



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (UFPB)
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS (PPGCJ)
DINTER UFPB/UFPI

Carlos Augusto Pires Brandão

**O MODELO DIALÓGICO DE JUDICIÁRIO E A CIDADANIA NO BRASIL:
ANÁLISE DO TRATAMENTO JUDICIAL DAS DEMANDAS POR EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

João Pessoa
dezembro/2018

Carlos Augusto Pires Brandão

**O MODELO DIALÓGICO DE JUDICIÁRIO E A CIDADANIA NO BRASIL:
ANÁLISE DO TRATAMENTO JUDICIAL DAS DEMANDAS POR EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção da titulação de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas DINTER UFPB/UFPI.

Orientadora: Profa. Dra. Lorena de Melo
Freitas
Coorientador: Prof. Dr. Armando Albuquerque
de Oliveira

João Pessoa
dezembro/2018

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

Brandm Brandao, Carlos Augusto Pires.

O MODELO DIALÓGICO DE JUDICIÁRIO E A CIDADANIA NO
BRASIL: ANÁLISE DO TRATAMENTO JUDICIAL DAS DEMANDAS POR
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS / Carlos Augusto Pires
Brandao. - João Pessoa, 2019.
309 f.

Orientação: Lorena de Melo Freitas.

Coorientação: Armando Albuquerque de Oliveira.
Tese (Doutorado) - UFPB/CCJ.

1. Constitucionalismo dialógico. Judiciário. I.
Freitas, Lorena de Melo. II. Oliveira, Armando
Albuquerque de. III. Título.

UFPB/CCJ

Carlos Augusto Pires Brandão

**O MODELO DIALÓGICO DE JUDICIÁRIO E A CIDADANIA NO BRASIL:
ANÁLISE DO TRATAMENTO JUDICIAL DAS DEMANDAS POR EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Doutor em Direito pelo
Programa de Pós-Graduação em Ciências
Jurídicas DINTER UFPB/UFPI.

Área de Concentração: Direitos Humanos

Aprovada em: ____ / ____ / ____

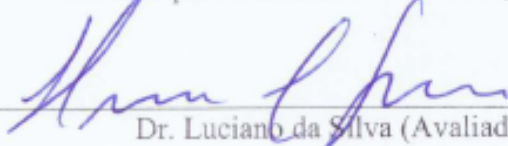
BANCA EXAMINADORA


Dra. Lorena de Melo Freitas (Orientador/UFPB)

Dr. Armando Albuquerque de Oliveira (Coorientador/UFPB)



Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho (Avaliador Interno/UFPB)



Dr. Luciano da Silva (Avaliador Externo - UFCG)

Dra. Viviane Coelho Sello-Knoerr (Avaliadora Externa - UNICURITIBA)

À Denise, com amor.

AGRADECIMENTOS

O desenvolvimento desta tese foi dialógico. Resulta da cooperação de muitos e de tantos. Nossos agradecimentos a Deus, mercê de Nossa Senhora, a meus queridos pais, Álvaro e Cecy, sempre presentes em minha memória, e a minha família, especialmente a Denise e a meus queridos filhos Antônio Augusto e Cecy. Também, a minha irmã Tanya Maria Pires Brandão e ao irmão do coração Nelson Juliano Cardoso Matos. De sangue e de alma, respectivamente. Fundamentais nessa travessia. Na forma e conteúdo. Ambos doutores nas letras e na vida acadêmica.

Agradecimentos à confiança da Professora Doutora Lorena de Melo Freitas, responsável pela orientação da pesquisa, dotada de um talento que imprime segurança e conhecimento. Agradecimentos especiais ao Professor Armando Albuquerque de Oliveira, ao nos apontar diversos caminhos teóricos. Agradecimentos ao Professor Enoque Feitosa Sobreira Filho, sempre determinado por construir e realizar o projeto do DINTER UFPB/UFPI, encaminhando a todos nós doutorandos ao êxito. Agradecimentos a valiosas contribuições da Professora Viviane Coelho Sellos-knoerr e do Professor Luciano da Silva, verdadeiros Mestres.

Agradecimentos a todo o Corpo Docente da UFPI e da UFPB que concorreu para a realização do DINTER, nas pessoas da Professora Maria Sueli Rodrigues de Sousa, Adriana Castelo Branco de Siqueira, Gabriel Rocha Furtado, Efren Paulo Porfiro Cordão, Olivia Brandão Melo Campelo, Raul Lopes e Samuel Nascimento.

Agradecimentos a todos os eminentes e queridos Professores do Programa DINTER, aos meus colegas e amigos de doutorado. Gratidão especial ao Professor Newton de Oliveira Lima, Jurista e Filósofo, por diálogos sobre o diálogo, noites a fio.

Agradecimentos à Coordenação da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, com portas sempre abertas. Também, ao corpo funcional da UFPB e da UFPI que deram suporte ao DINTER. Agradecimentos aos participantes do Grupo de Pesquisa Realismo e Marxismo da UFPB, por incansáveis debates e reflexões. Agradecimentos a magistrados e servidores da Justiça Federal, pelo imprescindível apoio e suporte.

Agradecimentos a todos. Familiares. Amigos. Alunos. Professores. Servidores e cidadãos do Brasil. “Fica sempre um pouco de perfume nas mãos...”

[...] olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil; nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação.

