

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

VIVIANE NERY VIEGAS

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE O (DIFÍCIL)
DIÁLOGO ENTRE O CAMPO JURÍDICO E O CAMPO POLÍTICO COMO
PRESSUPOSTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

São Leopoldo

2011

VIVIANE NERY VIEGAS

**A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE O (DIFÍCIL)
DIÁLOGO ENTRE O CAMPO JURÍDICO E O CAMPO POLÍTICO COMO
PRESSUPOSTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-graduação em Direito da
Universidade do Vale Rio dos Sinos –
UNISINOS.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Angela Araujo da Silveira Espindola

São Leopoldo

2011

Ficha Catalográfica

V656j Viegas, Viviane Nery

A jurisdição constitucional e a implementação de políticas públicas no cenário brasileiro: uma análise sobre o (difícil) diálogo entre o campo jurídico e o campo político como pressuposto para a concretização de direitos fundamentais sociais/ por Viviane Nery Viegas. – 2011.

127 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

“Orientação: Prof^ª Dr^ª Angela Araujo da Silveira Espindola, Ciências Jurídicas”.

1. Jurisdição constitucional. 2. Política pública. 3. Direito constitucional – Democracia. 4. Cidadania. I. Título.

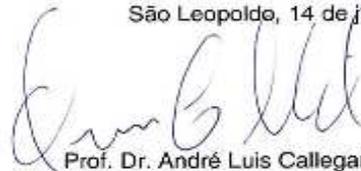
CDU 342.4.038

Catálogo na Publicação:
Bibliotecária Camila Rodrigues Quaresma - CRB 2/1376

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: **“A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOBRE O (DIFÍCIL) DIÁLOGO ENTRE O CAMPO JURÍDICO E O CAMPO POLÍTICO COMO PRESSUPOSTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS”**, elaborada pela mestranda **Viviane Nery Viegas**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de junho de 2011.



Prof. Dr. André Luis Callegari

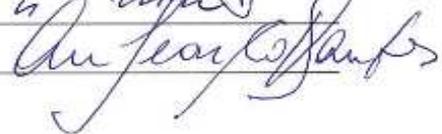
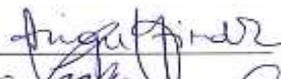
Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Ângela Araujo da Silveira Espindola

Membro: Dr. Douglas Cesar Lucas

Membro: Dr. André Leonardo Copetti Santos



Àquele que me ensinou a nunca desistir:

Jorge Luiz Viegas da Silva, meu pai.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Dr^a. Angela Araujo da Silveira Espindola, pela atenção e pela disponibilidade para a elaboração e a conclusão deste trabalho.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pela oportunidade concedida e aos professores, por demonstrarem novas formas de compreensão do Direito.

À Secretaria do PPG-Unisinos, nas pessoas de Vera Loebens e Simone Blume, por sua atenção e prontidão em todas as atividades promovidas.

Enfim, a todos que contribuíram para que este projeto fosse possível.

[...] maior ou menor democraticidade de um regime se mede precisamente pela maior ou menor liberdade de que desfrutam os cidadãos e pela maior ou menor igualdade que existe entre eles.

Norberto Bobbio

RESUMO

A temática posta em investigação tem como foco central o exame do papel da jurisdição constitucional na concretização de direitos, em especial os sociais. A proposta, aqui, apresentada é buscar uma nova perspectiva para a atuação judicial, na medida da superação do paradigma racionalista-liberal, com o intuito de promover direitos fundamentais sociais, calcados em políticas públicas necessárias à realidade brasileira. Pretende-se demonstrar a conexão entre Direito e Estado e, como consequência, a ligação entre as suas crises. A intenção é analisar a evolução do Estado, de um Estado mínimo a um Estado interventor, rememorando as origens do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, para compreender como se configurou (ou quer se configurar) o Estado Democrático de Direito. Diante disso, é preciso, antes de tudo, rediscutir a própria democracia, de modo que, pelo recorte feito nesse estudo, a discussão gire em torno da crise da democracia representativa e da emergência de uma nova democracia (participativa e deliberativa). Nesse cenário, voltando-se para o caso brasileiro, discorre-se sobre o movimento da judicialização da política, focando o tema sobre a questão da concretização de direitos, para questionar sobre a famigerada separabilidade do Direito e da moral e, ainda, para introduzir a questão da inclusão da cidadania no processo jurisdicional democrático. Por fim, a discussão centra-se no papel do juiz no processo democrático brasileiro, revisita-se o papel do juiz, compreendendo a atuação judicial e a sua esfera criativa, com o propósito de concretizar direitos. Da mesma forma, fomenta-se a necessidade de incluir o cidadão no processo democrático, através do processo jurisdicional, oportunizando a sua participação em tal cenário. Nesse passo, o objetivo geral é analisar as possibilidades e os limites da jurisdição constitucional, como forma de concretizar direitos fundamentais, em especial os sociais. E, ademais, em face do que, aqui, se chama de difícil diálogo entre o campo jurídico e o campo político, é compreender como ocorre (ou deveria ocorrer) a aproximação entre a sociedade e o Estado, através do Direito, na medida do processo de socialização no cenário brasileiro.

Palavras-chave: jurisdição constitucional – concretização de direitos sociais – políticas públicas – cidadania – democracia.

RESUMEN

El tema que se pone en investigación tiene como foco central el estudio del papel de la jurisdicción constitucional en la materialización de derechos, y los sociales, en especial. La proposición que, aquí, se presenta es la búsqueda de una nueva perspectiva para el funcionamiento judicial, en la medida de la superación del paradigma racional y liberal, con la intención de promover los derechos fundamentales sociales, basados en políticas públicas necesarias a la realidad brasileña. Se busca demostrar la conexión entre el Derecho y el Estado y, como consecuencia, el ligarse entre sus crisis. La intención es analizar la evolución del Estado, que pasó de un Estado mínimo a un Estado de intervención, recordando, así, los orígenes del Estado Liberal y del Estado Social de Derecho, para entender como si firmó (o desea firmarse) el Estado Democrático de Derecho. Así, se hace necesario, rehacer la discusión cerca de la democracia en si misma, de la manera que, porque por la opción que se hizo en este estudio, el debate se vuelva alrededor de la crisis de la democracia representativa y de la emergencia de una nueva democracia (participativa y deliberativa). En esta escena, se vuelve al caso brasileño, el tema se discurre en el movimiento del judicialización de la política, cuya énfasis baja en la cuestión de la materialización de los derechos, y además preguntar sobre la torpe separación del derecho y de la moral y, incluso, de introducir la cuestión de la inclusión de la ciudadanía en el procedimiento judicial democrático. Finalmente, la discusión se centra en el papel del juez en el proceso democrático brasileño, se hace una vuelta histórica en el papel del juez, entendiendo el funcionamiento judicial y su esfera creativa, con la intención de materializar los derechos. De la misma forma, se cree en la necesidad de inclusión al ciudadano en el proceso democrático, con el procedimiento judicial, para hacer posible su participación en tal escena. En este paso, el objetivo general es analizar las posibilidades y los límites de la jurisdicción constitucional, como forma para materializar derechos fundamentales, y los sociales, en especial. Además, a cerca de lo que se llama, aquí, diálogo difícil entre el campo legal y el campo político, es entender como ocurre (o tendría que ocurrir) el acercamiento entre la sociedad y el Estado, por el medio del derecho, en la medida del proceso de la socialización en la escena brasileña.

Palabras claves: jurisdicción constitucional - materialización de los derechos sociales - política pública - ciudadanía – democracia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 CRISE DO ESTADO E CRISE DO DIREITO: O CONSTITUCIONALISMO FRENTE AO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	15
2.1 A evolução do conceito de Estado: de um Estado mínimo a um Estado interventor.....	17
2.2 A configuração do Estado Democrático de Direito: o embate entre o (neo)constitucionalismo e o positivismo jurídico.....	21
2.3 Globalização e Democracia: a crise da democracia representativa e a emergência de uma nova democracia (de um diálogo democrático).	27
2.4 As transformações do Poder Judiciário no Brasil em tempos de democracia participativa.	33
3 O (DIFÍCIL) DIÁLOGO ENTRE O CAMPO JURÍDICO E O CAMPO POLÍTICO: PRESSUPOSTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO PROCESSO JURISDICIONAL	40
3.1 O (difícil) diálogo entre o campo político e o campo jurídico.	40
3.2 A concretização de direitos fundamentais sociais e o movimento de judicialização da política: questões políticas são jurídicas?.....	44
3.3 O problema da realização da cidadania no Brasil.	56
3.4 Democracia participativa (deliberativa): construindo a perspectiva de um diálogo democrático dentro do processo jurisdicional.....	63
4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO DEMOCRÁTICO	72
4.1 A dimensão jurídica das políticas públicas.....	73
4.2 O papel do juiz e do cidadão na construção de uma democracia participativa (e inclusiva) voltada para a formulação e a implementação de políticas públicas: o diálogo no processo.....	77
4.3 A justiciabilidade dos direitos sociais e a disseminação das tutelas coletivas.....	87
4.4 O STF na concretização dos direitos fundamentais sociais: a prática dialógica no processo jurisdicional brasileiro.....	98
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

1 INTRODUÇÃO

A temática posta em investigação tem como foco central o exame do papel da jurisdição constitucional na concretização de direitos, em especial, os sociais. A proposta, aqui, apresentada é buscar uma nova perspectiva para a atuação judicial, na medida da superação do paradigma racionalista-liberal, com o intuito de promover direitos fundamentais sociais, calcados em políticas públicas necessárias à realidade brasileira.

À vista da complexidade das relações humanas no mundo globalizado, é preciso revisitar os conceitos de Estado e de Direito para compreender como ocorreram suas transformações com o passar dos séculos. As constantes transformações políticas, econômicas, culturais e sociais demandam uma mudança no paradigma legalista do Direito. Não há como manter um arcabouço de leis, sem que estas acompanhem o processo histórico de um país.

No cenário brasileiro, igualmente, é necessário examinar como se deram as transformações do Estado e a implementação do regime democrático no país.

A Constituição brasileira de 1988 erigiu o Estado brasileiro a Estado Democrático de Direito, trazendo, em seu texto, um extenso rol de direitos a serem efetivados pelas instituições políticas e jurídicas. Todavia, este é, ainda, um longo caminho a percorrer.

Passados mais de 20 anos da Constituição Federal de 1988, o Brasil ainda sofre desigualdades e incoerências sociais gravíssimas, apontando um déficit na estrutura política do país. Deve-se, nesse sentido, revisar as tarefas das instituições às quais foram incumbidas de promover os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. E, por isso, o recorte dado, neste estudo, centra-se em debater as tarefas do Poder Judiciário, especialmente quanto ao processo jurisdicional constitucional, como instituição capaz de promover e implementar tais direitos.

Frente a isso e tendo em vista que, no sistema judicial brasileiro, o Poder Judiciário, de regra, só atua mediante provocação, pretende-se trazer a lume a questão da cidadania brasileira – do passado ao futuro – como forma de propor uma releitura do conceito de cidadania à luz do Estado democrático de Direito, buscando resgatar a ideia de democracia

participativa. A pretensão é resgatar um pouco da história da cidadania no Brasil, a fim de verificar como ocorreu (ou, ainda, questionar se realmente ocorreu) a instauração de um regime democrático no país e, com isso, rever o papel do cidadão na esfera política. Diante da verificação dessas raízes históricas, tenciona-se passar ao estudo da doutrina sobre a jurisdição constitucional brasileira, com o intuito de averiguar como aconteceram as transformações do Poder Judiciário no século XX e como as diversas correntes filosóficas do direito influenciaram na (des)construção do sistema judicial brasileiro de controle e implementação de políticas públicas e, como consequência, compreender qual o papel do cidadão e do juiz nesse processo.

Tal construto teórico visa a avançar na discussão sobre a judicialização da política e reavaliar, de forma geral, como são solucionados os conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais no sistema judicial brasileiro.

Como já observado, a problemática proposta, no presente estudo, está intimamente relacionada com a questão da desigualdade social existente no Brasil. No contexto brasileiro, a exigibilidade judicial dos direitos sociais passa a ser fundamental para a sua efetividade. De um lado, tem-se uma Constituição analítica, que prevê, de forma ampla e abrangente, um rol extenso de direitos fundamentais, em especial os sociais, e, de outro, verifica-se que não há mecanismos jurídicos suficientemente capazes de garantir estes direitos, seja por meio de medidas reparatorias/compensatórias, seja por meio de medidas preventivas/específicas. Ao contrário dos direitos individuais que, amparados pela tradição liberal, possuem mecanismos de garantia já utilizados há muitos anos, a defesa processual dos direitos sociais é extremamente deficiente, esbarrando não só nas ausências financeiras para a promoção destes, mas também na ausência de mecanismos processuais eficazes que garantam a sua efetividade.

Nesse passo, o objetivo geral é analisar as possibilidades e os limites da jurisdição constitucional, como forma de concretizar direitos fundamentais, em especial os sociais. E, ainda, em face do que, aqui, se chama de difícil diálogo entre o campo jurídico e o campo político, compreender como ocorre (ou deveria ocorrer) a aproximação entre a sociedade e o Estado, através do Direito, na medida do processo de socialização no cenário brasileiro.

Assim, em específico, pretende-se (i) analisar o papel do Poder Judiciário como instituição capaz de promover o controle ou, ainda, a implementação de políticas públicas no Brasil; (ii) trazer a lume a questão da cidadania brasileira – do passado ao futuro – como

forma de buscar um novo conceito de cidadão; (iii) examinar as crises do Estado contemporâneo, com intenção de revisitar a evolução do Estado e, ao lado disso, analisar a evolução dos direitos; (iv) verificar como ocorreu a transformação do Poder Judiciário no século XX e como as diversas correntes filosóficas do Direito influenciaram na (des)construção do sistema judicial brasileiro de controle e implementação de políticas públicas e, por conseguinte, qual o papel do cidadão nesse processo; (v) avançar na discussão sobre a judicialização da política para reavaliar a efetividade dos mecanismos processuais existentes no sistema judicial brasileiro, bem como quanto à disseminação das tutelas coletivas; (vi) trazer exemplos de alguns casos práticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de demonstrar como se deu essa transformação social e o respectivo impacto no processo.

Diante disso, a pesquisa, aqui, formulada, que se insere na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de direitos” do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – nível de mestrado – da Unisinos, tem como ponto nodal a superação do viés individualista do Direito, de modo que se busca perquirir sobre novas formas de atuação criativa do juiz na concretização de direitos fundamentais sociais. Tudo isso, na esteira de uma perspectiva constitucional do estudo do processo, na linha de Darci Guimarães Ribeiro, Nicola Picardi e Dierle Nunes. Frise-se, ainda, a contribuição essencial das obras de José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Streck.

Para tanto, a metodologia, como técnica de pesquisa, aplicada na presente pesquisa, constitui-se, primeiramente, de uma vasta revisão bibliográfica, atentando para a doutrina existente sobre o assunto. Ademais, a pesquisa foca-se na análise de arestos de jurisprudência sobre as questões já levantadas durante a revisão bibliográfica, estabelecendo uma relação entre a fonte bibliográfica (doutrinária) e a aplicação das normas pelos tribunais superiores brasileiros.

De outro lado, a “metodologia” de abordagem adotada é a fenomenológica-hermenêutica, eis que se utiliza a perspectiva do Direito em sua condição de ciência da compreensão e o processo jurisdicional como responsável pela fixação do direito material para um certo momento temporal, desmitificando valores como neutralidade axiológica, verdade, certeza e segurança jurídica. A partir dessa perspectiva metodológica, é possível interpretar o mundo no seu respectivo tempo.

E, por fim, a “metodologia” procedimento que se adota é a histórica, mas também a comparativa, visando à investigação de acontecimentos, institutos e instituições do passado até a contemporaneidade. Dessa forma, provoca-se, conseqüentemente, um estudo (comparativo) de semelhanças e diferenças entre os institutos do Direito moderno (especialmente no que tange à promoção e à proteção dos direitos sociais) ao longo da construção da história democrática nacional.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, pretende-se demonstrar a conexão entre Direito e Estado e, como consequência, a ligação entre as suas crises. No mesmo passo das transformações do Estado, deu-se a evolução dos direitos, o que, em última análise, influenciou e, ainda, influencia a esfera política e a esfera jurídica, especialmente em um país subdesenvolvido como o Brasil.

A intenção é analisar a evolução do Estado, de um Estado mínimo a um Estado interventor, rememorando as origens do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, para compreender como se configurou (ou quer se configurar) o Estado Democrático de Direito.

Na mesma linha, colaciona-se a importância de examinar o fenômeno da globalização e a sua influência sobre a política e a economia dos Estados. Aliado à transformação ocorrida no mundo agora globalizado e às novas exigências prestacionais do Estado Social de Direito, o fenômeno do constitucionalismo, na versão racionalista, em que foi formulado, já não supre as carências dessa nova ordem. Assim, impõe-se analisar o embate entre o neoconstitucionalismo e o positivismo jurídico.

À vista disso, a própria ordem política se esvazia. Não há como manter as mesmas estruturas jurídicas e políticas antes utilizadas. É preciso, antes de tudo, rediscutir a própria democracia, de modo que, pelo recorte feito nesse estudo, a discussão gire em torno da crise da democracia representativa e da emergência de uma nova democracia (participativa e deliberativa). Nesse cenário, voltando-se para o caso brasileiro, e seguindo a discussão pretendida no estudo, examinam-se as transformações do Poder Judiciário brasileiro, com vistas a suscitar as transformações de ordem constitucional do sistema judicial do Brasil.

No segundo capítulo, ingressando no tema propriamente dito, discute-se como ocorre o diálogo (aqui assim chamado) entre o campo político e o campo jurídico, momento em que se faz uso da doutrina de Pierre Bourdieu, para denotar como se dá essa relação entre a

política e o Direito e como ambas as esferas devem andar lado a lado.

Por conseguinte, discorre-se sobre o movimento da judicialização da política, focando o tema sobre a questão da concretização de direitos, para questionar sobre a famigerada separabilidade do Direito e da moral e, ainda, para introduzir a questão da inclusão da cidadania no processo jurisdicional democrático.

De pronto, passa-se a analisar o histórico da cidadania no Brasil, prefaciando a exposição com a questão do povo na ordem democrática, conforme Friedrich Müller, para, em continuidade, elucidar alguns pontos históricos necessários ao entendimento das estruturas políticas e jurídicas do Brasil hoje.

Por fim, pondera-se um pouco mais sobre a democracia participativa, buscando, na teoria da ação comunicativa de Habermas, esteio para uma nova perspectiva social.

No terceiro capítulo, o enfoque centra-se no papel do juiz no processo democrático brasileiro. Para tanto, inicia-se dimensionando o caráter jurídico das políticas públicas, a fim de esclarecer, de modo breve, alguns conceitos necessários à exposição.

Logo após, analisa-se o papel do juiz, compreendendo a atuação judicial e a sua esfera criativa, no intuito de concretizar direitos. Da mesma forma, fomenta-se a necessidade de incluir o cidadão no processo democrático através do processo jurisdicional, oportunizando a sua participação nesse cenário. A proposta é fomentar a relação dialógica entre o Estado-juiz e a sociedade.

Diante disso, aborda-se a disseminação das tutelas coletivas como mecanismos de ampliação do espaço da cidadania no processo jurisdicional, destacando sua importância para conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, o que demanda, em primeiro plano, uma análise sobre a qualidade do provimento coletivo e, em segundo plano, sobre os remédios judiciais que devem ser aplicados para a solução dos conflitos.

De acordo com os ditames do Estado Democrático de Direito, é necessário que os resultados de uma determinada demanda correspondam com uma concepção de justiça, vinculada à prática da solidariedade social e da igualdade.

Por fim, colaciona-se práticas da relação dialógica entre o Estado-juiz e a sociedade já

efetivadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), com intuito de verificar quais são as primeiras medidas tomadas, no cenário brasileiro, para esta transformação social, como forma de demonstrar seus limites e as possibilidades.

Tais práticas estão configuradas em duas figuras jurídicas: as audiências públicas e o instituto do *amicus curiae*. Embora estes mecanismos sejam aplicados apenas em situações consideradas de relevância pelo Supremo Tribunal Federal, eles já demonstram um movimento de inclusão da cidadania na esfera pública.

2 CRISE DO ESTADO E CRISE DO DIREITO: O CONSTITUCIONALISMO FRENTE AO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Na década de 80, viu-se uma profunda mudança no contexto político mundial. Assistiu-se à queda de todos os regimes autoritários que predominaram na América Latina e, além disso, a desintegração quase completa do chamado “bloco socialista”. Em face dessas transformações, é preciso questionar qual o papel que se deve outorgar ao Estado?¹

A resposta para a questão não é simples. No contexto mundial atual, as transições econômicas, políticas, sociais e culturais deram origem ao que chama de crise do Estado². Ocorre, porém, que a crise estatal está diretamente vinculada à questão da regulação social das políticas de Estado. E, nesse contexto, o distanciamento da legislação em relação à realidade é crescente, refletindo-se nas dificuldades para a implantação de programas de políticas sociais.

Nesse sentido, reconhecido que Direito e Estado são realidades estritamente ligadas, já que o Estado age por meio do Direito, por suas regras e poder de coerção, não há como distanciar a crise do Estado da crise do Direito. O Estado como forma de organização política passa pela mediação do Direito.³

O final do Estado Social de Direito⁴ foi marcado pela influência de um novo cenário mundial: o mundo globalizado. As transformações econômicas geradas após o fim da Guerra Fria romperam com o paradigma econômico estatal soberano. A novidade é a interdependência entre os Estados. Assim, reconhece Chevallier:

O fim do protetorado exercido pelo Estado sobre a vida social, notadamente sobre a pressão da globalização, não significa, no entanto, o fim do Estado ou o retorno ao Estado mínimo: o Estado permanece dotado de uma função essencial, como o testemunha nos países liberais a ausência de redução do

¹ ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 15.

² Observe-se que há uma forte e íntima conexão entre o Estado e a concretização dos direitos, seja pela via judicial ou extrajudicial. Desse modo, cumpre explorar as crises do Estado como preliminares das discussões que se pretende travar dentro dos limites desta dissertação.

³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo horizonte: Fórum, 2009, p. 115.

⁴ “Tradicionalmente, admite-se que o Estado Moderno tomou duas formas principais: o Estado Liberal e o Estado Social. O primeiro emergiu com as revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX; o segundo começou a construir-se desde o final do século XIX até aproximadamente os anos 1970. Anos desde os quais se considera esse último em crise.” In: ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*, p. 16.

volume das despesas públicas (53,6% do PIB na França em 2006) e do peso das exações obrigatórias (44% do PIB da França em 2006 contra 41,7% do PIB em 1980) – o déficit público e a dívida pública aumentando correlativamente, a despeito dos critérios de convergência impostos na Europa pela introdução da moeda única – assim, como os efeitos da função pública (5,2 milhões na França, ou seja, 21,6% da população ativa, contra 19,1% em 1980) – com a exceção notável dos países anglo-saxões, e notadamente da Grã-Bretanha.⁵

A necessidade de transformar os mecanismos de regulação social e econômica do Estado associada à complexidade da sociedade atual levaram a uma situação paradoxal, especialmente, em países em desenvolvimento como o Brasil: de um lado, tem-se uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante direitos da forma mais ampla possível.⁶

Nesse contexto, a passagem do Estado Liberal de Direito, com o seu caráter de limitação negativa (Estado Mínimo) para o Estado Social (*Welfare State*), no Brasil, não ocorreu de fato, uma vez que o Estado interventor-desenvolventista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi pródigo, como está sendo até hoje, somente para as elites ou camadas médio-superiores. No Brasil, portanto, a modernidade é tardia e arcaica.⁷

As promessas de modernidade, no Brasil, pois, não passaram (passam) de promessas, retornando, paradoxalmente, ao Estado (neo)liberal, que visa a minimizar o Estado.

Convém ressaltar que este paradigma dá-se na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador (característica dirigente) no intuito de implantar as referidas promessas.

Por isso, não há dúvida que, hoje, é de extrema importância se ver o Direito como transformador social. Assim sendo, cumpre à jurisdição constitucional o papel de garantidora

⁵ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*, p. 59.

⁶ “Não deve esquecer-se que o nó górdio do problema consiste na harmonização da concorrência de empresas prestadoras de serviços e bens e a garantia dos interesses públicos através de serviços de interesse geral. Por outras palavras: a liberalização da economia e a regulação do mercado ultrapassam as competências e as capacidades de decisões do Estado e colocam novos desafios à capacidade de prestação das normas vinculativas do Estado. E as primeiras normas a sofrer com a abertura e processualização das funções do Estado são as normas da Constituição, sobretudo de constituições como a portuguesa e a brasileira, carregadas de abundantes regulações de direitos econômicos, sociais e culturais.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado Garantidor: Claros e Escuros de um conceito*. In: AVELÃS NUNES, António José. MIRANDA, Jacinto Nélson de. (coord.). *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 575.

⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 23-24.

dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia.

Dessa forma, as demandas postas em juízo são crescentes, no sentido de buscar a satisfação dos direitos previstos legal e constitucionalmente, seja pelo controle de constitucionalidade das leis, seja por demandas que envolvam matérias constitucionalizadas, pois, no Estado contemporâneo, há, ou deveria haver, através do poder Judiciário, uma possível via de resistência às investidas dos demais poderes quando representarem qualquer forma de retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais.⁸

2.1 A evolução do conceito de Estado: de um Estado mínimo a um Estado interventor.

A partir das teorias contratualistas, que representaram um rompimento com o pluralismo jurídico do medievo, a evolução do Estado, considerados os seus diversos modelos, foi uma resposta aos anseios de liberdade, igualdade e segurança que emanavam do povo. Em razão disso, é que o Estado⁹ sofreu constantes modificações em sua estrutura.¹⁰

Em que pese às diversas alterações, o Estado nacional nasceu buscando a prevalência de algumas características, como: a soberania nacional, a unidade do ordenamento jurídico, a separação dos poderes estatais, a supremacia da lei sobre outras fontes do Direito e o reconhecimento de direitos individuais, civis e políticos aos cidadãos.

Nesse passo, concebida a ideia de nova “era dos direitos”¹¹, com influência do racionalismo iluminista, iniciado no século XVIII, o Estado moderno passou a ser arraigado por uma tradição liberal, fundada na concepção de limitação do Estado, ou seja, a própria autoridade estatal restringia o seu poder de interferir na vida dos particulares.

⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 21-32.

⁹ Aqui, Estado é entendido como realidade, conforme trabalhado na obra: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁰ “Na verdade, quando aconteceu o momento de ruptura entre a civilização e a barbárie, o que se percebe foi a necessidade de enfrentar novos dilemas sociais que surgiam ao longo do tempo. Por isso, o modelo estatal não foi absoluto, ocorrendo modificações paradigmáticas no decorrer da história. Do Estado Absolutista se passou ao Estado Liberal; posteriormente ao Estado Social até o atual Estado Democrático de Direito.” In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 40.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

Na contramão do antigo regime, o mercantilismo, o Estado Liberal serviu de amparo para os ideais da burguesia que, utilizando-se do ideal iluminista de buscar um conceito exato de Direito¹², defendeu os seus interesses econômicos através do meio político. Assim, destaca Julios-Campuzano:

É sabido, no entanto, que o Estado liberal de Direito representou as aspirações políticas da burguesia, que buscava consolidar em nível político o poder que já ostentava em outras esferas da vida, servindo-se para isso: a) em nível político, da ideologia liberal que, sutilmente manipulada pela nova classe social emergente, perdeu sua marca emancipatória e revolucionária para vincular-se aos interesses econômicos como o liberalismo arraigado e decadente; b) no âmbito jurídico, do positivismo legalista, que levou ao abandono dos conteúdos jusnaturalistas de traição liberal contratualista, o monopólio da produção jurídica por parte do aparato estatal, a consagração do princípio da legalidade, a onipotência da lei e a primazia do poder legislativo, função que, na prática, ficou confiada à burguesia, que tinha à disposição um modelo de representação política baseada no sufrágio censitário e, por último, a identificação entre justiça e validade em função da qual todo o Direito válido era por si mesmo legítimo.¹³

Nesse mesmo contexto, pode-se afirmar que houve uma recriação da constituição. Diante da racionalidade legalista que imperou durante do Estado Liberal, bem como da procura por um conceito de Direito ideal, a constituição passou a ser um meio de implementar e dispor sobre regras de organização dos poderes estatais, instituindo uma ordem legal eminentemente formalista.

