicos, a partir de

³⁰⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³¹⁰ Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³¹¹ Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade; II - (**VETADO**). BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³¹² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

³¹³ *Ibid.*, p. 311-328.

³¹⁴ AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013.

uma apreciação conjunta de ambos - e não de forma dissociada, rompendo-se, na hipótese, com o perfil racionalista de processo que separa fato e direito³¹⁵.

Nesse particular, como refere Jânia Saldanha, faz-se necessário ponderar acerca da falibilidade e da limitação do conhecimento jurídico puro, o qual, embora seja sempre necessário, nem sempre será suficiente para balizar de forma razoável o julgamento. Sob esse ponto de vista, por mais elementos probatórios documentais que o processo de controle da constitucionalidade apresente, e por mais conhecimentos inter/transdisciplinares que os julgadores possuam, nem sempre reunirão em si conhecimento suficiente para decidir a matéria posta à apreciação com base em “critérios argumentativos razoáveis”³¹⁶.

Se o processo civil tradicional - expresso na triangulação: autor, juiz e réu - mantém o monopólio da decisão nas mãos do segundo (ainda que, atualmente, autor e réu devam contribuir para a sua formação, no âmbito de um processo que se pode chamar de cooperativo), a Lei nº 9868/99, para o caso específico da ação direta de inconstitucionalidade, trouxe sensível inovação ao prever a possibilidade de manifestação no processo de outros órgãos e entidades, inserindo no processo judicial, pela primeira vez, a figura do *amicus curiae*³¹⁷ do direito norte-americano, conforme prevê o seu art. 7º, §2º³¹⁸.

Além disso, ambas as leis abrem definitivamente o processo de controle direto da constitucionalidade à participação da sociedade. É que tanto o art. 9º, §1º³¹⁹ - relativo à ação direta de inconstitucionalidade - quanto o art. 20, §1º³²⁰ - referente à ação declaratória de

³¹⁵ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 17, p. 429-449, 2011.

³¹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

³¹⁷ A expressão pode ser traduzida como “amigo da corte”, “amigo da cúria” ou “amigo da justiça”. Embora se apresente como importante via participativa no controle de constitucionalidade, a proposta do presente trabalho se limita à análise das audiências públicas jurisdicionais. Sobre aquele instituto, consultar: LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

³¹⁸ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 1º (VETADO) § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecurável, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³¹⁹ Art. 9º (omissis) § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ibid.

³²⁰ Art. 20. (omissis) § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Ibid.

constitucionalidade - ambos da Lei nº 9868/99, assim como o art. 6º, §1º, da Lei nº 9882/99³²¹ - o qual regula o processo da arguição de descumprimento de preceito fundamental - atribuem ao Relator da ação o poder de requisitar informações adicionais, nomear peritos ou comissões de peritos para o fim de emitirem pareceres sobre a questão ou, ainda, designar *audiência pública jurisdicional*³²² para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e com autoridade na matéria.

³²¹ Art. 6º (omissis) § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (sic), requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³²² O termo audiência pública jurisdicional se justifica por fazer referência ao uso do instituto da audiência pública especificamente pelo Poder Judiciário. Antes da Lei nº 9.868, de 10 de novembro, precursora na adoção da audiência pública no controle de constitucionalidade, pode-se observar anterior previsão dessa audiência pelos outros “poderes estatais”: a resolução de nº 001 de 23 de janeiro de 1986, publicada em 17 de fevereiro de 1986, emitida pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); em 1987, por força da Assembleia Constituinte Nacional, a resolução nº 02 de 25 de março, a qual dispôs sobre o regimento interno da Constituinte, cujo art. 14, “reafirmando o forte apelo democrático e a busca de ampla legitimidade que permeavam aqueles trabalhos”, “obrigou a realização de audiência pública entre as subcomissões e as entidades representativas de segmentos da sociedade, além do dever de se receber as sugestões encaminhadas à Mesa ou à Comissão”; a Constituição Federal, também, nesse sentido, gravou, desde sua redação originária, “a exigência de utilização desse instrumento nas comissões de qualquer Casa do Congresso Nacional”, conforme é possível verificar em seu art. 58, §2º, II; o regimento do Senado Federal, a Resolução nº 93 de 1970, desde 1989 dispõe sobre audiência pública; a Câmara dos Deputados publicou no dia 22 de setembro de 1989 a Resolução nº 17, aprovando seu regimento interno, em que há um capítulo dedicado à regulação do procedimento da audiência pública; a Lei Orgânica do Ministério Público, em seu art. 27, coloca a realização das audiências públicas como uma das providências preestabelecidas para o exercício da defesa dos direitos previstos tanto na Constituição Federal quanto na Estadual, “em especial, para garantir seu respeito pela Administração Pública Direta, Indireta e seus delegados”; na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a audiência pública é exigida pelo art. 39 quanto “às licitações de grande vulto, assim consideradas aquelas cujo valor estimativo é superior a cento e cinquenta milhões de reais”; a Lei nº 9.247 de 26 de dezembro de 1996 que institui a agência nacional de energia elétrica (ANEEL) em seu art. 4º, §3º, dispõe que a audiência pública é um requisito para todo processo decisório que afete os direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores; já a Lei do Processo Administrativo Federal de n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999 destinou os art. 32 a 35 à audiência pública, dando-lhe caráter participativo, para além de mero mecanismo de informação aos interessados. Após as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana, conhecida como Estatuto da Cidade, também faz ampla menção às audiências públicas, em seus art. 2º, XIII; 40, I; 43, II e 44. Iniciado o uso das *audiências públicas jurisdicionais* pelo Tribunal Constitucional, tornaram-se comuns “as audiências públicas realizadas pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções atípicas, como é o caso das audiências públicas eleitorais, promovidas pelo Tribunal Superior Eleitoral a respeito da normatização das eleições”. Nesse caso, no exercício do poder normativo atribuído à Justiça Eleitoral, antes de deliberar e editar as resoluções que regularão os pormenores das eleições realizam-se audiências públicas. Outro exemplo da utilização da audiência pública por conta de atividade atípica do Poder Judiciário, atividade administrativa, é a realizada pelo Corregedor Geral de Justiça, “reunindo a população local para ouvir suas opiniões, sugestões e reclamações a respeito da prestação do serviço jurisdicional”. Na atividade jurisdicional propriamente dita, além das realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, objeto dos itens a seguir dessa pesquisa, faz bem registrar que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Ato Regimental nº 1 de 24 de maio de 2011, inovou seu regimento interno, para nele fazer constar a previsão e o procedimento de *audiência pública jurisdicional*, realizando a primeira nos dias 4 e 5 de outubro de 2011, sobre o polêmico tema da terceirização de mão-de-obra. Ainda, “em que pese a ausência de diploma legislativo a respeito”, existem exemplos da realização do instituto nos autos de ação civil pública, em primeira instância, como nos da Ação Civil Pública nº 2009.61.00.007033-0, convocada pelo juiz Douglas Camarinha Gonzales, da 7ª Vara Cível da Justiça Federal de São Paulo. RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 23-45.

Como ressalta Jânia Saldanha, é o reconhecimento legislativo do que há muito se discute em sede doutrinária: a necessidade de o julgador se abrir à sociedade para, junto dela, buscar subsídios à formação do seu convencimento³²³. Assim, observa-se uma tentativa de aproximação entre o tribunal constitucional e a sociedade, de participação social no STF, com a função democrática de propiciar “perspectivas de diferentes setores que compõem a sociedade plural”, permitindo que aquela Corte conheça várias visões, no momento da tomada de decisão³²⁴.

Constitui-se, assim, um novo modelo de jurisdição, afinado agora com a concretização dos valores que a Carta Constitucional prevê e assegura, “muito distante das teorizações de Chiovenda, que via a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei, e de Carnelutti, que a reduzia a atuar apenas diante de uma lide”.

A possibilidade de *ouvir* segmentos da sociedade, por meio da audiência pública jurisdicional, oportuniza, no âmbito das ações de controle direto e concentrado da constitucionalidade, a quebra da cadeia de formas e atos que burocratizavam a relação processual, acolhendo nela pessoas que não reúnem em si a condição de partes, tampouco de terceiros intervenientes, mas que possuem condições fático-jurídicas para influenciar na formação do convencimento de quem deverá julgar. Forja-se o que se pode denominar de processo pós-burocrático³²⁵.

Faz-se necessária, nesse momento, a análise crítica acerca da legislação que rege a matéria. Quanto à abertura da participação no feito judicial daqueles que, como expressão da sociedade civil organizada, possam contribuir com os termos da demanda, o texto pioneiro foi a Lei nº 9.868/99, contendo, como já dito, o regramento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações diretas de constitucionalidade.

Na sequência temporal, a Lei nº 9.882/99 - que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental - já possui, em seu conteúdo, reflexos do debate provocado pela aplicação da Lei nº 9868/99. Mais recentemente, a Lei nº 12.063/09³²⁶,

³²³ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009. Para além da atuação do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas, “existem outras vias participativas além das previstas na Constituição e na legislação em vigor”: “a mídia, a apresentação de memoriais e a audiência com ministros são algumas das possibilidades frequentemente utilizadas por setores da sociedade civil”. LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 123.

³²⁴ *Ibid.*, p. 148.

³²⁵ SALDANHA; ESPINDOLA, op. cit., p. 311-328.

³²⁶ BRASIL. **Lei n. 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

“cogitando do controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão, traduz já quase 10 anos de aplicação do sistema de controle inaugurado pela norma jurídica precursora”³²⁷.

A partir de tais instrumentos normativos, três espécies de participação podem ser identificadas, além dos autores da ação: a) terceiros intervenientes (identificados pela doutrina como a figura do *amicus curiae*), aqueles que postulam, formalmente, por iniciativa própria, o ingresso no feito (art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99); b) intervenientes obrigatórios, por força do art. 103, §§1º e 3º da Constituição Federal³²⁸, ou seja, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União; c) informantes convocados, aqueles que possam, a critério do Relator, ou ainda do Presidente do Tribunal, prestar esclarecimentos sobre a matéria ou circunstância de fato (art. 9º, §1º, da Lei nº 9.868/99 e art. 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99),³²⁹ o que tem acontecido, no histórico da Suprema Corte, por meio das *audiências públicas jurisdicionais*, a partir de então referidas apenas como audiências públicas.

O laconismo dessa previsão legislativa resulta na construção casuística da figura de instrução em epígrafe. A prática das audiências públicas se inaugura a partir do precedente cunhado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, a ser narrada posteriormente, utilizando como parâmetro de organização dos trabalhos aqueles assentados no Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A reiteração dessa experiência, no julgamento da Arguição de Preceito Fundamental nº 101, incorporou “o mecanismo à realidade dos trabalhos do STF”, dando causa à Emenda Regimental nº 29/09³³⁰.

³²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42-43.

³²⁸ Art. 103. (omissis) § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. §2º (omissis) § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

³²⁹ VALLE, op. cit., p. 43-44.

³³⁰ A emenda regimental nº 29/09 inseriu/alterou os seguintes dispositivos do regimento interno do Supremo Tribunal Federal, cuja redação passa a ser a seguinte: Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência. XIX – praticar os demais atos previstos na lei e no Regimento. Art. 21. São atribuições do Relator: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante. XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria. XIX – praticar os demais atos que lhe incumbam ou sejam facultados em lei e no Regimento. Art. 154. Serão públicas as audiências: [...] III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os artigos 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento. Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento: I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas; II - havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a

Assim, a figura da audiência pública, além de estar prevista em lei, passa a integrar o Regimento Interno do STF, contudo, de forma rasa³³¹: é que nem o instrumento convocatório da audiência, tampouco os critérios de escolha dos participantes inscritos ou à disposição e a organização dos trabalhos durante a solenidade estão abrangidos por algum tipo de regulamentação. Isso se torna relevante, visto que, da análise das audiências que segue, “notar-se-á que a cada audiência os critérios se alteram ao gosto do Ministro-Relator, o que demonstra o uso inadequado da ferramenta, deixando-a à disposição discricionária do mesmo, desde a opção por convocá-la, ou não”³³².

Foram mantidas as fórmulas que permitem ao relator do processo - ou ao presidente do Tribunal - convocar uma audiência, “quando entender necessário”; “decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros”, e as que concedem ao Ministro que preside a audiência a competência para “selecionar as pessoas que serão ouvidas”. Nesse sentido, há quem assevere que a audiência pública não foi reconhecida como direito, já que embora celebrada como capaz de conferir um cunho democrático às decisões e permitir o acesso das perspectivas sociais ao STF, “a sua implementação depende da conveniência do relator da causa, que, muitas vezes, nem mesmo explica o porquê da negativa”³³³, no que parece residir um paradoxo³³⁴.

participação das diversas correntes de opinião; III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; IV – o depoente deverá limitar-se ao tema ou questão em debate; V – a audiência pública será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça; VI – os trabalhos da audiência pública serão registrados e juntados aos autos do processo, quando for o caso, ou arquivados no âmbito da Presidência; VII – os casos omissos serão resolvidos pelo Ministro que convocar a audiência. Art. 363. Os atos da competência própria do Presidente, em matéria regimental ou administrativa, obedecem à seguinte nomenclatura: [...] III – Despacho – para designar a realização de audiência pública de que trata o art. 13, XVII, deste Regimento. Observa-se, portanto, que agora a audiência pública poderá ser utilizada também no controle difuso de constitucionalidade. VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47.