TUCÍDIDES

RESUMO

Há na atualidade um fenômeno político relevante para a construção da cidadania no Brasil: a presença do Judiciário no tratamento de demandas por direitos sociais, em razão de problemas estruturais que impedem o oferecimento de bens ou serviços pelo Estado. A Constituição de 1988 incorporou programa para promoção do bem-estar social e para garantia da dignidade humana. A possibilidade de revisão judicial dos atos comissivos/omissivos, em quadro de violação a esse programa constitucional, está propiciando a judicialização da vida política no Brasil, desde a promulgação da Constituição. Nesse quadro, levanta-se a seguinte questão: Como o sistema judicial brasileiro, a partir da matriz dialógica que está desenhada na Constituição, deve tratar as demandas por direitos sociais no Brasil? Defende-se como hipótese de trabalho que há um modelo dialógico desenhado na Constituição vigente para o sistema judicial, devendo o Judiciário tratar as ações por direitos sociais de modo dialógico. Destaca-se na investigação que o sistema judicial, para produzir democraticamente resultados práticos e eficazes em reivindicações por direitos sociais no Brasil, deve adotar a matriz judicial dialógica desenhada na Constituição e abandonar o perfil de controlador dos sentidos constitucionais, passando a desenvolver estratégias processuais mais flexíveis e abertas a diálogos institucionais. As construções analíticas em torno dessa matriz constitucional do sistema judicial brasileiro partiram do constitucionalismo dialógico retratado por Roberto Gargarella, em razão da capacidade heurística de sua abordagem teórica, concernente à questão do *deficit* de legitimidade do Judiciário nos processos de intercessão judicial na arena política - quando restam tensionados a constituição e a democracia. Propõe-se, então, que a matriz dialógica de Judiciário desenhada na Constituição estabelece, dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito, as condições de possibilidade para efetivação de direitos sociais reivindicados no sistema judicial, a partir de diálogos entre os atores interessados, capazes de implementar mudanças, inovações e experimentações na estrutura de prestação de serviço social. Para essa conclusão, percorre-se itinerário teórico, investigando-se o sentido da Constituição, como programa democrático de justiça social, sua repercussão sobre o sistema judicial, a justiciabilidade dos direitos sociais, para enfim analisarem-se estratégias e mecanismos processuais desenvolvidos pelo modelo dialógico de Judiciário.

Palavras-chaves: Constitucionalismo dialógico. Diálogos institucionais. Judiciário. Justiciabilidade. Direitos sociais.

ABSTRACT

There is currently a relevant political phenomenon in the construction of citizenship in Brazil: the presence of the Judiciary Power dealing with demands for social rights, due to structural problems that prevent the offer of goods or services by the State. The 1988 Constitution incorporated a program to promote social welfare and to guarantee human dignity. The possibility of judicial review of commissive/omissive acts, when this constitutional program is violated, allows the judicialization of political life in Brazil since the Constitution promulgation. In this context, the following question arises: how can the Brazilian judicial system, based on the dialogical matrix that is drawn in the Constitution, deals with the demands for social rights? This work is based on the hypothesis that there is a dialogical model drawn in the current Constitution for the judicial system, and the Judiciary must treat the demands for social rights in a dialogical way. The present investigation emphasizes that the judicial system, in order to democratically produce practical and effective results on claims for social rights in Brazil, must adopt the dialogical judicial matrix drawn in the Constitution and abandon the profile of controller of the constitutional meanings, developing more flexible procedural strategies opened to institutional dialogues. The analytical constructions around this constitutional matrix of the Brazilian judicial system came from the dialogical theory from Roberto Gargarella, due to the heuristic capacity concerning the legitimacy deficit of the Judiciary in the processes of judicial intercession in the political arena - when constitution and democracy are tensioned. This work proposes that the dialogical matrix of Judiciary drawn in the Constitution creates, within the framework of the Rule of Law, the conditions of possibility for the realization of social rights claimed in the judicial system, through changes, innovations and experiments in the structure of provision of social service, built on dialogue between interested actors. In order to arrive to that conclusion, the work follows a theoretical itinerary that investigates the meaning of the Constitution, as a democratic program of social justice, its repercussion on the judicial system, the justiciability of social rights, and finally analyzes strategies and procedural mechanisms developed by the dialogical model of Judiciary.

Keywords: Dialogical Constitutionalism. Institutional Dialogues. Judiciary. Justiciability. Social Rights.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

art. – Artigo

CC - Código Civil

CC – Código Civil

CD – Câmara dos Deputados

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CE – Código Eleitoral de 1965

CEF - Caixa Econômica Federal

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Cf. - Conferir

CMAR - Comunidade dos Moradores do Anel Rodoviário

CN – Congresso Nacional

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC - Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015

CPC/73 - Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973

DER – MG - Departamento Estadual de Estradas de Rodagem

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

DOU – Diário Oficial da União

DPF - Defensoria Pública da União

EC – Emenda Constitucional

ECI – Estado da Coisa Inconstitucional

ED – Embargos de Declaração

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FUNPEN – Fundo Penitenciário

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

MPF - Ministério Público Federal

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – Página

pp. – Páginas

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator (a)

RESP – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

URBEL - Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CAMINHOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS: PROPOSTAS CONCEITUAIS E ANALÍTICAS	20
1.1 Contextualização: A judicialização dos direitos sociais no Brasil e as estratégias processuais dialógicas	20
1.2 Problematização: Quais as estratégias processuais mobilizadas pelo sistema judicial na efetivação de direitos sociais?	44
1.3 Delimitação temática, referencial teórico e hipótese de trabalho.....	46
2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS NOVOS SENTIDOS PARA A INSTITUCIONALIDADE	66
2.1 A constituição como projeto no mundo contemporâneo: Os novos sentidos	66
2.2 A Constituição de 1988: Ruptura com a tradição centralista e autoritária de Estado.....	73
2.3 A herança centralista e autoritária do processo de modernização no Brasil: desafios à cidadania	78
2.4 A Constituição de 1988 e a cidadania: Nova programação e novos arranjos institucionais.....	92
3 O JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA INSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA.....	105
3.1 O Judiciário na Constituição de 1988: Interseção na vida política e social.....	105
3.2 Acesso à justiça e cidadania na Constituição de 1988: A garantia judicial de efetivação dos direitos sociais.....	115
3.4 Estrutura e logística judicial moderna: anacronismo institucional para tratar as demandas por efetivação de direitos sociais	122
4 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	140
4.1 Por que interessa saber se os direitos sociais podem ser demandados no sistema judicial brasileiro?	140
4.2 Os sentidos da Constituição de 1988 e os direitos sociais.....	149
4.3 A fundamentabilidade dos direitos sociais e a Constituição de 1988	159
4.4 A justiciabilidade dos direitos sociais na Constituição de 1988.....	173
5 O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E AS DEMANDAS POR EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: AS NOVAS ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS	186