Assim, a ideia de traçar um constitucionalismo flexível, vinculado aos ditames da supremacia da lei e da onipotência do Direito, colocou, na mão do legislador da época, o poder de decisão sobre o que e como deveria ser inserido no texto constitucional. “As constituições do século XIX expressam uma determinada cultura jurídica e política que deriva, diretamente, do legado cultural da Revolução Francesa e dos pressupostos de racionalidade, ordem e sistematicidade [...]”,¹⁴ ou seja, expressam o corpo teórico do positivismo legalista.

Não obstante, tais delineamentos críticos, o Estado Liberal pode ser considerado uma evolução em relação ao Estado Absolutista. A criação do Estado de Direito Constitucional

¹² Em outras palavras, criar normas que regulassem os dilemas sociais surgidos na época.

¹³ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 10-11.

¹⁴ Ibid., p. 15.

garantiu o desenvolvimento do constitucionalismo e, como consequência, a limitação de poderes e a garantia de direitos.

Em contrapartida, o constitucionalismo liberal, permeado pelo esquema do positivismo legalista, tornou-se um constitucionalismo de efetividade mediata, ou seja, dependente ou vinculado à vontade do legislador. Nesse sentido, Julios-Campuzano refere:

A efetividade da Constituição depende do legislador. Portanto, pelo velho esquema do positivismo legalista, a Constituição não era uma verdadeira norma jurídica que vinculava a todos os cidadãos em que regia todos os âmbitos da vida social, mas sim uma norma *sui generis* de alcance limitado, uma norma fundante da ordem jurídica, uma norma básica de ordem política, mas nada mais do que isso: uma norma carente, sem maiores pretensões que a de constituir, a de fundar a ordem política sobre a qual repousa o sistema jurídico.¹⁵

Em vista dessa questão, é que se direciona a distinção entre dois modelos de Estado de Direito: (i) o modelo de Estado Legislativo de Direito, voltado ao positivismo legalista, conforme já referido e (ii) o modelo de Estado Constitucional de Direito, advindo de, em um segundo momento, um movimento europeu, formado por constituições rígidas e pelo controle jurisdicional de constitucionalidade.¹⁶

A importância dessa distinção reside no fundamento cerne do Estado Liberal, qual seja a supremacia da lei. Com efeito, o liberalismo estatal tinha como base o sistema positivista legalista, o qual, em princípio, deveria ocupar-se de criar leis que atendessem aos anseios sociais, ou seja, a um conteúdo e a uma forma constitucionalmente definidos. Ocorre que essa concepção foi substituída por um sistema formalista que almeja expressar todo o Direito pela lei.¹⁷

Diante disso, a concepção liberal de Estado foi perdendo força. O grande número de liberdades negativas garantidas pelo Estado passou a gerar a necessidade de novas oportunidades e de garantias prestacionais aos cidadãos, tarefas positivas do Estado. Assim posto, nascia o modelo de Estado Social.

¹⁵ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 16-17.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, critica. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

¹⁷ CLÉVE, Clermerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 385-394.

Essencialmente, a introdução do modelo de Estado Social teve como força propulsora a necessidade de adaptar o Estado tradicional (liberal) às novas condições sociais trazidas pela civilização industrial e pós-industrial.¹⁸ Aos poucos, a limitação do poder do Estado e o seu afastamento dos problemas das classes sociais menos favorecidas levaram a uma farsa. Não era mais possível conceber o Direito ou mesmo construí-lo à margem das transformações sociais verificadas durante o século XIX.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, portanto, significou, além da diminuição das liberdades do indivíduo, a pretensa correção do individualismo pela implementação de garantias coletivas. O *Welfare State*, termo atribuído pelos americanos, veio como uma forma de compatibilizar o capitalismo com o Estado de bem estar social. O Estado passou a garantir ao cidadão prestações positivas que lhe alcançassem um mínimo de condições de vida. Enquanto nos séculos XVIII e XIX, entendia-se que a liberdade era uma exigência da dignidade humana, agora, pensava-se que a dignidade humana (materializada em princípios socioeconômicos) era uma condição para o exercício da liberdade.¹⁹

É certo que o Estado Social não nega a existência e a importância de valores básicos do Estado Liberal, como a liberdade, a propriedade individual, a igualdade, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal através do sufrágio.¹⁹ Quer, todavia, conferir-lhes maior efetividade. Assim, o Estado Social concede uma nova roupagem, voltada ao ideal da justiça distributiva, ampliando o espectro de ação para atender o caráter material das garantias e do direito fundamental dos cidadãos.²⁰

Nesse passo, evidenciadas as carências do sistema positivista legalista, o descrédito do Estado Mínimo não tardou a ganhar relevo. A assertiva de que os direitos fundamentais consistiam em um catálogo fechado e acabado tornou-se precária frente às constantes transformações sociais daquele século. A mera abstenção econômica do Estado deu lugar a

¹⁸ “Em termos gerais, o Estado Social significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado Liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com duas possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. [...] Com efeito, desde o último terço do século XIX vem se desenvolvendo nos países mais adiantados uma ‘política social’ cujo objetivo imediato é remediar as péssimas condições de vida das camadas mais desamparadas e necessitadas da população. Trata-se, assim, de uma política setorial não destinada exatamente a transformar a estrutura social, mas a remediar alguns de seus efeitos piores.” In: GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 9.

¹⁹ Ibid., p. 14.

²⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática, p. 53-54.

um modelo de Estado intervencionista. Já não bastava garantir direitos negativos, era preciso acrescentar maiores doses de igualdade material, que se traduziam em um compromisso ativo do Estado.²¹

2.2 A configuração do Estado Democrático de Direito: o embate entre o (neo)constitucionalismo e o positivismo jurídico.

Com a amplificação da esfera dos direitos e das garantias, no Estado Social de Direito²² e, por conseguinte, a preocupação do Estado com o conteúdo material das normas produzidas, houve um considerável aumento das atribuições do Poder Executivo (aqui, já, há muito, consolidada a ideia de separação dos poderes do Estado) e uma reconfiguração dos poderes conferidos ao Legislativo. Em face da necessidade de tomar medidas econômicas voltadas à regulação do mercado e à implementação de garantias sociais, o Estado Social de Direito ampliou os poderes do Executivo, em detrimento das medidas antes decididas pelo Legislativo. Nesse sentido, Garcia-Pelayo anota:

Como vimos, a função capital do Estado não se resume apenas a legislar. Antes de tudo, ela consiste em atuar. Por isso, o *locus* da decisão se transfere para instâncias que, em razão da sua estrutura, possuem capacidade para agir. Concretamente, passa do parlamento para as instâncias governamentais e administrativas. O parlamento pode e deve criticar as políticas de governo; tem a capacidade de deliberar sobre leis gerais. Porém, nem sempre está em condições de atuar em tempo hábil, criando medidas exigidas pelas mudanças de situação.²³

Desse cenário, surgiram diversas críticas, porém, duas são recorrentes:

De um lado, na esteira de Boaventura de Souza (sic.) Santos, percebe-se o Estado Providência ou Social, como uma instituição política criada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da modernidade com o desenvolvimento capitalista.

De outro, para os neoliberais, esse modelo precisa ser ‘reformado’ em razão mesmo de sua incapacidade de responder a um novo arranjo econômico,

²¹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 21.

²² Estado Social de Direito, termo advindo da Constituição Alemã, cunhado por Forsthoff, como o único modelo de estado constitucionalmente correto, primário e equipado com todas as garantias.

²³ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*, p. 26.

bem como dos malogros de sua política social hoje insustentável.²⁴

Diante do embate entre liberais e democratas, bem como à chamada crise do Estado Social caracterizada pelo aumento das diferenças sociais, da exclusão, da violência etc., emergiu a perspectiva do Estado Democrático de Direito, postulando reestruturar a sociedade e reconstruir primados básicos como a certeza e a segurança jurídica. Através desse viés de transformação da realidade, o novo modelo apontava para um deslocamento da antiga tensão entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo para o Poder Judiciário.

A grande transformação perpassada por este novo modelo de Estado centra-se na prevalência da Constituição sobre a lei. Na contramão do que se discutia no conflito entre Estado Liberal e Estado Social, o Estado Democrático de Direito vem para ampliar a atuação do Direito na esfera política e econômica do Estado. Assim, critica Canotilho:

A prevalência da constituição em face da lei e a subordinação do poder constituído ao poder constituinte pareciam abrir o caminho para a “domesticação normativa” do legislador: obrigá-lo a cumprir, de forma positiva, as imposições materiais da constituição. Tal como a tese do poder legislativo unitário e da soberania parlamentar absoluta concluía, de forma lógica, não ter sentido obrigar o legislador a dar execução ou realização a preceitos constitucionais que outra coisa não eram que exteriorizações de vontade do mesmo poder legislativo, também a afirmação da superioridade formal e material da constituição relativamente à lei parecia conduzir, logicamente, ao reconhecimento do dever jurídico-constitucional de agir por parte do legislador.²⁵

Por fim, além da reestruturação de um sistema de proteção de direitos e garantias fundamentais e da vinculação da Constituição como instrumento básico de garantia jurídica, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela organização democrática da sociedade, a divisão de poderes e uma reformulação dos primados da certeza e da segurança jurídica.²⁶

²⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática, p. 53.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1994, p. 330.

²⁶ “São princípios do Estado Democrático de Direito:

- A. *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B. *Organização Democrática da Sociedade* onde estão presentes os mecanismos tradicionais à democracia política, somados às possibilidades novas de participação social através de atores sociais

No Brasil, foi inserida, no texto constitucional de 1988, a expressão Estado Democrático de Direito, assinalando como seus fundamentos: a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.²⁷

Como na maioria dos países em desenvolvimento, o processo de eliminação da hegemonia do Estado sobre a economia e a sociedade ocorreu ao longo dos anos 80.²⁸ No mesmo momento, instalou-se, no Brasil, um ambiente de redemocratização surgido após décadas de autoritarismo, o que contemplou o Estado com uma Constituição (1988) composta de um amplo catálogo de direitos fundamentais e com uma base principiológica fortemente democrática.

Desse modo, a Constituição brasileira acabou, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana.²⁹

A partir desse novo paradigma, a tensão que antes se centrava nas atribuições dos poderes Executivo e Legislativo, passou ao Judiciário. A teoria da Constituição Dirigente ou, em outras palavras, a “normativização” da Constituição deslocaram o papel preponderante na esfera decisória do político para o jurídico.

emergentes, tais como: sindicatos, associações etc.;

- C. *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como *Estado antropológicamente amigo*, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D. *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E. *Igualdade* não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F. *Divisão de Poderes ou de Funções*;
- G. *Legalidade* que aparece como *medida do direito*, isto é, através de um meio de ordenação racional, inculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- H. *Certeza e segurança jurídicas*.” In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 75.

²⁷ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

²⁸ “As dificuldades econômicas resultantes da queda do preço das matérias primas e do peso sufocante da dívida vão conduzir esses países, no quadro de ‘planos de ajuste estrutural’ (PAS) impostos pelas instituições financeiras internacionais, a adotar medidas drásticas rigorosas, passando pela redução de despesas públicas, pela redução do número de funcionários, pela privatização de empresas públicas [...] renunciando a essas pretensões hegemônicas é um pouco da própria alma que o Estado abandona [...]” In: CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*, p. 31.

²⁹ HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40.

Nesse processo de redemocratização, a teoria constitucional voltou-se para a função dos Tribunais Constitucionais e, em última análise, para o controle de constitucionalidade.³⁰ Daí, o surgimento de movimentos como a judicialização da política ou a politização da Constituição (Bercovici).

Segundo Streck³¹, tal questão traz implícita a discussão da problemática tensão entre legislação e jurisdição, pela simples razão de que a primeira é fruto da vontade geral (majoritária) e a segunda coloca freios nessa mesma vontade geral (contramajoritária).

Portanto, é certo que nenhuma das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) pode ser entendida de forma isolada. Contudo, diante das inúmeras promessas não cumpridas trazidas na Constituição de 1988, a discussão se renova e busca legitimidade para tal fim.

A necessidade de redimensionamento das atribuições dos poderes do Estado e das relações entre eles está diretamente vinculada à questão da crise do Estado contemporâneo³². O grande desafio travado, nos dias de hoje, refere-se ao descompasso entre as promessas contidas na Constituição e as possibilidades de realização pelo Poder Público. De um lado, o Estado necessita de um poder político forte, mas, de outro, a desconfiança individual e coletiva é extrema naquilo que se identifica com o sentimento constitucional, o que promove a apropriação particular desses direitos e, de outra banda, fortalece a exclusão social.³³

De tal tensão, ultrapassado o modelo de Estado Liberal, a complexidade da sociedade contemporânea revela o esgotamento do modelo tradicional positivista do Direito, anunciando que o sistema codificado não mais ampara sua multifuncionalidade, cada vez mais diferenciada, incoerente e ambígua. A sociedade não pode ser mais considerada como pré-concebida.

A crise do modelo positivista de Direito constata-se pela ineficácia do sistema regulamentar, não havendo suficiente alcance aos variados casos que adentram o mundo do

³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *A constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

³¹ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 22.

³² Aqui, grafado com “c” minúsculo, para informar ao leitor que se está tratando do Estado como realidade, em sua experiência atual.

³³ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988*. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

Direito. Em que pese às numerosas leis que são editadas todos os dias no país, o ordenamento, além de não conseguir abarcar a complexidade da sociedade pós-moderna, vai de encontro a um dos preceitos principais do modelo positivista, que é a edição de poucas leis, sucintas e coerentes.

Aqui, a tensão entre regulação e emancipação do Direito de que trata Boaventura de Sousa Santos. Para o autor, o direito moderno tornou-se um ato de vontade para alcançar o dever ser societal do positivismo, cujo agente principal é o Estado. Assim, o direito, a ciência e a política passaram ocupar-se da regulação das relações sociais e não de sua emancipação, enquanto ciências independentes. Nesse sentido:

Em suma, o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo numa utopia automática de regulação social, uma utopia isomórfica da utopia automática da tecnologia que a ciência moderna criara. Quer isto dizer que, embora a modernidade considerasse o direito um princípio secundário (e talvez provisório) de pacificação social relativamente à ciência, uma vez submetido ao Estado capitalista o direito acabou por se transformar num artefacto científico de primeira ordem.³⁴

O positivismo perde a sua essência orgânica e a sua própria racionalidade, que consiste em um sistema fechado, hermético e completo, o que demanda a necessidade de reconstruir o Direito sobre novas bases.

Considerando que a ciência do Direito deve ter como principal objetivo a paz social, o positivismo jurídico passa a vivenciar uma profunda crise por permanecer apegado à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afastando as questões da pragmática social.

Por seu turno, o Poder Judiciário possui o dever institucional de colaborar com a transformação dessa realidade, a fim de cumprir os mandamentos constitucionais, cuja guarda lhe compete. Nesse sentido, Faria ensina que:

No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade. Resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica, essa cultura propiciou ao Judiciário uma forma particular de autoconhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e conceitos que o definem como um poder basicamente declarativo e reativo; ou seja, como um poder com

³⁴ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001, p.144.

funções precisas no âmbito de uma ordem jurídica concebida como um estrito “sistema de garantias”, dos quais os mais importantes são constituídos pelos direitos e liberdades dos cidadãos. Repetido por sucessivas gerações de juízes e aperfeiçoado pelos intelectuais orgânicos do Estado Liberal, que tradicionalmente encaram as normas abstratas, gerais e impessoais do direito positivo como “emanação da vontade racional de homens livres”, esse conjunto de categorias e conceitos também valoriza o Judiciário como um poder autônomo, independente e soberano.³⁵

Tal crise é avaliada pela doutrina por diversos pontos. Para o presente estudo, no entanto, a crítica centrar-se-á na necessidade de rever alguns postulados antigos quanto ao Direito, à procura de novas perspectivas para a teoria do Direito, em face das inúmeras transformações do Estado constitucional (e, em última análise, do constitucionalismo). Nesse aspecto, não se pode negar que é preciso um novo olhar do Direito sobre a aceleração produzida pela própria globalização. Assim, aduz Cárcova:

Desarrollo tecnológico que habilita otras formas de la comunicación humana; comunicación que acelera y transforma los flujos, produciendo impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; circulación del poder y del control; riesgo y posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del Derecho.³⁶

Desse novo olhar do Direito, surgiu o fenômeno do “neoconstitucionalismo”. A fim de consolidar o Estado constitucional de Direito, o neoconstitucionalismo abrange, em verdade, uma gama de fenômenos jurídicos e, em consequência, diversas vertentes filosóficas. Na expressão de Schiavello³⁷: “O termo ‘neoconstitucionalismo’ denota mais uma atmosfera que uma concepção de Direito unitária, coerente e bem estrutura.”

Barroso³⁸, ao estudar o neoconstitucionalismo e as transformações do Estado constitucional contemporâneo, descreve, como marco histórico desse novo Direito constitucional, o constitucionalismo pós-guerra, na Europa Ocidental, e, no Brasil, a

³⁵ FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. 1.ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1998, p. 53.

³⁶ CÁRCOVA, Carlos Maria. *Complejidad y Derecho*. Doxa. 21-II, 1998.

³⁷ SCHIAVELLO, Aldo. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? *Diritto e Questione Pubbliche*. n. 3. Palermo. 2003. Disponível em: <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org>>. Acesso em: 17 jul.2010.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

Constituição de 1988 e o processo de redemocratização do país. A partir desses momentos históricos, configurou-se a necessidade de uma expansão da cultura constitucional nas sociedades ocidentais. Era preciso conferir força aos postulados constitucionais e, sobretudo, ir além da legalidade estrita, ideal do positivismo tradicionalista.

Nesse ponto, Carla Faralli³⁹, entendendo o direito contemporâneo como aquela pós-Hart (1960), destaca que se vive um novo período, onde se dissolveram os pensamentos das escolas tradicionais para dar lugar a novas pesquisas no campo filosófico-jurídico. Dentro dessa nova sistemática, a autora afirma que estão compreendidas novas temáticas do direito contemporâneo, abrangendo conhecimentos humanos ligados à biologia, política, sociologia entre outros.

Frente a isso, a autora⁴⁰ apresenta uma nova fronteira para o direito contemporâneo: o multiculturalismo. Na busca de proteger e reconhecer direitos aos mais diversos grupos culturais, o multiculturalismo vai ao encontro do que se vislumbra em sociedades plurais como a brasileira. Nesse passo, a compreensão de que o paradigma tradicional positivista deve ser superado é imprescindível.

2.3 Globalização e Democracia: a crise da democracia representativa e a emergência de uma nova democracia (de um diálogo democrático).

É sabido que, desde as últimas décadas do século XX, vive-se um intenso processo de transformações sociais, políticas e econômicas nas sociedades do mundo. Dentre essas transformações, o tema, sem dúvida, mais fortemente debatido, tem sido a democracia⁴¹. Os constantes processos de mudanças políticas e até mesmo, como no caso brasileiro, de redemocratização do país – na década de 80 – deram origem às crises do estadismo.

A criação de novos direitos e a necessidade de uma resposta à questão social levaram à

³⁹ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo; revisão de tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Observe-se que o item destina-se a estabelecer algumas premissas e traçar uma linha de raciocínio para o desenvolvimento dos próximos capítulos da dissertação. Não há, portanto, o escopo de explorar a exaustão os temas da globalização e da democracia, em seus diversos sentidos e ao longo da sua construção histórica. Trata-se, pois, de balizar o tema no contexto da globalização e da democracia, problematizando-o.

crise do paradigma racional-individualista, gerando novas perspectivas para o Direito. Assim, reconhece Bolzan de Moraes:

Se, do início aos meados do século XX, a resposta jurídica à questão social e aos demais aspectos ligados ao Estado de Bem-Estar Social significaram uma crise profunda da idéia de interesses individuais e o surgimento de interesses coletivos, a segunda metade deste mesmo período histórico impõe, diante do próprio esgotamento das condições vitais do planeta, ao lado de outros problemas ligados à sociedade industrial, novas questões que, para serem apreendidas pela regulação jurídica, significam o aprofundamento da crise da racionalidade individualista, o que pode ser alocado sob a perspectiva do que estamos nomeando como questão ambiental – sem que esta restrinja ou identifique com o problema da preservação ambiental em sentido estrito -, em paralelo à questão social que caracterizou e pautou a formação do Estado Social em todas as suas versões desde meados do século XIX.⁴²

Acompanhando tal crise, o fenômeno da globalização foi se materializando a partir de concepções ideológicas e políticas ligadas ao novo liberalismo. E, nesse passo, o processo de globalização acelerou-se especialmente em seu aspecto econômico, trazendo consigo um profundo questionamento quanto ao papel intervencionista do Estado e a própria necessidade de combater as desigualdades econômicas e sociais. Nessa linha, Sousa Santos assinala:

Em suma, a globalização econômica é sustentada pelo consenso econômico neoliberal, cujas três principais inovações institucionais são: restrições drásticas à regulação estatal da economia; novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações susceptíveis a serem objecto de propriedade intelectual; subordinação dos Estados a agências multilaterais, tais como Banco Mundial, FMI e a Organização Mundial do Comércio.⁴³

Por certo, este novo macromercado de caráter supranacional passa a desafiar a própria capacidade autorregulativa do Estado e, nesse sentido, a soberania dilui-se em uma complexa rede de interdependências, em que tudo fica condicionado e tratado por forças incontroláveis de um mercado global.⁴⁴ Essa extensa rede de mecanismos informais supranacionais, com o

⁴² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do Estado Social das “carências ao Estado Social dos “riscos”. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: _____; STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n. 4, 2007, p. 69.

⁴³ SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). Os processos de globalização. In: _____. *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 31.

⁴⁴ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 84.

efeito direto da globalização econômica, passou a demandar a formação de novas instâncias de regulação e, desse modo, de um vasto rompimento com a ordem mundial passada.

A interdependência dos Estados passou a influir diretamente na formação das políticas públicas internas de cada Estado, podendo ser distinguida em quatro rupturas com a antiga ordem mundial: (i) a primeira diz respeito à capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial, justificada pela passagem de um modelo de segurança coletivo bipolar para um multipolar, após a Guerra Fria, o que exige a formação de novas alianças; (ii) a segunda refere-se à mundialização da economia e, conseqüentemente, à diminuição do poder de coação dos Estados Nacionais sobre as forças econômicas, limitando-o a políticas fiscais e econômicas; (iii) já a terceira toca à internacionalização do Estado, exposta por sua participação em um grande número de organizações internacionais, dentre as quais se pode citar a ONU e o FMI, em função da necessidade de gestão global de problemas, tais como o meio ambiente; (iv) e, por fim, o Direito internacional, que proporcionalmente à evolução já colacionada desenvolve-se de forma expressiva, permitindo que o indivíduo reivindique a sua aplicação ou denuncie a sua violação pelo Estado.⁴⁵

Tais rupturas, portanto, significaram a perda da soberania e da autonomia dos Estados Nacionais. No plano externo, o Estado Social já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, a sua ação não autoriza resolver a crise e ele aparece como impotente.⁴⁶

Nesse novel modelo de organização – ou “nova desordem mundial”⁴⁷ –, as novas estruturas de poder, que foram se organizando, determinaram a imposição coativa de seus programas de governo aos países menos desenvolvidos. Tal ocorreu, a partir de dois principais fatores: a diminuída influência desses países no cenário internacional, especialmente nos processos decisórios e o fato de a ajuda econômica concedida pelos países mais desenvolvidos e influentes na economia global ficar subordinada à aceitação desses programas econômicos.

Essas limitações na seara econômica levaram os Estados a promover adaptações no âmbito das políticas públicas estatais. Em verdade, o custo de uma eventual resistência dos

⁴⁵ ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*, p. 18-19.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Traduzido por Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 66-67.

governantes às “regras” do mercado global seria muito alto (perda de investimentos privados, rejeição do mercado e até a desvalorização da moeda).

No mesmo contexto, a participação da cidadania nas decisões políticas é deixada em segundo plano frente às próprias regras impostas pelo sistema global. Na esteira do que traduz Julios-Campuzano:

Assim, gera-se, frente à pretensão ilustrada de um direito previsível em sua produção e consequências, um novo paradigma do direito que introduz a obscuridade nos processos de formação das normas: instâncias que se desconhecem e muitas que não se têm acesso acabam por legislar sobre aspectos concretos da vida diária, sem que existam garantias que protejam os interesses de uma cidadania sem controle sobre essas novas instâncias legisladoras.⁴⁸

A questão da globalização, portanto, passa diretamente pela influência do Direito na sociedade. Todavia, os problemas daí decorrentes não são apenas de ordem técnico-jurídica, mas de ordem política.

O processo de esvaziamento das estruturas jurídicas estatais, na medida em que se instalam as “regras” do mercado global, levaram a um esvaziamento da própria ordem constitucional. A regulação dos mercados distancia-se, cada vez mais, da ordem estatal interna e a ideia desprovida de força normativa suficiente para regular e dissolver os conflitos – cada vez mais complexos – de sua estrutura social. Assim, reconhece Julios-Campuzano:

Deste modo o texto constitucional enfraquece os níveis de tutela jurídica para certas classes do direito (aqueles que se vinculam ao Estado-Providência por seu caráter prestacional) e incrementa o número de normas programáticas cuja articulação intraordenamental resulta impossível de se harmonizar com as exigências dos sistemas técnico-produtivos, o qual se traduz em uma privação de mecanismo de proteção jurisdicional e de defesa cidadã dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados nos solenes programas constitucionais.⁴⁹

Tal esvaziamento demonstra a insuficiência do modelo político-estatal, cuja estrutura jurídica já não se presta a garantir níveis aceitáveis de igualdade material e justiça social. Nesse sentido, é preciso revisar os fundamentos da democracia representativa, a fim de

⁴⁸ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 90.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 93.

investigar novas perspectivas jurídico-políticas para o país.

Problematizada a temática da globalização, a questão principal a ser formulada neste ponto é: o que é democracia? Indagação, que se registre, é de difícil definição. A democracia é um conceito aberto, de modo que a sua análise está em constante mutação. Bolzan de Moraes⁵⁰, por exemplo, deixa claro que a democracia é, na verdade, um processo histórico que, com o passar do tempo, sofre e sofreu diversas transformações de sentido, ou seja, a democracia é reinventada a todo o tempo.

Por isso, não se pode afirmar que a democracia é uma mera conservação de direitos, visto que ela é dinâmica, é uma ação ininterrupta de novos direitos, a reinstalação permanente do social e do político.

O que se pode ponderar, no caso, é que a democracia é o único regime político que se ocupa do conflito legítimo, uma vez que não só trabalha politicamente com os conflitos de necessidades e interesses, mas procura instituir novos direitos.

Para Bobbio⁵¹, a democracia possui um conceito mínimo – tendo em vista que é o único modo de contrapor-la com o regime autocrático. Democracia seria, para o doutrinador, um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Sob tal perspectiva, a democracia seria um arcabouço de normas que definiriam, antecipadamente, os atores, os protagonistas do jogo e a forma que ele deve ocorrer, sendo que estas normas conformariam requisitos essenciais para qualquer deliberação coletiva. Por isso que se pode considerar que a democracia, para Bobbio, é, antes de tudo, um procedimento, mas que pressupõe, porém, a liberdade de todos os interessados.

A questão central, em conformidade com Bobbio, seria a necessidade de existir um procedimento específico e a liberdade dos interessados. E, ainda, fica claro que, para que essas decisões sejam tomadas com liberdade, é fundamental que se garantam os direitos de liberdade, ou seja, liberdade de opinião, reunião, associação etc.

Para Bobbio, portanto, há uma relação indissolúvel entre democracia e liberalismo

⁵⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*, p. 109.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1992, p. 18.

político. Frente a isso, o autor afirma que, além desta combinação, é essencial que se disponibilizem alternativas reais de escolha política aos eleitos.⁵²

E, nessa perspectiva, compreende-se a precária formação de correntes políticas no Brasil. Não havendo condições reais de escolha política, a redundância de ideologias e de posicionamentos políticos toma conta do cenário político pátrio, consubstanciado, cada vez mais, em promessas (eleitoreiras) não cumpridas. E, o que seriam estas promessas? Seriam justamente as garantias constitucionais constantes na Constituição e que não são cumpridas.