³³¹ Ibid., p. 43-44.

³³² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas no Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 179-180.

³³³ LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 123 e 158.

³³⁴ Vanice do Valle *et al* divergem parcialmente dessas ponderações, asseverando que “é a percepção do Relator que permitirá identificar a amplitude dos efeitos da prestação jurisdicional em construção, para optar se sua aproximação se dará a partir da sabedoria coletiva já disponível na lei e nos precedentes; ou se uma consulta mais direta se apresenta como pertinente na hipótese”. Quanto à irrecorribilidade da decisão que indefere participação em audiência, contudo, pontuam que “não se pode desconhecer que também o pronunciamento jurisdicional do STF se constrói a partir do benefício de visões distintas – e essas merecem a mesma oportunidade de ampliação do seu universo de interlocutores que a competência originalmente reconhecida ao Relator a ele assegura”. VALLE, op. cit., p. 111-112.

Outra contradição normativa que se pontua é a externada no art. 154, parágrafo único, II, acrescentado ao Regimento Interno da Suprema Corte³³⁵, o qual faz referência à ótica de “defensores e opositores” da tese em discussão. Perceba-se que essa “lógica binária” sugere “uma tese central, que se repute certa ou errada e, portanto, uma convocação a que os participantes se posicionem num ou noutro extremo”³³⁶.

Observe-se ainda a dificuldade em se ultrapassar um modelo de solução de controvérsias, eminentemente individualista. Se o tema é de complexidade - lembrando que é um pressuposto da realização da audiência pública - cumpre “identificar quais sejam os termos do dissenso – que pode envolver posições múltiplas”, para além daquela dual retratada no dispositivo mencionado: “quais os alcançados pela norma controlada, quais as repercussões possíveis da decisão, quais os distintos pontos de vista em relação à estrutura normativa inquinada inconstitucional”, o que se constitui em “condição necessária à construção de uma decisão judicial adequada, e portanto legítima”, uma decisão supraindividual, com base na totalidade e na complexidade do organismo social³³⁷.

Outro quesito que está *muito longe* das cogitações do Regimento Interno do STF é o enfrentamento dos argumentos colhidos pelos intervenientes, os termos em que efetivamente são consideradas, na motivação da decisão, as contribuições em audiência³³⁸. O convite à participação em sede de diálogo social está a indicar que os elementos já existentes nos autos - ou conhecidos pela Corte - se revelam insuficientes à construção da decisão, restando evidenciada a relevância das contribuições que se venha a apresentar em audiência pública.

Disso não decorre, evidentemente, um dever de vinculação da Corte ao que venha a ser trazido por força do diálogo social³³⁹, mas resulta em um dever de considerar referidas contribuições, para incorporá-las ou para descartá-las. Aceitos - ou não - os argumentos, o seu

³³⁵ “[...] havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião”.

³³⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 116.

³³⁷ Ibid., p. 116-117.

³³⁸ Ibid., p. 49-51.

³³⁹ Aline Lisbôa postula que “essa prática não pode ser confundida com a pretensão de que o Supremo Tribunal Federal passe a decidir conforme os anseios sociais ou que deva ceder à pressão de grupos sociais. O papel do Tribunal constitucional difere do papel do Poder Legislativo, as questões que lhe são apresentadas são outras e o Tribunal não pode pretender obter consenso ou atender à maioria democrática. [...] O tribunal constitucional deve ser capaz de receber setores da sociedade, conhecer as suas perspectivas e argumentos e decidir de acordo com o sistema jurídico”. LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 148-150. Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle et al. afirmam que uma tendência de filiação dos Tribunais ao sentimento popular pode se apresentar como a busca de legitimação das suas próprias decisões, mas também pode se revelar excessivamente sensível à opinião da maioria, “ressuscitando o velho tema da importância sob o prisma democrático de uma arena em que o critério não se resume ao clamor (real ou suposto) das multidões”. VALLE, op. cit., p. 31.

enfrentamento racional é de se ter presente na conclusão cunhada pelo STF, “sem o que a audiência pública se afigura como evento simbólico, e não como uma atividade efetivamente destinada à prática dialógica e ao robustecimento da deliberação pública”³⁴⁰.

Contudo, mesmo diante da “fragilidade democrática das audiências públicas decorrentes de um modelo normativo contraditório, é inexorável a abertura para a sociedade”³⁴¹. Afinal, vale reiterar, a abertura que esse instituto proporciona à participação de outros sujeitos - que não os do processo tradicional e individualista - é consequência do reconhecimento de que a decisão pode ser coletivamente construída³⁴².

Partindo dessa última perspectiva, faz-se oportuno um histórico narrativo acerca das audiências públicas jurisdicionais realizadas pelo STF até o momento da conclusão deste trabalho, apontando-se, no último tópico, a Audiência Pública nº 4 como caso de estudo, a fim de se delimitar os parâmetros ali estabelecidos e de se aferir eventuais repercussões nas decisões proferidas por aquela Corte acerca das políticas públicas de saúde - desde então, e, conseqüentemente, os efeitos democráticos do instituto.

3.2 Histórico das Audiências Públicas Jurisdicionais Realizadas no Brasil

A primeira Audiência Pública da história do STF, realizada em vinte de abril de 2007, foi convocada pelo Ministro Carlos Ayres Brito, relator da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0**, interposta pelo Procurador-Geral da República, com o escopo de debater a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005³⁴³, “Lei de

³⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 120-121.

³⁴¹ Ibid., p. 127.

³⁴² LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 17, p. 429-449, 2011.

³⁴³ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16

Biossegurança”, que prevê, para fins de pesquisa e de terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e que não foram utilizados no respectivo procedimento. O caráter multidisciplinar do tema justificou a convocação da audiência e a conseqüente coleta de pareceres de autoridades técnicas e científicas no assunto. Em síntese, as seguintes questões foram debatidas: i) a delimitação do exato início da vida, já que a inconstitucionalidade atribuída ao dispositivo estaria relacionada à violação do direito à vida, considerando a tese de que um embrião humano já representaria um ser humano em potencial; ii) o direito à saúde e o conseqüente direito à pesquisa de novas curas; iii) a possibilidade de utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e de terapia, já que tais células podem se transformar em todos - ou quase todos - os tecidos humanos, podendo ser utilizadas para salvar e/ou para prolongar vidas.

O instrumento convocatório da audiência³⁴⁴ previu que apenas “os requeridos e aqueles já aceitos no processo como *amicus curiae* pudessem indicar especialistas para as falas na solenidade”, de modo que não houve oportunidade para que “os demais interessados, atores e representantes da sociedade civil pudessem participar”³⁴⁵. O delineamento da audiência pública em apreço foi restritivo, portanto, por pretender o diálogo apenas com “cientistas” ou com um setor organizado da comunidade médico-biológica, ou seja, a sociedade somente foi chamada a atuar tecnicamente.

Assim, “a princípio, a audiência pública não se prestou a levar ao Tribunal as perspectivas que permeiam os diferentes setores sociais”³⁴⁶. De qualquer modo, foram ouvidos vinte e dois especialistas, “sendo dez indicados pelo Ministério Público, dois indicados pelo Poder Executivo, oito indicados pelo Movimento em Prol da Vida - MOVITAE, um pela CNBB e um pela ANIS”.

da Lei nº10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2014.

³⁴⁴ “A convocação de Audiência Pública era prevista em legislação, porém o regimento interno do STF ainda não tratava da matéria, sendo que na Audiência Pública sobre Células-Troncos o procedimento adotado fora similar ao das Audiências Públicas realizadas pelo Congresso Nacional”. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106.

³⁴⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 180; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106-107.

³⁴⁶ LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade**: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 152.

Quanto à repercussão dos debates nos votos dos ministros, observa-se que conceitos como *células-tronco embrionárias* e o de *embrião inviável* foram desenvolvidos pelo relator diante das explicações; “vários ministros, inclusive o relator, usam transcrições de declarações de participantes para fundamentar seu voto”; e, “dos onze ministros, nove citaram trechos da audiência em seus votos”. Julgada improcedente a ação³⁴⁷, confirmou-se, por seis votos a cinco, tendo cinco ministros acompanhado o relator, a constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Assentou-se, em resumo, que os embriões em questão não sugerem vidas humanas em potencial, por serem inviáveis ou por não haver interesse em sua utilização, a qual deve respeitar uma série de condições previstas no dispositivo legal deliberado. Também restou consignado que “todas as vantagens que podem ser obtidas através da manipulação de tais embriões para a pesquisa e terapia, sobrepujam os argumentos de proteção à vida”³⁴⁸.

Já a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101-3** foi proposta pela Presidência da República frente a recorrentes decisões judiciais permissivas de importações de pneus remoldados da União Europeia, buscando o reconhecimento da validade da legislação infraconstitucional que proíbe tais importações e a declaração judicial de que as mesmas iriam de encontro aos preceitos fundamentais abarcados nos art. 170, VI, 196 e 225, da Constituição Federal³⁴⁹ - referentes, respectivamente, ao direito à livre iniciativa, à isonomia e à liberdade de comércio; ao direito à saúde e ao direito ao meio

³⁴⁷ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Intimado: Conectas Direitos Humanos. Intimado: Centro de Direito Humanos – CDH. Intimado: Movimento em Prol da Vida – Movitae. Intimado: Anis - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero. Intimado: Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

³⁴⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 180; A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 106-107.

³⁴⁹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação; Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

ambiente sadio e preservado, com a conseqüente adoção de efeitos *ex tunc* à declaração, a fim de que o Poder Judiciário não mais decida a favor da importação de mercadorias usadas e inservíveis no Brasil. Foi convocada audiência pública pela relatora da ação, Ministra Cármen Lúcia, eis que a complexa questão, para ser plenamente compreendida, necessitava de diversas elucidacões técnicas - motivo pelo qual se mostrou sobremaneira importante a abertura do tribunal. Dentre os temas abordados, podem ser destacados: i) quem são as empresas que importam pneus usados e para qual finalidade; ii) porque são importados pneus usados, ao invés de serem reaproveitados os pneus descartados no Brasil; iii) qual a quantidade de pneus importados e qual a quantidade de pneus descartados anualmente no Brasil; iv) como é dado, atualmente, o descarte de pneus inservíveis; v) como ocorre a decomposiçã do material dos pneus e quais as possibilidades existentes para sua reciclagem e posterior reutilizaçã; vi) quais os riscos ao meio ambiente, a partir de cada um dos tipos de descarte e de reciclagem possíveis; vii) quais os custos para o descarte e a reciclagem; viii) quais os riscos à saúde e ao meio ambiente, caso permita-se a importaçã e o conseqüente acúmulo de pneus usados no Brasil; ix) quais os interesses econômicos envolvidos.

A convocaçã previu que aqueles que já haviam sido admitidos como *amicus curiae* no processo poderiam indicar participantes para serem ouvidos em audiência. Esse mecanismo de seleçã, embora assegure algum nível de representatividade, “nã parece consentãneo com o ideal de abertura democrática à participaçã da sociedade como um todo, que nã dispunha, a rigor, de um canal direto de comunicaçã com a Corte”³⁵⁰. Foram admitidos como *amicus curiae*, nesse processo: i) Pneus Hauer do Brasil Ltda.; ii) Associaçã Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados (ABIP); iii) Associaçã Nacional da Indústria de Pneumáticos (ANIP); iv) Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda.; v) Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA); vi) Tal Remoldagem de Pneus Ltda.; vii) BS Colway Pneus Ltda.; viii) Conecta Direitos Humanos; ix) Justiça Global, x) Associaçã de Proteçã ao Meio Ambiente de Cianorte (APROMAC); xi) Associaçã Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus (ABR); xii) Associaçã Brasileira de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros (ADCL); xiii) Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda; xiv) Ribor – Importaçã, exportaçã, comércio e representaçã Ltda. Destes, onze indicaram especialistas para as falas na audiência, sendo que seis pugnavam pela improcedência da açã, e cinco defendiam a proibiçã da importaçã de

³⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.

pneus, de modo que a participação foi dividida, “consagrando a polarização e a ideologização dos argumentos trazidos, destoando dos objetivos informativos da audiência”.

Pôde-se reconhecer que os temas tratados na audiência foram utilizados na fundamentação da decisão da relatora, que em diversos momentos fez referências, de forma expressa, aos seguintes temas trazidos pelos especialistas: i) impacto e custos da reciclagem de pneus no Brasil; ii) perigo de dano ambiental; iii) risco de doenças correlatas ao acúmulo de pneus no meio ambiente; iv) risco de dano aos trabalhadores que fazem parte do processo de reciclagem de pneus³⁵¹. O julgamento da ação ocorreu em vinte e quatro de junho de 2009, tendo os pedidos julgados parcialmente procedentes para vedar a importação de pneus, salvaguardando os efeitos das decisões pretéritas³⁵².