5.1 As demandas por efetivação de direitos sociais prestacionais em contexto de falhas estruturais: Tratamento judicial diferenciado	186
5.2 Estratégias processuais dialógicas nas demandas por efetivação de direitos sociais	205
5.3 A matriz dialógica de Judiciário e o tratamento das demandas por efetivação de direitos sociais	247
CONSIDERAÇÕES FINAIS	273
REFERÊNCIAS	278

INTRODUÇÃO

Há na atualidade um fenômeno político relevante para a construção da cidadania no Brasil: a participação do Judiciário no encaminhamento de soluções em demandas por direitos sociais, surgidas em razão de problemas estruturais que impedem a oferta de bens ou de serviços pelo Estado. Nessas demandas, a implementação de direitos relativos, por exemplo, a saúde, a moradia, a educação, dentre outros, depende de medidas estruturais que importam reformas institucionais nos sistemas de serviços públicos e, portanto, deslocamento de recursos orçamentários.

No presente trabalho, tem-se por tema o modelo dialógico de tratamento judicial desses litígios por direitos sociais. Analisam-se aqui a matriz dialógica, desenhada na Constituição Federal de 1988 (CF) para o sistema judicial,¹ sua relação com a construção da cidadania no Brasil e as estratégias processuais que o Judiciário deve desenvolver nessas demandas.

No quadro institucional brasileiro, há progressiva participação do Estado no tecido social, a organizar a vida social. O Estado assume nos dias de hoje um papel para além de garantidor da ordem pública e social, trazendo para si a responsabilidade sobre a coordenação e a organização social,² como resposta a graves desequilíbrios gerados nos processos econômicos capitalistas.

Observa-se na presente pesquisa que a intercessão na vida social pelo Estado, para regular e promover equalizações sociais, ocorre pelo direito, que assume a condição de instrumento para essa intervenção social do Estado. Para esse fim, o direito acaba incorporando valores substantivos a serem garantidos pelos arranjos institucionais.

O direito vem abandonando a feição clássica de sistema normativo racional/formal desenhado na modernidade, dedicado a assegurar negativamente a liberdade e a propriedade dos membros da comunidade, para se transformar em mecanismo de promoção de justiça social.³ Pelo direito, o Estado organiza e a planeja a vida social. Esses novos sentidos

¹ Quando o termo “constituição” for iniciado com letra maiúscula (Constituição) refere-se à Constituição Federal de 1988, vigente no Brasil. Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria dos direitos. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.

³ “Ainda que se possa reconhecer inúmeros significados para a Justiça, o sentido específico que interessa operacionalizar aqui é o da Justiça social relacionada às necessidades concretas por igualdade de oportunidades e condições de vida [...] A Justiça, em sua dimensão social e política, define-se como virtude ordenada para a satisfação das necessidades mínimas e equilibradas que garantam as condições (materiais e culturais) de uma vida boa e digna. Assim, o critério básico para a fixação de uma Justiça de cunho social não são os padrões normativos

do direito repercutem nos sentidos das instituições, que passam a gravitar em torno das estratégias de implementação desses fins sociais.⁴

As constituições contemporâneas incorporaram em seus textos programas normativos de regência da vida social e política para a promoção do bem-estar social e para garantia da dignidade humana. Essa substancialização do direito imprime profunda transformação qualitativa na própria concepção de direito e nas atividades jurídicas, impregnados pelos sentidos políticos e sociais desses programas constitucionais, devendo repercutir na forma de tratamento dos conflitos, na leitura do desenho institucional das instâncias de decisão, no acesso a essas instâncias e nos mecanismos de efetivação de direitos.

A Constituição de 1988 nasceu dentro desse contexto de expansão regulatória da vida social. Além de reprimar as conquistas civis e políticas do liberalismo, protegendo as liberdades em face do arbítrio de Estado, abrigou três eixos: incorporou uma programação política fundada no discurso internacional de direitos humanos, com vetores de sentidos promocionais da dignidade humana e do bem-estar individual e coletivo dos brasileiros; desenhou - como mediação entre cidadania e processos decisórios - as garantias processuais de acesso a instâncias de decisões, para contenções entre poderes públicos (freios e contrapesos), para *accountability* e para efetivação desses direitos constitucionalizados; e regulou os processos de revisão constitucional, que garantem a rigidez e a supremacia constitucionais.

O sentido promocional projetado na Constituição, garantido pela força normativa do discurso constitucional e pelos arranjos institucionais desenhados para imprimir efetividade ao discurso constitucional, confere novos sentidos funcionais a toda institucionalidade recepcionada do regime político derogado. Esses sentidos repercutem sobre o Judiciário, cabendo-lhe assumir, quando mobilizado, o papel de cooperar com os arranjos institucionais na realização prática do discurso emancipador da Constituição.

A positivação do discurso de direitos humanos e a estruturação de um arranjo judicial aberto à cidadania para garantir a efetividade desse discurso vêm permitindo o escrutínio judicial da atuação política. Essa intervenção judicial acarreta o deslizamento progressivo das decisões da arena política (poderes Legislativo e Executivo) para os espaços judiciais.

a priori, mas a historicidade concreta que parte de situações cotidianas, assegurando condições justas e iguais de existência.” Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 340.

⁴ CALVO GARCÍA, Manuel. **Transformaciones jurídicas y teoría del derecho**. 2012. p. 36. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985277.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

Para o tratamento judicial dessas demandas de natureza política, não se podem perder de vista as finalidades do Judiciário, os seus sentidos institucionais consignados na Constituição. Pelo desenho constitucional, o sistema judicial deixa a condição de controlador neutro de legalidades e passa a assumir a condição de partícipe engajado na promoção do bem-estar e na garantia da dignidade humana. Por essa arquitetura constitucional, o Judiciário também se alinha aos objetivos fundamentais previstos para a República Federativa do Brasil, assim como toda a institucionalidade brasileira. Todas as instituições devem se engajar na realização desses objetivos fundamentais previstos na Constituição, inclusive o Judiciário, que passa a incorporar essa nova missão institucional de promover a justiça social. Assim, quando demandado por efetivação de direitos sociais, o sistema judicial não atuaria apenas como mediador político, mas teria também a missão de participar e cooperar na realização desses direitos, que interessam a toda a coletividade.