Bobbio, ao examinar o contraste entre os ideais democráticos e o que chama de “democracia real”, aponta seis promessas não cumpridas da democracia contemporânea: (i) Estado sem corpos intermediários/sociedade pluralista; (ii) representação política *versus* representação de interesses; (iii) derrota das oligarquias; (iv) espaço limitado; (v) eliminação do poder invisível; (vi) cidadão não-educado.⁵³

Essas promessas, segundo Bobbio, decorrem de mudanças não previstas na sociedade e no Estado contemporâneo, cujos obstáculos são, entre outros: (i) a complexidade técnica dos assuntos políticos; (ii) o aumento do aparato estatal; (iii) o baixo rendimento: não correspondência entre demandas e respostas. Assim sendo, verifica-se a necessidade de rever a democracia no Brasil.

À vista do que foi exposto, observa-se que, com o passar do tempo, houve uma inversão do sistema democrático, abandonando uma democracia direta, pura, onde os indivíduos eram os protagonistas da democracia, atuando intensamente na política, e passando a atender muito mais os interesses de grupos determinados. Ou, expresso de outra forma, a democracia direta perdeu espaço para democracia representativa.

Entretanto, a ideia original da democracia representativa pretendia somente mudar o procedimento pelo qual se tomavam as decisões coletivas, sem deixar de lado a vontade do indivíduo – do cidadão, de tal modo que o representante atuaria como o porta voz da vontade coletiva. Ocorre que os parlamentares ou mesmo os governantes passaram a atuar como profissionais e não como defensores ou representantes da vontade de determinada categoria. A responsabilidade destes políticos com os seus próprios eleitores é reduzida ao máximo,

⁵² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1992, p. 20.

⁵³ Ibid., p. 17-40.

ficando os interesses da coletividade em segundo plano. Daí, decorre o que chamamos de crise política ou crise de representação.

O meio político tornou-se uma forma de vida para os políticos e, hoje, pode-se afirmar que se tem um sistema híbrido, que não é nem uma democracia representativa pura, nem uma democracia participativa pura. Assim, fica visível a necessidade de se revisar o conceito de cidadania para, a partir daí, rever a necessidade de uma maior atuação do cidadão na esfera pública, deixando para trás o ideal econômico de que o cidadão produtivo é melhor que o cidadão político. Da mesma forma, é preciso uma fiscalização mais séria da sociedade frente à atuação dos representantes políticos.

Obviamente que, diante de uma sociedade complexa e plural como a do Brasil, é impossível propor uma democracia direta pura. Mas nada impede que o sistema propicie a atuação dos grupos de interesses que são formados na sociedade, como sindicatos, associações etc., tornando possível a convivência dos dois modelos de democracia.

2.4 As transformações do Poder Judiciário no Brasil em tempos de democracia participativa.

A complexidade das relações atuais passou a rejeitar a adoção de um sistema codificado, já que este não mais ampara a multifuncionalidade da sociedade e, tampouco, revela-se suficiente para responder os anseios da realidade social no Brasil.

Nesse mesmo passo, encontram-se as intensas transformações do Judiciário no século XX. Além de mudanças econômicas, políticas e culturais, o Direito sofreu uma alteração radical em sua estrutura e seu fundamento.

No contexto do *Welfare State*, acompanhado da gradual ruptura com o Estado Liberal, as demandas sociais passam a carecer de efetividade, carecendo de um novo modelo do Direito.

Para introduzir tal questão, é preciso explorar com mais cuidado a discussão a respeito da modernidade, tratando de sua crise, suas críticas e seu inevitável fim.

Em que pese Habermas entenda a modernidade com um projeto inacabado, ou seja, um projeto ainda em construção, é certo, que a partir da superação de seu modelo metafísico, baseado na racionalidade, ela está em crise. A questão da modernidade, pois, pode ser compreendida como uma tentativa de ruptura com as heteronomias em que a humanidade estava afogada. Quer-se ultrapassar o modelo de unidade do conhecimento, já que este é fragmentário, isto é, quer-se buscar a autonomia, numa revolta contra a heteronomia, que é, justamente, o conteúdo da crítica da modernidade.

O grande problema é que a importação desta ideia de racionalidade (modernidade) foi utilizada em países como o Brasil apenas em sua embalagem, não se fazendo uso dos conteúdos de racionalidade em nível coletivo, da humanidade ou de uma organização política. Nesse sentido, veja-se que o conceito de modernidade, até então, apresentava-se como “uma espécie de embalagem que tinha um conteúdo, mas que o fascínio maior era pela embalagem e não tanto pelo conteúdo”, a exemplo de um cartucho.⁵⁴

Eis que se apresenta o paradoxo da modernidade: utilizam-se os recursos da modernidade para fortalecer o *status quo*, progredindo com a forma exterior, recusando os elementos internos. Ao passo que ela auxilia a afirmação do indivíduo (como modernização), ela não é aceita quando ultrapassa a barreira para o coletivo (racionalidade).

Desse modo, pode-se consignar que a maior contribuição do movimento foi o reconhecimento pela finitude do conhecimento, já que ela depende das condições históricas exteriores, sendo este um dos elementos que introduziram a pós-modernidade. Assim, conclui o professor Stein: “O fim da modernidade é o momento em que não foi mais possível sustentarmos que é possível, através de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do ser humano”⁵⁵. Sob este prisma, com o fim da unidade, perde-se a possibilidade de soluções metafísicas, assim como se perde a fé nas ciências como verdade, dado que, na pós-modernidade, pode ser considerado uma ruptura entre conhecimento filosófico e científico.

Nesse ponto, retorna-se à questão inicial: a modernidade é um projeto acabado ou inacabado? Pode-se continuar a realizar o seu projeto ou teremos que o abandonar e partir para um novo modelo?

⁵⁴ STEIN, Ernildo. Paradoxos da modernidade. In: *Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí: UNIJUÍ, 1991, p. 18.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 21.

De um lado está o pensamento habermasiano, aduzindo que houve um descompasso entre as duas razões, a instrumental técnica e a comunicativa, em que é possível recuperar a razão através da multiplicação de suas vozes.

Conforme já assinalado, as mudanças das sociedades pós-modernas demandaram alterações dos conceitos de política, economia e sociedade. A partir dessas transformações, o Direito abandona o caráter de atividade meramente técnica, ou seja, de desvelar o significado da legislação e assume um papel importante no setor político e social de um Estado.

À vista disso, efetiva-se a necessidade de observar o papel do Judiciário, mais precisamente da jurisdição constitucional, como instrumento concretizador de direitos. Segundo assevera Eros Grau acerca da possibilidade de uma Constituição dirigente e todos os efeitos por ela trazidos:

[...] ao lembrar que a Constituição do Brasil não é um mero “instrumento de governo”, enunciador de competências e regulador de processos, mas além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. [...] um “plano global normativo” da sociedade e do Estado brasileiro. [...] Outra questão, é a relativa eficácia jurídica e social e a sua aplicabilidade. O legislador, pois, está vinculado por seus preceitos, ainda sob distintas intensidades vinculativas [...].⁵⁶

No Brasil, ainda que o constitucionalismo tenha nascido com a Constituição do Império de 1824, o papel central anteriormente tratado, no presente estudo, só foi conferido ao Poder Judiciário mais recentemente, no período segundo pós-guerra mundial. Com o fenômeno da globalização e a desestruturação do ordenamento político, o Judiciário passou a ter um novo viés no cenário político brasileiro.⁵⁷

A Constituição do Império, outorgada em 1824, reformada em 1834 e abolida com advento da República, em 1889, chamou o sistema judiciário de poder e garantiu-lhe alguma autonomia.⁵⁸ Embora aquela Constituição conferisse algumas garantias aos juízes, o sistema da justiça permanecia eminentemente nas mãos do Poder Executivo. Cabia ao Poder Moderador suspender juízes e promover a interpretação das leis, resolvendo os conflitos de

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 46.

⁵⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 17.

jurisdição entre autoridades administrativas e judiciárias.⁵⁹

Com o fim do Império e a implantação da República, com clara influência do modelo estadunidense, o domínio do sistema da justiça passaria ao Supremo Tribunal Federal, cujos juízes, desde lá, eram indicados por critérios políticos. Entretanto, não foi importado o sistema do precedente norte americano nem, tampouco, por influência europeia, a jurisdição administrativa.⁶⁰

No Brasil, o Poder Judiciário, a partir da Constituição de 1891, aos poucos, passou a gozar de autonomia financeira e administrativa, transformando os juízes em “membros do Poder do Estado”. Nesse passo, o Judiciário ganhou força e passou a ser encarado como um grande árbitro dos maiores conflitos do país, obtendo uma parte dos poderes do extinto Poder Moderador.⁶¹

Portanto, a crítica que se faz a construção histórica do Judiciário no Brasil refere-se à importação (mal) feita do modelo norte americano e do modelo europeu. Assim, reconhece Lopes:

A falta de controles institucionais – como o precedente e a jurisdição discricionária – tiveram, porém, efeitos secundários e imprevistos bastante negativos, gerando – ou talvez perpetuando – aquilo de que já se queixavam os juristas do Império: a ausência de uma interpretação de lei que fosse universal, tornando as portas da justiça, aos olhos dos cidadãos, a entrada de uma loteria.⁶²

Conforme já delineado, após a passagem do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), sobreveio o movimento de acesso à Justiça, a busca pelos direitos então garantidos pela Constituição.

A partir da década de 1990, como resposta às dificuldades de implementação do Estado Social, bem como pela influência progressiva do mercado global, o neoliberalismo implantou-se no Brasil como ideologia e, nesse aspecto, o uso do aparato jurisdicional e processual e o intervencionismo judicial já não mais tinham amparo.

⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, p. 18.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁶¹ *Ibid.*, p. 30.

⁶² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*, p. 30.

Desse modo, fez-se necessária a criação de um novo modelo processual que não oferecesse perigo ao mercado, com o delineamento de um protagonista judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial.⁶³

A “síndrome de privatização da cidadania” e a intervenção ilegítima do mercado, que são apontadas por Habermas, conduziriam o cidadão a um papel clientelístico e apático.⁶⁴

Desse cenário, portanto, resultou uma redução do papel do cidadão na questão jurisdicional, viabilizando o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares. Nesse sentido, algumas técnicas processuais foram implementadas, tais como: (i) julgamento liminar de ações repetitivas (Art. 285-A do Código de Processo Civil⁶⁵); (ii) julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos (Arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil⁶⁶).

⁶³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*, p. 159.

⁶⁴ “Tal perspectiva processual, aqui denominada ‘neoliberal’, permite a visualização do sistema processual tão-somente sob a ótica da produtividade (art. 93, inc. II, alínea ‘c’, CRFB/88 com a nova redação dada pela EC/45) e associa a figura pública do cidadão-jurisdicionado à de um mero espectador privado (consumidor) da ‘prestação jurisdicional’ como se o poder-dever estatal representasse, e fosse, um mero aparato empresarial que devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida em que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos).” *Ibid.*, p. 159-163.

⁶⁵ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

⁶⁶ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

Em sentido contrário, no entanto, a doutrina brasileira, independente do viés liberal ou social, vem denotando a existência do que se chama de protagonismo judicial sadio.⁶⁷ A ideia configura-se, na medida em que se considera o sistema brasileiro tão imperfeito, de tal maneira que a única forma de fazer justiça dependeria do intelecto do juiz. Assim, confirmam-se os novos contornos da democracia, atribuindo ao Poder Judiciário o caráter de instância moral do Direito, porém esta questão está afeita à problemática da resposta certa em direito, ou seja, da necessidade de se rediscutir uma teoria da decisão para os moldes brasileiros, como reconhece Nalini:

Impõe-se ao juiz, muito além de cumprir com seu dever funcional de enfrentar o acúmulo de trabalho, de suportar a incompreensão e de fazer incidir a vontade concreta da lei sobre a hipótese submetida à sua apreciação repensar a sociedade brasileira. Com intuito sério e consistente de transformá-la [...]. A rebelião do juiz não é uma revolta corporativista com vistas à reconquista dos benefícios excluídos a pretexto da transparência e da eliminação de privilégios. A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficácia do instrumental jurídico para resolver as questões humanas. Questões singelas, às vezes que se perdem na sofisticação procedimental.⁶⁸

À vista desses fundamentos, passa-se a questionar o verdadeiro papel do Judiciário, ante o contexto de crise do Estado, do Direito e, em consequência, do processo. A disposição de um terceiro imparcial (o Poder Judiciário) compensaria o “déficit democrático” de uma decisão política, agora, voltada para a gestão? E mais: Essa decisão forneceria à sociedade a referência simbólica que a representação nacional (crise da democracia representativa) lhe

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

⁶⁷

⁶⁸

NALINI, Jorge Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millenium, 2006, p. 255.

Ibid., p. 246-249.

oferece cada vez menos?⁶⁹ Desse modo, torna-se pertinente a importância da definição dos limites entre Direito e política no cenário brasileiro.

⁶⁹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 47-48.

3 O (DIFÍCIL) DIÁLOGO ENTRE O CAMPO JURÍDICO E O CAMPO POLÍTICO: PRESSUPOSTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS⁷⁰ NO PROCESSO JURISDICIONAL

Para prefaciar o tema sobre a atuação judicial na perspectiva da concretização de direitos, não há como deixar de lado a discussão sobre a conexão entre o Direito e a política.

Em que pese a teoria da separação dos poderes preveja que cada poder possui uma função específica, a tarefa interpretativa do juiz, cada vez mais, ganha espaço em matérias antes de exclusivo encargo político.

A formulação, a implementação e o controle de políticas públicas (como se verá a seguir) afeitas à saúde, à educação, à moradia, continuamente, têm sido levadas à consideração do Poder Judiciário, como forma de garantir esses direitos. Assim posto, inicia-se o debate com a pergunta: questões políticas são jurídicas?

3.1 O (difícil) diálogo entre o campo político e o campo jurídico.

De acordo com os delineamentos postos no início do presente estudo, o Poder Judiciário deve ser compreendido não apenas como guardião da norma constitucional, mas como agente de transformação social, encarregado de conferir efetividade à Constituição.⁷¹ Partindo dessa premissa, é fundamental descrever a dinâmica social existente entre o campo jurídico e o campo político, dentro da nova ordem estatal estabelecida no Brasil.

Sousa Santos⁷² ensina que o Poder Judiciário, nos moldes ocidentais, foi constituído

⁷⁰ Direitos fundamentais sociais aqui entendidos como os de prestação, na esteira da diferenciação feita por Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 18. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.02.2011) entre direitos fundamentais sociais de defesa (por exemplo, os artigos 8º e 9º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil) e direitos fundamentais sociais de prestação.

⁷¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

⁷² SOUSA SANTOS, Boaventura de. Os Tribunais na sociedade contemporânea. *Revista Brasileira de*

para desempenhar três funções básicas: (i) instrumental, pois é o principal *locus* de resolução de conflitos; (ii) política, na sua atividade de controle social, reforçando as estruturas de poder, inclusive a sua própria; (iii) simbólica, disseminando as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica (justiça e equidade) e garantindo padrões vigentes de legitimidade na vida política.

A existência de um poder simbólico, conforme se verificou nas funções do Poder Judiciário, foi enunciada por Bourdieu⁷³, tendo, por pressuposto, a existência de uma relação determinada. Segundo o autor, o poder simbólico identifica-se com a realidade e está disposto na relação existente entre “os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, quer dizer, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença.”⁷⁴ Assim sendo, o que faz com que se mantenha o poder das palavras é a crença na legitimidade delas e na de quem as pronuncia. Os símbolos de poder (toga, cetro, beca) são seu capital simbólico, estando sujeitos à crença do grupo social que se produz e reproduz.

Nesse passo, para que se compreenda a dinâmica social existente entre política e Direito, é preciso definir três elementos descritos por Bourdieu: campo, *habitus* e capital. O primeiro diz respeito à noção da *habitus*. Para o autor, o conceito de *habitus* refoge à ideia do indivíduo como mero suporte de uma determinada estrutura, ou seja, não se alia ao conceito tradicional de hábito. Essa noção induz a ideia de um conhecimento adquirido, um bem que o indivíduo procura. Passa-se a entender o indivíduo em ação. Assim, reconhece Bourdieu:

[...] embora chamando a atenção para a idéia de que este poder gerador não é o de um espírito universal, de uma natureza ou de uma razão humana, como em Chomsky - o *habitus*, como indica a palavra, é um conhecimento adquirido e também um haver, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural -, mas sim o de agente em acção: tratava-se de chamar a atenção para o primado da razão prática de que falava Fichte, retomando o idealismo, como Marx sugeria nas *Teses sobre Feuerbach*, o lado activo do conhecimento prático que a tradição materialista, sobretudo com a teoria do reflexo, tinha abandonado.⁷⁵

O *habitus* é historicamente construído e não se mantém inativo, renovando-se pelas práticas dos agentes, sempre encontrando novas formas de reforço às suas convicções,

Ciências Sociais – ANPOCS, n. 30, fev. 1996.

⁷³ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid., p. 61.

referidas ao grupo.⁷⁶ Nesse sentido, Bourdieu afirma que:

Pode-se pensá-lo por analogia a um programa de computador (analogia perigosa, porque mecanicista), mas um programa autocorrigível. É constituído por um conjunto sistemático de princípios simples e parcialmente substituíveis, a partir dos quais uma infinidade de soluções podem ser inventadas, soluções que não se deduzem diretamente de suas condições de produção. Princípio de uma autonomia real em relação às determinações imediatas da “situação”, o habitus não é por isso uma espécie de essência a-histórica, cuja existência seria o desenvolvimento, enfim um destino definido uma vez por todas. Os ajustamentos que são incessantemente impostos pelas necessidades de adaptação às situações novas e imprevistas, podem determinar transformações duráveis do habitus, mas dentro de certos limites: entre outras razões porque o habitus define a percepção da situação que o determina. A “situação” é, de certa maneira, a condição que permite a realização do habitus.⁷⁷

Na mesma linha, a noção de campo (jurídico, político, social etc.) é complementar à de *habitus*. Em conformidade com Bourdieu, a noção de campo transcende a ideia de sistema, de domínio, de tal forma que o autor busca compreender os mecanismos que levaram a formação de determinado campo, aferindo os valores e as metas que formação contém. E é dentro do espaço social chamado campo é que os indivíduos interagem e ocupam posições, as quais estão determinadas pelo volume e a distribuição do capital, conforme denomina Bourdieu, que pode ser econômico, cultural ou simbólico.⁷⁸

O campo político é o campo das lutas que tem em vista transformar a relação de forças que confere estrutura a este campo. Por sua vez, o campo político caracteriza-se pela relação entre mandantes e mandatários, no que toca à produção política e entre mandatários e mandantes quanto às suas próprias organizações. Nesse sentido, a intenção política manifesta-se pelo jogo político, ou seja, em cada discurso ou ato público produzido tem-se um ato da instituição e não do próprio indivíduo.⁷⁹

⁷⁶ OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Judiciário, mídia e cidadania. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 4, 2007, p. 139.

⁷⁷ BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p.105.

⁷⁸ THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna*: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 195.

⁷⁹ OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Judiciário, mídia e cidadania. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 4, 2007, p. 163-165.

De outro lado, a ciência jurídica, na esteira do que identificam os historiadores do Direito, é tida como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido de seu ponto de vista interno.⁸⁰ Por essa lógica, de acordo com Warat, faz-se crer à sociedade que o Direito é um sistema lógico, em que as contradições são tidas como naturais e a crença se realiza no

[...] campo do senso comum teórico dos juristas, conjunto de crenças, valores e justificativas por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública.⁸¹

Ao contrário da lógica exposta, Bourdieu argumenta que a ciência do Direito se expressa por um conjunto de práticas objetivas e empíricas que influenciam o campo de pesquisa no que se refere à construção da realidade, de objetos e problemáticas, conceitos e, ao mesmo tempo, o campo formativo e de ação profissional do jurista e de todo o corpo jurídico. Para o autor, deve-se romper com a ideologia de independência do direito e de seu corpo judicial.⁸² Não há como conceber o Direito como:

[...] um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produtos do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe confere a suas estruturas e que orientam as lutas de concorrência, ou mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas.

Desse modo, é preciso ter claro que o campo jurídico, assim como o político, possui *habitus* que o determinam e o estruturam. Não há, portanto, como dissociar as pressões externas existentes sobre o campo político e o campo jurídico. Assim sendo, na esteira do que leciona Streck, a simples elaboração de um texto constitucional não basta para que esta

⁸⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 210.

⁸¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 14.

⁸² BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, p. 211.

ideologia seja introduzida nas estruturas sociais vigentes, passando a reger o relacionamento político de seus integrantes.⁸³ Não é possível conceber uma autonomia absoluta do Direito em face da política. Assim, reconhece Streck:

Assim, para que alcancemos tal desiderato, necessitamos, primeiro superar esse paradigma normativista, próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal-individualista. Para tanto, é preciso entender que – sustentando esse modo liberal-individualista de produção do direito – existe um *campo jurídico*, instituído ao mesmo tempo que instituinte, no interior do qual se trabalha ainda com a perspectiva de que, embora o Estado tenha mudado de feição, o Direito perfaz uma caminho a *latere*, à revelia das transformações advindas de um Estado intervencionista, regulador. Esse *campo jurídico* se constitui em um conjunto de todos os personagens que fazem, interpretam e aplicam a lei, transmitem conhecimentos jurídicos e socializam jogadores que se encontram no jogo do campo, no interior do qual os conflitos dão-lhe dinamismo, mas também o mantêm como um campo [...]. Tais disposições são traçadas através de disputas do campo com outros campos sociais e conflitos internos, o que constitui o *habitus* desse campo.⁸⁴

Nesse aspecto, os conflitos políticos e sociais passam a ser demandados perante o Judiciário, cabendo-lhe dar efetividade aos direitos postos na Constituição.

3.2 A concretização de direitos fundamentais sociais e o movimento de judicialização da política: questões políticas são jurídicas?

Na seara polêmica que se instaurou, no Brasil, a respeito do crescimento da autonomia do Poder Judiciário, três controvérsias são postas em debate com maior frequência: (i) as questões afeitas à limitação do poderes, atribuindo funções e competências agentes no cenário político, tais como: Ministério Público *vs* Administração Pública, Mesa do Senado *vs* Presidência da República, deputados e senadores *vs* Congresso Nacional, entre outros; (ii) a exigência de políticas públicas, caracterizadas pelos chamados conflitos coletivos, que podem reivindicar benefícios sociais ou benesses individuais coletivamente fruíveis, como a saúde, a moradia, o transporte etc., casos em que a solução natural seria cobrar a atuação política

⁸³ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 56.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 56-57.

através da implementação de políticas públicas e não a via judicial; (iii) problemas individuais em chave coletiva, que são aquelas controvérsias aparentemente coletivas que tratam de questões individuais. Trata-se, por exemplo, das ações repetitivas, comuns nas sociedades de massa, em que a solução de um antecipa a do outro, pondo-se em dúvida se o caso individual não demandaria um processo judicial para cada caso.⁸⁵

A partir das controvérsias sobre o papel do Poder Judiciário, surgidas nos séculos XIX e XX, retomou-se a discussão sobre a tradição moral moderna e o Direito, o que ocorre no cenário das transformações do Estado de bem estar social. Nessa medida, passa-se a indagar até que ponto as questões políticas podem ser invadidas pela seara jurídica.

Para introduzir o debate sobre a jurisdição constitucional na implementação de políticas públicas que contemplem direitos fundamentais sociais, convém revistar a questão da separabilidade entre o Direito e a moral, como forma de contemplar novas perspectivas para a teoria do Direito, que abarquem os fenômenos histórico-sociais que permeiam a sociedade contemporânea. Para tanto, o debate entre Hart e Dworkin sobre o tema é fundamental.

O cerne da teoria hartiana situa-se na deflagração de dois pontos de vista de um grupo social frente a uma regra: o interno e o externo. Nesse passo, a regra é o elemento neural de sua teoria, cabendo a distinção entre regras sociais, ou seja, aquilo que se aceita como padrão e cuja não observação gerará uma crítica, e hábitos, que se configuram em um costume. Desse modo, Hart concebe o Direito como uma prática social, que se fundamenta no comportamento dos membros da sociedade. E, nesse ponto, é que se questiona se a tese social de Hart pode ser considerada positivista.

Não havendo a fixação de conteúdo ou de um indivíduo (ou poder) que seja responsável pela determinação da regra de reconhecimento, a teoria de Hart deixa espaço para a inserção de valores morais no campo das ciências jurídicas e esta é a maior crítica que se faz a esta teoria. Ao contrário do Positivismo tradicional, onde vige a tese da separação entre Direito e Moral, a teoria hartiana provoca discussões. Sob o paradigma da prática social, não se pode afirmar que a tese de Hart não é positivista, no entanto, é certo que a pretensão de Hart foi indicar um caminho para desenvolver uma teoria da decisão que abarcasse as fontes sociais como conteúdo e não desenvolvê-la, de plano.

⁸⁵LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, p. 121.

Ronald Dworkin é um dos filósofos mais importantes da atualidade por sua séria contribuição à Filosofia do Direito. Uma das bandeiras levantadas por Dworkin é a necessidade de analisar o sistema jurídico não só de acordo com as regras, em seu sentido estrito, mas com a base moral que delas emana.

Nesse sentido, apresentando o que chama de leitura moral do Direito, Dworkin tece uma crítica voraz à filosofia jurídica construcionista estrita. E, por essa análise, pode-se compreender que a intenção de Dworkin foi não só atacar o paradigma científico tecnocrata dos operadores do Direito, mas indicar uma rota para a solução. Dworkin⁸⁶ ao tecer a ideia da leitura moral do Direito, propõe um ataque ao que denomina de construcionistas estritos, que caracterizados como formalistas, são defensores de uma doutrina favorável à interpretação estrita da lei, ao apego à letra da norma. Para eles, andava mal a Suprema Corte quando decidia sobre conflitos, envolvendo interesses políticos e, segundo eles, excedendo os limites da lei, estava usurpando o papel que lhes era conferido.

Os construcionistas defendiam que toda e qualquer decisão de cunho político deveria ser deliberada pelas instituições responsáveis pela produção das normas e, portanto, de seu conteúdo, ou seja, o legislativo. Para eles, desse modo, quando a Suprema Corte declara inconstitucional uma norma, ela está legislando, definindo o conteúdo de uma norma.

De acordo com Dworkin, juízes, advogados e cidadãos devem fazer uso dos princípios constitucionais como forma de ampliar o espectro da leitura moral da Constituição. E, questiona: se os homens não queriam deixar a cargo do órgão responsável pela aplicação das normas o conteúdo político e jurídico destas, por que, então, escolheram deliberadamente a utilização de padrões vagos – abertos –, em lugar de regras específicas?⁸⁷

Dworkin explica, ainda, que é equivocada a expressão conceitos “vagos”, tendo em vista que, estando previstos na Constituição, há um significado a ser descoberto nestes princípios, que não deixam de ser a “estrita” aplicação da Constituição.

O autor argumenta, ademais, que o significado da norma não pode ser limitado. Como se poderia entender que uma norma é justa, se atribuir somente um significado a ela? Nesse caso, estaria utilizando a minha concepção de justiça e não um conceito de justiça, onde cada

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-4.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 15.

caso se adequará de acordo com a leitura moral que se fizer dos fatos e da norma.

A insurgência de Dworkin, no entanto, teve como ponto de partida a crítica à teoria de Hart, o que, em linhas gerais, se pautou em refutar a tese positivista do ordenamento como sendo um sistema composto apenas por regras que, por sua vez, deixa de lado a aplicação de princípios, os quais, no caso concreto (casos difíceis), autorizariam o uso do discernimento pessoal do julgador.⁸⁸

Ao criticar os positivistas, Dworkin atribui-lhes a chamada *tese do pedigree*, ou seja, as regras para a teoria positivista tradicional são distinguidas não pelo seu conteúdo, mas pela maneira como foram formuladas.⁸⁹ Eis a grande crítica de Dworkin à teoria de Hart. Segundo ele, Hart pautaria a criação da regras de reconhecimento somente em critérios formais e procedimentais, bastando, para isso, que as regras fossem emanadas por um ato de vontade da autoridade competente, não perquirindo o seu conteúdo. Desse modo, a teoria hartiana não incluiria os princípios como fonte de Direito, o que contraria frontalmente a tese de Dworkin.

Dworkin argumenta que os princípios têm conteúdo moral e, por isso, deve ser afastada a tese da separabilidade do Direito e da moral, abandonando-se a ideia de que todas as regras devem ser validadas por uma regra de reconhecimento.