Proposta em junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54** pleiteava, junto ao STF, a interpretação conforme a constituição dos art. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal³⁵³, para declarar inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto, em caso de gravidez de feto anencefálico. Com a ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) pretendia possibilitar que, em casos de anencefalia, fosse possível à gestante interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial ou qualquer outra forma específica de permissão do Estado, o que garantiria, por consequência, a integridade dos profissionais envolvidos na execução de tais procedimentos.

O Judiciário já vinha praticando entendimento no sentido de possibilitar a autorização judicial. Entretanto, segundo descrito na petição inicial, decisões contrárias desequilibraram a jurisprudência até então consolidada, ensejando a propositura da ação com pedido de liminar para suspender o andamento de processos - ou os efeitos das decisões judiciais - nos quais

³⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 181-182; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 107-109.

³⁵² VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 75.

³⁵³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos; Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos; Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

fossem aplicados ou pretendessem aplicar aqueles dispositivos do Código Penal. O relator desta ação, Ministro Marco Aurélio, convocou audiência pública que se realizou nos dias vinte e seis e dezesseis de setembro de 2008, modificando o procedimento até então adotado para a convocação de participantes e possibilitando que os interessados requeressem sua participação na audiência.

O Ministro não aceitou o ingresso de nenhuma entidade como *amicus curiae*, em despacho que apenas ressaltou sua discricionariedade quanto à livre apreciação dos pedidos³⁵⁴, permitindo, tão somente, quando da convocação da audiência pública, que esses interessados indicassem participantes para serem ouvidos. A peculiaridade do rol de participantes, até então, não verificada nas audiências anteriores, foi “a realização pelo Relator de outros convites que deliberadamente entendeu serem pertinentes”³⁵⁵. Ainda, foi estendida a possibilidade real de participação, pois foram ouvidas vinte e nove pessoas, vinculadas a vinte e duas instituições (algumas instituições levaram mais de um representante), dentre onze interessadas na improcedência da ação e onze favoráveis à arguição.

Houve ampliação dos setores participantes, eis que as vinte duas instituições pertenciam a diversos grupos temáticos, a saber: religioso, científico e comunitário. Os principais pontos em discussão foram: “i) criminalização ou não do aborto de feto anencefálico; ii) possibilidade de vida do feto nessas condições; iii) aspectos religiosos, morais, psicológicos científicos e jurídicos da questão”.

Na decisão, o Tribunal, por maioria, e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos em questão. Colocando-se como divergentes os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentaram condições de diagnósticos de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgaram improcedente. Ausentes, justificadamente, estavam os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Fez-se

³⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 78. “Ainda que na ocasião não se tenha claramente posto o tema das prerrogativas do Relator na condução da audiência pública – matéria que só posteriormente se consolidou no sentido de se reconhecer a ele uma ampla discricionariedade na fixação das condições da oitiva pública – a decisão do Agravo Regimental já assinalava essa tendência da Corte, que posteriormente veio a se normatizar, com os termos da Emenda Regimental nº 29/09”. Ibid., p. 79.

³⁵⁵ Ibid., p. 80.

evidente a contribuição da audiência pública na fundamentação do voto do relator, principalmente no que coube à conceituação do termo “anencéfalo”³⁵⁶³⁵⁷.

Na sequência cronológica, utilizando-se da prerrogativa prevista no art. 13, XVII, do Regimento Interno³⁵⁸, o então presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública que, não se referindo a caso concreto, objetivou esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, como: i) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito; ii) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; iii) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas existentes; iv) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; v) obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) fraudes ao SUS.

Realizada nos dias vinte e sete, vinte e oito e vinte e nove de abril e quatro, seis e sete de maio de 2009, na **Audiência Pública nº 4**, como passou a ser denominada, além de todos os ministros do STF e do Procurador-Geral da República, foram convidados para integrar a mesa e para indicar participantes, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil e o Presidente do Congresso Nacional. Ainda, independentemente de habilitação ou de manifestação de vontade em participação, foram expedidos convites para: i) o Ministro de Estado do Ministério da Saúde; ii) o Advogado-Geral da União; iii) o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); iv) o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de

³⁵⁶ Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, “o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para diagnóstico da anencefalia, consoante afirmou o especialista, precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo, ADPF 54).

³⁵⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 182; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 109-110.

³⁵⁸ Art. 13. São atribuições do Presidente: (omissis) XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: atualizado até junho de 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2014.

Saúde (CONASS); v) o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); vi) o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – (ANVISA); vii) o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); viii) o Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); ix) o Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica de Serviços de Saúde (FEBRAFARMA); x) o Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); xi) o Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM)³⁵⁹.

Ao todo, participaram da audiência cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS³⁶⁰. Notou-se um pequeno avanço quanto à participação social: a abertura para a formulação de perguntas, “por qualquer do povo, aos especialistas ouvidos pela via eletrônica, cujas respostas seguiriam publicadas no Portal da Suprema Corte”, bem como todo o material enviado por aqueles não habilitados para a audiência³⁶¹. Como mencionado, essa audiência pública não pretendeu, como nas outras, a solução de um caso concreto, mas sim de uma série de processos que debatiam a judicialização do direito à saúde, sendo que a delimitação dos parâmetros nela estabelecidos e as eventuais repercussões nas posteriores decisões proferidas pelo STF serão objetos de estudo do próximo tópico.

Como meio de auxiliar o julgamento da **Arguição de Preceito Fundamental nº 186**, proposta pelo Partido Democratas (DEM), e do **Recurso Extraordinário nº 597.285**, interposto pelo estudante Geovane Pasqualito Fialho, foi convocada pelo Relator de tais feitos, Ministro Ricardo Lewandowski, audiência pública para promover o debate acerca da introdução de sistema de crédito de vagas (critérios raciais - cotas) e de mecanismos de reserva de vagas para alunos egressos do ensino público e de baixa renda como formas de acesso às universidades federais. Realizada nos dias três, quatro e cinco de março de 2010, seu instrumento convocatório não restringiu a participação de qualquer interessado, e expediu

³⁵⁹ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 182-183; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 110-111.

³⁶⁰ LIVRARIA do STF vende material da audiência pública sobre saúde. Rio de Janeiro, jul. 2007. Disponível em: <<http://stf.justica.inf.br/noticia/2010/7/livraria-do-stf-vende-material-da-audiencia-publica-sobre-saude>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 85-86.

convite aos seguintes órgãos, para que indicassem pessoas para serem ouvidas: i) Ministério da Educação; ii) Secretaria Especial de Promoção de Políticas de Igualdade Racial (SEPPIR); iii) Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH); iv) Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). A audiência contou com trinta e oito participantes - em sua maioria, representantes de instituições de ensino superior - e abordou os seguintes temas: i) legalidade dos sistemas de cotas; ii) ações afirmativas; iii) desigualdades raciais e sociais; iv) reflexos da escravidão no Brasil; v) racismo; vi) consequências sociais da adoção de cotas raciais.

O debate mostrou-se importante, pois, além de impactar, de maneira inequívoca, a definição de políticas públicas, suscitou polêmica quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário, que, para alguns, estaria extrapolando o seu âmbito de competência, ao definir temas tradicionalmente afetos aos demais Poderes. Foi negado provimento ao Recurso Extraordinário nº 597.285, afirmando-se a constitucionalidade do sistema de cotas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 foi julgada improcedente, de forma unânime, para declarar que o sistema de cotas da Universidade de Brasília (UNB) não fere preceito fundamental, não constando, no teor do voto do relator nenhuma referência à audiência pública³⁶².

Já a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103** foi proposta pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento (ABRASEL NACIONAL), questionando a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.705/08³⁶³, também conhecida como *Lei Seca*, que, dentre outras disposições, proíbe a venda de bebidas alcóolicas à beira das rodovias federais ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia. O relator da ação, Ministro Luiz Fux, convocou a realização de audiência pública nos dias sete e quatorze de maio de 2012, por entender necessário se debater se a proibição de

³⁶² MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 111.

³⁶³ BRASIL. **Lei n. 11.705 de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', e a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11705.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

venda de bebidas alcólicas por estabelecimentos comerciais situados às margens de rodovias federais violaria os princípios constitucionais da isonomia, da razoabilidade, da livre iniciativa, da liberdade econômica, da mínima intervenção estatal, bem como o do direito adquirido.

O instrumento de convocação possibilitou que interessados e pessoas jurídicas sem fins lucrativos requeressem sua participação. Além disso, foram expedidos convites aos seguintes órgãos, para que recomendassem pessoas a ser ouvidas: i) Presidente do Congresso Nacional; ii) Procurador-Geral da República; iii) Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil; iv) Advogado Geral da União; v) Ministério da Justiça; vi) Ministério do Transporte; vii) Ministério da Saúde; viii) Ministério das Cidades; ix) Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT); x) Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN); xi) Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); xii) Polícia Rodoviária Federal.

Ao todo, foram ouvidos vinte e nove expositores, entre membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, médicos, advogados, representantes de autarquias de trânsito das esferas estadual e municipal, de associações de estabelecimentos nos quais se comercializa bebidas alcólicas e de organizações não governamentais engajadas na redução da violência no trânsito.

As exposições cuidaram das seguintes questões: i) efeitos da bebida alcólica na condução de veículos automotores; ii) efeitos no aumento do número de acidentes em rodovias, em razão da venda de bebidas alcólicas nas proximidades de rodovias; iii) benefícios concretos trazidos pela *Lei Seca* para a população brasileira; iv) meios científicos, invasivos - e não invasivos - para se apurar, com segurança, a embriaguez incapacitante para a condução de veículos; v) números de prisões e de autuações administrativas efetuadas após o surgimento da *Lei Seca*, em razão da condução de veículos em estado de embriaguez; vi) panorama mundial do enfrentamento do problema da embriaguez ao volante; vii) se a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas gera, em qualquer pessoa, e independentemente da sua compleição física, um estado de embriaguez incapacitante para a condução de um veículo; viii) se existe alguma concentração específica de álcool por litro de sangue capaz de atestar a embriaguez, de toda e qualquer pessoa, para a condução de um veículo automotor, já que o aparelho conhecido como bafômetro mede a quantidade de por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas; ix) a margem de erro de cada um dos métodos atualmente empregados para aferir a embriaguez ao volante; x) a frequência de aferição dos equipamentos utilizados na medição dos níveis de alcoolemia; xi) se quem come um doce com licor, ingere um remédio com álcool ou usa um antisséptico

bucal pode obter concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a seis decigramas; xii) gastos gerados com saúde pública e previdência social, em decorrência de acidentes de trânsito. Até a presente data, ainda não foi proferida nenhuma decisão, o que prejudica a análise das questões sobre a repercussão dos debates nos votos dos ministros³⁶⁴.

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937**, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, questiona a Lei nº 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso, no âmbito estatal, “de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição”. Aparentemente, a discussão se relacionava a um conteúdo eminentemente normativo-jurídico, ou seja, suposto conflito de competência legislativa entre União e Estado, para a regulação de matéria ambiental, registrando-se a Lei nº 9.055/95³⁶⁵, que disciplina e que permite o uso de uma espécie do amianto - o amianto crisotila.

Contudo, em julgamento de medida cautelar proposta pela autora, com o intuito de suspender liminarmente os efeitos da lei estadual questionada, os ministros externaram preocupação em realizar uma análise mais abrangente a respeito do tema, pois nos precedentes da Corte em casos semelhantes, optou-se por limitar o debate àquela questão formal da competência legislativa, declarando, por conseguinte, a inconstitucionalidade das leis estaduais e reafirmando, assim, o uso da substância por força da prevalência da regulação da União.

Dentre os fatores determinantes para a nova análise da matéria estava o ordenamento supranacional, em razão da existência da Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil pelo compromisso de implementação de medidas que visam à proteção do trabalhador exposto e à substituição do amianto por materiais menos nocivos. Considerado tal instituto, a inconstitucionalidade da Lei Estadual, que segue a diretriz da convenção, cairia por terra. Embora naquela ocasião preliminar, diante da

³⁶⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 183-184; Id. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 111-112.

³⁶⁵ BRASIL. **Lei n. 9.055, de 1 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

complexidade da matéria, não se tenha chegado a um entendimento uniforme - o que culminou no indeferimento da medida cautelar mencionada - o fato incontroverso é que, posteriormente, o respectivo relator, Ministro Marco Aurélio, optou pela realização de audiência pública nos dias vinte e quatro e trinta e um de agosto de 2012, com o objetivo de obter conhecimento acerca dos aspectos da controvérsia além dos formais.

Representantes da indústria, do governo, das entidades atreladas aos trabalhadores expostos ao amianto e trinta e cinco cientistas discutiram os prós e os contras da referida fibra mineral. Foi assegurada, ainda, a representatividade da sociedade propriamente dita, mediante manifestação de trabalhador da indústria de telha acometido de câncer pela exposição ao elemento químico. A matéria começou a ser julgada em trinta e um de outubro de 2012 quando o ministro Marco Aurélio proferiu seu voto pela inconstitucionalidade das leis estaduais que proíbem o uso do amianto. Porém, a ação em apreço foi julgada juntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3357, em que seu relator, Ministro Ayres Britto, (aposentado), votou pela constitucionalidade de normas que vedam o uso do amianto. Com os contrastes dos votos, o julgamento foi suspenso³⁶⁶.