Nos dias atuais, os ventos neoliberais sopram uma reconfiguração institucional, que precariza os direitos sociais e econômicos, com o desmantelamento da estrutura do Estado Social.⁵ Esse movimento político, que sensibiliza a representação política mais diretamente, tem tornado o Judiciário um refúgio de garantia do programa emancipatório consagrado na Constituição de 1988. Com isso, a cidadania percebe o sistema judicial e passa a judicializar a política, a efetivação desses direitos negados pelo sistema político.

Em 2017, tramitaram 80,1 milhões de processos judiciais, sobre as mais diversas cores temáticas.⁶ Nesse acervo, figuram os conhecidos dramas e conflitos inerentes à existência humana e social, como também novas pretensões sobre os destinos da *polis*, sobre mediações que a comunidade tece nos arranjos políticos e sociais, envolvendo partidos políticos, movimentos sociais, escrutínios de políticas públicas.

Nesse contexto, intensifica-se a judicialização da vida política no Brasil, com a possibilidade de revisão judicial dos atos comissivos/omissivos, em quadro de violação ao programa constitucional. Há casos, por exemplo, em que a atuação judicial se mostra crucial para a efetivação dos direitos sociais. A depender da complexidade da questão social, o sistema político, debilitado por fragmentações, e pela sobreposição de burocracias, acaba sem conseguir formar hegemonias, tendo dificuldade de encaminhar soluções. Nesses casos, a colaboração da

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.13.

⁶ **JUSTIÇA EM NÚMEROS 2018**: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. p. 73. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2018.

deliberação pública, garantida pelo sistema judicial, pode enriquecer os encaminhamentos em torno da questão judicializada e produzir consensos que tornam viáveis e sustentáveis as soluções deliberadas.⁷

Nas hipóteses de demandas por direitos sociais em contextos de falhas estruturais, há a necessidade de construção ou de mudanças institucionais na rede de prestação de serviços, como, por exemplo, a construção de hospitais, o fornecimento de medicamentos e a disponibilização de leitos hospitalares, a construção de escolas, de rede de saneamento, de moradias. As soluções demandadas em juízo exigem a estruturação ou a reforma de arranjos institucionais prestacionais.

Nesse quadro, levanta-se a seguinte questão: Como o sistema judicial brasileiro, a partir da matriz dialógica que está desenhada na Constituição, deve tratar as demandas por direitos sociais no Brasil?

Defende-se, como hipótese de trabalho, que há um modelo dialógico desenhado na Constituição vigente para o sistema judicial, cabendo ao Judiciário tratar as demandas por direitos sociais referenciado nesse modelo constitucional. No modelo dialógico, desenvolvem-se estratégias processuais mais flexíveis e abertas a diálogos institucionais,⁸ a partir da construção cooperada de soluções.⁹

Essa matriz judicial desenhada na Constituição se distancia do perfil de executor da lei,¹⁰ de controlador dos sentidos constitucionais, desenhado para a matriz moderna de Judiciário, que se institucionalizou no Brasil ao longo do processo histórico.

⁷ O termo “democracia deliberativa” vem sendo utilizado para agregar diversas teorias que defendem a necessidade de processos públicos para a tomada de decisões. Nos processos deliberativos, os interessados apresentam questões e propõem soluções, ponderando e justificando os seus interesses. Para Bohman, a teoria deliberativa iniciou nas últimas décadas do século XX, como crítica à democracia liberal. Embora se possam apontar Dewey, Arendt, como precursores da democracia deliberativa, ou mesmo chegar-se mais longe, como em Rousseau e mesmo em Aristóteles, o termo “democracia deliberativa” foi cunhado e apresentado por Joseph Bessette, para se opor a interpretação aristocrática e elitista da Constituição Americana. Esses pensadores sempre temperaram a visão de participação popular e inclusiva com a discussão pública, a razão pública e o julgamento para tomada de decisões. A teoria deliberativa leva em consideração os aspectos de viabilidade institucional. Cf. BOHMAN, James. **Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy**. The Journal of Political Philosophy: Volume 6, Number 4, 1998. p. 400. Disponível em: <https://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/publicness/bohman_delib_dmcy.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2018.

⁸ ROULEAU, Paul S; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **The Honourable Ottawa Law Review**, 2009. p. 178. Disponível em: <https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/files/11_41ottawalrev1712009-2010.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁹ “O que se pode hoje, todavia, colocar em xeque, é a maneira como se articulam as soluções dos problemas atinentes às relações entre o direito material e o direito processual, entre o processo civil e a Constituição e a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil.” Cf. MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. p. 25.

¹⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

As construções analíticas em torno dessa matriz constitucional do sistema judicial brasileiro partiram da teoria dialógica de Roberto Gargarella,¹¹ pela capacidade heurística concernente à questão do *deficit* de legitimidade do Judiciário nos processos de intercessão judicial na arena política - quando restam tensionados a constituição e a democracia. Isso permitiu abordar os recursos procedimentais que podem ser mobilizados pelo sistema judicial, para a construção coletiva e democrática de soluções adequadas aos problemas trazidos nas demandas judiciais por efetivação de direitos sociais.

Não se pode olvidar que a intercessão do sistema judicial na arena política repercute na tensão entre democracia e constituição. Observe-se que a constituição, enquanto categoria analítica e normativa, suscita a ideia de parâmetro para a atuação política. De sua parte, a democracia, que expressa a vontade da maioria representada pelos poderes Legislativo e Executivo, suscita a ideia de autogoverno, autorregulação social, soberania popular. A constituição representa os parâmetros da lei; a democracia representa o governo do povo, a discricionariedade de escolhas e de decisões. A interferência do Judiciário na arena política regula essa tensão entre constituição (direito) e democracia (política), em cada caso concreto judicializado.