As críticas de Dworkin foram rebatidas por Hart, especialmente, no pós-escrito da obra *O conceito de Direito*, anexado em 1994. Nele, Hart avança na discussão e, ao que parece, revê parte de seu posicionamento anterior.

Segundo Hart, as críticas dworkianas decorrem de uma má interpretação, haja vista que nunca afirmou que os critérios para a criação da norma de reconhecimento seriam meramente formais. Primeiro, porque a regra de reconhecimento deve ser vista do ponto interno da norma, cabendo àqueles a quem ela é dirigida a aceitarem. E, segundo, porque Hart jamais negou que a regra de reconhecimento incorpore princípios morais e valores substantivos. A teoria hartiana é, em verdade, um meio termo entre o formalismo (positivista)

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

⁸⁹ “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue, mas não faz cumprir pelo poder público.” In: *Ibid.*, p. 27-28.

e o ceticismo (realismo). Assim, surge o que Hart chamou de “positivismo brando”:

Ao atribuir-me uma doutrina do positivismo “dos simples fatos”, Dworkin tratou equivocadamente minha teoria como se não apenas exigisse que a existência e a autoridade da norma de reconhecimento dependessem do fato de sua aceitação pelos tribunais (como de fato o faz), mas também como se exigisse (o que não faz) que critérios de validade jurídica que a norma provê consistam exclusivamente no tipo específico de fato “simples” que ele denomina questões de *pedigree*, ou seja, questões referentes à maneira e à forma da criação ou adoção de leis. Isso é duplamente errôneo. Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que tem sido chamado de “positivismo brando” (*soft positivism*), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo de “simples fatos”.⁹⁰

O debate instituído tem reflexo direto na teoria da decisão jurídica, ou seja, enquanto que, para Hart, um juiz, ao julgar um caso difícil (*hard case*), utilizando-se de elementos de moral e política, não está aplicando um Direito pré-existente, mas criando um novo Direito, para Dworkin, quando temos uma colisão entre princípios, aplica-se e afasta-se o outro, no caso concreto. Todavia, aquele princípio que foi afastado permanece (continua a existir) no ordenamento jurídico.⁹¹

Em que pese Hart, com a sua tese social, distanciar-se das formulações clássicas do positivismo jurídico, preocupando-se com o aspecto interno do Direito, ou seja, com a aceitação daquela regra pela comunidade, não há, de fato, uma preocupação com o conteúdo da regra a ser produzida. Não há um comprometimento com a justiça material a ser realizada pela regra.

Ao contrário, Dworkin embasa a sua tese na leitura moral do Direito, apontando que a moralidade está intimamente ligada com a função jurisdicional. Deve o juiz decidir conforme princípios que apontam uma moralidade externa a ele? Uma vez jurisdicizada a moral, o Direito passa a ser considerado mais razão do que vontade?

De outro lado, questiona-se se a tese hartiana do positivismo inclusivo (ou brando) não afrontaria uma das principais características do positivismo, quais sejam a certeza e a precisão

⁹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 323.

⁹¹ “Para Dworkin, a idéia de um critério de validade jurídica cuja aplicação envolve um juízo moral controverso não apresenta nenhuma dificuldade teórica; segundo ele, pode constituir ainda um teste genuíno para o direito pré-existente, porque o caráter controverso é perfeitamente compatível com a existência de fatos (fatos morais, em muitos casos), em virtude dos quais o critério é verdadeiro.” In: *Ibid.*, p. 327.

na determinação de regras válidas. Além disso, quais seriam os meios legítimos de controle da interpretação da Constituição, segundo um juízo moral?

O embate filosófico na busca de uma teoria jurídica da decisão – embora não seja o foco central do presente estudo – traz a lume, especialmente no campo do Direito Constitucional, a questão anteriormente proposta: questões políticas são jurídicas? Nesse particular, reconhece Lopes:

A diferença entre fazer regras que serão aplicadas e aplicar regras já feitas equivale, de certa forma, à distinção entre o Direito e a política que hoje se faz comumente.

Tal distinção está ameaçada. Em primeiro lugar, existe uma esfera do Direito em que tradicionalmente a fronteira se esfuma: é o campo do Direito constitucional. Saber o que exatamente diz a regra constitucional em cada caso, uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação de regra já existente (a constituição) e de formulação de uma nova regra, pois, em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra. Se um órgão jurisdicional pode, em última instância, interpretar a constituição, sua tarefa é constitutiva do Direito, sua tarefa é soberana. No caso do direito constitucional, particularmente nos casos de disputa judicial sobre a constitucionalidade de leis ou ato da administração, política e Direito voltam a juntar-se.⁹²

Diante das discussões travadas quanto à relação entre política e Direito, emerge a expressão “judicialização” da política, movimento decorrente das transformações do Estado e do Direito.

Nessa linha, as transformações do Estado e o viés pluralista das fontes do Direito ensejaram diversas mudanças na concepção de jurisdição constitucional no Brasil. Cittadino⁹³ indica que, nos anos 60 e 70, do século XX, o Direito era visto como uma das formas de violência que, baseado na supremacia do mais forte, dominava o meio político e social através da ameaça da sanção. Em sentido contrário, a partir dos anos 80, a filosofia política formou um movimento chamado “retorno ao Direito”⁹⁴, a fim de evitar os confrontos entre as democracias contemporâneas e o pluralismo social.

Havia um desencantamento com o mundo moderno. A tradição do Direito positivo, despido da ética (ou moral), já não amparava as vicissitudes da modernidade. Desse modo, foi

⁹² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, p. 121.

⁹³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 11.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 14.

inevitável o retorno da ligação entre ética e Direito.

No entanto, o processamento desse retorno deu-se de formas diversas. Os liberais defendiam uma ética universalista como fundamento do Direito. Já os chamados comunitaristas primavam por uma diversidade de esferas de justiça, formadas por comunidades históricas, o que, até certo ponto, era compreendido pelos críticos-deliberativos, que, porém, acreditavam em uma democracia procedimental, despida de conteúdo moral prévio.⁹⁵

Nesse sentido, justifica-se a importância de compreendermos a visão de mundo de cada uma dessas esferas do pensamento político, conforme já exposto no item que trata sobre a separabilidade do Direito e da moral. Importa, agora, saber como cada um se comporta frente ao sistema jurídico e à própria Constituição.

Os liberais conferem prioridade às “liberdades modernas” – liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade religiosa etc. Calcados em uma visão de mundo individualista, onde os Direitos individuais do homem têm primazia, os liberais compreendem o Estado como um garantidor da autonomia privada.⁹⁶ A visão liberal, portanto, exige a formação de uma Constituição-garantia que abarque uma série de Direitos subjetivos dos cidadãos, conferindo à autonomia privada um papel superior à autonomia pública.

De outro lado, os comunitaristas exigem a formação de uma Constituição-projeto, ou seja, que atenda os anseios de toda uma comunidade. Para eles, os Direitos não são “trunfos”, mas reflexos da vontade de uma comunidade em sua integralidade e, desse modo, não podem ser neutros. Exigem, portanto, uma atuação positiva do Estado.

Atendendo, igualmente, à ideia de soberania popular, os críticos-deliberativos, dentre eles, Habermas, desenham uma estrutura jurídica onde, em face da inexistência de garantias metassociais, os cidadãos devem buscar, através do entendimento, a regulamentação normativa para as suas relações.

Habermas pretende que os indivíduos atuem socialmente como performáticos, isto é, na busca do melhor argumento, deixando de lado a primazia de seus interesses pessoais,

⁹⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 77.

⁹⁶ Na esteira do esposado no presente estudo, Ronald Dworkin e John Rawls, com a obra *A Teoria da Justiça*, são os principais representantes do pensamento liberal.

estratégicos.⁹⁷

Nessa linha, percebe-se que o papel do Judiciário, transposto na ideia de Tribunal Constitucional, é diverso segundo cada linha de pensamento.

Para os liberais, a prestação jurisdicional deve ser orientada para uma compreensão deontológica das normas e dos princípios jurídicos, ou seja, os Direitos subjetivos dos cidadãos são “trunfos” que devem ser assegurados pela Constituição. O ideal político do povo, portanto, estaria concentrado na letra da Constituição e a aplicação e a guarda desta deve ser cumprida por um grupo de pessoas qualificadas para tal fim.⁹⁸

Já os comunitaristas adotam uma postura contrária à revisão judicial. Defensores da soberania popular, os comunitaristas refutam a ideia de transferir, do povo para uma elite profissional, a tarefa de decidir as questões políticas fundamentais de uma comunidade.⁹⁹ Eles conferem a si próprios a tarefa de revelar a interpretação do Constituição, ou seja, a vontade do povo advém da própria comunidade, de modo que se possa, ao contrário do que fazem os liberais, diferenciar as necessidades de cada indivíduo.

Por fim, Habermas aponta um terceiro caminho para a interpretação constitucional. Surgida, algumas décadas após o regime nazista, a teoria discursiva de Habermas vale-se da filosofia da linguagem para produzir um modelo procedimental de interpretação constitucional.¹⁰⁰

Habermas quer compatibilizar o processo deliberativo dos comunitaristas com a interpretação deontológica dos liberais. Desse modo, propõe uma teoria em que os atores sociais coloquem-se em uma situação ideal de fala. Para Habermas, o discurso jurídico só é possível se adequar-se à igualdade dos participantes, proporcionando-lhes a busca do melhor argumento.¹⁰¹

Habermas quer que os cidadãos busquem a melhor norma, performaticamente, e,

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

⁹⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 75.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 78.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 10.

assim, pretende utilizar um procedimento específico para tal processo, sem ocupar-se, inicialmente, com o conteúdo dessa norma. Assim posto, em consonância com Habermas, os cidadãos que seguem o procedimento determinado seriam legisladores.¹⁰²

Frente a isso, Cittadino¹⁰³ afirma que é possível formular e justificar um ideal de justiça – em especial de justiça distributiva – mesmo frente às diversas concepções de democracia no mundo moderno. A autora contextualiza a Constituição brasileira de 1988, para, a partir daí, concluir que o constitucionalismo pátrio possui um viés eminentemente comunitário.

Eis que se encontra, aqui, a relevância do papel do Judiciário, em sua condição de defensor da constitucionalidade e revisor de atos administrativos. Este papel deve ser exercido segundo um procedimento hermenêutico de captação de sentido, em que a compreensão valorativa dos dispositivos constitucionais seja realizada com ponderação.

Todavia, fica claro que, segundo a concepção comunitária, que a atuação constitucional não é tarefa exclusiva do Judiciário, guarda-se um papel relevante aos cidadãos, na medida em que se almeja uma democracia participativa e, desse modo, implementar a ideia de justiça distributiva.¹⁰⁴

Uma das constatações feitas pela autora coaduna-se perfeitamente com a realidade: ainda estamos diante de uma democracia globalizada. O grande triunfo da democracia liberal foi justamente o contexto histórico composto por constantes violações dos Direitos humanos e de término da utopia da igualdade.¹⁰⁵

E, nesse contexto, deve-se descartar a ideia de sujeito ideal e ensejar um novo sujeito, restaurando a sua condição de indivíduo histórico, a fim de retornar ao mundo da ética, da política e do Direito.¹⁰⁶ Esta é, pois, o grande papel da jurisdição constitucional, procurar mais espaço na implementação dos Direitos cunhados pela nossa Constituição e, ao mesmo tempo, encontrar um novo conceito de cidadania, promovendo a inclusão do indivíduo.

¹⁰² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 16.

¹⁰³ Ibid. p. 15.

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*, p. 14.

¹⁰⁵ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, p. 73.

¹⁰⁶ Ibid.

Essa constatação foi feita de forma empírica pelo sociólogo Luiz Werneck Vianna¹⁰⁷, que procurou demonstrar uma nova faceta do Poder Judiciário, antes um poder periférico, preocupado somente com a técnica – que, diga-se, era inacessível ao leigo – e que, hoje, se mostra como uma instituição central à democracia brasileira.

A primeira constatação que o autor traz é que a mudança de fundamento do Judiciário, apesar de não ter se dado de forma pacífica, não foi alterada em seu material humano – juízes. E ressalta-se a indagação: o que mudou? O que causou tamanha alteração nos rumos da Justiça?¹⁰⁸

O autor¹⁰⁹ considera que a mudança é fruto de uma mudança na rota do processo político. Para ele, o poder passou das mãos dos partidos políticos e dos grupos sociais tradicionais para lideranças comprometidas em ajustar o país às exigências da globalização, ou seja, ao mercado.

Dessa forma, a grande repercussão do referido ajuste foi o desalinhamento entre as ações governamentais em relação ao texto constitucional de 1988. Daí a importância do papel do Judiciário na democracia.

Portanto, da necessidade de uma adequação da política para dar condições ao livre mercado e do que podemos chamar de desmobilização do cidadão como parte do cenário democrático, a sociedade acabou encontrando, no Judiciário, o seu guardião dos valores fundamentais da Constituição, fazendo frente aos ativismos do executivo e do legislativo.

E esse fenômeno é que o Vianna denomina de judicialização da política¹¹⁰, dado que já ocorre em países de democracia avançada e que está ainda em andamento no Brasil.

Nesse passo, o autor apresenta na primeira parte da obra, na medida em que analisará o processo de judicialização da política, a partir do exame das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's), propostas pelos diferentes membros da comunidade de intérpretes.

¹⁰⁷ VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 09.

¹⁰⁸ Ibid., p. 10.

¹⁰⁹ Ibid., p. 11.

¹¹⁰ Ibid., p. 12.

Assim, fica claro que, com a obra em comento, o autor pretende dar um novo enfoque para o sistema político brasileiro, demonstrando a existência de uma nova arena para as controvérsias entre princípios e valores, de forma a encontrar um meio eficaz de garantir a efetivação de uma democracia.¹¹¹

O autor inicia a sua exposição sustentando a importância do Direito para a vida política e social. E como afirma, não condiz com a cultura política de hoje conceber a Constituição como concebia Lassale, como uma mera folha de papel ou, ainda, a redução do Direito à mera função de controle social, ficando ao alvedrio das mudanças de padrões estabelecidas na sociedade.¹¹² Vianna ressalta também que o princípio democrático tem pautado cada vez mais a vida social e que um bom exemplo é o Direito do Trabalho que conferiu caráter público às relações da esfera privada. Além disso, o Direito do Trabalho incorporou a ideia de Justiça, amparado no modelo do *Welfare State*, regulando as relações trabalhistas, a fim de superar as discrepâncias econômicas das classes.

Apresentando a teoria procedimentalista de Habermas, o autor afirma que, disto, decorre a chamada publicização da esfera privada, em que a esfera privada necessitou ser unificada por uma força supra-individual, para que os direitos e as garantias fundamentais fossem respeitados. No entanto, alerta que se deve ter cuidado com esta escalada do público em relação ao privado. Como ele refere, os direitos liberais e sociais possuem uma dupla face: normativa e funcional.¹¹³

Na funcional, os direitos liberais identificar-se-iam com a institucionalização de um sistema econômico dirigido pelo mercado e os sociais com o regime burocrático do bem estar. Já na normativa, os valores de liberdade subjetiva e de garantia social cederam diante de dispositivos imperativos, reduzindo, como consequência, o papel do cidadão na esfera pública, afastando-o do ideal de liberdade.¹¹⁴

Nesse sentido, assenta-se a importância do papel do Judiciário como guardião das promessas da Constituição. No entanto, alerta o autor que a mera concretização dos direitos sociais subsumida, de forma total, ao campo do Direito, levaria a uma cidadania passiva, que em nada acresceria à cultura cívica e às instituições da democracia. A igualdade, portanto,

¹¹¹ VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, p. 11.

¹¹² Ibid., p. 15.

¹¹³ Ibid., p. 16.

¹¹⁴ Ibid.

deve vir acompanhada de uma cidadania ativa, cuja prática levasse a um aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos. Esse é o eixo analítico de Habermas, em que se permite a entrada do Direito na política, e este se daria mesmo que se perdesse a liberdade em nome da igualdade.

Em contrapartida a esta teoria, encontra-se o eixo chamado de substancialista, encabeçado por Dworkin e Capeletti, para quem a relação entre Direito e sociedade seria inevitável e levaria em conta tanto a igualdade como a liberdade. Nesse eixo, valoriza-se o juiz como uma inteligência especializada, capaz de solver conflitos, o que pode oferecer riscos à cidadania ativa.

O ponto comum entre as teorias é que ambas confiam ao Poder Judiciário o papel de controle, de mediador. Segundo Vianna¹¹⁵, o processo institucional, que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, advém do fato do Brasil ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes. No Brasil, hoje, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o responsável por este controle, sendo ele provocado por esta comunidade de intérpretes, constitucionalmente previstos.

Voltando-se para o passado, Vianna¹¹⁶ esclarece que a democratização, no Brasil, foi marcada pela existência de duas forças políticas opostas; de um lado, a razão republicana, valorizando a esfera pública e reconhecendo, no Estado, a principal agência de ordenamento da vida social; e de outro, uma concepção que valorizava a livre iniciativa.

No entanto, o partido do mercado, como denomina o autor, ou seja, o partido de cunho liberal que foi o vencedor nas eleições para Presidência da República, em 1984, com Tancredo Neves. O partido neoliberal, nos anos seguintes, foi confirmado nas demais eleições, mas, acrescido do problema da elevada inflação, desorganizou a sociedade civil, fazendo com que se perdesse a confiança na política.

E, nesse sentido, o executivo e o legislativo tornaram-se os atores capazes de agir de modo oportuno e eficaz sobre a economia, promovendo as adequações legislativas necessárias e, assim, rompendo com a tradição constitucional do país. Daí, novamente a importância do Judiciário como controlador destes abusos.

¹¹⁵ VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, p. 17.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

Deve-se ressaltar, no entanto, que as ADI's, no Brasil, não têm como pressuposto um resultado positivo para a tradição constitucional como na França, nem mesmo uma invasão consciente como na Itália, mas já é um progresso. O juiz, para Werneck, tem o papel de herói da sociedade, cabendo-lhe compreender o movimento da sociedade. Assim, ele não é um engenheiro, mas um arquiteto que manipula as ideias com vistas à concretização de direitos.¹¹⁷

3.3 O problema da realização da cidadania no Brasil.

Na linha do que já tratado nos pontos anteriores, a ligação entre o discurso político e o discurso jurídico é cada vez mais imponente. Nesse sentido, Calmon de Passos leciona:

A ordenação da convivência humana não tem sua matriz no Direito, sim na dinâmica dos confrontos políticos em sua interação com os fatos econômicos. Ao Direito cabe apenas vinculá-los, explicitar a face do poder organizado e assegurar, nas situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades se fizer viável, nos termos e nos limites de quanto institucionalizado. O Direito, conseqüentemente, antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurador de determinado modelo dessa convivência, o que só alcança em virtude de sua impositividade que, por sua vez, o vincula necessariamente ao poder político institucionalizado. Sem poder não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Correto, pois, afirmar-se que Direito e poder político são indissociáveis.¹¹⁸

Frente a esse pressuposto, para enfrentar o tema da legitimidade da jurisdição constitucional como instrumento concretizador de direitos fundamentais sociais, é preciso revisitar o tema da democracia, buscando fundamento jurídico não mais na democracia representativa (em crise), mas o fazendo na democracia participativa.

Nesse aspecto, a conduta ativa do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais, pode ser uma das formas de promover a inclusão da cidadania no processo democrático. A busca por um cidadão ativo e participante da democracia depende da garantia de direitos mínimos, por isso, faz-se necessário (re)discutir o conceito de povo,

¹¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*, p. 145.

¹¹⁸ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 51.

considerado como pressuposto da democracia¹¹⁹.

Etimologicamente, democracia significa poder do povo. Na expressão de Müller é preciso questionar quem seria esse povo a quem é legitimado o poder.¹²⁰ O povo tem sido objeto de pouca reflexão, em contraste com o segundo segmento do vocábulo, “cracia”, que domina “continuam ente o Direito público, a sociologia política e a ciência política. Todas as constituições modernas falam em povo, a exemplo da Constituição Federal brasileira de 1988”¹²¹, todavia a não há um consenso sobre como ocorre a formação da vontade política do povo.¹²²

Partindo dessa premissa, o doutrinador¹²³ analisa a expressão povo, tomando-a em seis sentidos diferentes para questionar a efetividade deste poder popular:

1 – Povo como povo ativo: muito embora as constituições modernas refiram-se indistintamente a povo, a democracia é, de fato, exercida apenas pelos nacionais, maiores de idade, não interditados, afastando-se da ideia originária um homem, um voto;

2 – Povo como instância global de atribuição de legitimidade (povo legitimante): a emanção do poder do povo deve estar presente em todas as ações do Estado, mas isso evidentemente não no sentido naturalista de um procedimento único, fazendo-o, pois, no sentido jurídico de instância permanente, diante da qual o poder do Estado é responsável¹²⁴;

3 – Povo como ícone: sempre que as ações dos órgãos estatais não correspondam às normas democraticamente postas, faltarão a instância de legitimação, haverá representação do povo meramente icônica;

4 – Povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado e povo participante da democracia: não basta o povo ativo ou como instância de legitimação, a legitimidade deve incluir o modo mediante o qual a totalidade do atingidos é tratada por tais decisões e o seu modo de implementação; povo participante é povo politicamente ativo, atuante nas

¹¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 96.

¹²⁰ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A Questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Leimonad, 1998, p. 47-49.

¹²¹ “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição” (parágrafo único do Art. 1º da Constituição Federal).

¹²² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A Questão fundamental da democracia, p. 48.

¹²³ Ibid., p. 61.

¹²⁴ Ibid., p. 51.

organizações da sociedade civil;

5 – A que grupos reais correspondem os modos de utilização do termo povo, cada um dos sentidos acima corresponde a uma parcela do povo – povo ativo – apenas os eleitores; povo como instância de legitimação – todos; povo icônico – ninguém; povo destinatário de prestações civilizatórias – todos; povo participante – os politicamente ativos, para além do povo ativo;

6 – Povo como conceito de combate:

O estado constitucional aqui referido foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia [...] e esse combate continua [...] é de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico.¹²⁵

Nesse contexto, Müller destaca que há uma incoerência na utilização da expressão “povo”. De um lado, o povo ativo é limitado, tratando-se somente dos eleitores; de outro, o povo destinatário das prestações positivas e negativas engloba todos. Em verdade, a pretensão de legitimidade do povo como poder é falha. Embora a Constituição Federal brasileira de 1988 preveja que o poder deve vir do povo e ser exercido por ele, o discurso é, na expressão de Müller, icônico. Na medida em que todos são destinatários das prestações positivas e negativas conferidas pela Constituição Federal, todos devem ter, de forma efetiva, o poder de decidir sobre os rumos do ordenamento jurídico brasileiro. E, aqui, se sobressai o papel do Judiciário, em sua condição de instituição de acesso irrestrito, a conferir a todo indivíduo a oportunidade de satisfazer seus direitos.¹²⁶

É certo que o povo ainda é o centro da democracia. Todavia, o sentido jurídico que se atribui ao povo deve ser revisto, na medida em que se passa a arguir a atuação do cidadão na

¹²⁵ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A Questão fundamental da democracia, p. 87.

¹²⁶ “A análise feita por Friedrich Müller dos diferentes modos de se conceituar a palavra povo revela-nos que quando da aplicação do Direito e da tentativa de efetivação do Estado Democrático, há uma plena confusão entre os muitos destinatários da democracia. Ocorre que as estruturas do sistema acabam por assegurar direitos apenas a determinados tipos de povo, ora povo-ativo ora povo-ícone, contudo esquece-se que a democracia é, acima de tudo, feita para todos e que mesmo que não seja construída por todos (*e. g.*, inc. I e II do art. 14 da CF) deve, obrigatoriamente, ser exercitável por todos. Não é sem rumo que temos presente em nosso ordenamento o acesso irrestrito ao Poder Judiciário, segundo se depreende do inciso XXXV do art. 5º da CF. Através deste direito fundamental, as incompatibilidades existentes no meio social se tornam resolúveis e todo o indivíduo tem a potencialidade de ser ouvido e ter sua causa satisfatoriamente atendida.” In: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, p. 98.

efetivação do Estado Democrático de Direito. A democracia representativa nos moldes em que formulada já não atende as necessidades do próprio povo (povo, aqui, entendido como destinatário das prestações positivas e negativas). Müller alerta:

A expressão “constituinte da Constituição” tende a induzir a caminhos errôneos. Será que o poder constituinte não está sobretudo nas mãos daquele ao qual a Constituição é entregue, deixada, confiada; que a partir de então deverá ser o último ponto de atribuição e titular da legitimação da sua existência continuada, da sua vigência, que deverá dispor sobre essa Constituição no futuro? O constituinte da Constituição não entrega a Constituição, não a larga de mão. Ela lhe é colocada à disposição para práxis futura. À medida que ele deve ser responsável para a sua vigência continuada, ele também o é, de acordo com a ficção, para pô-lo em vigor. Para esse aspecto é secundário se ele efetivamente constituiu a Constituição na história, se ele a promulgou por força própria. Teoricamente, um monarca absoluto pode promulgar uma Constituição constitucionalmente democrática e transformar “o povo” em titular da constituição, mediante a simultânea renúncia, alterando a forma de Estado: para a práxis futura, não ele, mas o povo seria considerado o constituinte da Constituição. Inversamente também é o povo que “atua” alegadamente na democracia indireta, representada por deputados.¹²⁷

As promessas não cumpridas e a necessidade de implementar os contornos do Estado Democrático de Direito levaram a rever (ou redimensionar) a forma democrática vigente, trazendo a democracia participativa como um caminho para a redemocratização efetiva do país. Entretanto, as raízes históricas da cidadania no Brasil não levaram a uma concreta mudança de paradigma como pretendia a própria Constituição Federal de 1988.

Não é à toa que o título da obra do sociólogo José Murilo de Carvalho – *Cidadania no Brasil: o longo caminho* – possui este título. Com efeito, não é só porque trata de uma retrospectiva histórica da cidadania brasileira, mas porque, desde o início, sugere que o Brasil ainda não conseguiu instaurar, de forma concreta, uma democracia que permita a inclusão do cidadão nas decisões do país.¹²⁸

¹²⁷ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

¹²⁸ Na esteira do que bem sintetiza Douglas Cesar Lucas: “De um modo geral a tradição política brasileira nunca privilegiou a participação popular e pouco fez além de legitimar as escolhas dos setores dominantes em cada época. Mesmo que possamos perceber significativos avanços a partir da Constituição de 1988, ainda respiramos os efeitos trágicos das irremedias práticas sociais que negativamente marcaram nossa História. [...] No cenário pouco otimista da realidade nacional é preciso reconhecer que a Constituição de 1988 constituiu-se em um documento representativo de uma nova escolha, de uma possibilidade histórica limitada, porém real, de invenção do pacto político entre Estado e cidadãos” In: LUCAS, Douglas Cesar. *Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”*. In:

Certamente, como afirma Carvalho¹²⁹, a cidadania foi um fenômeno com desenvolvimento lento, que ocorreu em três etapas. Inicialmente, vieram os direitos civis, no século XVIII; após, surgiram os direitos políticos, no século XIX; e só então fizeram presentes os direitos sociais no século XX.

Porém, o fenômeno histórico da cidadania desenvolveu-se de forma diversa nos países considerados individualmente, conforme consigna o autor: “Quando falarmos de um cidadão inglês, ou norte-americano, e de um cidadão brasileiro, não estamos falando exatamente da mesma coisa.”¹³⁰

Em consonância com Carvalho¹³¹, ao contrário da experiência inglesa, no Brasil, primeiro, surgiram os direitos sociais, nos anos 30, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por Getúlio Vargas, um ditador que se tornou popular – o que explicaria, em parte, a origem do Estado clientelista no país.

Nesse sentido, o autor esclarece que, do período colonial à independência brasileira, o conjunto de direitos, civis, sociais e políticos, que poderiam alavancar um Estado de cidadãos, praticamente inexistiam. A própria independência foi um processo pacífico, incapaz de frutificar as mudanças necessárias, visto que foi mantida a escravidão, além de trazer enormes limitações aos direitos civis. Desde lá, o único avanço em prol da cidadania foi a abolição da escravidão, em 1888, que nada alterou no cenário já delineado.