No julgamento das **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4679, 4756 e 4747**, que impugnaram diferentes dispositivos da Lei nº 12.485/2011³⁶⁷, que estabelece o novo marco regulatório da televisão por assinatura no Brasil, o relator, Ministro Luiz Fux, considerando se tratar de um tema jurídico e transdisciplinar, convocou a realização de audiência pública para os dias dezanove e vinte e seis de novembro de 2012, com adiamento para os dias dezoito e vinte e cinco de fevereiro, de 2013, pois para aquelas datas foram convocadas sessões extraordinárias do Plenário do STF. Ouviram-se especialistas, representantes da sociedade civil e de entidades reguladoras. Os itens abordados na audiência pública envolveram: i) plataformas tecnológicas; ii) poderes fiscalizatórios da Agência Nacional do Cinema

³⁶⁶ AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013; MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 112-113.

³⁶⁷ BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

(ANCINE); iii) composição de mercado entre cotas nacionais e internacionais; iv) capitais estrangeiros. Ainda não foram proferidas decisões nas ações em tela³⁶⁸.

Por sua vez, o **Recurso Extraordinário nº 627.189** foi interposto pela Eletropaulo Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S. A. contra decisão da Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) em favor da Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outros, que determinou, com base no princípio da precaução, a redução do campo eletromagnético em linhas de transmissão de energia elétrica localizadas nas proximidades de dois bairros paulistanos, em razão de alegado potencial cancerígeno da radiação produzida.

O relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, convocou a realização de audiência pública para os dias seis, sete e oito de março, de 2013, a fim de debater: i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e que tecnologias são necessários para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão; iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica. Ao longo dos três dias de exposição, foram ouvidos especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade, cujas exposições balizarão outras situações semelhantes, haja vista o tema colocado envolver o instituto da repercussão geral. Ainda não foi levado ao plenário tal assunto³⁶⁹.

O **Recurso Extraordinário nº 586.224** foi interposto em oposição ao acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 126.780-0/-00, proposta pelo Sindicato da Indústria de Fabricação de Álcool de São Paulo (SIFAESP) e pela Fazenda do Estado de São Paulo, em face da Câmara Municipal do Município de Paulínia/SP, no intuito de ver reconhecida a suposta inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1.952, de vinte de dezembro de 1995, que vedou a utilização de fogo como método de manejo no cultivo de cana-de-açúcar.

A controvérsia seguiu fundamentada no conflito de competência legislativa entre os entes federativos, já que a referida lei municipal vedou completamente a realização de queimadas no plantio da cana-de-açúcar, em detrimento da Lei Estadual anterior - a nº

³⁶⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 113-114.

³⁶⁹ AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013; MORAIS, op. cit., p. 114.

11.241/02 - que já regulava a matéria, prevendo medidas mais brandas e gradativas para o controle da atividade e a diminuição da prática.

Os paradigmas para o questionamento da constitucionalidade da lei municipal foram os art. 24, VI e 30, I e II, da Constituição Federal³⁷⁰, os quais, respectivamente, concedem competência concorrente entre União e Estados para tratar de assuntos de proteção ambiental e de poluição, bem como, aos Municípios, somente a competência suplementar à legislação estadual e federal e de interesse local.

A ação foi julgada improcedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça paulista, considerando que os efeitos das queimadas e a necessidade de sua regulação se referem a assunto urbanístico, de interesse local, e, portanto, no âmbito de competência legislativa municipal.

O inconformismo acerca de tal decisão levou a questão à última análise pelo STF, que reconheceu a repercussão geral da matéria. Os argumentos ventilados pelas partes do recurso extraordinário em exame extrapolaram o viés eminentemente normativo da hipótese, sendo sustentados, exaustivamente, os reflexos daquela prática agrícola nos vários segmentos da sociedade, no meio ambiente, na economia e na saúde pública.

Os recorrentes se preocuparam em demonstrar os impactos econômicos da supressão da prática das queimadas nessa espécie de cultivo, o que implicaria na diminuição da produtividade, na inviabilidade para os agricultores suportarem o ônus da mudança repentina para o cultivo mecanizado, além do desemprego e da diminuição de arrecadação tributária.

O Município, em contrapartida, justificou sua iniciativa legislativa nos impactos causados pelas queimadas na esfera ambiental, e nos danos à saúde dos munícipes e dos trabalhadores envolvidos na atividade canavieira³⁷¹. Assim, tendo em vista que a definição das consequências sociais e econômicas da demanda transcende a análise puramente jurídica, o relator do recurso em apelo, Ministro Luiz Fux, convocou a realização de audiência pública para o dia vinte e dois de abril de 2013.

Perscrutaram-se autoridades da área da saúde e do meio ambiente; também representantes do poder público e dos produtores de cana, das usinas de açúcar e de álcool;

³⁷⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (omissis) VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição. Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

³⁷¹ AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013.

trabalhadores do setor; e acadêmicos. Os aspectos mais relevantes da audiência foram os relativos aos problemas ambientais, institucionais e dos trabalhadores.

Em esfera ambiental, foram ressaltados os malefícios das queimadas para a sociedade, assim como as consequências da mecanização, tais como a erosão do solo. Institucionalmente, asseverou-se a necessidade de fiscalização no campo, no sentido de verificar o cumprimento das normas.

Sob o ponto de vista dos trabalhadores, sustentou-se a questão do desemprego, defendendo-se a busca do equilíbrio entre práticas que não prejudiquem tanto o meio ambiente e que também sejam benéficas ao trabalhador. Outro assunto de constante debate e de exposição, durante a audiência, foi o Código Florestal - Lei nº 12.651/12, que estabelece a proibição das queimadas. Atualmente, aguarda-se a decisão da Corte³⁷².

O **Recurso Extraordinário nº 641320**, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, questiona a decisão do Tribunal de Justiça do Estado que concedeu prisão domiciliar a um condenado, porque não havia vaga em estabelecimento para que cumprisse pena em regime semiaberto, no qual o preso passa o dia fora, estudando ou trabalhando, e é recolhido para o pernoite.

O recorrente considera que a decisão ofende o princípio da individualização da pena, na medida em que *padroniza as penas e iguala os desiguais*. Ainda, alega que o regime aberto foi decretado *de forma genérica e abstrata*, sem a análise das particularidades do caso. O recurso extraordinário teve repercussão geral reconhecida.

Para subsidiar o julgamento do apelo, o relator, Ministro Gilmar Mendes, convocou audiência pública para os dias vinte e sete e vinte e oito de maio de 2013, aduzindo que “a execução penal no Brasil talvez seja uma das áreas em que a realidade mais se distancia da letra da lei”. Informou que praticamente não existe no sistema penitenciário a possibilidade de cumprimento da pena nos regimes aberto e semiaberto - fato que leva cerca de vinte mil presos a cumprirem a pena em condições mais graves do que as previstas em suas condenações, identificando aí grave problema quanto ao funcionamento do sistema prisional, a ser examinado ao longo da audiência pública.

Nela, trinta e três especialistas na área, entre juízes, promotores, defensores públicos, advogados, secretários de segurança pública, representantes do Ministério da Justiça, da

³⁷² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 114-115.

Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Nacional de Justiça debateram se a falta de vagas para o cumprimento de penas em regime semiaberto permite que o condenado cumpra pena em regime aberto. Com as apresentações, concluiu-se que o sistema prisional brasileiro precisa de reformas e de melhor aplicação. Atualmente, o recurso extraordinário aguarda a decisão dos votos dos ministros³⁷³.

Ainda, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), questiona diversos preceitos das Leis nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) e 9.504/97 (Lei das Eleições). Segundo a OAB, o modelo normativo vigente para o financiamento das campanhas eleitorais aprofunda os vícios da dinâmica do processo eleitoral que, hoje, na sua avaliação, caracteriza-se pela influência *excessiva e deletéria* do poder econômico.

A ação questiona, dentre outros pontos, a constitucionalidade das normas que autorizam doações a campanhas eleitorais feitas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas, além de pedir a declaração de inconstitucionalidade dos critérios vigentes de doações feitas por pessoas naturais, baseadas em percentual dos rendimentos obtidos no ano anterior, com o argumento de que tal situação cria um ambiente em que as desigualdades econômicas existentes na sociedade sejam convertidas, agora de forma institucionalizada, em desigualdade política.

O relator da ação, Ministro Luiz Fux, entendeu que “a apreciação do tema ultrapassa os limites do estritamente jurídico, situando-se nos estreitos limites dos subsistemas político e econômico”, considerando, assim, que o exame da controvérsia demanda “abordagem interdisciplinar da matéria, atenta às nuances dos fatores econômicos na dinâmica do processo eleitoral”.

Para subsidiar o julgamento do feito, convocou-se a realização de audiência pública para os dias dezessete e vinte e quatro de junho de 2013. Ouviram-se especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada sobre a dinâmica do financiamento das campanhas eleitorais.

Abriu-se a possibilidade de participação aos interessados, pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e pessoas físicas de notório

³⁷³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 115-116. INICIADA no STF audiência pública sobre regime prisional. **Notícias STF**, Brasília, DF, 27maio 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239503>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

conhecimento nas áreas envolvidas. O ministro salientou que o objetivo da audiência não seria colher interpretações jurídicas dos textos - constitucional ou legal - mas sim promover o profundo debate acerca das vantagens e das desvantagens do atual modelo de financiamento das campanhas eleitorais para o adequado funcionamento das instituições democráticas. O recurso aguarda julgamento³⁷⁴.

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815** foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), pleiteando a declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil (Lei 10.406/2002)³⁷⁵, por serem incompatíveis com a liberdade de expressão e de informação prevista na Constituição Federal.

Para subsidiar o julgamento, a relatora da ação, Ministra Cármen Lúcia, convocou a realização de audiência pública nos dias vinte e um e vinte e dois de novembro de 2013, para o debate acerca da necessidade de autorização prévia da família ou do biografado para a publicação de biografias.

A ministra justificou a realização da audiência pública com um número mais restrito de participantes. Informou que “o objetivo da audiência não é discutir interesses específicos, que são legítimos, mas que têm as vias próprias para serem discutidos”, referindo-se ao critério que adotou para indeferir o pedido de participação na audiência das pessoas ou das entidades que tenham demandas na justiça sobre o assunto.

Participaram da audiência dezessete expositores, entre editores, escritores, parlamentares e representantes de entidades como Academia Brasileira de Letras, Ministério da Cultura, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Comissão de Direito Autoral da OAB/SP. Já a ausência de participação da ANEL e do Ministério Público foi fundamentada pela ministra pelo fato de que ambos disporão de tempo regimental para sustentar seus pontos de vista, quando do julgamento da ação pelo Plenário.

³⁷⁴ STF convoca audiência pública sobre financiamento de campanhas eleitorais. **Notícias STF**, Brasília, DF, 26 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234544>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³⁷⁵ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

No encerramento da audiência pública, a ministra comunicou que todas as manifestações apresentadas serão levadas em consideração para instruir o julgamento da ação em apreço. Tendo em vista o questionamento referente à legitimidade ativa da autora, a OAB se manifestou sobre a possibilidade de ajuizar uma nova ação sobre a mesma matéria, já que uma resposta simplesmente formal não resolveria o litígio posto na sociedade. A ação aguarda julgamento³⁷⁶.

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5035** foi apresentada pela Associação Médica Brasileira (AMB), e a **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5037**, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Universitários Regulamentados (CNTU). As duas entidades questionam diversos pontos da Medida Provisória nº 621, de oito de julho de 2013, que estabeleceu política pública com alterações quanto ao funcionamento dos cursos de graduação em Medicina e à formação dos profissionais, à contratação de médicos para atuarem no âmbito da saúde pública, inclusive estrangeiros e brasileiros formados no exterior, dispensada a revalidação do diploma universitário.

As normas possuem implicações nos campos da administração pública, da educação, do trabalho e, principalmente, da saúde. A CNTU formalizou a ADIN nº 5037, buscando a declaração de inconstitucionalidade da MP nº 621, em especial, dos art. 3º a 11, 13 e 14. Já a AMB, na ADIN nº 5035, propôs pedido menos extenso, alcançando os art. 7º, incisos I e II, §§ 1º, 2º, incisos I e II, e 3º; 9º, incisos I e II e § 1º; 10, §§ 1º, 2º, 3º e 4º; e 11.

Os principais questionamentos nas ações, em suma, dizem respeito à dispensa da exigência de revalidação dos diplomas dos médicos formados em instituições estrangeiras e as condições trabalhistas da contratação dos profissionais, por meio de bolsas. O relator das ações, Ministro Marco Aurélio, designou a realização de audiência pública para os dias vinte e cinco e vinte e seis de novembro de 2013, sobre o *Programa Mais Médicos* - instituído pela medida provisória mencionada - cujo objetivo seria o de analisar, do ponto de vista sistêmico, as vantagens e as desvantagens da política pública formulada.