Cada um desses dois estandartes tensionados (constituição *versus* democracia) é levado por instituições: de um lado, o sistema judicial a garantir a força normativa do discurso constitucional; de outro, a representação política, nos poderes Legislativo e Executivo, fazendo prevalecer a vontade do povo.

Nessa tensão entre o sistema de direitos consagradas na Constituição e a democracia, a teoria dialógica de Gargarella aparece com o propósito de equacionar a falta de representação política do sistema judicial. Mostra-se adequada para analisar o relacionamento do sistema judicial com as instituições do sistema político, na produção de sentidos concretos e na elaboração de soluções práticas.

Pela abordagem dialógica, examina-se a natureza das interações entre o sistema judicial e as demais instâncias de poder, para a construção dos sentidos da Constituição. Não sendo os seus membros eleitos pelo voto popular, o sistema judicial pode desenvolver estratégias processuais de diálogo com os diversos segmentos de poder, para que propiciem a colaboração e a inclusão de todos os interessados na solução da demanda.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013). Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017

Nas demandas por direitos sociais, o Judiciário acaba por assumir a coordenação das mudanças estruturais, interferindo em áreas a princípio reservadas aos demais poderes da representação política, e as questões atinentes à legitimidade democrática dessa intercessão do Judiciário passam a ter enorme relevância para a eficácia e sustentabilidade da decisão e para a confiança do cidadão na efetividade das instituições e no respeito ao programa constitucional.

Para bem responder a essas demandas, o sistema judicial precisa construir no diálogo processual as soluções práticas ao problema apresentado na demanda, com a participação de todos os afetados, desenvolvendo estratégias discursivas que despertam novos sentidos e significados a serem compartilhados entre as partes, produzindo entendimentos e consensos entre as partes.

A mobilização de recursos discursivos pode sensibilizar os atores em torno de ideias, para implementação de mudanças nos contextos, fazendo do processo judicial não uma metodologia para apuração de culpas e de responsabilidades, mas um campo de interações promocionais, em que se privilegiam a estruturação de espaços de deliberação, a motivação dos atores para inovações estruturais, para o emponderamento e a capacitação das entidades demandadas, para a construção de consensos em torno de soluções aos problemas levantados pelos sujeitos processuais.¹²

Na fundamentação teórica deste trabalho, encontram-se as ideias captadas em textos de estudiosos que se dedicam ao tema. Buscaram-se, também, experiências realizadas no sistema judicial brasileiro.

Para examinar como a matriz de Judiciário desenhada na Constituição trata as demandas por direitos sociais no Brasil, objetivo geral desta pesquisa, percorre-se o seguinte itinerário, em que cada tópico corresponde a objetivo específico deste trabalho: 1) verifica-se o programa constitucional de 1988, observando-se a ocorrência de rupturas com a tradição autoritária da institucionalidade brasileira; 2) analisa-se, no sistema judicial brasileiro, a repercussão do programa dialógico desenhado na Constituição; 3) verifica-se a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil, i.e., se podem ser reivindicados e efetivados no âmbito do sistema judicial;¹³ 4) analisa-se o modo dialógico desenhado na Constituição, a partir de demandas judiciais por direitos sociais.

¹² DIMAGGIO, Paul J. e POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. **American Sociological Review**, Volume 48, Issue 2, 1983. p.148. Disponível em: <<https://www.ics.uci.edu/~corps/phaseii/DiMaggioPowell-IronCageRevisited-ASR.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2017.

¹³ “A despeito de as duas expressões [exigibilidade e justiciabilidade] serem comumente apresentadas como sinônimas, acreditamos que justiciabilidade seria espécie de que a exigibilidade é gênero. Ao passo que a exigibilidade de um direito, mormente um direito social, pode dar-se contra inúmeras instâncias (públicas de todas

Observa-se que as estratégias dialógicas utilizadas pelo sistema judicial são bastante diferenciadas da metodologia processual desenhada para matriz judicial pelo constitucionalismo liberal. Na matriz liberal, o sistema judicial se restringe a pesquisa de ilícitos, a identificação de culpados e a estipulação de responsabilidades.

Nas demandas por direitos sociais, reclama outra abordagem. Nessas demandas, objetiva-se a construção de soluções práticas, com visão prospectiva e pragmática.

O estudo aqui apresentado encontra-se dividido em cinco capítulos.

No primeiro deles, apresenta-se a proposta teórica e metodológica da pesquisa.

No seguinte, faz-se uma exposição do cenário institucional, estruturado a partir dos novos sentidos transportados pela Constituição. Há o registro de que a ordem constitucional de 1988 positivou um programa político de ruptura com a tradição política, construída no processo histórico no Brasil. Desde a proclamação da República em 1891, o sistema político cingia-se ao movimento pendular entre dois modelos de Estado: Estado liberal e Estado burocrático autoritário. Com a promulgação da Constituição de 1988, tem-se a emergência do Estado Democrático de Direito, com ênfase no discurso dos direitos humanos e no concurso da participação política da cidadania na República.

No terceiro capítulo, contextualiza-se o Judiciário com os sentidos trazidos pela Constituição e se lhe reconhece, à vista do amplo acesso à justiça, a responsabilidade, quando demandado, pela efetivação do discurso constitucional. Com sua promulgação, em que se positiva o modelo de Estado Democrático de Direito para a República Federativa do Brasil, houve um deslocamento de sentido institucional do sistema judicial.