O que deve ficar claro, entretanto, é que tal cenário não teve origem somente no processo histórico e político antes anotado, mas também na ausência de mobilização da cidadania. Na expressão de Carvalho, “cidadãos em negativo”¹³², isto é, não havia a presença de massas organizadas politicamente para postular a atuação na esfera política, a qual, até hoje, é de baixíssimo impacto.

Dezenove anos após a queda da ditadura Vargas, em 1964, admitida pela apatia popular dos quase cidadãos brasileiros, os direitos civis e políticos seriam duramente sufocados por novas medidas de repressão. Após 1985, quando da queda do regime militar, os

_____; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 54-55.

¹²⁹ CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 10.

¹³⁰ Ibid., p. 12.

¹³¹ Ibid., p. 87.

¹³² Ibid., p. 64.

direitos civis estabelecidos antes do regime militar, tais como a liberdade de expressão, de imprensa e de organização, foram recuperados, mas, ainda assim, muitos direitos civis permanecem inacessíveis. Mesmo com a Constituição de 1988 (Constituição dirigente, garantidora) não houve, ainda, a implementação de todos os direitos da cidadania.

Nesse diapasão, conforme já referido, no Brasil, não houve uma ordem cronológica de implementação de direitos, ao contrário da experiência inglesa. Isso porque, uma vez que a relação de cidadania decorre historicamente do fenômeno da criação dos Estados-nação, o Brasil, em verdade, importou uma estrutura de Estado que não decorreu de um processo de formação histórica, de formação de um povo. Ou seja, com a criação dos Estados-nação, a relação dos cidadãos com o seu local geográfico de trabalho ou residência passou a ser de nacional e, no Brasil colonial, a relação ainda era de subordinação. E, assim, a luta pelos direitos da cidadania tornou-se proporcional à participação dos cidadãos na vida política.

Desse modo, Carvalho bem conclui que:

Da relação com a cidadania com o Estado-nação deriva uma última complicação do problema. Existe hoje um consenso a respeito da idéia de que vivemos uma crise do Estado-nação. [...] A internacionalização do sistema capitalista, iniciada há séculos (*sic.*) mas muito acelerada pelos avanços tecnológicos recentes, e a criação de blocos econômicos e políticos têm causado uma redução do poder dos Estados e uma mudança das identidades nacionais.¹³³

Assim, havendo uma diminuição (ou quase ausência) do poder de governo nacional do Estado, há, por conseguinte, uma redução da participação popular, culminando na problemática da implementação dos direitos da cidadania.

Nessa mesma linha, o autor salienta a questão do governo dos técnicos. Com a evolução da sociedade industrial e o progresso dos instrumentos de cálculos, a governança passou a requerer conhecimentos técnicos e, como decorrência, passaram a ser cada vez mais complexos. Assim, como um cidadão comum será capaz de compreender e opinar sobre uma questão só tratada por especialistas?¹³⁴ Aqui, novamente perde a cidadania.

À vista disso, Torres reafirma o íntimo relacionamento entre os direitos políticos, os

¹³³

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, p. 13.

¹³⁴

Ibid., p. 34.

sociais e os econômicos, avançando no tema da necessidade de uma nova cidadania para o Brasil:

Até hoje os direitos sociais e econômicos dependem do processo político e da *policy*. Como não exibem eficácia própria dos direitos fundamentais e, por isso, não são garantidos na via judicial sem prévia lei formal, os direitos sociais e econômicos ficam na dependência do exercício da cidadania ativa, eis que “somente os direitos políticos de participação podem fundamentar a posição reflexiva de um cidadão, que é referida a si mesma”.¹³⁵

Este novo conceito de cidadania exige uma mudança do modelo estatal, como refere Marciano Buffon, o Estado pós-moderno tem um papel decisivo no propósito de minimizar as desigualdades decorrentes do modelo econômico, garantindo não só a igualdade formal, assim como a material. Corroborando com isto, o professor cita Garcia-Pelayo, trazendo as características marcantes deste modelo de Estado:

Entre as características marcantes desse modelo de Estado, conforme exposto por Garcia-Pelayo ao descrever o Estado Democrático de Direito espanhol, podem ser destacadas: a) a superação das possíveis contradições entre a titularidade formal dos Direitos públicos subjetivos e o exercício efetivo; b) a ação estatal destinada a criar as condições de satisfação daquelas necessidades vitais que, nas complexas condições da sociedade atual, não podem ser satisfeitas, nem pelos indivíduos, nem por grupos; c) uma concepção de cidadania não apenas como participação de valores e Direitos políticos, mas também dos bens econômicos e culturais; d) o fato de se caracterizar como um Estado de prestações, de modo que os preceitos constitucionais que limitam a sua atividade convivem com outros que estabelecem objetivos para a ação legislativa e administrativa.¹³⁶

Marciano Buffon apresenta, ainda, uma concepção contemporânea de cidadania, posta por Nabais:

A cidadania pode ser definida como a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros activos ou passivos de um Estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de Direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade. Uma noção de cidadania, em que, como é fácil de ver, encontramos três elementos constitutivos, a saber: 1) a titularidade de um determinado número de Direitos e deveres em uma sociedade específica; 2) a pertença a uma comunidade política (normalmente o Estado), em geral vinculada à idéia de

¹³⁵

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290-291.

¹³⁶

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*, p. 95.

nacionalidade; 3) a possibilidade de contribuir para a vida pública dessa comunidade através de sua participação.¹³⁷

Eis, novamente, a ideia de participação da cidadania, só que, dessa vez, cunhada de deveres também. O cidadão como detentor de direitos sociais, políticos e econômicos é parte desse processo de mudança, sendo também detentor do dever de solidariedade social que compreende todos os deveres correspondentes ou não aos direitos.

3.4 Democracia participativa (deliberativa): construindo a perspectiva de um diálogo democrático dentro do processo jurisdicional.

Com intuito de situar a *práxis social* ao contexto do Estado Democrático de Direito, Habermas, ao introduzir o tema da democracia participativa, denota que o Direito deve ser compreendido como uma associação de cidadãos livres e iguais, conjugando o sentimento de que o Estado está ligado ao princípio da voluntariedade.¹³⁸ Desse modo, Habermas, ao comparar o que chama de concepção liberal da política com a concepção republicana da política, defende que – ao contrário do pregado pela concepção liberal – os direitos dos cidadãos abrangem especialmente aqueles ligados ao direito de participação política.¹³⁹

Para Habermas, a formação da vontade e da opinião no espaço público não obedece às estruturas dos processos de mercado, mas às estruturas específicas formadas por uma ação comunicativa voltada ao entendimento.¹⁴⁰

A partir disso, Habermas trouxe um novo enfoque para a questão do Direito. Enquanto a razão prática, até Hegel, pretendia orientar o indivíduo em seu agir, tendo o Direito natural como única e correta ordem política e social, Habermas propõe que o conceito de razão seja

¹³⁷ NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 58.

¹³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 285.

¹³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Tres modelos de democracia: sobre el concepto de uns política deliberativa*. Madrid: Episteme, 1994, p. 04.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 07.

transportado para o que denomina de “médium linguístico”, o qual, um pouco afastado da moral, possibilitaria a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas.¹⁴¹

Nesse sentido, sublinha que a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum sujeito singular, nem a um macro sujeito sociopolítico, afirmando que é, através do médium linguístico, que as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. E explica:

Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigadoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso.¹⁴²

Entretanto, em que pese tais obrigadoriedades estarem embutidas na base de validade da fala, a racionalidade comunicativa não pretende determinar o que os atores devem fazer, ou seja, ao contrário da razão clássica, ela não determina normas de agir, emitindo a ideia de participação dos cidadãos. Assim, bem assevera o autor:

O conceito de ação comunicativa pressupõe a linguagem como um meio dentro do qual ocorre um tipo de processo de entendimento em cujo transcurso os participantes, ao se relacionarem com um mundo, se apresentam uns frente aos outros com pretensões de validade que podem ser reconhecidos ou questionados.¹⁴³

A razão comunicativa possui conteúdo normativo somente na medida em que os atores são obrigados a se apoiarem em pressupostos pragmáticos do contexto fático. Daí, a tensão entre facticidade e validade. De um lado, a razão comunicativa abrange o espectro de

¹⁴¹ “Na condição de um autor que retoma a filosofia clássica do esclarecimento moderno, ele apóia-se num certo mito que serve de moldura ao conjunto global do pensamento: é a idéia (sic.) da emancipação do homem através do esclarecimento e a formação racional da identidade dos sujeitos humanos e das coletividades. Grande parte de seu esforço teórico está voltado à defesa desta idéia (sic.) contra os discursos radicais da crítica da razão e contra teorias concorrentes, especialmente a teoria do sistema.” SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p.22.

¹⁴² Ibid., p. 20.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo I. Espanha: Ed. Taurus Humanidades, 1998, p. 143.

pretensões de validade; de outro lado, ela se refere apenas a intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo, consubstanciando-se em um acordo. Veja-se:

Um acordo alcançado comunicativamente tem que ter uma base racional; ou seja, não pode vir imposto por nenhuma das partes, seja instrumentalmente, ou uma intervenção direta na situação de ação, seja estrategicamente, por meio de um influxo calculado sobre as decisões de um oponente.¹⁴⁴

O Direito, nesta ótica, é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o Direito é validade quando as suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários. Assim, revela em trecho da obra:

Essa tensão ideal retorna intensificada no nível do Direito, mais precisamente na relação entre a coerção do Direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia da autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis.

Essa tensão na dimensão de validade do Direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o Direito (e o emprego autoritativo do Direito); poder político ao qual o Direito deve a sua positividade.¹⁴⁵

Para Habermas, o Direito legítimo, nas sociedades modernas, depende do exercício constante do poder comunicativo, na medida em que este permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem, mobilizando-a para um dos grandes fardos do Direito moderno: a integração social.

A teoria de Habermas, portanto, reside na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, assentada numa pluralidade de indivíduos que, orientando a sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Desse modo, a fundamentação do Direito é definida pela razão do melhor argumento e não pela consciência natural individualmente considerada, de modo

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*, p. 368.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 60-61.

que Habermas pensa num Poder Judiciário maior, ampliando o poder dos magistrados para fins de resguardar o processo de deliberação democrática.

Assim, sendo o Direito emanado da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, resta afirmada a soberania popular e o Direito pode realizar a efetivação da justiça.

A crítica a ser trazida à discussão quanto à teoria procedimentalista de Habermas, no entanto, diz com sua aplicação na realidade brasileira. Frente a uma Constituição que, como visto, não teve suas promessas implementadas na realidade socioeconômica do país, é possível pensar na ideia de democracia deliberativa, mas é preciso cautela quanto à aplicação de um procedimento puro e simples. Nesse sentido, o Douglas Cesar Lucas bem esclarece:

A realidade brasileira sofre de um déficit social histórico que precisa ser repensado a partir do horizonte de sentido que é a Constituição. Somente uma experiência democrática vitoriosa do ponto de vista material, que propusesse padrões de vida digna a seus cidadãos e que os colocasse em certa posição de igualdade, poderia sustentar uma democracia de cunho meramente procedimental, pois a garantia dos procedimentos democráticos seria, nessa hipótese, apenas o roteiro para que as diferenças construíssem suas soluções sobre conteúdos desde sempre possíveis e aceitos. [...] O Brasil não chegou a construir um Estado social que pudesse melhorar as condições de vida da população e estabelecer uma democracia despreocupada com a substância e voltada tão somente para a defesa dos procedimentos.¹⁴⁶

Assim, sem pretensão de adentar no tema sobre o embate entre os procedimentalistas e os substancialistas, em que pese a importância de se introduzir o debate acerca da democracia deliberativa no Brasil, é preciso compreender que a Constituição Federal de 1988 representa uma escolha constitucional a ser implementada de forma efetiva na experiência brasileira e, para tanto, é necessário conjugar os mecanismos de defesa de direitos e garantias constitucionais ofertados pela jurisdição com o processo histórico-social de revitalização da cidadania brasileira.¹⁴⁷

¹⁴⁶ LUCAS, Douglas César. O procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos tribunais sobre a (des)necessidade de cooperações pós-nacionais/constitucionais para se “dizer o direito”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (org.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. São José: Conceito editorial, 2009, p. 185.

¹⁴⁷ “O desgaste da política, a nova pauta de direitos fundamentais e a complexidade dos litígios contemporâneos conduziram a um agingantamento da Jurisdição, transformando-a em uma *última ratio* de decidibilidade, em um refúgio que passa a ser visto como capaz de acomodar as incertezas e de gerar uma

Na mesma linha, com intuito de promover a aproximação entre política e Direito, Höffe propõe um redimensionamento do discurso da justiça, considerando que a crítica empreendida na expressão justiça política tem o significado de uma crítica da dominação, em que se contrapõem as formas justas e injustas de dominação.

O discurso político, como afirma Höffe, é conduzido sob o ponto de vista filosófico e, com isso, cria-se a ética filosófica do Direito e do Estado. Entretanto, tal discurso interrompeu-se durante o Século XIX, na medida em que os grandes filósofos passaram a dedicar-se a outros ramos, deixando o discurso do Estado para os juristas, numa época em que o historicismo e o positivismo dominavam, nas ciências do Direito e do Estado, ambos descrendo da perspectiva ética.

Nesse passo, Höffe assegura que: “Com a expressão de justiça política se pretende suprimir a dupla alienação e, de um lado, ‘reconciliar’ a filosofia com a teoria do Direito e do Estado e, de outro lado, ‘reconciliar’ ambas as teorias com a ética.”¹⁴⁸

Pode-se afirmar que a justiça política, embora não seja a única leitura possível acerca da Justiça, é a que melhor adapta o acoplamento entre Política e Direito, proporcionando uma dimensão ética a ambos, constituindo, assim, a ética da dominação. Justiça política, portanto, seria a crítica ética das leis e das instituições políticas, propondo uma noção ética de Direito e de Estado, o que o legitima e o limita.

Para tal fim, no entanto, é necessário estruturar a ordem jurídica estatal, estabelecendo estratégias para que a justiça não fique a mercê daquele que detém o poder e, da mesma forma, para que a justiça política, tida como uma crítica supra positiva do Direito, não se torne uma utopia frente à aplicação do Direito natural e do Direito positivo.

Caminhando nesta direção, o autor estabelece que:

sensação de insegurança. Nesse sentido, acusar o protagonismo judicial de prejudicar a capacidade mobilizatória de uma cidadania ativa, uma vez que impediria a formação de identidades coletivas pela concessão paternalista de direitos, parece ser uma acusação dimensionada de maneira equivocada, pois é justamente a desarticulação política e a fragilidade de participação democrática que permite o fortalecimento e o protagonismo de uma instituição que funciona a partir de uma racionalidade desvinculada das exigências de legitimidade política.” LUCAS, Douglas César. O procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos tribunais sobre a (des)necessidade de cooperações pós-nacionais/constitucionais para se “dizer o direito”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (org.). *Os (des)caminhos da jurisdição*, p. 186.

¹⁴⁸ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-4.

Uma filosofia política, que faça justiça a ambas as experiências políticas fundamentais, à crise radical da sociedade e à crítica radical de sua estrutura básica, deve por isso levar em consideração todos os três conceitos: Direito, justiça e Estado.¹⁴⁹

Höffe sugere o que chama de tese-guia tripartite da filosofia política, em que formula a seguinte hipótese:

[...] se a convivência humana deve assumir uma figura legítima, então deve ser, primeiro, o caráter do Direito e deve, em segundo lugar, o Direito atingir a realidade da justiça e, em terceiro lugar, deve assumir o Direito junto à proteção de uma ordem jurídica pública, por conseguinte, a figura de um Estado (justo).¹⁵⁰

A tese, então, pode ser lida na seguinte sequência: (i) o Estado está obrigado à justiça; (ii) a justiça política forma a medida normativo-crítica do Direito; e (iii) o Direito justo é a forma legítima da convivência humana, autorizando uma melhor compreensão do que seja justiça política.

Assim, pretende o autor promover uma filosofia política fundamental que compreende uma crítica ao Direito e ao Estado, sua filosofia, no entanto, está sujeita às críticas de muitos cientistas e filósofos que recusam a sua proximidade com o Direito natural.

Com efeito, o Direito natural vai de encontro às prescrições arbitrárias postas na esfera do Direito válido, discutindo a ideia de obrigatoriedade da lei que não se curva à autoridade humana e que está além de qualquer posição ou acordo. Os gregos chamam tais obrigações de “justo por natureza”, em oposição ao Direito posto (Direito positivo). O discurso do Direito natural, portanto, é, sem dúvida, muitas vezes, entregue à ética. Disso, surge o questionamento do autor:

Já que a justiça política significa exatamente, como o Direito natural, uma instância de Direito supra positiva, é necessário que se pergunte se o desaparecimento do pensamento do Direito natural também não afeta a

¹⁴⁹

¹⁵⁰

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*, p. 13. Ibid.

teoria da justiça.¹⁵¹

O Direito natural representa uma instância normativo-crítica, a qual é responsável pela esfera global de Direito e Estado. Assim, é preciso testar-se a crítica da teoria da justiça política frente ao pensamento do Direito natural, haja vista que ambos têm por finalidade a crítica supra positiva do Direito e do Estado que é, de regra, rejeitada pelas diversas variantes do positivismo jurídico.

Atualmente, no entanto, utiliza-se o Direito natural somente nas omissões do Direito positivo, o que não esgota a busca por mais justiça e, hoje, retomou-se o estudo através da denominada Teoria da Justiça.

Nesse sentido, o pensamento jusnaturalista (crítico) consiste na tentativa de assumir uma perspectiva moral em face do Direito e do Estado, opondo-se ao positivismo jurídico. Assim, refere o autor:

O Direito natural é, além disso, criticado, porque com o Direito comumente se compreendem obrigações capazes de coerção que são exatamente postas pelo Estado e ainda por ele levadas ao cumprimento. Mas todos os três elementos da definição faltam ao Direito natural: 1) É uma exigência moral e não uma obrigação com caráter de coerção; 2) Mesmo que o Direito natural consista de certos princípios de Direito, como na modernidade os Direitos humanos, estes princípios apenas fixam, quando muito, em casos particulares, o que se pode exatamente exigir dos outros ou se lhes deve; 3) Pelo fato de o caráter coercitivo desaparecer, também não precisa a “forma histórico-política” da coerção, o Estado; o Direito natural é um Direito sem armas: um *droit desarme* (BOBBIO 1959, p. 176).¹⁵²

Para o positivismo jurídico, entretanto, apenas os enunciados jurídicos, de caráter empírico ou analítico, têm caráter científico; enquanto que os enunciados normativos, que contêm elementos de justiça, são considerados não científicos, de modo que o elemento ético é pura opinião subjetiva. A justiça seria, portanto, fundamento da jurisprudência.

A crítica da justiça política existe tanto em relação ao positivismo jurídico como em relação ao anarquismo, uma vez que ambos rejeitam a ideia de justiça política. O positivismo porque defende a dominação justa, exercida pelos poderes estatais, não admitindo a crítica

¹⁵¹ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*, p. 72.

¹⁵² *Ibid.*, p. 77.

supra positiva. O anarquismo, por seu turno, por rejeitar toda e qualquer ordem de dominação e por defender a ideia da liberdade da dominação, negando a crítica do Direito e do Estado.

Höffe, então, busca resgatar a legitimidade do Estado de Justiça, discutindo mandatos políticos sob a perspectiva ética. Esta justiça, no entanto, não é exigida, diferenciando-se, pois, das exigências da moral social. A justiça, consoante Höffe, portanto, tem um significado teórico interdisciplinar, demandando a cooperação tanto da filosofia quanto das ciências particulares, e apresenta também uma dimensão prática referida nos problemas sociais e políticos de cada tempo, que requerem solução. Os discursos ético-políticos, contudo, não acontecem fora da história, daí o afastamento, em certa medida, de um discurso ideal, ou seja, não buscam uma verdade por si mesma, mas procuram responder as reais condições de existência das comunidades.

O pensamento de Höffe sintetiza a ideia de que se o Direito é indissociável do poder (Estado) e do conflito, também o é da Justiça. Quando um homem conclama a justiça, não está manifestando nada mais do que a sua insatisfação com o sistema social que lhe é apresentado. A Política, por sua vez, pensada em um sentido sociológico, é a arte de administrar essas insatisfações, a fim de viabilizar a convivência em sociedade. Uma das formas de exterminar essas insatisfações é incluir, na conduta do cidadão, uma determinada gama de valores (ideologia), a fim de dissipar essas insatisfações. Procura-se dissociar a insatisfação (material) da injustiça (valor), ensejando-se para a justiça um fundamento menos concreto, pragmático, existencial. Consequentemente, inexistente ordem jurídica que não corresponda à realização de alguma justiça, como inexistente ordem jurídica capaz de realizar uma justiça absoluta.

E esta justiça resulta de uma estrutura política determinada e de opções econômicas feitas pelo Estado. Sendo assim, nenhuma dúvida pode subsistir de que o social, o político e o econômico condicionam o jurídico. Dessa maneira, para que se construa uma justiça contextualizada como pretende Höffe¹⁵³, reconciliando a filosofia, a política e a ética, é preciso não se prender ao dogmatismo jurídico positivista e, tampouco, deixar o Direito ao alvedrio das disposições do Direito natural.

¹⁵³

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*, p. 79.

É necessário, então, reconstruir o discurso jurídico, fundado na ideia de justiça material, em que a preocupação da norma ultrapassa a formalidade da dogmática e postula um fundamento de validade universal: a dignidade da pessoa humana.

4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO CENÁRIO BRASILEIRO: O PAPEL DO JUIZ NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

O debate sobre a relação entre o Direito e a moral e o Direito e a política é crescente no contexto do Estado Democrático de Direito. Todavia, parece haver uma apatia quanto à referência política, hoje, no Brasil. Na expressão de Martin: “[...] de certo modo, nas sociedades sociais atuais, a participação política parece haver sido substituída por uma participação ética, como pode ser a colaboração com ONG’s, ou ecológica.”¹⁵⁴

Para a autora, uma das razões do desencanto a respeito da política é corolário do desencanto com as expectativas que se tinha com a democracia.¹⁵⁵ Nesse passo, a mudança de perspectiva focada na democracia participativa, exige uma revisão não só do modo de funcionamento das instituições perante o Estado Democrático de Direito, como a formação social dos cidadãos como atuantes na esfera política.

O modelo constitucional contemporâneo tem a nova missão de assegurar o equilíbrio entre o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e moral.¹⁵⁶ A nova ordem proposta pela Constituição Federal de 1988 incorpora um sistema de valores em seus princípios constitucionais que insurgem conflitos entre os direitos individuais e os de concepção solidária. Nesse aspecto, o papel do juiz, em seu papel de decisor, contrapõe, em muitos casos, a vontade dos legisladores. E, assim, o juiz assume a tarefa de adequar a realidade social ao direito.

Esse fenômeno é descrito por Picardi como a transição de um Estado em que predomina o Poder Legislativo para outro em que prepondera o Poder Judiciário.¹⁵⁷ Diante disso, o eixo central desta parte do presente estudo fixar-se-á no papel do juiz no processo de implementação de políticas públicas.

¹⁵⁴ MARTIN, Núbia Belloso. *Os Novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005, p. 54.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá editora. 2010, p.

25.

¹⁵⁷ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 03.

4.1 A dimensão jurídica das políticas públicas.

Para iniciar a exposição sobre as políticas públicas no Brasil é preciso identificar o objeto sobre o qual se está dissertando. Segundo Bucci¹⁵⁸, as políticas públicas são expressas em suportes legais distintos, como dispositivos constitucionais, em leis ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias.

Por se tratar de um tema oriundo da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, as políticas públicas não possuem um conceito padrão, posto que, como já visto, todo o Direito é permeado pela política, de modo que o planejamento e a implementação das políticas públicas são temas cada vez mais permeados pela Ciência Jurídica.

No Brasil, a partir da década de 90, foram instituídas diversas políticas de caráter setorial, como forma de concretizar os planos de ação previstos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cita-se, como exemplo, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), o Plano Nacional de Aviação (Lei 5.917/73), entre outros.¹⁵⁹ Tais medidas têm como escopo movimentar a máquina governamental por meio de um programa de medidas articuladas que levem a realização de um objetivo que, na ótica jurídica, é a concretização de um direito.

No texto constitucional de 1988, o legislador apontou algumas matérias jurídicas às quais o legislador infraconstitucional e os aplicadores do Direito devem (ou deveriam) atentar-se, como a Política Urbana, a Política Agrícola e Fundiária, a Política Financeira e Econômica, etc.

Nesse contexto, é pertinente distinguir os conceitos de “políticas de Estado” e “políticas de Governo”. É certo que as políticas públicas possuem um componente de ação estratégica, ou seja, são programas de ação governamental que se dirigem a uma finalidade. Todavia, as “políticas de Estado” diferem das “políticas de Governo”, pois estas possuem um período delimitado e se realizam como parte de um programa maior que caracteriza as “políticas de Estado”.

¹⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: _____. (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 11-14.

Assim sendo, Bucci afirma que, utilizando o critério normativo, as políticas públicas constitucionalizadas seriam “políticas de Estado” e as demais, de Governo. Ocorre que o critério é falho, na medida em que “engessaria” a governabilidade do país, ocupando o terreno da política para fins de projeções futuras.¹⁶⁰

Na mesma linha, é falha a concepção de políticas públicas como norma. As leis, em geral, são caracterizadas pela generalidade e pela abstração, conferindo-lhes uma dimensão teleológica que, ao contrário das políticas, que são afeitas a um determinado objetivo explícito em seu texto, não possuem “endereço certo”.¹⁶¹ Assim delinea a autora:

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.¹⁶²

Pode-se considerar que as políticas públicas são normas-objetivo, na expressão de Hart, caracterizando-se como planos pontuais, em que se questiona até que ponto podem ser exigidas judicialmente. Embora o texto constitucional registre que lei não excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, as políticas públicas só poderão sofrer controle judicial, na medida em que expressem direitos. Daí, a importância da discussão sobre a dimensão jurídica das políticas públicas e, na mesma linha, das formas e dos limites da atuação judicial sobre tal instituto.¹⁶³

Na esteira do que se discutiu, o Relatório de 2006 do Banco Interamericano de Desenvolvimento BID trouxe dez mensagens importantes para o progresso econômico e

¹⁶⁰ “Não se pode desprezar o componente político e histórico indissociável de toda a experiência constitucional. Não há Constituições em abstrato; cada constituição é expressão de uma dada composição social e política e espelha tanto as tensões existentes no seio dessa sociedade, como os espaços e mecanismos concebidos para a harmonização desses conflitos.” In: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 20-21.

¹⁶¹ Ibid., p. 25-26.

¹⁶² Ibid., p. 31.

¹⁶³ “Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-os em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação. Até porque, nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal. A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro.” In: Ibid., p. 37.

social na América Latina. Dessas, algumas são mensagens-chaves para o contexto desse estudo, as quais serão, em continuidade, comentadas:

1. Os processos são importantes! O processo mediante o qual as políticas são discutidas, aprovadas e executadas (o processo de formulação das políticas públicas) tem impacto significativo na qualidade das políticas públicas, sobretudo na capacidade dos países de proporcionar um ambiente estável para essas políticas, modificá-las quando necessário, executá-las e fazê-las cumprir com eficácia, assegurando-se de que sejam adotadas em favor do interesse público. [...]

4. Os efeitos das instituições políticas nos processos de formulação de políticas públicas só podem ser compreendidos de maneira sistêmica. Os processos de formulação de políticas são muito complexos, devido à multiplicidade de atores que deles participam, com diferentes graus de poder, horizontes temporais e incentivos; à variedade de cenários em que atuam; e a grande diversidade de regras do jogo que podem repercutir sobre o modo como se atua. Atentar somente para algumas características institucionais (pó exemplo, se o sistema de governo é presidencial ou parlamentar, ou se as regras eleitorais são do tipo majoritário ou de representação proporcional) levará a um conhecimento bastante fragmentado e insatisfatório desses processos. Para compreendê-los melhor, é preciso examinar a estrutura institucional com uma abordagem sistêmica ou de “equilíbrio geral”.¹⁶⁴

De tais premissas, é possível concluir que o processo de formulação das políticas públicas, entendido como arranjos complexos, deve atentar ao funcionamento de cada instituição política, buscando uma harmonia – o que se chamou de “equilíbrio geral”. Em que pese a existência de variáveis como o sistema de governo, a estrutura econômica e o contexto social, os atores responsáveis pela formulação de políticas públicas devem cooperar uns com os outros a fim de facilitar acordos e transações.