Houve possibilidade de participação de interessados, de pessoas jurídicas com ou sem fins lucrativos, mas de adequada representatividade, e de pessoas físicas de notório conhecimento nas áreas envolvidas. Foram ouvidos vinte e quatro expositores, entre representantes de entidades do governo, do Ministério Público e da sociedade civil.

³⁷⁶ COMEÇA a audiência pública sobre biografias não autorizadas. **Notícia STF**, Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253941>>. Acesso em: 25 jun. 2014. STF encerra audiência pública sobre biografias não autorizadas. **Notícia STF**, Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253996>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

Ao final da audiência, o ministro afirmou que as exposições seriam gravadas e anexadas ao processo, acrescentando que as entidades e os expositores também poderiam apresentar memoriais para colação e apresentação aos integrantes da Suprema Corte. As ações aguardam julgamento³⁷⁷.

Por sua vez, as **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5062 e 5065**, ajuizadas pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e pela União Brasileira de Compositores (UBC), questionam as alterações introduzidas na gestão coletiva de direitos autorais pela Lei 12.853/2013³⁷⁸, dentre elas, a caracterização como de *interesse público* da atividade desempenhada por associações e pelo ECAD, as regras para conferir publicidade e transparência aos valores arrecadados, a título de direitos autorais, e a participação dos titulares de direitos sobre cada obra, dentre outros aspectos.

O relator das ações, Ministro Luiz Fux, evocou a realização de audiência pública para o dia dezessete de março de 2014, considerando que a apreciação da matéria ultrapassa os limites estritamente jurídicos e exige abordagem técnica e interdisciplinar, “atenta às nuances da gestão coletiva de direitos autorais e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor”.

De acordo com Fux, as ações discutem, em suma, a gestão dos direitos autorais no Brasil, com base nos princípios constitucionais da ordem econômica, da liberdade de associação, da liberdade de iniciativa, do direito de propriedade e do próprio direito de privacidade dos autores. “O que se veicula nessas ações é que a ingerência da tutela estatal nessa seara vai acabar ferindo todos esses princípios, que estão encartados na Constituição, notadamente aqueles que protegem a propriedade privada”, explicou.

Ademais, pontua que a audiência deveria revelar para o STF o que é melhor para o meio artístico: se a tutela estatal ou a continuidade daquelas entidades privadas, ora autoras, arrecadarem os recursos e distribuírem aos seus associados. Foram ouvidos parlamentares, entidades associativas e artistas individuais de grande expressão no cenário musical, artístico

³⁷⁷ SUPREMO convoca audiência pública sobre Programa Mais Médicos. **Notícia STF**, Brasília, DF, 02 out. 2013 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249852>>. Acesso em: 25 jun. 2014. CONCLUÍDA audiência pública sobre Programa Mais Médicos – Atualizada. **Notícia STF**, Brasília, DF, 26 nov. 2013 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254389>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

³⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

e literário, com o intuito de esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais relacionadas à gestão coletiva de direitos autorais. Restará dizer que as ações ainda aguardam julgamento³⁷⁹.

Finalmente, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) interpôs o **Recurso Extraordinário nº 581488**, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual negou provimento à apelação e manteve a sentença de improcedência da ação civil pública ajuizada pelo recorrente, cuja finalidade era permitir a prática comumente denominada de *diferença de classe* no SUS - prática que consiste na melhoria do tipo de acomodação recebida por paciente internado pelo SUS e a contratação pelo usuário de profissional de sua preferência, mediante o pagamento da diferença respectiva.

O relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, asseverou que a questão apresenta relevância jurídica e social e envolve valiosos interesses jurídicos, como o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde e a complementaridade da participação do setor privado na saúde pública, cujo debate reclama a análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica acerca, por exemplo, do impacto administrativo e econômico da *diferença de classe* no SUS e do seu efeito nos procedimentos de triagem e no acesso.

Assim, convocou a realização de audiência pública para o dia vinte e seis de maio de 2014. Foram expedidos convites: i) aos Ministros do STF; ii) ao Presidente do Congresso Nacional; iii) ao Procurador-Geral da República; iv) ao Advogado-Geral da União; v) às partes do recurso em exame; vi) ao Ministério da Saúde; vii) ao Conselho Nacional de Saúde (CNS); viii) ao Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); ix) ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); x) ao Conselho Federal de Medicina (CFM); xi) à Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS). Além disso, aos interessados, aos entes estatais e às entidades da sociedade civil, foi possível manifestar seu desejo de participar da audiência e indicar expositor.

Logo, foram inquiridos quatorze expositores especialistas, representantes do poder público e da sociedade civil, visando colher informações técnicas, administrativas, políticas,

³⁷⁹ ABERTAS inscrições para audiência pública sobre direitos autorais. Notícia STF, Brasília, DF, 13 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257570>>. Acesso em: 25 jun. 2014. STF realiza audiência pública sobre direitos autorais nesta segunda (17). **Notícia STF**, Brasília, DF, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262202>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

econômicas e jurídicas acerca da questão debatida³⁸⁰. O recurso ainda se encontra com julgamento pendente.

No momento, não está prevista a realização de nenhuma audiência pública no STF³⁸¹.

3.3 A Audiência Pública nº 4 como Caso de Estudo – Parâmetros Estabelecidos e Efeitos (Democráticos) nas Decisões Proferidas pelo Supremo Tribunal Federal Acerca das Políticas Públicas de Saúde

A Audiência Pública nº 4 - também denominada como Audiência Pública da Saúde - representou uma inovação na história do STF, tanto por se tratar da primeira audiência com regulamentação própria, trazida pela Emenda Regimental nº 29/2009, quanto por não seguir atrelada a um caso específico, em virtude da contingência e da complexidade do tema a ser tratado, ficando consignado que as considerações então apresentadas “poderão ser utilizadas para a instrução de qualquer processo no âmbito do STF”³⁸².

Diante disso, a escolha da audiência se justifica, inclusive, por ampliar as possibilidades de verificação de um dos objetivos específicos desta pesquisa, a saber, a análise da existência - ou não - de nexo de causalidade entre os critérios nela definidos e o conteúdo das diversas decisões judiciais acerca da matéria em apreço, proferidas pelo STF, desde então, a fim de se examinar, na prática, eventuais efeitos democráticos do instituto.

Como dito anteriormente, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente em exercício, utilizando-se da prerrogativa constante na nova redação do art. 13, XVII, do Regimento Interno do STF³⁸³, concretizou a iniciativa de realização de audiência pública, nos dias vinte e sete, vinte e oito e vinte e nove de abril, e quatro, seis e sete de maio de 2009, com o intuito de discutir um assunto de grande repercussão jurídica, econômica e política, qual seja,

³⁸⁰ Despacho convocatório de audiência pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul**. Recorrentes: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União. Recorrido: Município de Canela. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE581488.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁸¹ Informação obtida a partir de pesquisa efetuada em 27/06/2014 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), na seção “Processos -> Audiências Públicas -> Previstas”.

³⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Abertura audiência pública n. 4**. Brasília, DF, 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁸³ Art. 13. São atribuições do Presidente: [...] XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: atualizado até junho de 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2014.

judicialização da saúde - matéria já submetida à apreciação da Corte por repetidas vezes, e por meio de distintos instrumentos jurídico-processuais. Não houve, contudo, um “documento-síntese das supostas conclusões” extraídas dos debates da Audiência Pública nº 4³⁸⁴.

No entanto, em março de 2010, na decisão exarada no Agravo Regimental da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175³⁸⁵, cujo acórdão foi aprovado à unanimidade, o Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, resenhou as conclusões decorrentes da audiência pública em apreço³⁸⁶, mencionando, inicialmente, que:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é

³⁸⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 82-87.

³⁸⁵ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014. No caso, “originalmente a pessoa física C.C.N. buscava o fornecimento de medicamento pela União ou pelo Município de Fortaleza/CE (neste caso foram reunidos os processos, sendo o deste ente subnacional a STA 178). Nesta etapa processual, o ente federativo buscava a Suspensão da Tutela Antecipada (STA) concedida em sede de Apelação Cível pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. A Suspensão havia sido negada de forma monocrática pelo Presidente do STF, o que ensejou o ora analisado Agravo Regimental (AgRg), igualmente negado pelo Tribunal, à unanimidade. O fundamento foi o de que não havia indícios de “grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas” na manutenção da decisão tal como deferida *a quo*. A decisão relata que a paciente necessitava de medicamento que poderia lhe possibilitar aumento de sobrevida e melhora de sua qualidade de vida, sendo que sua família não teria condições de custear o tratamento da doença, orçada (sic) em R\$ 52 mil por mês. O argumento central da oposição da União era que o medicamento não se encontrava registrado na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) por ocasião da propositura da ação. No entanto, quando da análise no Tribunal, o Ministro Gilmar Mendes, relator, declarou que consultou o *site* daquele órgão e verificou que o mesmo já estava registrado com prazo até 01/2012, embora não fosse contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública em virtude de seu alto custo, não havendo Protocolo Clínico para seu uso perante o SUS. Ressalta o Ministro, contudo, que o alto custo do medicamento não era, por si só, motivo para seu não fornecimento, ‘visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis’. Nos autos consta que o referido medicamento havia sido prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos”. NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 120-121.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 120.

apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para a construção de **um critério ou parâmetro para a decisão** em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito público subjetivo a determinada política pública de saúde parece ser evidente³⁸⁷. (grifo do autor).

O primeiro ponto definido foi o de que a judicialização é pertinente quando visa obter o que a norma determinou e não está sendo cumprido³⁸⁸, ou seja, deve ser considerada a existência - ou não - de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Em outras palavras, “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas, formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando políticas públicas, mas apenas determinando o seu cumprimento”³⁸⁹.

Por outro lado, caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, há necessidade de se distinguir se a não prestação decorre de “uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”, observando-se a necessidade de registro do medicamento na ANVISA e a exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada³⁹⁰.

Na decisão examinada, o quesito restou assim consignado:

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

[...]

³⁸⁷ Decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁸⁸ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 126.

³⁸⁹ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, ano 17, p. 429-449, 2011.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 429-449.

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA³⁹¹. (grifo do autor).

Em caso de omissão legislativa, ou seja, “na hipótese de pretensão de obter fármaco que não esteja registrado na ANVISA, ficou claro que é vedado à Administração Pública fornecê-lo, inclusive os importados”³⁹². É que o registro na ANVISA “configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o SUS possa atestar sua incorporação”³⁹³.

Já na hipótese de haver a decisão administrativa de não fornecer determinada ação de saúde, faz-se imprescindível a motivação para o seu não fornecimento. No caso, “podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”³⁹⁴.

Quanto ao fornecimento de tratamento alternativo oferecido pelo SUS, assim foi decidido:

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no art. 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por eles formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da ‘Medicina com base em evidências’. Com isso, adotaram-se os ‘Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas’, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente

³⁹¹ Decisão, fls. 18. Decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁹² NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 123-124.

³⁹³ Decisão, fls. 19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁹⁴ Ibid. fls. 19.

escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada. Dessa forma, **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.**

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite a sua contestação judicial³⁹⁵. (grifo do autor).

Em relação à inexistência de tratamento na rede pública, o acórdão consigna que “é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro”:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde pelo médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações

³⁹⁵ Decisão 175, fls. 20-21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada³⁹⁶.

No contexto, o ministro aborda “mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública - Saúde”, no que tange à necessidade de instrução probatória:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar³⁹⁷. (grifo do autor).

Ainda restou estabelecida, no acórdão em tela, a responsabilidade solidária entre os entes federativos, para as ações de saúde:

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária³⁹⁸. (grifo do autor).

Como dito em linhas anteriores, a Audiência Pública nº 4 se apresenta como caso de estudo do presente trabalho, a fim de se verificar o caráter democrático do instituto. Nesse momento, se torna oportuno ressaltar que serão utilizados como parâmetros, para se estabelecer os pontos conclusivos da audiência, aqueles assentados pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, constantes no Acórdão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, os quais podem assim ser sintetizados:

- 1) Quando a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada: *O Poder Judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma.*
- 2) Quando a ação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se ela decorre:
 - a) de uma omissão legislativa ou administrativa: Deverá ser privilegiado o tratamento estabelecido pelo SUS, e serem feitas revisões periódicas dos protocolos de saúde, sendo permitido ao Poder Judiciário intervir caso um

³⁹⁶ Decisão fls. 21/22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará**. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

³⁹⁷ Ibid., fls. 22.

³⁹⁸ Ibid., fls. 24.

indivíduo comprove que o tratamento fornecido não é adequado para atender o seu caso.

b) de uma decisão administrativa de não fornecê-la em virtude de:

i) o SUS fornece tratamento alternativo: Igualmente deverá ser privilegiado o tratamento disponibilizado pelo SUS, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente.

ii) O SUS não possui tratamento para esta patologia:

(1) Por ser um tratamento meramente experimental: Neste caso caracteriza-se como pesquisa médica e não é possível o Poder Judiciário deferir os pleitos efetuados.