A Constituição tem um discurso de transformação em defesa da dignidade humana e da justiça social. Nessa parte, a pesquisa analisa a repercussão desse discurso constitucional no sistema judicial. Em meio a esse novo quadro institucional de deslocamento institucional do Judiciário para participar e cooperar com a vida política e social, de complexidade das questões judicializadas, a pesquisa analisa a reprogramação institucional do sistema judicial.

as esferas e mesmo privadas) pelas mais distintas formas, a justiciabilidade caracteriza-se como forma específica de exigibilidade em juízo. Uma vez que admitimos que é essencial à fundamentalidade dos direitos a possibilidade de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais, então necessariamente fazemos referência à sua justiciabilidade.” Cf. LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 182, 2009, pp. 52/53. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 2 nov. 2018

No quarto tópico, analisa-se, a partir dos sentidos constitucionais de densificação dos direitos humanos no plano prático, a justiciabilidade desses direitos.

Por fim, no quinto e último, objetiva-se compreender a matriz dialógica de judiciária desenhada na Constituição, a partir do exame das estratégias processuais dialógicas desenvolvidas pelo sistema judicial brasileiro no tratamento das demandas por direitos sociais, em contextos marcados por deficiências estruturais no oferecimento de bens e/ou serviços pela burocracia administrativa.

Nessas estratégias, como aponta-se no trabalho, o sistema judicial mobiliza recursos discursivos para a estruturação de espaços deliberativos em se que constroem, com a participação cooperativa dos diversos atores envolvidos, as soluções práticas ao problema apresentado na demanda, mediante consensos e entendimentos. Nesses espaços deliberativos, há a sensibilização dos atores em tornos de ideias, para implementação de transformações institucionais e estruturais na burocracia de serviços, fazendo-se do processo judicial não uma metodologia para apuração de culpas e responsabilidades, mas um campo, em que se privilegiam a construção de espaços de diálogos, a motivação das partes para mudanças e inovações estruturais, o emponderamento e a capacitação das entidades demandadas.

Há, portanto, evidenciada relevância prática no estudo das estratégias processuais de que se tem servido o sistema judicial para encontrar as soluções adequadas, democraticamente legítimas e exequíveis aos problemas apresentados nas demandas por direitos sociais.

1 CAMINHOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS: PROPOSTAS CONCEITUAIS E ANALÍTICAS

1.1 Contextualização: A judicialização dos direitos sociais no Brasil e as estratégias processuais dialógicas

A Judicialização dos direitos sociais tornou-se um fenômeno político relevante no Brasil, a partir da Constituição de 1988.¹⁴ Em razão de omissão do sistema político, a cidadania tem buscado no sistema judicial a solução para problemas estruturais que impedem a oferta de bens ou de serviços pelo Estado. De modo progressivo, o Judiciário vem sendo cobrado para interceder na dinâmica dos arranjos institucionais do Estado, com a estruturação ou a reprogramação de burocracias para oferta de bens e de serviços à cidadania.¹⁵

Nessas demandas, em que se acusa quadro de violações a direitos fundamentais, a implementação de soluções que concretizem direitos sociais depende de medidas estruturais que importam reformas institucionais nos sistemas de serviços públicos. A programação institucional a ser desenhada, além de implicar deslocamento de recursos orçamentários, mostra-se complexa, por depender da articulação e da participação de diversos atores e de instituições, muitas vezes sensibilizados pelo ambiente de fragmentação política.

Com a expansão temático normativa do discurso constitucional, o sistema judicial, com seus procedimentos e agentes, assumiu papel estratégico na vida institucional,¹⁶ como espaço de deliberação acerca da justiça social.¹⁷

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

¹⁵ Abram Chayes foi o responsável pela divulgação da expressão “public law litigation”, em seu artigo seminal publicado em 1976 (CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. 89 **Harvard Law Review** 1281, 1976. p. 1281). No artigo, o autor aborda as diferenças de foco entre o que denomina litígios de interesse público, que objetivam reformas nos arranjos institucionais de serviços, e os litígios clássicos da vida civil. Esse modo diferenciado de abordagem e de processamento dos litígios de interesse público, segundo o autor, torna relevante o tema da atuação do Judiciário, haja vista a progressiva regulação da sociedade e, por conseguinte, a judicialização da vida social e política. Owen Fiss, por sua parte, empregou o termo “Structural reform” referindo-se a um tipo especial de adjudicação, diferenciada pelo caráter público dos valores envolvidos, em que o Judiciário reconhece a realidade burocrática da vida administrativa do Estado moderno, promovendo adaptações processuais a novas demandas constitucionais, com a implementação de medidas que implementam reformas estruturais nos arranjos de serviços públicos. Nesses litígios, Owen Fiss defende que a proteção de nossos valores constitucionais não pode ser efetivada de modo seguro sem mudanças básicas nas estruturas de organização da Administração Pública. (FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Faculty Scholarship Series. Paper 1220**. 1979. p. 30. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 12 fev. 2017.)

¹⁶ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

¹⁷ Entenda-se por espaço de deliberação aquele submetido a processo público de construção das decisões, com a participação e a contribuição dos atores interessados, que devem apresentar as suas reivindicações de forma justificada, apresentando as suas razões nesse espaço. Gargarella apresenta as características marcantes da

Além da responsabilidade de tratar litígios entre particulares e de julgar perseguições para sancionar condutas ilícitas, o sistema judicial no Brasil recebeu novos propósitos institucionais, de assegurar à cidadania, em concerto com toda a institucionalidade¹⁸, as garantias para a efetivação das condições básicas para a vida digna, com a implementação prática do programa constitucional.¹⁹