Nesse passo, o Relatório de 2006 do BID aponta que:

Os processos políticos eficazes e melhores políticas públicas são facilitados pela existência de partidos políticos institucionalizados e programáticos, por legislativos que tenham uma sólida capacidade de elaborar políticas, por sistemas judiciários independentes e por burocracias fortes.¹⁶⁵

A partir desses conceitos, a existência de partidos políticos institucionalizados, com orientação programática em nível nacional, possibilita a adoção de políticas de Estado de

¹⁶⁴ *A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina. RELATÓRIO 2006.* Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, Harvard University. Tradução Banco Interamericano de Desenvolvimento – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7.

¹⁶⁵ Ibid.

forma efetiva que tenham caráter intertemporal. Do mesmo modo, um legislativo sólido, capaz de elaborar políticas sem estar a mercê das iniciativas do Poder Executivo e um Poder Judiciário independente e eficaz são fatores imprescindíveis para assegurar que os compromissos assumidos sejam cumpridos e que não excedam os limites da lei.

Entretanto, o contexto brasileiro - como já visto - está longe de realizar as premissas ideais postas. A chamada crise da democracia representativa, no Brasil, vai além dos aspectos delineados anteriormente, admitindo distorções na representação política como o valor do voto igualitário e a desproporção na câmara dos deputados.

Conforme aponta Bercovici¹⁶⁶, numa democracia, o sufrágio universal deve ser igual, correspondendo à regra um homem, um voto, de modo que cada eleitor seja igual ao outro no ato de votar. No entanto:

A regra constante do artigo 45, § 1º, da Constituição é fonte das graves distorções do sistema representativo brasileiro. Com a fixação do número de deputados por Estado, não se encontra nenhum meio em que proporção atenda o princípio do voto com valor igual para todos, expresso no artigo 14, que é particular ao princípio democrático fundamental da igualdade em direitos de todos perante a lei.¹⁶⁷

Frente a isso, a noção de democracia participativa toma seu lugar nas discussões sobre os caminhos da democracia no Brasil, buscando, na coordenação dos poderes públicos, como entes incumbidos de gerir a coisa pública, uma nova perspectiva de participação popular.

Os mecanismos de participação popular nos processos políticos - em legislações afeitas à saúde, à assistência social, ao meio ambiente etc. - não atendem a dimensão jurídica que a participação popular deveria ter sobre a formulação, o planejamento e a execução de políticas públicas no Brasil. Nesse sentido, Bercovici anota:

Conhecer, assim, os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e buscar alternativas para superá-los é fundamental, em nossa opinião, na (re)estruturação deste Estado para a promoção do desenvolvimento. E, em uma democracia, o ponto fundamental é entender o povo como sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular. Fortalecer o Estado brasileiro na superação do

¹⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 78.
¹⁶⁷ Ibid., p. 79.

subdesenvolvimento, neste sentido, é também, em nossa opinião, fortalecer (para não dizer instaurar) o regime republicano e democrático da soberania popular no Brasil.¹⁶⁸

O caminho da democracia participativa, portanto, mostra-se como única alternativa para promover a instauração de um regime democrático efetivo. Em um país como o Brasil, a superação das desigualdades sociais depende de uma concepção não só inclusiva, mas participativa, ampliando os espaços para uma verdadeira soberania popular.

4.2 O papel do juiz e do cidadão¹⁶⁹ na construção de uma democracia participativa (e inclusiva) voltada para a formulação e a implementação de políticas públicas: o diálogo no processo.

A partir da ideia de que é preciso implementar, de fato, o regime democrático e republicano no Brasil, apontando para um novo conceito de soberania popular – mais ativa e participante – a questão da atuação do Poder Judiciário na esfera política e, mais precisamente, no controle da formulação, do planejamento e da execução de políticas públicas, dentro do sistema de direitos fundamentais sociais, no Brasil, ganha relevo e pede que se discuta quais as perspectivas e os limites para essa atuação.

O Estado passa a se comprometer com as promessas da modernidade, de modo que a inclusão popular roga ações positivas, cujas omissões são passíveis de controle no tocante aos seus deveres de legislar e prestar. E, nessa nova nuance, o Judiciário assume papel central na garantia das chamadas liberdades positivas. Destaca Mello:

A associação entre um extenso catálogo de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis sinaliza para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não goza de uma supremacia incontestável, nem é o representante de uma soberania popular absoluta e ilimitada e, por consequência, não dispõe de total liberdade na definição de fins e valores no plano legal. Por um lado, o exercício do Poder Legislativo é limitado e

¹⁶⁸ _____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 161.

¹⁶⁹ Não se desconsidera o papel de todos os atores na construção de um processo democrático, no entanto o recorte da dissertação faz-se no sentido de discutir basicamente o papel do juiz neste contexto.

condicionado normativamente pelas normas constitucionais e, de outro, é limitado e controlado institucionalmente pelo exercício da jurisdição constitucional. Essa coexistência, no plano constitucional, entre regime democrático e órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, com um catálogo amplo e generoso de direitos fundamentais normativamente vinculantes à legislatura e uma jurisdição constitucional extremamente abrangente está fadada a produzir sérios problemas de definição de limites entre as competências do domínio legislativo e as funções do domínio judicial.¹⁷⁰

A questão fulcral, logo, é compreender os limites da atuação do Judiciário em nome da efetivação de direitos. O Judiciário ativo, que permeie, inclusive, o campo da política, não pode ir de encontro aos deveres do Estado Democrático de Direito e, tampouco, por em risco a lógica da democracia e da separação de poderes.

Na expressão de Castanheira Neves¹⁷¹, o campo jurídico da modernidade mostrou-se no sentido contrário à lógica idealizada. Houve um distanciamento de qualquer concepção de justiça, aproximando o Direito do poder. E essa aproximação gerou o que o autor chama de “funcionalização do Direito”, razão pela qual, muitas teorias, como a de Dworkin, pretendem assegurar uma única resposta para os problemas práticos do Direito. O que, nas lições de Kaufmann¹⁷², é traduzido como a tarefa do juiz: pronunciar a lei, contribuindo para dizer um Direito, que é linguagem, e que nunca será algo unívoco, mas sim análogo.

Nesse sentido, é pertinente a crítica de Baptista da Silva¹⁷³, tratando da chamada “fungibilização” do fático, uma vez que a separação entre a “norma” e o “fato” torna o caso concreto em um simples exemplar de uma seriação de fatos “idênticos” capazes de serem inseridos na norma.

Desse modo, a discussão sobre a teoria do Direito no mundo moderno passa pela nova dimensão das relações sociais no mundo globalizado, trazendo novas demandas a serem

¹⁷⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais: Os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 175.

¹⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 93.

¹⁷² KAUFMANN, Athur. *Hermenéutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Tradução de Andrés Ollero y Jose Antonio dos Santos. Granada: Comares, 2007, p. 9-10.

¹⁷³ “Esta é mais uma causa determinante da formação do pensamento jurídico moderno, que se pode indicar como o ‘cientificismo’ que o permeia, impulsionado pela poderosa influência de Kant, dos dois mundos, o mundo do *ser* e o mundo *dever ser*, que não deverão comunicar-se entre si, causadora da separação entre ‘direito’ e ‘fato’, que é o leito de todos *normativismos* modernos. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 9.

atendidas especialmente pela esfera da jurisdição constitucional. Ainda que seja frutífera a concepção que vê, no Judiciário, um último refúgio para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de uma sociedade já desencantada pela omissão dos demais poderes, este espaço não pode estar vinculado somente aos demais poderes (executivo e legislativo), é necessário que a problemática posta em juízo (lide) atenda aos interesses da sociedade, propondo uma reaproximação da cidadania e das fontes de poder.

Consoante Kelsen¹⁷⁴ o Direito não poderia ser separado da política, mas a política poderia ser separada do Direito, pois o Direito é uma das funções da política. Conforme destaca Baptista da Silva¹⁷⁵, houve uma “instrumentalização” do jurídico pelo político.

Desse modo, ausente a autonomia do Direito, não há mais a individualidade do caso concreto, cada caso é apenas um exemplar de um gênero já delimitado. Como refere Castanheira Neves, o Direito distancia-se quando, no horizonte, se forjam outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos dias atuais que o Direito: seja a política, com seu poder, seja a ciência-técnica ou a economia.¹⁷⁶

Tal “funcionalização” implica, por certo, um distanciamento entre o Poder Judiciário e a comunidade em geral. Há um afastamento do que seria uma concepção de justiça, em prol dos interesses do poderio.

Trilhando o caminho para a aproximação do Direito e da comunidade, o Estado brasileiro, erigido constitucionalmente à condição de Estado Democrático de Direito, embora caminhando para a construção de um efetivo Estado Social, ainda padece de suas crises. Dentro dessa perspectiva, verifica-se uma desconexão do direito (e do processo) com a realidade histórica e cultural, o que tornou os novos direitos (direitos de solidariedade, direitos transindividuais, biodireito etc.), nascidos com a modernidade, carentes de sua eficácia social.

A função do Direito vai além da solução de conflitos, é preciso que o Judiciário se ponha a implementar os valores constitucionais postos. Nessa linha, Fiss¹⁷⁷, renomado jurista norte-americano, ao propor uma nova análise sobre o processo civil, entende que o Judiciário possui um papel importante na realização dos objetivos de justiça e de equidade social. O

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*, p. 10.

¹⁷⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002, p. 13.

¹⁷⁷ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 204-205.

Direito, para Fiss, não pode se encerrar em normas procedimentais que se limitem a solucionar conflitos de caráter individualista. Assim, Carlos Alberto de Salles, ao comentar a tradução da obra de Owen Fiss, afirma:

Em sua análise do caso *Martin vs Wilks* (Capítulo VII), o autor deixa clara sua posição no sentido de admitir o ajuste de direitos processuais com o objetivo de emprestar um remédio efetivo à violação de direitos alheios, como aquele de ser livre de discriminações. O repúdio de Fiss a essa decisão da Suprema Corte não se deve ao fato de consagrar uma regra de devido processo legal, mas de fazê-lo com bases estritamente individualistas, em prejuízo de medidas judiciais de larga repercussão social, no caso as chamadas *injuncions* estruturais.¹⁷⁸

Não se trata, portanto, de tornar o Judiciário o único poder responsável pela garantia de direitos sociais prestacionais, mas de lançar ao Judiciário a responsabilidade de julgar de acordo com os valores constitucionais vigentes.

Quando se remete à ideia dessa nova face do Direito, surge uma nova etapa da evolução do Estado, o Estado Constitucional do Direito, de modo a conferir uma concepção aberta do texto constitucional, conforme a tese do Direito dúctil de Zagrebelsky.¹⁷⁹ Para o autor, não se pode pensar a Constituição como algo pronto e acabado, ao contrário, como um conjunto de materiais com os quais a política constitucional deve trabalhar.¹⁸⁰

A transformação da soberania estatal determinou a modificação do paradigma constitucional, exigindo uma flexibilização do Direito para se adequar às transformações do Estado contemporâneo, em especial o pluralismo social e político. No Brasil, essa transformação ainda é lenta. A passagem da constituição para o centro do sistema jurídico é um processo recente, embora muito intenso. Nesse aspecto, refere Streck:

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. [...], ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização,

¹⁷⁸ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, p. 12.

¹⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

¹⁸⁰ “Ya no puede pensarse en La Constitución como centro Del que todo derivaba por irradiación a través de La soberanía Del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre El que todo debe converger, es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante La cual se persigue ese centro no ES ejecución de La Constitución, sino realización de La misma em uno de los cambiantes equilibrios em los que puede hacerce efectiva” In: *Ibid.*, p. 14.

tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal.¹⁸¹

Nesse sentido, Streck propõe que se reflita sobre a função do Estado e do Direito, levando em conta a onda neoliberal que predomina no Brasil, para buscar a construção de um discurso que aborde o papel do Direito, do discurso jurídico e a justificação do poder oficial por meio do discurso jurídico, tudo em face da problemática da relação Direito-Estado-Dogmática.¹⁸²

A grande problemática apresenta-se no momento em que, entre as elites brasileiras, houve o rompimento do Medievo para o Estado Moderno e, dele, mais tarde, através do liberalismo, surgiu o Estado contemporâneo (pós-moderno). Estas transformações, segundo Streck, ocorreram em função da inserção do capitalismo, formando-se o chamado Estado Providência ou Social, ampliando as funções do Estado, com intuito de defender o acúmulo de capital e, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos trabalhadores para que eles não se insurjam contra o Estado Liberal, conforme Boaventura Santos:

[...] esse Estado, também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista.¹⁸³

Hoje, com a manifestação do Estado neoliberal, houve uma minimização do Estado Social, em vista da globalização pós-moderna. Tal etapa, para aqueles países que efetivamente passaram pelo *Welfare State*, teve consequências diversas do que houve no Brasil. Aqui, tendo em vista que não se deu esta transição, porque o Estado Social jamais foi implantado efetivamente, a instalação da política neoliberal, trazendo a minimização do Estado anda na contramão do que pretende o Estado Democrático de Direito.

Não há como diminuir o que nunca foi suficientemente grande. A necessidade de políticas públicas no país aumenta a cada dia. Há necessidade de que sejam cumpridas as

¹⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 23.

¹⁸² *Ibid.*, p. 19.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 20.

promessas da modernidade. Daí, o papel do Direito, no sentido de efetivar as promessas de uma Constituição democrática.

Nesse sentido, sustenta Sarlet¹⁸⁴ que a Constituição transforma-se, na expressão de Canotilho¹⁸⁵ em autêntica “reserva de justiça” e que o fundamento de validade da constituição (legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento com ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca. Assim, bem destaca o André

O Supremo Tribunal Federal tem hoje, diante do grave quadro socioeconômico vivido pela sociedade brasileira e dos constantes clamores pela realização de uma justiça política pelos poderes públicos, a possibilidade de redefinir as funções institucionais, mediante decisões que importem na jurisprudencialização/construção/efetivação da Constituição Federal de 1988, e que se justifiquem por critérios diversos dos que até agora legitimaram a atuação do Estado brasileiro, ainda empiricamente preso a práticas liberais. Em outras palavras, esse ativismo judicial deve justificar-se não somente pelo atendimento aos critérios impostos pelo princípio democrático, mas também, por outro lado, por sustentar-se essencialmente na realização substancial dos valores éticopolíticos que compõem o projeto sócio-estatal de democracia social, plasmado constitucionalmente no modelo de Estado Democrático de Direito.¹⁸⁶

Nessa linha, as palavras da lei não podem ser entendidas com um sentido unívoco, ou seja, a produção de um sentido para a lei depende de sua historicidade. Como afirma Warat, a lei e o saber do Direito constituem um nível de relações simbólicas de poder, isto é, para superar esta crise é imperioso questionar o Direito, acrescentando a figura de um agente do Estado democrático.¹⁸⁷ Igualmente, aponta Grau que:

[...] o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do Direito. O Direito, em suas duas faces – enquanto Direito formal e enquanto Direito moderno –, se desmancha no ar. [...] Paralelamente à demanda da sociedade por um Direito que recupere padrões éticos, a emergência de Direitos alternativos é incontestável.¹⁸⁸

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, passim - p. 34-45.

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

¹⁸⁶ COPETTI, André Leonardo dos Santos. *A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Disponível em www.ihj.org.br. Acesso em 09.08.2011.

¹⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1997, passim.

¹⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

O Estado (mais especificamente o seu papel político) evoluiu, ao longo dos anos, de forma diferente no Brasil, em comparação com os demais países da Europa. Por estas razões, a análise dos sistemas políticos no Brasil não pode ser a mesma do cenário europeu.¹⁸⁹ Em vista disso, deve-se questionar como ficam os valores constitucionais, em especial os direitos fundamentais sociais, em um país em que não houve ainda um aperfeiçoamento do regime democrático e, como consequência, o engajamento social dos cidadãos necessário para a concretização dos direitos.

Diante desse questionamento, e frente ao que já se viu nesse estudo, a realidade de desigualdades que assola países como o Brasil provocou a reformulação da jurisdição constitucional, tornando-a mais ativa e dirigente¹⁹⁰. E os cidadãos vão buscar a tutela de seus direitos no Judiciário:

Os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção de direito e da nova concepção de estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar.¹⁹¹

Desse modo, uma vez que o Judiciário trilhe o caminho de efetivamente implementar as políticas públicas (direitos fundamentais sociais) não se pode negar o papel fundamental que ele passa a ter na sociedade. Embora muito longe de incorporar os ditames da democracia participativa, a atuação judicial, criativa, pode e deve ser criticada, mas dentro do tema da

¹⁸⁹ “No direito brasileiro, tanto na produção teórica como na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar das brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se pode denominar de ‘culto à legislação’, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o direito inscrito na lei e a realidade social.” In: DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

¹⁹⁰ “É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno resulta acelerado pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e a inatividade em outros.

A característica da chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação de leis, mas também na desvalorização da lei. Antes de tudo, multiplicação das disposições legislativas, não apenas e não tanto quantitativa, mas sobretudo qualitativa.” In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

¹⁹¹ CAPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 42

“teoria da decisão”, cabendo, aqui, a discussão sobre o papel do juiz dentro da democracia.¹⁹²

No mesmo sentido, Dallari reforça a ideia:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter suas decisões.¹⁹³

De outro lado, deve-se atentar para o problema da responsabilidade judicial do magistrado frente ao aumento do poder criativo do juiz e as suas implicações no plano constitucional. Com efeito, Capelletti delinea as duas faces da responsabilidade judicial:

Responsabilidade judicial pode significar tanto o poder dos juízes, quanto o seu dever de prestação de contas (“accountability”, “answerability”) no exercício de tal poder-responsabilidade. Ainda no seu primeiro significado, de resto, trata-se de um poder que é ao mesmo tempo um dever: o dever do juiz de exercer a função pública de julgar. E porque o exercício de tal função é disciplinado por regras e princípios, escritos ou não escritos, a óbvia consequência será uma responsabilidade no sentido ulterior de sujeições a sanções (“hability”) daqueles que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e/ou daqueles comprometidos com uma “responsabilidade substitutiva”, para o caso de tal violação.¹⁹⁴

O juiz, portanto, não tem somente a responsabilidade de agir certo, como tem a responsabilidade de agir, de não se manter inerte. E esse é um dos entraves à legitimação dos juízes – ou da jurisdição constitucional – na implementação de políticas públicas no Brasil,

¹⁹² “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo, e, enfim, a criatividade dos juízes.” In: *Ibid.*, p. 42.

¹⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, p. 89.

¹⁹⁴ CAPELETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989, p. 17.

conforme critica Appio:

Ao formular políticas públicas que atendem suas prioridades pessoais, através da ‘interpretação adequada da Constituição’, os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas conseqüências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do delicado equilíbrio necessário a democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de um poder político junto a um único órgão.¹⁹⁵

Ainda que sejam substanciais as críticas feitas à atuação dos juízes na modernidade, a experiência tem demonstrado que o Estado Democrático de Direito não funciona sem uma justiça constitucional, que se incumba da realização dos conteúdos essenciais, no intuito de concretizar direitos fundamentais.

De acordo com os argumentos já apresentadas nesse estudo, é certo que a Constituição deve estar de acordo com o contexto histórico e cultural de seu país, sob pena de se tornar mera folha de papel¹⁹⁶. Desse modo, o texto constitucional não pode estar dissociado do meio social, ou seja, a Constituição deve estar aberta para conteúdos e preceitos internacionais, como é o caso do Brasil.

Diante do fenômeno da globalização, especialmente da globalização econômica, - como já visto anteriormente - houve uma severa transformação do Estado constitucional em que se vive. O descrédito, cada vez maior, no próprio Estado, como ente transformador da realidade social e a crescente desigualdade social levaram os Tribunais Constitucionais do mundo ocidental a assumirem um papel mais relevante na implementação de políticas públicas de integração social.

A partir dessa análise, no intuito de implementar, de fato, o Estado Democrático de Direito, passou-se a vislumbrar a necessidade de (re)conhecer a participação da população (cidadania) no processo de construção desse Estado. Assim denota Bolzan de Moraes:

¹⁹⁵ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p. 71.

¹⁹⁶ A expressão é de LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 48.

Observa-se que, para manter o equilíbrio social, é necessário um processo integrador, entre o Estado, opinião pública e Constituição. Somente quando se consegue a primazia da sociedade sobre o Estado, convertendo-o em agente da sociedade é que será possível o império pleno da Constituição, como alternativa para equilibrar a atuação dos vários atores sociais e dos vários centros de poder.¹⁹⁷

Desse modo, a cidadania deve ser entendida como parte do Estado, a qual jamais será estável, pois muda e se reinventa de acordo com os processos econômicos, políticos e culturais.

Como já mencionado, a cidadania pode ser explicada sobre três perspectivas distintas: (i) a visão liberal; (ii) a visão comunitarista; (iii) a visão crítica-deliberativa.

A primeira visão é individualista, compreende que o indivíduo está acima do grupo em que se encontra inserido; na segunda, construiu-se a noção de cidadania ativa, em que os indivíduos fazem parte de um grupo e estão dentro da situação cultural daquela comunidade. De outro lado, na terceira visão, surge o conceito de cidadania cívica, ou seja, uma cidadania ativa e participativa nas decisões políticas.

Tal teoria é encabeçada por Habermas, como também já analisado, e propõe a inclusão dos cidadãos no discurso político. Dessa perspectiva é que já se visualizam alguns movimentos de autonomatização da sociedade civil, como as ONG's (organizações não governamentais) e os movimentos sociais em geral.

No entanto, é preciso que se mobilizem novos meios de aproximação entre a sociedade civil e o Estado. Nessa linha, a classificação, segundo a teoria do *status* de Georg Jellinek (1851-1911), considera, de forma simples, uma teoria analítica das situações do indivíduo perante o Estado. Jellinek elencou quatro situações: o *status subiectiones* (passivo), correspondente à situação de absoluta submissão dos indivíduos ao Estado, em razão dos deveres que lhes são impostos; o *status negativus (status libertatis)*, estado de liberdade natural, esfera de liberdade individual, em que não se permite intervenção do Estado; o *status positivus* ou *status civitatis* que consiste na capacidade de exigir do Estado prestações positivas conforme o interesse individual e, em complemento, o *status* de cidadania ativa, consistente na capacidade de votar leis, de integrar órgãos públicos e de participar na

¹⁹⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática, p. 28.

formação da vontade estatal.¹⁹⁸

Häberle¹⁹⁹ acrescentou à teoria do *status* de Jellinek, o *status activus processualis*, um reforço dado à liberdade individual frente aos interesses coletivos. Os direitos fundamentais, de acordo com Häberle, pressupõem, antes de tudo, o direito à participação dos cidadãos.

A partir da ideia de que a cidadania deve participar da seara política de seu Estado, é que Häberle vai postular a noção de Constituição como *res publica*, como tarefa de todos, abrindo-se para a concepção de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Trata-se de uma democratização da tarefa interpretativa.²⁰⁰

Desse modo, a aproximação da sociedade e do Estado ganha força vital através da própria atividade jurisdicional que, no caso brasileiro, já abriu portas à participação popular, em situações como a instituição do instrumento do *amicus curiae* e das audiências públicas no âmbito da jurisdição constitucional, os quais serão explorados na última parte desse estudo.

4.3 A justiciabilidade dos direitos sociais e a disseminação das tutelas coletivas.

Quando se trata sobre a questão dos direitos sociais, é inevitável sobre o tema da justiça. A questão da justiça já era discutida em Platão, na Grécia antiga. Embora sem qualquer preocupação metodológica, Platão pretendia enriquecer o debate para as gerações futuras, sendo o primeiro a consignar em seus escritos a justiça como virtude por excelência.

Em sua obra “A República”, Platão leva o leitor a considerar, sob a forma narrativa ou dramática, as figuras caracterizadas na obra com intuito de definir o que é justiça. Todavia, Platão deixa claro que suas afirmações não representam uma verdade absoluta, na medida em que acredita que a verdade está velada na razão em si que está limpa das distorções da visão humana, como bem denota o trecho abaixo:

¹⁹⁸ BRUGGER, Winfried; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as Constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 28, 2007.

¹⁹⁹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

²⁰⁰ HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, p. 114.

— Mas fica a sabê-lo bem, Glauco, que, em minha opinião, com os métodos de que estamos a servir-nos agora na discussão, jamais atingiremos rigorosamente o nosso fim, pois o caminho que aí conduz é outro, mais longo e mais demorado; contudo, talvez alcancemos um que seja digno do que anteriormente se disse e se examinou.²⁰¹

No livro I da obra “A República”, é colocada a questão “o que é justiça?” para debate entre Sócrates e seus interlocutores. Nesse momento, a discussão torna-se mais aguerrida quando se debate com o sofista Trasímaco, uma das figuras marcantes da narrativa platônica. O sofista introduz sua concepção do que é justiça, provocando extenso debate entre os interlocutores: “Afirmo que a justiça não seria outra coisa senão a conveniência do mais forte”.²⁰²

Nesse sentido, sustenta Trasímaco que é direito de quem manda ou governa estabelecer as leis e fazer cumpri-las segundo seu interesse, de modo que o justo – convencionalmente conceituado – nada mais seria do que a obediência dos mais fracos aos mais fortes. Trasímaco, portanto, invertendo os conceitos de justo e de injusto ao afirmar que os mais fracos devem agir em obediência aos mais fortes, tornando-os mais felizes, mas nunca a si mesmos, traz um modelo de tirania, onde a injustiça é capaz de proporcionar a máxima felicidade. Registre-se o que afirma o sofista:

É que aqueles que criticam a injustiça não a criticam por recearem praticá-la, mas por temerem sofrê-la. Assim, ó Sócrates, a injustiça, quando chega a um certo ponto, é mais livre e mais despótica do que a justiça, ao passo que a injustiça é qualquer coisa útil a uma pessoa, e de vantajoso.²⁰³

A tese de Trasímaco contrariava frontalmente a concepção de Sócrates, de maneira que, para refutar a exposição do sofista, o filósofo introduziu um importante fundamento de sua concepção, aduzindo que cada um possui um função específica, uma virtude própria (*arete*) que lhe permite exercer tal papel. Para ele, o homem justo é aquele que vive bem e, por isso, é feliz.

²⁰¹ PLATÃO. *A República*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001, p. 190.

²⁰² Ibid., p. 23.

²⁰³ Ibid., p. 33.

Sócrates, todavia, não se deu por satisfeito com a conclusão da conversa, pretendendo, assim, abandoná-la. Por sua vez, os dois irmãos de Platão, Gláucón e Adiamanto, impediram Sócrates de se retirar, passaram a defender a tese de Trasímaco, incitando Sócrates a defender e demonstrar os fundamentos da superioridade da justiça sobre a injustiça.

Para tanto, o filósofo transferiu sua análise sobre a justiça do indivíduo para a cidade, dando início ao livro II da obra de Platão.

Por primeiro, Sócrates estabelece o conceito de cidade perfeita; desse modo, denota que, para encontrar o conceito de justiça, é necessário uma República bem organizada, onde cada um faz a sua parte em benefício de todos.

Nesse passo, diz que se a cidade é perfeita, ela deve possuir quatro virtudes cardiais: sabedoria (*sophia*), coragem (*andreia*), temperança (*sophrosyne*) e justiça (*dikaosyne*). Definidas as três primeiras virtudes, se busca atingir a quarta. Se a primeira se encontra nos guardiões, a segunda nos guerreiros e a terceira na harmonia geral de todas as classes, conclui Sócrates que a justiça será que cada um exerça uma só função na sociedade, aquela para qual, por natureza, foi mais dotado. Como bem refere no seguinte trecho:

- Mas escuta, a ver se eu digo bem. O princípio que de entrada estabelecemos que devia observar-se em todas as circunstâncias, quando fundamos a cidade, esse princípio é, segundo me parece, ou ele ou uma das suas formas, a justiça. Ora nós estabelecemos, segundo suponho, e repetimo-lo muitas vezes, se bem te lembras, que cada um deve ocupar-se de uma função na cidade, aquela para qual a sua natureza é mais adequada.²⁰⁴

Define, assim, que a justiça é o fundamento da cidade.