(2) Por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: O Poder Judiciário poderá intervir, em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, mas desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares.

c) de uma vedação legal à sua dispensação: Esta hipótese, a despeito de elencada pelo acórdão, não foi tratada em seu texto³⁹⁹. (grifo do autor).

Faz-se necessário também registrar que, além do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 - tido então como *leading case* de um novo paradigma decisório⁴⁰⁰ - foram julgados, conjuntamente, pelo Plenário do STF, os agravos regimentais interpostos nas Suspensões de Tutela Antecipada (STA) nº 175, 211 e 278; nas Suspensões de Segurança nº 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355; bem como na Suspensão de Liminar nº 47, todos feitos relacionados à saúde e de relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁴⁰¹, em que se repetem as conclusões supracitadas.

Delimitados os parâmetros, o passo seguinte consiste na aferição de eventuais repercussões nas decisões proferidas pelo STF, desde tais julgamentos, e, conseqüentemente, os efeitos democráticos da Audiência Pública da Saúde. Nesses termos, é necessária a exposição da metodologia utilizada. Por óbvio, a delimitação temática diz respeito ao direito à saúde⁴⁰². Realizou-se, também, um *corte* temporal, sendo selecionados julgamentos realizados

³⁹⁹ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 126.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 120.

⁴⁰¹ PROGRAMA Síntese traz julgamento do Plenário sobre medicamentos e tratamentos de saúde. **Notícias do STF**, Brasília, DF, 20 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122316>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁴⁰² “Modernamente a expressão direito à saúde tem sido empregada referindo-se a situações, algumas vezes, extremamente diferentes. Muito da imprecisão dessa expressão decorre da imprecisão do próprio conceito de saúde. Ainda que se desconsiderem as demais definições de saúde que não aquela proposta pela Organização Mundial de Saúde, observa-se o enorme halo nebuloso que circunda o núcleo básico do conceito. Assim, o conceito de saúde não implica apenas a ausência de doença – núcleo básico -, mas também o completo bem estar físico, mental e social – halo nebuloso”. Essa pesquisa se refere ao tema direito à saúde a partir dessa perspectiva central, não tocando o direito sanitário, o qual, para ser definido, requer “que se identifique o conjunto de normas que referem a preocupação principal com a ausência de doenças e com o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo numa comunidade”. DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2014.

desde primeiro de abril de 2010, o que se justifica diante do fato de que o paradigma decisório foi julgado em março de 2010 - como descrito anteriormente - até primeiro de abril de 2014, haja vista o interstício utilizado para desenvolver o trabalho.

A pesquisa foi realizada no sítio eletrônico oficial do STF (www.stf.jus.br), na seção “jurisprudência -> pesquisa”. Inicialmente, foi utilizado o termo de pesquisa *direito e saúde e audiência e pública e 4*, que forneceu como resultado apenas um acórdão: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, já discutido no item anterior, que trata, em resumo, da inconstitucionalidade da interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Concluiu-se, portanto, que tal padrão não se presta à presente pesquisa. O mesmo resultado foi alcançado com o termo *direito e saúde e audiência e pública*, aplicando-se, portanto, a mesma conclusão.

Assim, decidiu-se generalizar o termo de pesquisa, que passou a ser *direito e saúde*. A partir de tal termo, obtiveram-se, como resultado, duzentos e vinte e seis acórdãos, não tendo sido solicitadas as opções *repercussão geral; súmulas vinculantes; súmulas; decisões monocráticas; decisões da presidência; e nem questões de ordem*.

Necessitou-se, ainda, outra filtragem, visto que alguns julgados encontrados não possuíam qualquer relação com o tema da saúde, tratando de questões penais, processuais penais, tributárias, ou meramente processuais; outros, apenas tangenciavam a temática da saúde, mas envolviam também, nuclearmente: direito do consumidor, direito administrativo (por exemplo, questões atinentes a plano de saúde e à aposentadoria especial); havia, inclusive, os que abordavam essencialmente direito à saúde, mas sem cuidar diretamente dos pontos resumidos na STA nº 175 (por exemplo, a abordagem da prática comumente denominada de *diferença de classe*, consistente na melhoria do tipo de acomodação recebida por paciente internado pelo SUS e a contratação pelo usuário de profissional de sua preferência, mediante o pagamento da diferença respectiva, assunto objeto de outra audiência pública realizada posteriormente, inclusive já analisada no tópico anterior).

Portanto, excluídos tais julgados, mostraram-se servíveis à pesquisa dezesseis arestos, os quais passam a ser examinados, verificando-se eventuais reflexos dos parâmetros acerca das políticas públicas de saúde, anteriormente estabelecidos, em tais decisões.

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734487⁴⁰³, bem como os Agravos

⁴⁰³ Inteiro teor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no agravo de instrumento 734.487 Paraná**. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Min. Ellen Grace. Brasília, DF, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Regimentais nos Recursos Extraordinários nº 665764⁴⁰⁴; 642536⁴⁰⁵; 581352⁴⁰⁶; 762242⁴⁰⁷; e 740800 cuidam do quesito relativo à pertinência do deferimento de prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas, formuladas pelo SUS.

No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734487, julgado em três de agosto de 2010, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, restou consignado que não há “falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas”, ressaltando que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado para obstar um direito social reconhecido pela Constituição Federal.

Tal fundamento, estando em conformidade com o paradigma apontado, embasou-se em vasta jurisprudência do STF, inclusive na Suspensão de Liminar nº 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a qual, como já mencionado, reitera as conclusões expostas na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, mencionando, por óbvio, apenas tangencialmente, a Audiência Pública nº 4.

Já no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 665764, julgado em vinte de março de 2012, cuja relatora é a Ministra Cármen Lúcia, assentou-se que, nos termos postos pela decisão agravada, “o Poder Judiciário poderá determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde, desde que não haja inovação jurídica, para determinar que o Poder Executivo cumpra as políticas antes estabelecidas nos termos constitucionais”.

O acórdão em apreço, embora esteja na mesma linha de raciocínio do paradigma apontado, sequer menciona a Audiência Pública nº 4. Apenas a decisão monocrática, à qual ele se remete, contudo, possui como fundamento, no ponto, o Agravo Regimental na

⁴⁰⁴ Inteiro teor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 665.764 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravado: Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885686>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

⁴⁰⁵ Inteiro teor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 642.536 Amapá**. Relator: Min. Luiz Fux. Agravante: Estado do Amapá. Agravante: Ministério Público do Estado do Amapá. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

⁴⁰⁶ Inteiro teor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 581.352 Amazonas**. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado DO Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

⁴⁰⁷ Inteiro teor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 762.242 Rio de Janeiro**. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Severina Belarmina de Melo de Oliveira. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina_dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5042897>. Acesso em: 30 jun. 2014.

Suspensão da Liminar nº 47, assim como o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734487, esposado no parágrafo anterior.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, julgado em cinco de fevereiro de 2013, de relatoria do Ministro Luiz Fux, restou consignado que a controvérsia objeto daqueles autos, ou seja, “a adoção de providências administrativas visando à melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública”, foi submetida à apreciação do Plenário no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, sendo decidido que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível quando “o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. A seguir, tão somente foram transcritos tanto a ementa do julgado, quanto trecho do voto do relator em que se observa a construção daquele fundamento, a partir do debate realizado na Audiência Pública nº 4.

Por sua vez, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352, julgado em vinte e nove de outubro de 2013, de relatoria do Ministro Celso de Mello, firmou que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, da Suprema Corte, em especial, “a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo”; assinalando, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá ser atribuída - ainda que excepcionalmente - ao Poder Judiciário, se - e quando - os órgãos estatais competentes, “por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional”.

A despeito de estar em consonância com o paradigma decisório em tela, o voto do relator não faz referência nem a ele e nem a qualquer daqueles com os quais, conjuntamente, ele fora julgado; fundamentando-se apenas em lições doutrinárias e em outros acórdãos de mesma relatoria. Assim, não houve sequer referência à Audiência Pública da Saúde.

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762242, julgado em dezenove de novembro de 2013, cujo relator é o Ministro Dias Toffoli, consignou restar pacificado na Suprema Corte o entendimento de que, em situações excepcionais, o Poder Judiciário “pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes”.

No quesito, embora o acórdão esteja em conformidade com o paradigma apontado, foi invocada tão somente a jurisprudência posterior ao mesmo, sem qualquer menção aos debates travados na Audiência Pública nº 4.

Por fim, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 740.800, julgado em três de dezembro de 2013, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, também em conformidade com o *leading case* em estudo, confirmou a decisão agravada, no sentido de que, como regra geral, não cabe ao Poder Judiciário “imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos”, apontando a exceção de que, “como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e de legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer”, mas a sua ausência ou seu cumprimento insuficiente.

Para tanto, suscitou-se a jurisprudência do STF, incluído o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642.536, já esposado em linhas anteriores, bem como o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, sendo transcrito trecho relativo às conclusões da Audiência Pública da Saúde.

Os Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 824946, julgado em vinte e cinco de junho de 2013, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, cuidou de outro quesito, assentando que se o fármaco consta na lista daqueles medicamentos que devem ser excepcionalmente fornecidos, o Estado não pode recusar tal fornecimento. A despeito de tal conclusão estar em consonância com a decisão paradigma (STA nº 175), não se suscitou qualquer jurisprudência.

Já os Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários nº 607381⁴⁰⁸; 665764⁴⁰⁹; 550530⁴¹⁰; 627411⁴¹¹; 716777⁴¹²; 738729⁴¹³; 741566⁴¹⁴; 626382⁴¹⁵; 756149⁴¹⁶; e 717290⁴¹⁷

⁴⁰⁸ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no recurso extraordinário 607.381 Santa Catarina**. Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Brasília, DF, 31 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴⁰⁹ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 665.764 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravado: Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885686>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹⁰ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ag. reg. no agravo de instrumento 550.530 Paraná**. Agravante: Autarquia Municipal de Saúde – MAS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹¹ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 627.411 Sergipe**. Agravante: União. Agravado: Andre Victor Bittencourt de Souza (Representado por André de Souza e Marise Bittencourt). Intimado: Estado de Sergipe. Intimado: Município de Aracaju. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857471>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

afirmam a responsabilidade solidária entre os entes federativos em relação à prestação de serviços na área de saúde, no mesmo sentido do parâmetro decisório em estudo.

Em relação à construção de tal conclusão, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381, julgado em trinta e um de maio de 2011, de relatoria do Ministro Luiz Fux, não mencionou qualquer jurisprudência, enquanto o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 550530, julgado em vinte e seis de junho de 2012, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa, invocou apenas jurisprudências dos anos de 2003 e de 2004.

Já os Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários nº 716777; 738729; 741566; 626382; e 756149, julgados respectivamente em nove de abril de 2013; vinte e cinco de junho de 2013; vinte e sete de agosto de 2013; e em dezessete de dezembro de 2013, cujos relatores foram, também respectivamente, Ministro Celso de Mello; Ministra Rosa Weber; Ministra Rosa Weber; Ministra Rosa Weber; e Ministro Dias Toffoli, tão somente se utilizaram de recente jurisprudência da Suprema Corte.

Os Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários nº 665764 e 717290, cujos julgamentos ocorreram de forma respectiva em vinte de março de 2012 e em dezoito de março de 2014, e de relatoria, respectivamente, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Luiz Fux, suscitaram o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3355, que, conforme já dito, julgado conjuntamente com o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175,

⁴¹² Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 716.777 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello Brasília, DF, 9 de abril 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹³ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 738.729 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravado: Marilene de Fátima Madalosso Lavarda. Intimado: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4324230>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹⁴ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 741.566 Rio Grande do Sul**. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Município de Novo Hamburgo. Intimado: Dionata Soares Ferreira. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323625>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹⁵ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 626.382 Rio Grande do Sul**. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Amanda Rafaela de Lima Ramires (representada por Sheila Teresinha Silva de Lima). Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4498216>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹⁶ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 756.149 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravado: Florinda Lenir Figueira Bellinaso. Intimado: Município de Santa Maria. Intimado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Dias toffoli. Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290109>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴¹⁷ Inteiro teor da decisão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 717.290 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravante: Alvaro Luiz Silveira Saideles. Intimado: Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Município de Santa Maria. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595657>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

assentou as mesmas conclusões. Contudo, não houve sequer transcrição do voto daquele *decisum*, de modo que não houve menção à Audiência Pública nº 4.

Por sua vez, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 627411, julgado em dezoito de setembro de 2012, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, utilizou-se tanto do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3355, quanto do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, sem, contudo, sequer transcrever qualquer trecho pertinente.

Diante de tal coleta amostral, pôde-se perceber que, nos feitos em que se discutem os quesitos referentes ao direito à saúde - especificamente aqueles esposados no paradigma decisório - o STF não vem enfrentando, racionalmente, no processo intelectual de construção da decisão, a aceitação ou não das contribuições⁴¹⁸ trazidas pelos participantes da Audiência Pública nº 4, a qual, diante do que se vislumbra neste trabalho, afigura-se como evento simbólico de prática dialógica.