Esses novos desígnios institucionais recebidos pelo sistema judicial devem estar em sincronia com os objetivos da República Federativa do Brasil, inclusive em relação à responsabilidade institucional de participar da efetivação do discurso constitucional no plano prático. Também, a atuação judicial deve estar em sintonia com o programa de democracia participativa²⁰ adotado pela Constituição.²¹ Por esse programa democrático, a participação da cidadania legitima o processo de decisão de poder.²²

democracia deliberativa: “Aunque es posible distinguir entre muchas y diferentes versiones de la concepción deliberativa de la democracia (Elster, 1998; Bohman, 1996; Cohen, 1989; Nino, 1991), propondré aquí una que se caracteriza por dos rasgos: primero, supondré que esta perspectiva de la democracia requiere de la aprobación de decisiones públicas luego de un amplio proceso de discusión colectiva. Segundo, supondré que el proceso deliberativo requiere, en principio, de la intervención de todos aquellos que se verían potencialmente afectados por las decisiones en juego.” Cf. GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. p. 19. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹⁸ O conceito de institucionalidade empregado no presente trabalho concerne ao conjunto das instituições. Utiliza-se como instituição o conceito traduzido por Hall, sobre institucionalismo histórico: “Que fazem as instituições? Desse ponto de vista, as instituições fornecem modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação. O indivíduo é concebido como uma entidade profundamente envolvida num mundo de instituições composto de símbolos, de cenários e de protocolos que fornecem filtros de interpretação, aplicáveis à situação ou a si próprio, a partir das quais se define uma linha de ação. Não somente as instituições fornecem informações úteis de um ponto de vista estratégico como também afetam a identidade, a imagem de si e as preferências que guiam a ação.” Que fazem as instituições? Desse ponto de vista, as instituições fornecem modelos morais e cognitivos que permitem a interpretação e a ação. O indivíduo é concebido como uma entidade profundamente envolvida num mundo de instituições composto de símbolos, de cenários e de protocolos que fornecem filtros de interpretação, aplicáveis à situação ou a si próprio, a partir das quais se define uma linha de ação. Não somente as instituições fornecem informações úteis de um ponto de vista estratégico como também afetam a identidade, a imagem de si e as preferências que guiam a ação. Cf. HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58. p. 193-223, 2003. p. 196. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁹ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF).

²⁰ “Cabe à Assembleia decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar a penas de morte, de banimento e de confisco, assim como prestar contas aos magistrados. Estas deliberações são necessariamente da alçada de todos os cidadãos, ou então são todas confiadas a alguns funcionários, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns. Quando todos são admitidos na deliberação sobre qualquer matéria, há democracia; o povo ostenta a igualdade em tudo. Mas todos podem participar das deliberações das várias maneiras.” Cf. ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127/128.

²¹ A Constituição, em seu art. 1º, prescreve que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. No parágrafo único desse artigo, consigna-se que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.”

²² Nesse sentido, a doutrina portuguesa: “o elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize the power).” In: CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

Observe-se que a Constituição adota o modelo institucional de Estado Democrático de Direito. No âmbito dessa concepção de Estado,²³ há uma dimensão substantiva e uma dimensão procedimental do direito constitucional. A dimensão substantiva tem um aspecto planificador e dirigente, que se propõe a transformar a paisagem social, a mudar o quadro de desigualdades e injustiças sociais no Brasil. Por essa dimensão substantiva, a Constituição declara direitos com a finalidade de intervir na realidade social, para transformá-la. Essa dimensão substantiva se expressa na positivação de direitos, categorizados como fundamentais, que reproduzem o programa de direitos humanos consensualizado a partir da Segunda Guerra mundial.²⁴ Esses direitos se destinam a estabelecer as condições básicas para uma vida digna.

De outra parte, no âmbito do Estado Democrático de Direito, há uma dimensão procedimental que disponibiliza arranjos institucionais para a participação da cidadania nos processos de implementação da pauta substantiva de direitos. Há no desenho institucional brasileiro mecanismos processuais que podem ser mobilizados pela cidadania para a efetivação de direitos. Essa disponibilização institucional acena para a relevância da participação da cidadania nos processos políticos, conferindo-lhe instrumentos de controle da vida pública, para que participe e influencie as decisões de poder.

Nesse sentido, há na gramática constitucional brasileira - além de seu aspecto dirigente,²⁵ ao trazer um plano de emancipação para a sociedade - a adoção também de uma democracia deliberativa, consistente na possibilidade de participação, com poder de influência,

²³ “O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 173, jul./set. 1988. p. 15.

²⁴ Habermas apresenta a seguinte classificação para os direitos fundamentais: (1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração política autônoma de direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação [...]; (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [...] (4) Direitos Fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por meio dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos Fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos mencionados de (1) até (4).” Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 159/160.

²⁵ “A Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, pois define, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas, fins e programas de ação futura no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população.” Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, abr./jun. 1999. p. 36. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em: 1 jul. 2018.

da cidadania em processos públicos de decisão de poder.²⁶ Essa intercessão da cidadania na vida política se viabiliza pela possibilidade de revisão judicial de atos comissivos/omissivos de poder, quando se aponta quadro de lesão a direitos fundamentais. Isso permite que a democracia brasileira seja mais inclusiva, possibilitando a defesa de direitos de classes menos favorecidas, mediante instauração de processos judiciais coletivos.

Quando questões de direitos sociais são judicializadas, os processos de tomada de decisão devem ser presididos por uma racionalidade prática, devendo as decisões judiciais ser tomadas em público e justificadas, em processos abertos a intercâmbio e a interposições de pontos de vistas. A possibilidade de contrastes e intercâmbios de argumentos, com processos judiciais abertos à racionalidade prática, confere maior valor epistêmico aos processos de decisões, como também maior legitimidade dos resultados da deliberação, uma vez que esta deve agregar as contribuições dos interessados.

Lembre-se que as demandas por direitos sociais têm natureza política, e em princípio estariam reservadas à deliberação do sistema político, legitimado pela origem da representação, advinda do voto popular. Todavia, quando esses temas políticos chegam ao Judiciário, em razão da alegação de violação a direitos fundamentais, o sistema judicial deve processar a demanda e construir soluções aos problemas trazidos, considerando que esses direitos são justiciáveis, i.e., podem ser reivindicados perante o sistema judicial.

Nessas hipóteses, a forma de legitimação das decisões do sistema judicial não advém do voto popular, uma vez que os membros do Judiciário não são eleitos. A legitimidade da decisão judicial decorre da qualidade democrática do procedimento deliberativo utilizado pelo sistema judicial,²⁷ afinal nesses processos o sistema judicial deve conciliar diversos interesses, em razão da escassez dos recursos orçamentários.