Posto isto, Sócrates, conforme narra Platão nos livros III e IV, voltou-se novamente para o indivíduo, destacando que, assim como a cidade, a alma do indivíduo também tem três elementos: apetitivo, espiritual e racional. E disse:

— Não o afirmemos com toda a segurança, mas, se reconhecermos que esta

²⁰⁴ PLATÃO. *A República*, p. 185.

concepção, passando a cada indivíduo em particular, também aí será justiça, já concordaremos — pois por que não o diremos? Caso contrário, então examinaremos qualquer outra questão. Mas agora, levemos a cabo esta investigação, da qual pensávamos que, se tentássemos contemplar a justiça num dos seus maiores possuidores, antes de a vermos aí, se tornaria mais fácil vê-la num indivíduo. E pareceu-nos que tal possuidor era a cidade, e assim fundamos uma o melhor possível, perfeitamente cientes de que a justiça estaria nela, se fosse boa. Aquilo que aí se nos revelou, vamos transferi-lo para o indivíduo, e, se se acertar, bom será. Mas se a justiça se manifestar como algo de diferente no indivíduo, regressaremos novamente à cidade, para tirar a prova, e em breve, comparando-as friccionando-as uma contra a outra, como de uma pederneira, faremos saltar a faísca da justiça. E, depois de ela se ter tornado bem visível, fixá-la-emos em nós mesmos.²⁰⁵

O princípio racional - que representa o papel dos guardiões na cidade - é o elemento impetuoso que auxilia a sabedoria, tal como os assistentes dos governantes, cabendo a ambos o domínio da parte apetitiva, que é a massa - o povo - que, por sua vez, deve obedecer, cabendo aos governantes e guardiões infundir no homem uma temperança total, de modo que todas as faculdades estejam em harmonia umas com as outras.

Sócrates afirma que o equilíbrio ou o desequilíbrio desses fatores conduz a justiça ou a injustiça. A justiça, portanto, é a saúde, a beleza e o bem-estar da alma; o vício é sua enfermidade, fealdade e fraqueza:

— As coisas sãs produzem a saúde, as doentias, a doença.

— Produzem.

— E as coisas justas não produzem a justiça, e as injustas, a injustiça?

— É lógico que sim.

— Ora, produzir a saúde consiste em dispor, de acordo com a natureza, os elementos da alma, para dominarem ou serem dominados uns pelos outros; a doença, em governar ou ser governado um por outro, contra a natureza.

— Consiste, sim.

— Logo, a virtude será, ao que parece, uma espécie de saúde, beleza e bem-estar da alma; a doença, uma enfermidade, fealdade e debilidade.²⁰⁶

²⁰⁵ PLATÃO. *A República*, p. 188.

²⁰⁶ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, p. 205-206.

E injustiça, por sua vez, é uma intriga, uma ingerência no alheio, e uma sublevação de uma parte contra o todo, a fim de exercer nela o poder, sem lhe pertencer, gera alterações na ordem humana, de modo que estas perturbações e desvios que resultam na injustiça, e, de um modo geral, toda a maldade.

O homem feliz, portanto, é o homem justo, e para que consiga a felicidade deve renunciar aos prazeres e as riquezas e dedicar-se à prática da virtude. Desse modo, infere-se que, em Platão, os conceitos de felicidade e de justiça caminham juntos, caracterizados essencialmente como critérios internos e espirituais do indivíduo. Enfim, a justiça socrático-platônica está vinculada à harmonia da ordem interna, não sofrendo maiores interferências de fatores externos.

No tema dos direitos sociais, ainda que superada a irracionalidade de Platão, a justiciabilidade dos direitos ainda merece atenção dos doutrinadores contemporâneos. Nesse sentido, Sérge-Christophe Kolm²⁰⁷ insere o problema da teoria da justiça, apresentando dois debates essenciais: (i) uma completa introdução à teoria da Justiça e à solução de seus problemas principais; (ii) uma apresentação e uma avaliação racionais das várias teorias, princípios, critérios particulares de justiça. Ao presente trabalho, no entanto, interessa somente a primeira parte da obra.

Kolm afirma que a moderna teoria da justiça está ligada tanto à filosofia quanto à economia, conceituando a economia como a ciência da distribuição de escassos recursos, de acordo com as necessidades e os desejos dos homens, tema que é chamado de economia normativa. Desse modo, sustenta que a moderna teoria da justiça é produto desta aliança, entendendo a justiça como tema central da vida em sociedade.

Posto isto, Kolm inicia a sua exposição, aduzindo que justiça é justificação, é racionalidade (no sentido normal do termo), ou seja, dá-se por uma razão válida ou justificada.²⁰⁸ Explica Kolm que:

A racionalidade, contudo, exclui totalmente o intuicionismo moral, o emotivismo e o esteticismo, isto é, as opiniões baseadas em pontos de vista

²⁰⁷ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*, p. 200.

²⁰⁸ Ibid., p. 09.

apriorísticos da solução, em emoções como a indignação, e na satisfação propiciada pela beleza, ainda que todas possam sinalizar a existência de um problema.²⁰⁹

E segue, firmando o seu posicionamento:

O progresso ético na justiça consiste na substituição de pontos de vista irracionais por pontos de vista racionais, na substituição das racionalidades fracas pelas fortes e, em especial, do preconceito pelo julgamento, da justeza pela justificação, e da emoção e intuição pela razão.²¹⁰

Nesse sentido, propõe o autor: “Os homens são livres e iguais em seus direitos”, resumindo o princípio geral da justiça como razão na sociedade. Concordando com a máxima posta por Aristóteles “justiça é igualdade”, Kolm sustenta que as liberdades (no sentido lato de direitos) são os meios que o homem possui para perseguir seus fins, afirmando que só a igualdade é capaz de evitar uma distribuição desigual e arbitrária.

Esclarece, todavia, que a igual liberdade aplica-se a muitos tipos de liberdade em sentido lato, sendo impossível uma teoria responder a todas as questões de justiça mediante a aplicação de um princípio específico ou do conjunto deles. E registra:

As afirmações universais simplistas e reducionistas configuram um dogmatismo injustificado e impossível. Às vezes o trabalho, outras vezes a necessidade, determina o que cada pessoa deve receber (no caso do trabalho, a razão é às vezes moral e não somente tem em vista o incentivo). A igualdade ideal às vezes é de liberdade de troca, outras vezes de rendas satisfatórias, outras, ainda de satisfação. A justiça, portanto, é necessariamente poliarquia moral e racional circunscrita. Somente o método de justiça como justeza e justificação é universal.²¹¹

Defendida a tese de que justiça é justificação, Kolm destaca que é necessário distinguir os conceitos de *macrojustiça*, *mesojustiça* e *microjustiça*. A primeira diz respeito aos princípios mais gerais de justiça em uma sociedade, especialmente quando se trata de justiça distributiva geral da alocação de recursos. Já a *microjustiça* cuida das questões de justiça específica de cada localidade. Da mesma forma, a *mesojustiça* refere-se às questões

²⁰⁹ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*, p.09.

²¹⁰ Ibid., p. 10.

²¹¹ Ibid., p. 12.

específicas que, no entanto, são suficientemente relevantes para terem um impacto global.

O autor revela que a *macrojustiça* é o cerne do desenvolvimento de sua obra, de modo que busca solucionar a questão da justiça distributiva global mediante a combinação de três elementos racionais dos direitos e obrigações relativas às capacidades: a liberdade de processo, a equalização parcial de renda por meios eficientes, bem como a satisfação das necessidades básicas e o alívio do sofrimento profundo, as quais dependeram sempre do estado da sociedade. E exemplifica:

Por exemplo, nas sociedades desenvolvidas modernas, a maior parcela é para a liberdade de processo (com ressalva no que diz respeito à transmissão de herança e, particularmente, à educação para obtenção de certa “igualdade de oportunidade”, e aos “contratos sociais liberais” para deficiências de mercado); vem, então, a equalização parcial e eficiente de rendas; o atendimento público das necessidades básicas e do sofrimento profundo está em último lugar em volume de transferências, mas não na sua importância intrínseca. Nos países mais pobres, a questão das necessidades básicas deve mobilizar uma parcela maior da redistribuição por meios tradicionais ou modernos.²¹²

Assim, verificando a largueza do conteúdo da justiça, considerada como igualdade, Kolm assevera que a justiça racional depende das propriedades e dos tipos de liberdade, esclarecendo que o domínio da livre escolha dos homens pode depender ou não dos atos de outras pessoas, de modo que a proteção das não-liberdades também é importante para a existência das pessoas. Esta proteção às não-liberdades é condição para a satisfação das necessidades básicas do homem, as quais são ilimitadas, constituindo condições da dignidade humana.

Com base nas premissas expostas, compreende-se melhor a ideia de Kolm quando introduz o conceito de justiça: “A justiça é simples, mas o mundo é complicado; por isso, a aplicação da justiça no mundo encerra algumas dificuldades”.²¹³ Para solucionar tal problema, o autor propõe que se estabeleçam estruturas básicas necessárias ao exame da justiça e de sua ética social.

Tais estruturas foram analisadas na parte três do Capítulo I da obra²¹⁴, concentrando-se

²¹² KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*, p. 584.

²¹³ Ibid., p. 37.

²¹⁴ Ibid., p.37.

nas questões mais importantes da justiça distributiva e econômica: as alocações dos benefícios decorrentes dos recursos ou das faculdades humanas, compreendendo a liberdade natural ou solidariedade, o liberalismo de processo pleno (endosso de toda a alocação natural das capacidades) e a justiça prática e as desigualdades menores em consumo ou rendas; a superequidade eficiente e a equiparação de renda de duração fixa.

Posto isto, Kolm define justiça como:

[...] o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da situação para cada uma dessas entidades sociais (possivelmente do modo como é avaliada pela própria entidade, mas, a priori, não necessariamente assim), e, principalmente, quando tais correlações decorrem dos bens da sociedade.²¹⁵

Ademais, explica que entidade social é chamada de “justiciável”, ou seja, aquele que é suscetível à justiça – normalmente os indivíduos ou os grupos deles.

O autor aduz, então, que a justiça é respeitosa – no termo utilizado por ele – quando avalia a situação do justiciável – bens, direitos, liberdades, satisfação –, julgando de acordo com as variáveis situacionais apresentadas pelos justiciáveis para encontrar a mais relevante.

O julgamento, nessa lógica, pode representar um “mais” para um justiciável e um “menos” para outro, problema que é trazido para a justiça distributiva, em que se têm variáveis antagônicas. Uma dessas aplicações é a alocação de recursos escassos, fazendo surgir desejos rivais, de que trata a justiça econômica.

Assim compreendida, a teoria da justiça de Kolm é caracterizada pela solidariedade social, na medida em que atende as necessidades básicas da sociedade, observando a interrelação entre a distribuição dos bens alocados na sociedade e as despesas públicas, à procura da concretização da justiça distributiva ou econômica.

Ainda que teoria de Kolm funde-se na noção de solidariedade, ampliando a ideia de justiça destinada ao indivíduo, para estendê-la à sociedade como um todo, não há análise quanto o papel das instituições jurídicas, ou seja, o autor não se preocupa em propor funções, mas em totalizar a ideia.

²¹⁵ KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*, p. 38.

No Brasil, a justiciabilidade das demandas sociais tem se dado especialmente nos casos relativos à saúde (fornecimento de medicamentos, cirurgias etc.), de modo que a ingerência do Judiciário sobre a formulação de políticas públicas, nessa área, ocorre, inclusive, através de demandas individuais. Em sentido contrário, em outras temáticas, como os direitos humanos, ainda há um longo caminho a ser percorrido:

Esse “estranhamento recíproco” tem implicado um reduzido universo de demandas submetidas ao Poder Judiciário a respeito dos direitos humanos. Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um *locus* de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá um Judiciário mais aberto, próximo e com responsabilidade social e política. Só assim haverá maior transparência e *accountability* dos deveres do Estado no tocante à implementação dos direitos à saúde e à educação.²¹⁶

É necessário, no entanto, que se amplie o espaço processual para a discussão de tais demandas, otimizando a esfera de justiciabilidade e, conseqüentemente, a exigibilidade dos direitos sociais e econômicos, por meio da própria sociedade civil, calcados na concepção de justiça e solidariedade social.

Na esteira das novas feições do direito, sob o viés da solidariedade social, bem como da necessidade de aproximar a cidadania dos espaços públicos e, principalmente, dos processos decisórios, o Poder Judiciário passou a tratar de novas questões, cabendo-lhe não apenas dissolver os conflitos individuais que são lançados a sua esfera, mas promover a inclusão da cidadania na promoção da democracia.

A partir desse novo conceito de cidadania, introduzindo-se, a passos lentos, uma visão solidária e colaborativa do direito, as demandas coletivas (como forma e postulação na via judicial), em geral, vêm ganhando espaço na esfera judicial.

Em que pesem as restrições que foram postas ao longo dos anos a esta nova forma de postulação, o processo coletivo pode ser considerado um mecanismo de participação social na administração pública. Mesmo porque as demandas coletivas possuem inquestionável poder na seara política.

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

É inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo desta espécie de demanda. Nos Estados Unidos, relata-se que o volume de ações coletivas causou em várias empresas, a determinação de alterar sua política financeira e de emprego, ocasionando, por vezes, efeitos positivos nas decisões sobre as políticas de produção. Aliás, é mesmo natural que assim seja, já que estas ações discutem um litígio em seu plano total, visando a raiz da questão, o que torna a decisão daí resultante uma verdadeira alteração na condução da empresa.²¹⁷

Igualmente, quando estas ações são dirigidas contra o Poder Público, haverá inevitavelmente uma intervenção na esfera política, o que será demandado, em última análise, pelo Poder Judiciário. Nesses casos, é certo que os interesses são relevantes e merecem apreço cuidadoso pelo juiz, na medida em que a decisão judicial, por vezes, caracteriza uma opção política feita pelo Judiciário.

Todavia, mesmo que tais fatos sugiram uma nova compreensão sobre a teoria da separação dos poderes, o Poder Judiciário ainda não possui meios de promover, de forma autônoma, as políticas públicas ou as opções políticas que denota em suas decisões. Nesse sentido, aventa Krell:

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. O Terceiro Poder carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constringer o legislador a cumprir a obrigação de legislar.²¹⁸

Assim, para discutir a forma de concretização dos direitos fundamentais sociais, pela via judicial, é preciso revisitar as formas de efetivação que o Judiciário dispõe para tal fim.

Nesse passo, embora as vias do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos e do mandado de injunção sejam importantes e eficientes meios de dar concretude aos direitos da cidadania, no âmbito da jurisdição constitucional, tais demandas são essencialmente declaratórias, o que frustra, em parte, o objetivo postulado.

Por tal razão, a análise, aqui, procedida deter-se-á nas ações coletivas propriamente

²¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Judiciário*. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

²¹⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 85.

ditas, as quais têm sido frequentemente utilizadas para a implementação de direitos fundamentais sociais.

Conforme já mencionado, dependendo da escolha do processo a ser manejado: individual ou coletivo, o resultado da demanda será diverso. Assim posto, conforme anota Salles²¹⁹, na medida em que haverá respostas judiciais qualitativamente diferentes, devem ser avaliadas as vantagens de se ajuizar uma demanda coletiva, em detrimento de uma demanda individual, quando se trata da exigibilidade de direitos sociais. Além disso, deve-se avaliar quais os remédios judiciais mais adequados para tutelar tais direitos, é o que o autor chama de medidas compensatórias e específicas.

Em relação à primeira temática, Macedo²²⁰ sustenta que, à vista do processo de resgate da cidadania, o importante é que o cidadão seja beneficiado com a representatividade processual, já que a substituição processual ínsita das demandas coletivas atende aos direitos subjetivos a que se postula. A partir de tal inferência, a autora denota os objetivos das ações coletivas, analisando, de forma específica, esse mecanismo posto a disposição da cidadania. Três são os objetivos mais visados pelas ações coletivas: (i) economia processual; (ii) acesso à justiça e (iii) aplicação voluntária e autoritativa do direito material.²²¹

Quanto aos dois primeiros objetivos, por certo, já estão disseminados pela doutrina brasileira. Todavia, é de suma importância, compreender que o direito subjetivo, no caso, direito social buscado tutelar, ganha realce, tendo em vista que a proporção da responsabilidade civil decorrente da tutela protegida pela ação coletiva é de maior vulto do que a tutela individual, gerando uma repercussão financeira mais elevada. Esse é o efeito pedagógico do infrator que, penalizado, repensará sobre o ato abusivo.

Não obstante este contraponto, é preciso verificar os remédios judiciais a serem aplicados nas demandas coletivas. Daí, a importância de distinguir medidas compensatórias e medidas específicas.

Advindas do Estado liberal, as medidas compensatórias, de regras, formalizadas através de valores pecuniários, têm por função atender ao caso concreto através de meios

²¹⁹ SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos Direitos sociais. In: _____. (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 791.

²²⁰ MACEDO, Elaine H. Ações coletivas X ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a constituição. *Revista da Ajuris*, nº 112, dez. 2008, p. 73.

²²¹ *Ibid.*, p. 74-75.

patrimoniais, ou seja, na esteira do Estado mínimo, não deve o Estado-juiz intervir na esfera da autonomia da vontade dos cidadãos. De outro lado, as medidas específicas representam a prestação em espécie, é um fazer ou um deixar de fazer uma conduta, a fim de atender o que reclamado em juízo.²²²

O que se nota, portanto, é que a utilização de determinados remédios judiciais para a solução das controvérsias está de acordo com a concepção de Estado que perpassa os parâmetros do direito. Contudo, com o avanço da exigibilidade judicial dos direitos sociais, não há mais como manter a concepção liberal de justiça compensatória antes utilizada. Ainda mais porque não se sustenta a ideia de correspondência entre a medida judicial e o direito tutelado. É o caso do próprio direito à saúde: como compensar um tratamento médico de urgência que se necessita?

Salles ressalta:

Uma prestação em espécie mostra-se mais adequada nesses casos, o que não ocorre com equivalentes pecuniários. O direito à educação se atende com atividades de ensino, da mesma forma que o direito à saúde se atende com serviços médicos. A incapacidade de disponibilizar uma medida adequada é equivalente a não apresentar resposta alguma. A completa inviabilidade de medidas compensatórias para tratar de direitos sociais, coloca a necessidade de sua exigibilidade judicial ser feita com base em medidas de tutela específica, aptas a responder concretamente as demandas com base neles formuladas. Por outro lado, a prevalência das medidas compensatórias remete a um tratamento individualizado dos direitos sociais, tratado em itens subseqüentes, em um reducionismo incompatível com a sua natureza.²²³

No entanto, volta-se a questão colocada no início deste ponto, pois nem sempre o sistema judicial brasileiro disporá das condições de promover a execução dessas medidas específicas ou, ainda, de viabilizá-las à parte vencedora.

4.4 O STF na concretização dos direitos fundamentais sociais: a prática dialógica no processo jurisdicional brasileiro.

²²² SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos Direitos sociais. In: _____. [org.]. *As grandes transformações do processo civil brasileiro*, p. 794.

²²³ Ibid., p. 795.

De início, salienta-se que as decisões trazidas à colação nesse ponto do estudo são apenas exemplos de algumas inovações jurisdicionais operadas no Supremo Tribunal Federal, como forma de incluir o cidadão no debate jurisdicional. Desse modo, para fins metodológicos, se esclarece que as decisões (não exaustivas) não estarão limitadas a um marco temporal, mas serão aquelas caracterizadas como de maior repercussão nos últimos anos.

Após a explanação sobre os fatores doutrinários e conceituais do constitucionalismo (dentro do recorte dado neste estudo), é necessário examinar se, na prática do Poder Judiciário brasileiro (STF), se é possível a implantação do diálogo no processo. Assim, bem destaca Vieira:

Mapeado o leque de teorias erigidas a partir do pressuposto de cooperação indispensáveis a um constitucionalismo voltado ao Século XXI, cumpre agora enfrentar duas indagações: se essa elaboração teórica pode ser utilizada para compreender e aperfeiçoar o sistema brasileiro de jurisdição constitucional; e se é possível apontar em nossa prática de *judicial review*, a presença de institutos ou estratégias de construção decisória que revelam a presença do traço dialógico.²²⁴

Como forma de explicar esse diálogo, aborda-se dois mecanismos utilizados pelo STF: as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*. As audiências públicas, previstas na Lei 9.868/99, em seu artigo 9º, parágrafo 1º²²⁵, representam uma forma de abertura do diálogo com o Poder Judiciário, em temas relevantes que demandem esclarecimentos sobre a matéria.

Tal instrumento permite que, no âmbito do controle jurisdicional das políticas públicas, o magistrado tenha contato com argumentos de diversas ordens: jurídicos, políticos, morais, técnicos e, até mesmo, afetivos. Além de servir como meio de dar publicidade e transparência às decisões judiciais, especialmente em temas relevantes como os direitos sociais.

A abertura trazida pelas audiências públicas pode ser entendida como uma ampliação

²²⁴ VIEIRA, José Ribas. et al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2010, p. 113.

²²⁵ Artigo 9º, § 1º da Lei 9.868/99: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou 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”. Disponível em: <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 21 jan. 2011.

do círculo de intérpretes da Constituição, de modo que o juiz possa dialogar com o maior número de intérpretes possível.²²⁶ Isso, na esteira do que leciona Häberle, quando compreende que o círculo de intérpretes do processo judicial deve ser ampliado, mediante a participação da sociedade.

Essa abertura é provocada não somente como uma oportunidade de se debater o tema, mas, ainda, pela limitação do Judiciário para compreender todas as implicações, técnicas e científicas de cada questão.

Exemplo disso, é o julgamento da ADI nº 3510 ajuizada pela Procuradoria Geral da República contra dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05).²²⁷ O tema foi objeto de debate em audiência pública realizada, no dia 20.04.2007, quando foram reunidos mais de dezessete especialistas sobre a matéria para que se discutissem as informações científicas e sociais que circundavam a futura decisão.

Na época, em entrevista concedida à imprensa, o Ministro Relator do feito, Carlos Ayres Britto, afirmou que, do ponto de vista democrático, a audiência pública foi um passo pioneiro do Supremo Tribunal Federal, ainda mais por se tratar de um tema multidisciplinar e que exige a aferição de critérios técnicos e científicos.²²⁸

Outro caso ocorreu em setembro de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a audiência pública para debater sobre o fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário.²²⁹ Nessa audiência, a pretensão era fixar pontos fundamentais em relação ao direito à saúde, no sentido de definir critérios seguros para as decisões judiciais.

Um dos principais focos da audiência foi a possibilidade do Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos que não estão abarcados pelo SUS. Assim, bem denotou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes²³⁰:

²²⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 11-18.

²²⁷ Fonte: Sistema Push de notícias, 23.03.2007 e 17.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Fonte: Sistema Push de notícias, 19.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal.

²³⁰ Ibid.

Segundo o ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, 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 subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente’, entendeu Mendes.

De acordo com o presidente do STF, ‘se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível 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’. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Por fim, deve-se acrescentar a audiência pública sobre o tema das ações afirmativas reservando “cotas” raciais no ensino superior, que reuniu trinta e oito especialistas de diversas áreas para debater sobre o tema.²³¹

Na mesma linha, o instituto do *amicus curiae* também pode ser considerado uma forma de participação democrática do cidadão no processo jurisdicional. Embora já utilizado há algum tempo no ordenamento jurídico brasileiro, este instituto só ganhou relevo com a sua introdução no controle de constitucionalidade.²³²

De natureza diversa da intervenção de terceiros, o instituto do *amicus curiae* permite a atuação de qualquer pessoa ou grupos de pessoas, físicas ou jurídicas. No Brasil, a admissibilidade desse instituto foi discutida no Agravo Regimental na ADI nº 748/RS, que tratava do “calendário rotativo” no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, onde, embora tenha perdido o seu objeto, foi reconhecida a possibilidade dessa intervenção.

Uma das mais relevantes experiências em que se empregou o instituto do *amicus curiae* foi o julgamento do HC – nº 82.424/RS²³³, no Supremo Tribunal Federal, envolvendo crime de racismo e anti-semitismo, em que figurava, como paciente, o editor Siegfried Ellwanger e, a autoridade co-autora, o Superior Tribunal de Justiça. Os Ministros do STF,

²³¹ Fonte: Sistema Push de notícias, 03.03.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal.

²³² Artigo 7º, par. 2º, da Lei 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

²³³ Fonte: Sistema Push de notícias, 17.09.2003, <www.stf.jus.gov.br> Site do Supremo Tribunal Federal.

incorporando os argumentos contidos no parecer (admitido como *amicus curiae*) elaborado pelo professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), na sessão plenária realizada em 17 de setembro de 2003, decidiram, por maioria de sete votos a três, negar o remédio constitucional impetrado pelo citado editor. Esse caso foi talvez um dos mais emblemáticos, dentre todos aqueles já julgados pelo STF, desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988, e servirá de paradigma para os futuros julgamentos de crimes de racismo no Brasil. Apesar de o ponto central da discussão, em plenário, ter sido o alcance da expressão “racismo”, contida no inciso XLII do art. 5º, da Constituição (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), o julgamento pelo STF foi muito mais além. Os fundamentos dos votos dos ministros superaram o conceito biológico de raça, para dar lugar ao pertencimento étnico-racial trazido pela antropologia, pela sociologia e outras disciplinas das ciências sociais.

A utilização desses institutos representa uma abertura do diálogo entre sociedade e Estado dentro do processo jurisdicional constitucional, o que corrobora com o pressuposto democrático que norteia as decisões do Poder Judiciário.

De outro lado, José Ribas Vieira questiona quanto à compatibilidade do sistema judicial brasileiro com a prática dialógica das relações institucionais. Assim, afirma:

No tocante à aplicabilidade, no cenário nacional, do arcabouço teórico identificado com o diálogo, a objeção apresentada, de pronto, é a suposta incompatibilidade com o nosso modelo, seja pela enunciação literal da regra da supremacia do Judiciário, seja pela ausência de uma estrutura política ou prática de mesma natureza mais afeita à supremacia do Parlamento.²³⁴

Em que pese o artigo 102, caput da Constituição Federal de 1988²³⁵, confira ao Supremo Tribunal Federal a competência precípua da guarda da Constituição, é preciso perquirir quanto aos mecanismos institucionais que permitem esse dever e como se procede a relação dialógica entre o Poder Judiciário e as demais instituições sociais.

Embora, inexista, no Brasil, uma cultura mais afeita ao Parlamentarismo, não há

²³⁴ VIEIRA, J. R. et. al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*, p.113-114.

²³⁵ Artigo 102, *caput* da Constituição Federal de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

dúvida de que é possível estabelecer um diálogo entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), como forma de explicitar as escolhas de cada poder, dentro do jogo democrático.

Tal diálogo, conforme alerta José Ribas Vieira²³⁶, pode ocorrer formal ou informalmente, onde o diálogo se estabelece pela prática das relações institucionais de cada poder.

No Brasil, o diálogo, enquanto método, não é algo estranho. Como é o caso do mandato interpretativo, em que se oferece a única interpretação, conforme a Constituição, possível para o caso. Afinal,

[...] na construção da interpretação conforme, o STF traduz a única interpretação compatível com a carta fundamental – e disso pode decorrer, de parte do Legislativo uma reação institucional de modificação do mesmo texto, de molde a atrair outra exegese mais compatível com as finalidades pretendidas com aquela regra legal.²³⁷

Da mesma forma, no cenário brasileiro, é possível que o Poder Legislativo estabeleça limites a direitos fundamentais. Em contrapartida, cabe à jurisdição constitucional exercer o controle sobre essas escolhas legislativas, baseado no chamado “núcleo essencial dos direitos fundamentais”, aferindo os critérios de proporcionalidade dessas escolhas. Assim, configura-se a prática dialógica dentro das relações institucionais.

Dessa análise, advém a questão da imprescindibilidade de que a decisão judicial seja complementada pela intervenção de outra esfera de poder. Uma vez proferida uma determinada decisão judicial que tenha impacto financeiro no aporte do Estado, como é o caso das políticas públicas de implementação de direitos prestacionais, é preciso que se determine a dotação orçamentária para tal fim.

Nesse passo, o juiz teria condições de indicar a fonte de custeio da referida decisão, podendo somente invadir a esfera de competência do Poder Legislativo para apreciar a Lei Orçamentária Anual e fazer os ajustes necessários. Tal decisão implicaria uma invasão na

²³⁶ VIEIRA, J. R.et. al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*, p.114-115.