Assim, a despeito de a adoção das audiências públicas se caracterizar como repercussão da inserção dos pressupostos de participação agregados ao modelo democrático previsto pela Constituição Federal de 1988, não vem se mostrando, até o momento, como meio eficaz de alteração nas práticas jurisdicionais. É que, nos moldes abordados no item 2.1 deste trabalho, a partir da crítica de perspectiva normativa sobre o instituto das audiências públicas, ainda se mantém a intangibilidade da figura central do Juiz no processo decisório, seja na inauguração do processo de escuta participativa, seja na definição de seu procedimento, seja na escolha de seus atores.

Ainda, como se vê a partir da presente pesquisa, essa discricionariedade se mantém, inclusive, quanto à efetiva repercussão dos conteúdos colhidos, na decisão⁴¹⁹, o que se apresenta como limite à consolidação das audiências públicas como ponte entre a legitimidade democrática e a intervenção judicial nas políticas públicas.

⁴¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

⁴¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 185-186.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito surgiu como resultado do aprofundamento e da transformação da fórmula do *Welfare State* agregada à conjugação do ideal democrático ao Estado de Direito, não se restringindo à adaptação melhorada das condições de existência, a fim de tornar mais suaves as contradições do sistema capitalista, com o que se resignava o Estado Social, mas para assegurar a efetiva participação do povo nas decisões políticas do Estado e na distribuição das riquezas produzidas - em suma, na reconstrução da sociedade.

Além disso, o Estado Democrático de Direito deve ser concebido como sistema democraticamente articulado, em que a sociedade não somente participa passivamente como destinatária de bens e de serviços, mas também, através de suas organizações, tanto na formação da vontade geral do Estado, quanto na formulação das políticas distributivas e de outras prestações estatais.

Nesses termos, qualquer que seja o conteúdo social, sua atualização deve vir vinculada a um processo democrático, mais complexo que o da simples democracia política e tendente à instauração da democracia social, diante do maior número de atores, da pluralidade de setores aos quais se estende e da quantidade e heterogeneidade dos problemas que deve abordar, sendo, portanto, o pluralismo político e organizacional uma característica da democracia atual.

Em outras palavras, a democracia pretendida pelo Estado Democrático de Direito há de se caracterizar como processo de convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária, em que haja a crescente participação do povo no processo decisório estatal e a proteção da pluralidade de ideias, de culturas e de etnias, e das condições econômicas aptas a favorecer o pleno exercício de direitos civis, políticos e sociais, além, portanto, de seu mero reconhecimento formal.

Assim, o Estado Democrático de Direito - de forma diversa dos modelos anteriores e como representação de uma ruptura - traz à tona, tanto formal, quanto materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios vinculantes, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Todo esse avanço que o caracteriza, no entanto, vem sendo ameaçado pela globalização financeira e sua matriz ideológica neoliberal - contexto econômico em que passa a estar inserido o Estado, no final do século XX.

Na década de 1970, a crise do petróleo veio contribuir com o aprofundamento de um descompasso entre as receitas e as despesas estatais - sentidas inicialmente na década de 1960. Houve crescimento do déficit público, causado pelo aumento das necessidades sociais, o que

sintetizou uma multiplicação dos riscos sociais, numa velocidade desproporcional ao surgimento das fontes para subvencioná-las.

Dadas as conjunturas econômicas, como o desemprego de longa duração nos países centrais e as alterações demográficas, resultantes da maior - e melhor - expectativa de vida, muitas das políticas públicas - que, antes, possuíam caráter provisório - passaram a ser permanentes. Desse modo, os gastos sociais com desemprego e com previdência sofreram sensível aumento, formando-se um círculo vicioso entre crise econômica, debilidade pública e necessidades sociais.

Delineou-se o que Bolzan de Moraes denomina como *crise estrutural*, relativa às condições de manutenção do projeto estatal de inclusão social. Essa crise - mais profunda que o desequilíbrio entre o que o Estado arrecada e as demandas sociais que necessitam ser atendidas - se refere também ao questionamento acerca das relações da sociedade com o Estado.

É que ali se observa a ruptura de vínculos de solidariedade entre os cidadãos, os quais deixam de se responsabilizar pela solução de suas demandas, transferindo e exigindo o cumprimento de tal tarefa, por parte do Estado. E, nesse contexto de descrédito do intervencionismo estatal, o neoliberalismo ganha força e vem sendo, desde então, a matriz ideológica da chamada política de globalização que marca a atual fase do capitalismo à escala mundial.

O mercado mundial unificado conta agora, também, com as tecnologias da informação, de modo que, como reflexo, inclusive, das transformações tecnológicas ocorridas ao longo do século XX, o capitalismo deixa de se vincular à produção e ao consumo e passa a um novo modelo de produção de lucro, em que os investimentos não se dão na base produtiva e em suas estruturas, mas na reprodução acética do próprio capital, ascendendo um novo mercado, o financeiro. Trata-se da passagem do capitalismo de produção para o capitalismo financeiro.

Também chamado de globalização financeira, esse processo se traduz, especialmente, na livre circulação dos fluxos financeiros de um ponto a outro do planeta. Por meio da *desregulamentação*, observa-se o dismantelamento dos dispositivos de controle das trocas, de modo que os capitais podem se deslocar livremente em função de considerações de estrita rentabilidade financeira.

Consequentemente, constata-se a *ação predadora* dos grandes operadores financeiros. Diante do tremendo poder de pressão dos investidores, os Estados necessitam ganhar e depois

conservar a confiança dos mercados financeiros, se quiserem evitar um *êxodo de capitais*, de modo que são constrangidos, assim, a ajustar sua política orçamentária e fiscal.

Desse modo, pode-se dizer que a globalização econômica, coerente com as orientações neoliberais, substituiu a política pelo mercado, como *locus* de regulação social, fazendo com que o Estado se adapte aos interesses e às vontades do capital transnacionalizado. Diante da necessidade de inserção nesse cenário macroeconômico internacional, dominado pelo grande capital, os governos nacionais - em especial, os de periferia - perdem toda a capacidade de influenciar as evoluções econômicas nacionais. O Estado passa a ser regulado pelo mercado.

Assim, o neoliberalismo vem sendo o fator responsável pelo processo de desconstitucionalização, pelo reforço de determinada postura tendente ao *esvaziamento* do caráter material dos textos constitucionais, o qual vincula o Estado Democrático de Direito. É que a noção de Estado Democrático de Direito vem atrelada à realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o que demanda um rearranjo institucional, configurando-se, assim, a transição do que se conhecia por Estado *Legislativo* de Direito para um Estado *Constitucional* de Direito, surgindo a noção de constitucionalismo democrático.

Surge um novo paradigma de direito que reflete, também, um caráter de exigência democrática, legitimado em constituições que marcaram o fim de períodos ditatoriais, como o contexto latino-americano, no segundo pós-guerra. No Brasil, portanto, tal movimento só foi sentido com o processo constituinte estabelecido entre 1987 e 1988, com a ruptura do regime ditatorial aqui instalado.

Além disso, o direito, então, pautando-se pela manutenção do que já fora constitucionalizado no início do século XX, mantém intrínseca a forma social de Estado ao Estado Constitucional, de modo que o Estado Democrático de Direito acaba representando uma vontade de realização do Estado Social, prevista constitucionalmente.

Nesse contexto, teve grande importância a proposta teórica do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho - conhecida como constitucionalismo dirigente - em que pretendeu demonstrar o papel estratégico assumido pelas constituições, como meio de direção social - forma racionalizada de política.

Seria insuficiente uma Constituição tal qual instrumento de garantia, entendida apenas como norma jurídica superior, alheia aos problemas de legitimação, já que apenas estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões políticas. Indo além, a Constituição dirigente se apresenta como Constituição estatal e social, um programa de ação para a alteração da sociedade. No constitucionalismo brasileiro, essa

proposta teórica teve grande repercussão no processo de ruptura ditatorial, desaguando na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ocorre que os teóricos neoliberais defendem que a Constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é a causadora última das crises econômicas e do déficit público; e que ela *amarra* a política, substituindo o processo de decisão política pelas imposições constitucionais. Para eles, o Estado deve se limitar a fiscalizar e a incentivar a iniciativa privada, condenando a realização de políticas públicas, ou seja, pretendem um retorno ao Estado mínimo.

Diante da propagação do neoliberalismo, tais argumentos acabaram por se refletir numa onda de reformas constitucionais na década de 1990, no sentido de submeter o direito à racionalidade econômica. O modelo do Estado Constitucional sofre uma política de colonização econômica. E é assim que se apresenta a crise constitucional - ou institucional - como a denomina Bolzan de Moraes, correspondente ao processo de desconstitucionalização promovido pelo neoliberalismo.

Tem-se, portanto, um Estado confrontado, por um lado, com seu projeto político-constitucional de transformar a sociedade, sobretudo na perspectiva da inclusão social, e, por outro, com seu projeto político econômico constituído por proteções, por resguardos e por salvaguardas impostos pela economia capitalista.

Se a política vem tensionada pela economia, quem decide? Diante de tais dilemas quanto à efetivação das promessas constitucionais, do reconhecimento das limitadas condições político-econômico-sociais para tanto, é a função jurisdicional que se torna o espaço privilegiado para a consolidação do projeto constitucional, o que se reconhece como judicialização da política.

Tal contexto institucional expressa o movimento de invasão do direito - não apenas na política, mas também na sociabilidade. É que num ambiente de fragilização da esfera estatal, especialmente visível nos países de modernidade tardia, a sociedade se apresenta imersa em uma ampla litigiosidade, exatamente como forma de resgatar e de exigir o compromisso pressuposto pelo Estado Democrático de Direito.

Essa litigiosidade aumenta, inclusive, diante das infinitas demandas que surgem das relações sociais cada vez mais complexas, num contexto de conteúdos inovadores; de atores múltiplos; de avanço tecnológico, de novos riscos e, inclusive, de relações massificadas. A tais transformações, agregue-se o sucesso do Estado Democrático de Direito em prover a cidadania de melhores vias e de meios de acesso ao sistema de justiça.

Diante dessas múltiplas mutações - tanto institucionais, quanto sociais - vem sendo criada em torno do Poder Judiciário uma nova arena pública, cujos procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais - o que, abalando a teoria clássica da soberania popular, acaba corroborando o que se denomina por crise da representatividade ou crise política, como também a conceitua Bolzan de Moraes.

A insuficiência do modelo da democracia representativa já havia sido anunciada pela democracia social, propugnando que a participação do indivíduo nas decisões necessita da conjugação de elementos materiais, como por exemplo, educação, moradia e saúde. Se o povo é o legitimador das funções estatais, deve estar no centro do espaço decisório e possuir condições suficientes para decidir.

Acrescente-se a isso, diante da *economicização* também da política, a ausência de alternativas reais de escolha, o que resulta num processo de apatia política do cidadão. Logo, o instrumento de escolha dos candidatos - as eleições - passa a ser considerado como desnecessário e incapaz de atender às demandas sociais. Ademais, há uma crescente perda da capacidade da população de influenciar as decisões de governo, apesar das formalidades democráticas, diante do monopólio midiático da legitimidade da informação - o que também contribui para o déficit de legitimidade da democracia representativa.

Diante desse cenário de profundo esgotamento da representatividade, a democracia passou a se constituir sob diversas formas de participação, para além da disputa eleitoral, adquirindo importância as outras formas de tomada de decisão.

Essa tendência mundial à incorporação constitucional do que vem sendo denominado de princípio democrático participativo pode ser percebida, ainda que de forma tímida, na Constituição Federal de 1988, no Brasil. O parágrafo único de seu art. 1º preceitua que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Outrossim, o princípio democrático, além de acolher os mais importantes postulados da teoria democrática representativa - quais sejam, órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes - ainda implica em democracia participativa, por meios de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de participar dos processos de decisão. Estando em xeque, assim, a validade da democracia representativa clássica e tradicional, encontra-se desfalcada a possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular.

Se o Poder Judiciário se encontra, contemporaneamente, na centralidade da realização das promessas constitucionais, surge a imperiosa necessidade de legitimar sua função

intervencionista, condizente com a medida do Estado Democrático de Direito, a partir da superação da leitura liberal-individualista dessa intervenção. É que o Estado Democrático de Direito se legitima tanto por meio da realização efetiva das promessas contidas no texto constitucional, quanto por meio da abertura de canais de comunicação com a sociedade em todas as suas esferas de atuação.

O Estado brasileiro, embora se denomine *Democrático de Direito*, nos termos do *caput* do art. 1º da Constituição Federal, porta-se como um Estado *Liberal de Direito*, ao apresentar como características essenciais o culto à razão e o primado do individualismo - valores subjacentes à modernidade. Do mesmo modo, o judiciário brasileiro ainda possui uma postura liberal, embora, paradoxalmente, seja levado a ultrapassar o modelo de solução de controvérsias - de cariz eminentemente privado, individualista - para atender aos valores constitucionais.