²³⁷ *Ibid*, p.115.

esfera de poder do Legislativo.²³⁸

Dá a necessidade de fomentar a relação dialógica entre os poderes, a fim de que haja um equilíbrio entre suas funções. Embora, a partir desse diálogo, tenha havido um aprofundamento entre as relações institucionais, o diálogo não se limitou, como já visto, à relação Poder Judiciário e Poder Legislativo, passando a incluir a sociedade dentro desse cenário.

Todavia, o diálogo institucional, que normalmente é provocado pelo Poder Judiciário, merece estar dentro das balizas constitucionais. Assim, bem esclarece José Ribas Vieira:

No Brasil, todavia, – em decorrência da natureza da jurisdição constitucional, da postura de ativismo jurisdicional reclamado pelo STF com o alargamento das suas próprias competências – o diálogo entre as instituições normalmente é provocado pelo Judiciário, no seu mister de definir o sentido da norma constitucional. A partir dessa provocação, cabe ao Legislativo o ônus de trazer parâmetros precisos para a hipótese submetida à jurisdição – seja convidado pelo acórdão a fazê-lo seja pela posição para a qual se viu deslocado pelo jogo político.²³⁹

Um dos importantes exemplos trazidos por José Ribas Vieira²⁴⁰, para explicitar a relação dialógica existente entre as instituições, cuida do RE 197.917-8 – Município de Mira Estrela. O Ministério Público do estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com intuito de reduzir o número de vereadores do município de Mira Estrela para nove, sendo que eram onze vereadores anteriormente.

Em que pese o número de vereadores não ferisse a previsão constitucional, a demanda se baseava em um critério matemático que estabelecia a proporcionalidade de acordo com o número de habitantes do município. A questão veio ao STF pela via difusa, onde o Ministro Relator Maurício Corrêa votou no sentido de que deveria prevalecer a regra constitucional que prevê a aplicação da proporcionalidade do número de vereadores ao número de habitantes. De

²³⁸ “A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redestinação de verbas para obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções do legislativa, executiva e judicial, convertendo-o em um ‘superpoder’.” In: APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p.156.

²³⁹ VIEIRA, J. R.et. al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*, p.115.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 117.

ouro lado, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator, ressaltando, porém, que, uma vez que os vereadores já haviam assumido seus mandatos, era preciso modular os efeitos da decisão para o futuro, o que foi acompanhado pelos demais julgadores, exceto pelo voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence.

A decisão proferida pelo STF implicaria a extinção de 8 (oito) mil cargos de vereadores em todo o país, o que promoveu um grande desconforto nas comunidades políticas, o que acabou por gerar discussões em audiências públicas convocadas nos estados e municípios.

Dessa mobilização, surgiram três Projetos de Emenda Constitucional (PEC), sendo que uma delas, a PEC 336/09, foi aprovada, modificando o inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal, para criar 24 (vinte e quatro) faixas de composição das câmaras municipais, o que corresponde a criação de 7 (sete) mil vagas.

A questão fundamental aqui tratada se refere ao esforço feito pelo Poder Legislativo, inclusive com uma alteração do texto constitucional, no sentido de superar a decisão judicial. A relação dialógica proposta pelo provimento jurisdicional projetou-se na seara política e ocasionou uma manifestação do Poder Legislativo dentro do jogo democrático.

Nesse sentido, José Ribas Vieira afirma:

Curiosamente, a hipótese congrega um conjunto de estratégias dialógicas, nos termos da sistematização explicitada no Capítulo 3. A decisão pela modulação dos efeitos evidencia uma aplicação da teoria do aconselhamento, ao oferecer a oportunidade ao Parlamento para prover a resposta legislativa que entendesse devida. Finda a jurisdição, a reação é institucional e de conteúdo material – daí vem a aproximação da teoria dialógica da parceria.²⁴¹

Assim, embora a intervenção judicial deva obedecer aos limites que a própria Constituição Federal lhe apresenta, é possível que, através da relação dialógica entre as instituições, se demonstrem novas formas de promover e concretizar direitos.

²⁴¹

VIEIRA, J. R.et. al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*, p.121.

Ademais, o que se quer demonstrar é que as práticas dialógicas não são estranhas à jurisdição constitucional brasileira, de modo que o STF tem buscado novas formas de promover essa relação com o poder político e com a própria sociedade.

Certamente, no entanto, que as práticas promovidas pelo STF estão bem distantes do ideal de democracia deliberativa proposta por Habermas. Não há uma potencial troca de argumentos e informações nas relações institucionais, seja com o campo político, seja com o social. O caminho do diálogo no processo, porém, está sendo traçado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos e privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.

(HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 160.)

No curso da presente pesquisa, pode-se perceber que é imperiosa a necessidade de uma nova perspectiva para a atuação judicial, especialmente no que toca à concretização de direitos. O paradigma racionalista-liberal, do modelo do juiz “boca da lei”, já não se sustenta no cenário jurídico brasileiro.

A problemática tratada no trabalho operou no sentido de discutir a questão da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, com o propósito de analisar as possibilidades e os limites da jurisdição constitucional, como forma de concretizar direitos. Assim sendo, em específico, procurou-se analisar o papel do Poder Judiciário como instituição capaz de promover o controle ou, ainda, a implementação de políticas públicas no Brasil, buscando, na atuação cidadã, uma nova forma de promover a democracia no país.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em três partes.

A primeira delas serviu para introduzir o debate sobre a experiência jurisdicional constitucional brasileira, discorrendo sobre as transformações do Estado e a sua influência na esfera política e na esfera jurídica, como forma de demonstrar a inevitável conexão entre Direito e Estado. Era preciso compreender como se deu a transição de um Estado mínimo a um Estado interventor, rememorando as origens do Estado Liberal e do Estado Social de Direito, para entender como se configurou (ou quer se configurar) o Estado Democrático de Direito, bem como para abarcar a importância do fenômeno da globalização nessa “nova ordem mundial”.

Da mesma forma, no cenário brasileiro, era preciso examinar como se deram as

transformações do Estado e a implementação do regime democrático (se é que houve) no país. A grande questão que permeou a primeira parte do estudo foi: qual o papel que se deve outorgar ao Estado? E, nessa medida, quais são os limites de atuação do Estado que, na visão comunitarista que se deu a presente pesquisa, não pode mais omitir-se às questões sociais.

Como já referido, a resposta para essa questão não é simples.

Diante do fenômeno da globalização (econômica, política e cultural), as transformações sociais são crescentes e, na mesma proporção, distanciam-se da legislação. A influência desse mundo globalizado gera o que se chamou de processo de esvaziamento das estruturas jurídicas. Instalam-se as “regras” do mercado global, o que demanda constantes transformações culturais, econômicas e, até mesmo, políticas. A perspectiva liberal racionalista-individualista já não tem mais espaço nessa nova ordem.

Igualmente, a Constituição, que antes se limitava a traçar regras de organização dos poderes estatais, agora, passa a conter um extenso rol de direitos, os quais merecem aplicabilidade.

A abstenção econômica do Estado mínimo deu lugar a um Estado intervencionista, que passava a garantir não apenas direitos negativos, mas direitos prestacionais (positivos), e a Constituição passou a prevalecer sobre a lei.

No Brasil, em que pese o dirigismo da Constituição Federal de 1988, as tarefas (promessas não cumpridas) erigidas às instituições políticas do país ainda não foram cumpridas.

À vista dessa realidade, o recorte dado nesse estudo quis discutir o papel do Poder Judiciário considerado como instituição capaz de concretizar direitos. O crescimento das demandas com tais postulações, assim como as novas formas jurídicas de viabilizar a concretização desses direitos merecem a atenção dos operadores do Direito, na medida em que o acesso à justiça representa um dos mecanismos de solução de conflitos e, inclusive, de mudança da realidade social, no caso brasileiro.

No mesmo passo, a inclusão da cidadania no âmbito do processo jurisdicional representa um avanço na perspectiva do Estado Democrático de Direito, o que fomenta uma nova realidade de participação ativa da sociedade nas discussões pertinentes à concretização

de direitos fundamentais sociais, que, em última análise, deveriam ser promovidos através de políticas públicas de Estado.

Por tais razões, a discussão sobre a democracia tornou-se relevante, dentro do recorte dado nesse estudo, sem pretensões, é claro, de esgotar o tema.

A democracia entendida como procedimento, a qual Bobbio descreve como o arcabouço de normas que definem antecipadamente os atores, os protagonistas deste jogo e a forma que ele deve ocorrer, sendo estas normas requisitos essenciais para qualquer deliberação coletiva, já não se sustenta.

Bobbio defende que deveria haver condições reais de escolha, ou seja, os indivíduos devem ser livres para escolher os representantes e, isso, bastaria para a democracia. Ocorre que a representação política também deveria ser legítima e, por sua vez, competiria-lhe atuar como porta voz da vontade do povo, soberano, o que, no Brasil, está longe de acontecer.

A própria construção histórica do processo democrático no Brasil não teve participação significativa do povo, entendido como uma instância de poder, traçada, em verdade, por uma importação (mal) feita do modelo norte americano e do modelo europeu. Tal construção levou o Brasil, a partir da década de 1990, à implantação da ideologia neoliberalista, fomentada pela dificuldade de implementação dos direitos sociais e da influência do mercado global, fazendo com que o uso do aparato judicial como instrumento popular fosse desconsiderado.

A “síndrome de privatização da cidadania” e a intervenção ilegítima do mercado, que são apontadas por Habermas, conduziriam o cidadão a um papel clientelístico e apático.

Desse cenário, portanto, resultou uma redução do papel do cidadão na questão jurisdicional, viabilizando o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares. Nesse sentido, algumas técnicas processuais foram implementadas, como julgamento liminar de ações repetitivas e julgamento em massa da admissibilidade de recursos extraordinários idênticos.

O Poder Judiciário, portanto, deve ser visto sob um novo enfoque. A massificação das demandas judiciais sugere uma postura individualista e racionalista do Direito, o que vai de encontro com a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Na segunda parte do trabalho, discutiu-se como ocorre o diálogo (aqui, assim chamado) entre o campo político e o campo jurídico. Na esteira do que a doutrina chama de movimento da judicialização da política, foi preciso explorar, por primeiro, o embate entre o político e o jurídico e, ainda, a questão da separabilidade do Direito e da moral para, assim, questionar a função do povo no processo democrático, tendo por base o caso brasileiro.

Uma das principais funções do Poder Judiciário é a função simbólica, ou seja, cabe-lhe disseminar as expectativas dos atores na interpretação da ordem jurídica (justiça e equidade), garantindo padrões vigentes de legitimidade na vida política.

A partir disso, Bourdieu denota que o poder simbólico representa uma relação entre os sujeitos que exercem o poder e aqueles que se sujeitam a ele. Nessa medida, a relação de poder só existe quando os primeiros aceitam as regras demandadas pelos últimos. Assim posto, tanto no campo político como no campo jurídico, é preciso que os sujeitos dessa relação aceitem-na, não havendo, portanto, como dissociar as pressões externas existentes sobre o campo político e o campo jurídico.

Da mesma forma, a simples elaboração de um texto constitucional não basta para que esta ideologia seja introduzida nas estruturas sociais vigentes, passando a reger o relacionamento político de seus integrantes, sob pena de se tornar apenas uma folha de papel, como afirma Lassale.

E esse debate tem reflexo direto na teoria da decisão jurídica, que foi tratada nesse estudo através do embate entre a teoria de Hart e de Dworkin. Enquanto que, para Hart, um juiz ao julgar um caso difícil (*hard case*), utilizando-se de elementos de moral e política, ele não está aplicando um Direito pré-existente, mas criando um novo Direito; para Dworkin, quando temos uma colisão entre princípios, aplica-se e afasta-se o outro, no caso concreto. Todavia, aquele princípio que foi afastado permanece (continua a existir) no ordenamento jurídico.

Na posição adotada por Hart, há uma preocupação com a aceitação da regra pela comunidade, deixando, todavia, de se ocupar com o conteúdo da regra produzida. Ao contrário, Dworkin embasa a sua tese na leitura moral do Direito, apontando que a moralidade está intimamente ligada à função jurisdicional. Nesse ponto, é que convergem Direito e política, pois, especialmente no campo do direito constitucional, no caso do controle de

constitucionalidade de lei ou ato administrativo, questiona-se sobre os limites do juiz ao interpretar a Constituição.

A despeito das inferências sobre as teorias da decisão jurídica, que não são foco do presente estudo, prefaciado, pois, o debate sobre a separabilidade entre o Direito e a moral e o Direito e a Política, foi pertinente investigar sobre o movimento da judicialização da política.

A doutrina que trata do tema do movimento da judicialização da política, no Brasil, não é farta e é bastante recente. Entre os doutrinadores, está Luiz Werneck Vianna, que promoveu importante pesquisa empírica na seara das ADI's julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, como forma de demonstrar a atuação política da corte superior, propondo uma mudança de rota da justiça, a qual deve ocupar-se menos da técnica e mais do direito material que está em jogo. O autor compreende o Judiciário sob um novo enfoque, deixando de lado o liberalismo-individualista, para propor a inclusão de um cidadão ativo e participante na esfera política.

Nessa mesma medida, Gisele Cittadino sustenta que é possível formular e justificar um ideal de justiça - justiça distributiva – mesmo frente às diversas concepções de democracia no mundo moderno. Daí a relevância ao papel do Poder Judiciário na defesa da constitucionalidade e da revisão de atos administrativos, bem como na inclusão do cidadão na esfera jurídica, como forma de promover a justiça.

A ideia de reformular o conceito de cidadania tem como pressuposto a construção de um cidadão preocupado e consciente de sua história, das raízes de seu país. Por tal razão, é de extrema relevância compreender o conceito de povo, já que há várias formas de se entender essa expressão. Povo são os eleitores apenas? Ou são todos os destinatários das prestações do Estado?

Embora a Constituição Federal disponha que todo o poder emana do povo, não há efetivamente mecanismos que confirmem tal prerrogativa ao povo. A própria democracia representativa é falha, não atendendo às necessidades básicas (mínimo existencial) de seu povo. Tal falha decorre do próprio processo histórico do país. O Brasil importou uma estrutura de Estado do cenário europeu, que não teve participação popular em sua formação. O povo brasileiro formou-se através de pessoas que passaram a compor a extensão geográfica brasileira, não havendo uma relação de nacionais entre os indivíduos. Dessa forma, o

envolvimento político da população, hoje, com a política é quase nulo.

A prática da democracia participativa é uma forma de garantir a liberdade e a igualdade, não só formal, mas material, de modo que a existência de uma cidadania ativa politicamente e fundamental. Dentro dessa perspectiva, merece importante destaque a teoria da ação comunicativa formulada por Habermas, em que a razão prática estrutura-se através de um médium linguístico entre os atores do discurso, de modo que se formam as interações e as formas de vida.

O Direito emanado da vontade livre e igual dos cidadãos em sua condição de formadores do discurso jurídico seria uma forma de afirmar a soberania popular. A importância de tal tese está na abertura da esfera dialógica dos cidadãos, ou seja, o Direito passa a ser válido somente quando é calcado em argumentos conscientes, racionais e aceitáveis por seus destinatários, o que justifica a necessidade de inclusão da cidadania no processo democrático.

De acordo com a proposta de reaproximar o Direito da política, Otfried Höffe, pretendendo retirar o sentido pejorativo que tem o termo “justiça política”, propõe um redimensionamento da justiça, reconduzindo o discurso do Direito à ética e à política.

A intenção é resgatar os discursos ético-políticos como forma de responder as reais condições de existência das comunidades. Ou seja, quer-se desfazer o desencanto que há, hoje, com a política e com as expectativas que se tinha com a própria democracia.

Por certo, em um país como o Brasil, o desencanto com a política é comum entre a população. A corrupção na política e a crescente desigualdade social tornam os cidadãos cépticos quanto à esfera política.

Diante desse desencanto da cidadania, o Poder Judiciário torna-se uma forma de concretizar direitos, cumprindo o seu papel de guardião das promessas constitucionais. Assim, a terceira parte do trabalho teve por escopo discutir o papel do juiz e do cidadão no processo democrático brasileiro, fomentando a necessidade de incluir o cidadão no mencionado processo através da via jurisdicional.

O fenômeno descrito por Nicola Picardi situa-se na transição do Estado liberal, em que predominava o Poder Legislativo, para o Estado Social, em que o Poder Judiciário ganha

relevância. Nesse passo, o modelo constitucional contemporâneo tem a nova missão de assegurar o equilíbrio entre o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e moral.

No Brasil, de acordo com a nova ordem proposta pela Constituição Federal de 1988 – constitucionalismo dirigente – passa-se a incorporar um sistema de valores em seus princípios constitucionais que insurgem conflitos entre os direitos individuais e os de concepção solidária.

De tal premissa, pode-se aferir que a esfera judicial deve ganhar um viés solidário e não mais de mero solucionador de conflitos. Sob a ótica comunitarista, para que o juiz possa influir na formulação, no controle e na implementação de políticas públicas, as demandas individuais devem dar lugar às demandas coletivas, nas quais há uma maior repercussão na esfera política.

As políticas públicas, por sua vez, são arranjos complexos que envolvem matérias afeitas ao Direito, à Ciência Política e à Ciência da Administração, de modo que devem ser formuladas de maneira a atender às condições reais de possibilidade de sua implementação.

Assim, a importância de distinguir políticas públicas de governo e de Estado, na medida em que as primeiras se referem a um determinado governo que se encontra no poder e as políticas públicas de Estado são aquelas que ultrapassam os limites de um governo. Desse modo, as variáveis de governo e de ideologias não são tão determinantes para a projeção e a execução de políticas públicas, em especial as prestacionais. Todavia, inexistindo uma atuação política coerente com as necessidades sociais, é fundamental ter-se um Poder Judiciário independente e eficaz que seja capaz de promover o controle das políticas públicas.

A grande crítica da modernidade, no entanto, refere-se à autonomia do Direito que, na expressão de Castanheira Neves, chama-se de “funcionalização do Direito”. Houve um distanciamento de qualquer concepção de justiça, aproximando o Direito do poder. Ou seja, o Direito deve estar conectado à política, todavia, deve ser independente dela. As decisões judiciais devem decorrer de um processo hermenêutico e não apenas de uma escolha, de uma vontade política.

A crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva é extremamente pertinente quando trata da chamada “fungibilização” do fático, uma vez que a separação entre a “norma” e o “fato”.

O Direito passa a ser apenas um amontoado de leis que determinam uma escolha política a ser inserida no caso concreto que se encaixe na norma. Há uma escolha política que se repete em todos os casos que se consideram “idênticos”.

Na dimensão do mundo globalizado, em que, como já observado, as relações humanas estão em constante processo de transformação, não há como propor uma resposta correta apenas para o caso concreto. Cabe ao juiz solucionar conflitos, mas também implementar as disposições constitucionais, sob a ótica da justiça e da equidade. Conforme a tese do Direito dúctil de Gustavo Zagrebelsky, deve-se conferir uma concepção aberta ao texto constitucional.

Sob tal compreensão, o texto constitucional não é algo pronto e acabado, é realizado na medida da construção histórica de uma sociedade. As palavras da lei não podem ser entendidas com um sentido unívoco, ou seja, a produção de um sentido para a lei depende de sua historicidade.

De outro lado, a aproximação da sociedade e do Estado também possui papel importante nesse processo. Peter Häberle acrescentou à teoria do status de Jellinek, o *status activus processualis*, um reforço dado à liberdade individual frente aos interesses coletivos. Os direitos fundamentais, em Häberle, pressupõem, antes de tudo, o direito à participação dos cidadãos.

No entanto, defendeu-se a utilização do processo coletivo como meio de postular direitos na esfera judicial. Além de ser mais eficaz, o processo coletivo possui maior impacto sobre a realidade econômica, política e social, levando a uma maior efetividade do direito implementado.

Por seu turno, o primado do que Kolm chama de *macrojustiça*, busca solucionar a questão da justiça distributiva global, mediante a combinação de três elementos racionais dos direitos e obrigações relativas às capacidades: a liberdade de processo, a equalização parcial de renda por meios eficientes, bem como a satisfação das necessidades básicas e o alívio do sofrimento profundo, as quais dependeram sempre do Estado.

Tal concepção de justiça toma forma, no Brasil, como a justiciabilidade das demandas sociais, especialmente nos casos relativos à saúde (fornecimento de medicamentos, cirurgias etc.), onde se entende a via do processo coletivo como mais adequada em relação às

demandas individuais. Mesmo porque, dependendo da escolha do processo a ser manejado: individual ou coletivo, o resultado da demanda será qualitativamente diverso. Ademais, as demandas coletivas facilitam o acesso à justiça, possibilitam a economia processual e representam um impacto bem maior do que a demanda individual.

Na mesma linha, observou-se que, dentre os mecanismos de exigibilidade dos direitos sociais, as medidas compensatórias, de viés liberal, estão perdendo espaço para as medidas específicas, nas quais se confere ao jurisdicionado um fazer ou um não fazer.

A discussão entre os remédios judiciais mais adequados novamente confirma a adequabilidade das medidas específicas, em primeiro plano, na condição em que a implementação de políticas públicas, no caso dos direitos sociais, seja pela via do mandado de injunção, do controle abstrato de constitucionalidade ou pelo processo coletivo, a forma mais afeita à concepção de justiça distributiva que deve permear as decisões judiciais do país.

Dentro dessa perspectiva, como forma de ilustrar o que foi desenvolvido durante esse estudo, foram apontados dois institutos utilizados na prática judicial do Supremo Tribunal Federal: as audiências públicas e o *amicus curiae*. Ambos representam a introdução do modelo de abertura democrática da jurisdição constitucional à sociedade, significando um grande avanço no sentido de promover uma cidadania politicamente ativa que participe das decisões, especialmente no que se refere à concretização de direitos e à implementação de políticas públicas.

A adoção das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda que limitada a temas relevantes, foi um grande avanço não só no sentido de promover a coleta de informações técnicas e científicas a respeito da matéria a ser julgada – o que é fundamental para que se profira a decisão mais adequada –, mas também como forma de aproximação entre a sociedade e o Estado (Estado-juiz).

Embora, algumas vezes, o diálogo ocorra apenas formalmente, ou seja, sem que haja uma reação política efetiva quanto ao ponto de provocação, a iniciativa judicial, no sentido de ampliar os espaços da cidadania revela um novo caminho a ser trilhado pela própria cidadania brasileira. O diálogo torna-se um meio de compreender as intenções do poder político, de modo a facilitar o levante de debates e manifestações acerca de matérias relevantes como são os direitos sociais.

Na mesma linha, a figura do *amicus curiae* amplia o espaço de discussão no contexto do processo constitucional, trazendo à baila não só argumentos técnicos, como também argumentos éticos, filosóficos, afetivos entre outros.

Da mesma forma, os diálogos institucionais promovidos, de regra, por provocação do próprio Poder Judiciário, tem uma função política, na medida em que uma determinada decisão judicial, dependendo dos termos em que for proferida, pode influenciar no jogo político, “forçando” os demais órgãos a promoverem as medidas necessárias para aplicá-la ou superá-la.

Assim, acredita-se que a judicialização da política é uma consequência natural do processo de democratização do país, acrescida da tentativa de dar o máximo de efetividade à Constituição Federal. O poder interventivo do Judiciário não deve ser visto como uma afronta à democracia, mas como realização desta, na medida em que os ditames constitucionais sejam preservados.

Só o comprometimento mútuo dos poderes instituídos, com o objetivo de ampliar os espaços de participação popular e de garantir a máxima efetivação dos direitos, é que podem concretizar o regime democrático no Brasil.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina. RELATÓRIO 2006. Banco Interamericano de Desenvolvimento e David Rockefeller Center for Latin America Studies, Harvard University. Tradução Banco Interamericano de Desenvolvimento – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: A nova revolução do Direito.* Lisboa: Piaget, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá editora, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Judiciário.* Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2009.

BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). *Revista de Direito Social*, Porto Alegre: Nota Dez, ano VII, n. 25, p. 11108, jan./mar. 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos Direitos sociais. *Revista do Ministério Público* (Porto Alegre), n.53, p.4969, maio/set. 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5.ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1992.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Do Estado Social das “carências ao Estado Social dos “riscos”. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: _____; STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos nº 4*, 2007.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; STRECK, Lênio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BRUGGER, Winfried; HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as Constituições alemã, norte-americana e brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul: Edunisc, n. 28, 2007.

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

_____. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUFFON, Marciano. *Tributação e dignidade humana: entre os Direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1994.

_____. *Crise do poder judiciário*. Anais da XIII Conferência Nacional da OAB, 1990.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. O Estado Garantidor: Claros e Escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; MIRANDA, Jacinto Néilson de. (coord.). *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CAPELETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes Legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *Complejidad y Derecho*. Doxa, 1998.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *A revolução e o Direito: a situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976 - Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados.

_____. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002.

CASTRO, José Fernando de. *A origem do Direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-moderno*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COPETTI, André Leonardo dos Santos. *A jurisprudencialização da Constituição no Estado Democrático de Direito*. Disponível em www.ihj.org.br. Acesso em 09.08.2011.

CORRÊA, Darcísio. *A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas*. Ijuí: Unijuí, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Os Direitos sociais enquanto Direitos fundamentais*. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 117, jan./mar. 2005.

COSTA, Marli M.M. da. (coord.). *Direito e políticas públicas II*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

_____; MARTÍN, Nuria Belloso. *Diálogos Jurídicos entre o Brasil e Espanha: da exclusão social aos Direitos sociais*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades*. Porto Alegre: TRF/4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

_____; _____. SALDANHA, Jania Maria. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009.

_____. SALDANHA, Jania Maria. Combater vícios e incorporar virtudes: o papel do processo num cenário de mutações. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (org.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. São José: Conceito editorial, 2009.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo; revisão de tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARIA, José Eduardo. As Transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di diritto fra passato e futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto*. Storia, teoria, crítica. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Traduzido por Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003, 5ª edição.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Traduzido por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HARBERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Tomo I. Espanha: Ed. Taurus Humanidades, 1998.

_____. *Tres modelos de democracia: sobre el concepto de una política deliberativa*. Madrid: Episteme, 1994.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do estado*. Traduzido por Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonsos de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KAUFMANN, Athur. *Hermenéutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Tradução de Andrés Ollero y Jose Antonio dos Santos. Granada: Comares, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos fundamentais sociais*. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.

LUCAS, Doglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito numa cultura jurídica aprisionada pelo “procedimentalismo metodológico”. In: _____; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana L. (org.). *Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2006

LUCAS, Doglas César. O procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos tribunais sobre a (des)necessidade de cooperações pós-nacionais/constitucionais para se “dizer o direito”. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. (org.). *Os (des)caminhos da jurisdição*. São José: Conceito

editorial, 2009.

MACEDO, Elaine H. Ações coletivas X ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a constituição. *Revista da Ajuris*, nº 112, dez. 2008

MARTIN, Núbia Beloso. *Os Novos desafios da cidadania*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, CEBRAP, n. 58, nov. 2000.

MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais: os direitos fundamentais e os limites entre democracia e jurisdição constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o povo? A Questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Leimonad, 1998.

NABAIS, Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NALINI, Jorge Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millenium, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

OXLEY DA ROCHA, Álvaro Filipe. Judiciário, mídia e cidadania. In: BOLZAN DE

MORAIS, José Luis; STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos n. 4*, 2007.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLATÃO. *A República*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 2001.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência* (introdução à epistemologia jurídica). São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ROTH, André-Noël. O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno? In: FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Globalização Econômica implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos Direitos sociais. In: _____. (org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 18. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.02.2011.

SCHIAVELLO, Aldo. Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? *Diritto e Questione Pubbliche* (Palermo), n. 3, 2003. Disponível em:<<http://www.dirittoequestionipubbliche.org>>. Acesso em: 17 jul. 2010.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001, p.144.

_____. (org.). Os processos de globalização. In: _____. *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. (org.). Os Tribunais na sociedade contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* – ANPOCS n. 30, fev. 1996.

STEIN, Ernildo. Paradoxos da modernidade. In: *Epistemologia e crítica da modernidade*. Ijuí: UNIJUÍ, 1991.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn. *Anuário do programa de pós-graduação da universidade do rio dos sinos*, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

THOMPSON, John B. *Ideologia e Cultura Moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. Solidariedade e Justiça Fiscal. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado. (coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. et al. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. et al. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2010.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do Direito*. Recife: [s.ed.], 1947.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3.ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

_____. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.