Assim, passa a ser exigido do jurista o acolhimento de um processo diferente, em que a decisão a ser dada seja resultado de uma construção, o que é proporcionado pela jurisdição constitucional, em sua perspectiva coletiva. Tal perspectiva é possibilitada pela jurisdição constitucional brasileira, ao permitir a abertura do processo à participação de outros sujeitos para além das partes do processo, ou seja, ao permitir o diálogo da Justiça com a sociedade, traduzindo-se em verdadeiro exercício de democracia direta. Verifica-se, mesmo que de forma tênue, uma inauguração do princípio democrático participativo no âmbito da função jurisdicional.

Nesse sentido, a Lei nº 9868/99, para o caso específico da ação direta de inconstitucionalidade, trouxe sensível inovação ao prever a possibilidade de manifestação no processo de outros órgãos e entidades, inserindo no processo judicial, pela primeira vez, a figura do *amicus curiae* do direito norte-americano, conforme determina o seu art. 7º, §2º.

Além disso, tanto a Lei nº 9868/99, quanto a Lei nº 9882/99 abrem definitivamente o processo de controle direto da constitucionalidade à participação da sociedade, atribuindo ao Relator da ação o poder de requisitar informações adicionais, nomear peritos ou comissões de peritos para o fim de emitirem pareceres sobre a questão ou, ainda, designar audiência pública jurisdicional para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Configura-se o reconhecimento legislativo da necessidade de o julgador se abrir à sociedade para, junto dela, buscar subsídios à formação do seu convencimento, observando-se a participação social no STF com a função democrática de levar perspectivas de diversos setores que compõem a sociedade plural, permitindo que aquela Corte as conheça, no momento da tomada de decisão.

Ainda, a figura da audiência pública, além de estar prevista em lei, passou a integrar o Regimento Interno do STF, passando a ser utilizada também para o controle difuso de constitucionalidade, no caso do reconhecimento da repercussão geral. Tal modelo normativo, contudo, apresenta-se contraditório, por manter a intangibilidade da figura central do Juiz no processo decisório: seja na inauguração do processo de escuta participativa; seja na definição de seu procedimento; seja na escolha de seus atores; seja, inclusive, quanto à efetiva repercussão dos conteúdos colhidos, na decisão, o que resulta numa fragilidade democrática do instituto.

Nesse contexto, verificou-se na prática tal fragilidade, sendo apontada como caso de estudo desta pesquisa a Audiência Pública nº 4, também denominada de Audiência Pública da Saúde, a qual representou uma inovação na história do STF, tanto por se tratar da primeira audiência com regulamentação própria - prevista na Emenda Regimental nº 29/2009 - quanto por não seguir atrelada a um caso específico, em virtude da contingência e da complexidade do tema a ser tratado; consignando-se, em sua abertura, que as considerações então apresentadas podem ser utilizadas para a instrução de qualquer processo acerca daquela matéria, no âmbito do STF.

A escolha dessa audiência pública dentre as demais acaba se justificando, portanto, por ampliar as possibilidades de verificação da existência - ou não - de nexo de causalidade entre os critérios nela definidos e o conteúdo das diversas decisões judiciais acerca da matéria em apreço, proferidas pelo STF, desde então, examinando-se eventuais efeitos democráticos do instituto.

Por não haver um documento-síntese dos debates realizados naquela oportunidade, em março de 2010, na decisão exarada no Agravo Regimental da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175, cujo acórdão foi aprovado à unanimidade, o Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, resenhou as conclusões decorrentes daquela audiência, as quais foram tidas, no presente trabalho, como parâmetro para a aferição de eventuais repercussões nas decisões proferidas pelo STF.

Em relação aos arestos analisados, além da delimitação temática referente ao direito à saúde, bem como do *corte* temporal, resultando em julgamentos realizados entre primeiro de abril de 2010, o que se justifica diante do fato de que o paradigma decisório foi julgado em março de 2010, e primeiro de abril de 2014, haja vista o interstício disponível para o desenvolvimento do estudo, cumpre assinalar a metodologia utilizada.

A coleta foi realizada no sítio eletrônico oficial do STF (www.stf.jus.br), na seção “jurisprudência -> pesquisa”, com o termo de pesquisa *direito e saúde*. A partir do referido

termo, obtiveram-se, como resultado, duzentos e vinte e seis acórdãos, não tendo sido solicitadas as opções *repercussão geral*; *súmulas vinculantes*; *súmulas*; *decisões monocráticas*; *decisões da presidência*; e nem *questões de ordem*.

Fez-se necessária, ainda, outra filtragem, relativa à temática, de modo que se mostraram servíveis à pesquisa dezesseis arestos, sendo que em nenhum deles se verificou que o STF tenha enfrentado, racionalmente, no processo intelectual de construção da decisão, a aceitação - ou não - das contribuições trazidas pelos participantes das audiências, observando-se, no máximo, mera transcrição do que propôs o Agravo Regimental da Suspensão da Tutela Antecipada nº 175.

Mantém-se, portanto, uma discricionariedade quanto à efetiva repercussão dos conteúdos colhidos, na decisão, o que se apresenta como limite à consolidação das audiências públicas como instrumento de democratização do espaço jurisdicional.

Assim, a despeito de a adoção das audiências públicas se caracterizar como repercussão da inserção dos pressupostos de participação agregados ao modelo democrático previsto pela Constituição Federal de 1988, não vem se evidenciando, até o momento, como meio eficaz de alteração nas práticas jurisdicionais, como ponte entre a legitimidade democrática e a intervenção judicial nas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ABERTAS inscrições para audiência pública sobre direitos autorais. Notícia STF, Brasília, DF, 13 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=257570>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

AJOUZ, Igor; SILVA, Cecília de Almeida. Audiências públicas na Suprema Corte Brasileira: novas tendências para o diálogo social. **Revista da AGU**, Brasília, DF, ano 12, n. 37, p. 129-160, jul./set. 2013.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário**: e outros temas contemporâneos. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad.: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, p. 37-38, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! e o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado Constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAN, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O papel do Estado Constitucional face ao modelo político-econômico neoliberal. **Derecho y Cambio Social**, [S.l.], 01 out. 2013. Disponível em: <http://www.derechoycambiosocial.com/revista034/O_PAPEL_DO_ESTADO_CONSTITUCIONAL.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONETTO, Maria Susana; PIÑERO, Maria Teresa. **Las transformaciones del estado**: de la modernidade a la globalización. 2. ed. Córdoba: Advocatus, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.063 de 27 de outubro de 2009**. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112063.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.485, de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado; altera a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, e as Leis nºs 11.437, de 28 de dezembro de 2006, 5.070, de 7 de julho de 1966, 8.977, de 6 de janeiro de 1995, e 9.472, de 16 de julho de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12485.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.853, de 14 de agosto de 2013**. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.055, de 1 de junho de 1995.** Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça **Abertura audiência pública n. 4.** Brasília, DF, 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul.** Recorrentes: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: União. Recorrido: Município de Canela. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE581488.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal **Ag. reg. no agravo de instrumento 550.530 Paraná.** Agravante: Autarquia Municipal de Saúde – MAS. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal.** Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Intimado: Conectas Direitos Humanos. Intimado: Centro de Direito Humanos – CDH. Intimado: Movimento em Prol da Vida – Movitae. Intimado: Anis - Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero. Intimado: Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. Relator: Ayres Britto. Brasília, DF, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará.** Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Agravado: Clarice Abreu de castro Neves. Agravado: Município de Fortaleza. Agravado: Estado do Ceará. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no agravo de instrumento 734.487 Paraná.** Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relatora: Min. Ellen Grace. Brasília, DF, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 626.382 Rio Grande do Sul.** Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Amanda Rafaela de Lima Ramires (representada por Sheila Teresinha Silva de Lima). Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 27 ago. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4498216>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no recurso extraordinário 607.381 Santa Catarina.** Agravante: Estado de Santa Catarina. Agravado: Ruth Maria da Rosa. Brasília, DF, 31 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 665.764 Rio Grande do Sul.** Agravante: União. Agravado: Associação de Caridade Santa Casa do Rio Grande. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1885686>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 716.777 Rio Grande do Sul.** Agravante: União. Agravado: Celia de Souza Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de abril 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3796664>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário com agravo 738.729 Rio Grande do Sul.** Agravante: União. Agravado: Marilene de Fátima Madalosso Lavarda. Intimado: Estado do Rio Grande do Sul. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4324230>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 642.536 Amapá.** Relator: Min. Luiz Fux. Agravante: Estado do Amapá. Agravante: Ministério Público do Estado do Amapá. Brasília, DF, 05 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 762.242 Rio de Janeiro.** Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Severina Belarmina de Melo de Oliveira. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5042897>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 756.149 Rio Grande do Sul.** Agravante: União. Agravado: Florinda Lenir Figueira Bellinaso. Intimado: Município de Santa Maria. Intimado: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Dias toffoli. Brasília, DF, 17 dez. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290109>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 717.290 Rio Grande do Sul**. Agravante: União. Agravante: Alvaro Luiz Silveira Saideles. Intimado: Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Município de Santa Maria. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595657>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 627.411 Sergipe**. Agravante: União. Agravado: Andre Victor Bittencourt de Souza (Representado por André de Souza e Marise Bittencourt). Intimado: Estado de Sergipe. Intimado: Município de Aracaju. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2857471>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 581.352 Amazonas**. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado DO Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 out. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. reg. no recurso extraordinário 741.566 Rio Grande do Sul**. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Município de Novo Hamburgo. Intimado: Dionata Soares Ferreira. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4323625>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: atualizado até junho de 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2014.

BUFFON, Marciano. A crise estrutural do Estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. Da crise do estado social ao pós-neoliberalismo: uma breve história entre dois séculos. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco**, Curitiba, ano 5, n. 10, p. 74, jul./dez. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO, Thiago Fabres de. A crise política no mal-estar pós-moderno: (di)lemas e desafios dos Estados democráticos na contemporaneidade. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de direito**. Tradução Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMEÇA a audiência pública sobre biografias não autorizadas. **Notícia STF**, Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253941>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

CONCLUÍDA audiência pública sobre Programa Mais Médicos – Atualizada. **Notícia STF**, Brasília, DF, 26 nov. 2013 Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254389>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 327-334, 1988. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n4/08.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2014.

DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado: a revolução cultural liberal**. Trad.: Procópio Abre. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEDOZZI, Luciano. **Democracia participativa, lutas por igualdade e iniquidades da participação**. Porto Alegre, [2014?]. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/democraciaparticipativa/biblioteca-1/arquivos/Democracia%20participativa%20lutas%20por%20igualdade.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madri: Alianza, 1977.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Trad.: Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

INICIADA no STF audiência pública sobre regime prisional. **Notícias STF**, Brasília, DF, 27maio 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239503>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A efetivação do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: novas metodologias e institutos processuais democratizando a jurisdição constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 17, p. 429-449, 2011.

LISBÔA, Aline. **Participação social no controle de constitucionalidade: a propositura de ações diretas, o *amicus curiae* e as audiências públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Editora Moraes, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira. O pensamento de Peter Härberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, ano 2, 2008/2009.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Audiências públicas: novas práticas o Sistema de Justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Crise do Estado, Constituição e democracia política: a “realização” da ordem constitucional! e o povo... In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**, n. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A dupla face do acesso à justiça: análises iniciais sobre a cultura da eficiência e o desafio de institucionalização dos Juizados Especiais Federais. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. **A transformação do estado**: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** Reflexões a propósito das aventuras do estado social. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PROGRAMA Síntese traz julgamento do Plenário sobre medicamentos e tratamentos de saúde. **Notícias do STF**, Brasília, DF, 20 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122316>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

RAIS, Diogo. **A sociedade e o Supremo Tribunal Federal**: o caso das audiências públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSA, Alexandre Moraes da. A constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 18, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UNB, 1997.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. **Estudios Constitucionales**, Santiago, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADI 3510. Do modelo individualista e liberal ao modelo coletivo e democrático de processo. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideo, ano 15, p. 311-328, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; SOARES, Hector Cury. O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou a inevitabilidade do julgamento? In: **Revista Novos Estudos Jurídicos – NEJ**. Vol. 14. n. 3. p. 208-254. 3º quadrimestre 2009.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facuri. **A responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCAFF, Fernando Facury. Guerra fiscal, neoliberalismo e democracia. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 11, jan./jun. 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF convoca audiência pública sobre financiamento de campanhas eleitorais. **Notícias STF**, Brasília, DF, 26 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234544>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

STF encerra audiência pública sobre biografias não autorizadas. **Notícia STF**, Brasília, DF, 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=253996>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

STF realiza audiência pública sobre direitos autorais nesta segunda (17). **Notícia STF**, Brasília, DF, 14 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262202>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPREMO convoca audiência pública sobre Programa Mais Médicos. **Notícia STF**, Brasília, DF, 02 out. 2013 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=249852>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. 2013. 126 f. Tese (Doutorado em Filosofia) -- Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Audiências públicas e ativismo**: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.