²⁶ Um registro sobre democracia deliberativa. Nas últimas décadas do século XX, emergiu no cenário acadêmico e institucional a teoria da democracia deliberativa. A democracia deliberativa se baseia na ideia central de que a deliberação pública legitima democraticamente as decisões de poder. As decisões de poder devem decorrer de processos persuasivos e não de coações. Como a razão deve presidir o processo deliberativo, decisão não corresponde a mera agregação de preferências individuais. De acordo com a teoria da democracia deliberativa as preferências dos cidadãos não podem ser vistas como dadas. Na verdade, as preferências são antes transformadas no processo político, mediante um processo público de deliberação entre cidadãos livres e iguais. Nesse sentido, a vontade do povo não se expressa em preferências privadas. A vontade do povo se expressa quando cidadãos justificam suas reivindicações políticas perante assembleia, para que possam ser escrutinadas pelos demais, quando se pode formar, após a deliberação pública, uma opinião comum. Os cidadãos devem dar as razões de suas preferências, de modo que as decisões políticas sejam racionalmente aceitáveis. Habermas e John Rawls podem ser citados como importantes teóricos na difusão do deliberativismo democrático. Cf. ROSTBØLL, Christian F. **On Deliberative Democracy**. Review essay on Deliberative Democracy. *Sats - Nordic Journal of Philosophy*, Vol. 2, No. 2, Philosophia Press, 2001. p. 166. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/312243114>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

²⁷ Com base em Avritzer, poder-se-ia dizer que haveria três elementos centrais para que a argumentação deliberativa se desenvolver. O primeiro se relaciona a abertura do espaço decisório por parte do juiz em favor de uma forma ampliada e pública de participação. Nesses espaços abertos pelo magistrado, a ampliação da

No âmbito da atuação do sistema judicial, em demandas por transformação de realidades sociais de injustiças, os processos judiciais podem assumir a condição de espaços de experimentações/transição, onde devem ser construídas, pela deliberação pública, as soluções a problemas emergentes de situações de violações a direitos fundamentais, herdadas de processos sociais e políticos autocráticos.

Para tanto, os processos judiciais se assumem como verdadeiras pontes, em que se negocia a construção de soluções com a participação e com a contribuição de todos os envolvidos. Fazer do processo judicial um lugar de transição, onde se desenvolve a transformação da realidade social, pela implementação de direitos, constitui uma estratégia que o Judiciário deve mobilizar para conferir qualidade democrática a suas decisões, implementando a democracia deliberativa nos processos de decisão política.²⁸

A possibilidade de revisão da atuação política no sistema judicial, quando se apontam violações a direitos fundamentais, traz a contribuição da deliberação para a qualificação da democracia no Brasil²⁹ e permite o desenvolvimento de uma cidadania ativa,

participação faz com que atores tragam para esse espaço deliberativo razões anteriormente não contemplada pelas decisões judiciais. A segunda característica O segundo concerne a necessidade de publicidade das informações detidas pela burocracia judicial ao longo do processo deliberativo. Essa publicidade no arranjo deliberativo permite aos atores sociais trazerem mais informações, como também contestar as informações públicas. Isso implica que as informações precisam ser construídas coletivamente. Por fim, o espaço deliberativo permite testar múltiplas experiências. Segundo Avritzer, “os chamados arranjos deliberativos trabalham com a idéia de que a inovação institucional depende da capacidade de experimentar e partilhar resultados. De acordo com essa concepção, a racionalidade ou a eficiência é gerada de forma descentralizada e a posteriori por múltiplos experimentos. Nesse sentido, o elemento central dos arranjos deliberativos passa a ser a sua diversidade e não a sua unidade.” Cf. AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**, São Paulo, n. 50. p. 25-46, 2000, pp. 43/44. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 5 nov. 2018.

²⁸ “Uma boa parte da literatura sobre efetividade participativa tem a sua origem na literatura norte-americana sobre democracia deliberativa (COHEN, 1997; ELSTER, 1994; BOHMAN; REHG, 1997). Essa literatura surge a partir de uma crítica bastante clara à ideia da democracia como um processo de agregação política de opiniões e/ou preferência formulada de forma descentralizada (PRZEWORSKI, 1998). Ela tem como intenção principal mudar os termos do debate democrático ao inserir nele duas novas questões: 1 a primeira delas é que é mais importante no debate democrático o problema da qualidade do processo deliberativo do que os resultados de um processo agregativo (COHEN, 1997). Cohen, ao propor essa forma de abordagem do problema democrático, reinsere na teoria democrática o problema da troca de razões enquanto elemento central da formação da vontade política. Em segundo lugar, o conceito de democracia deliberativa recoloca dentro da teoria crítica a qual ela se filia o elemento institucional [...] Ao colocar a questão da procura institucional do desenho adequado para a deliberação, ele já estaria antecipando elementos do debate acerca da efetividade deliberativa.” Cf. AVRITZER, Leonardo. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: **Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Organizador: Roberto Rocha C. Pires. Brasília: Ipea, 2011, p. 14/15. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/livros/livro_dialogosdesenvol07.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2018.

²⁹ Há uma histórica relação entre democracia e deliberação. Alguns autores utilizam o termo deliberação, referindo-se ao processo em que agentes avaliam as razões envolvidas em uma determinada questão (Habermas, Cohen). Estes autores enfatizam a centralidade do momento argumentativo, entendido como *intercâmbio de razões em público*. Nesse sentido, tem-se a concepção de deliberação como processo de argumentação. Em contrapartida, outros autores privilegiam o aspecto decisório no interior do processo deliberativo. Esses autores se servem do termo deliberação referindo-se ao momento em que ocorre o processo de tomada de decisão (Rousseau,

habilitada pelos mecanismos de acesso à justiça a participar e a influenciar nos processos de decisões de poder.³⁰

O incremento de processos deliberativos na democracia objetiva equilibrar a atuação da representação política, que é formada por inspiração do sufrágio popular. O sistema judicial, ao receber as demandas que impugnam a atuação política, tem por objetivo não desautorizar, mas sim qualificar a democracia do voto, devendo cooperar com o sistema político na construção de soluções.

Deve processar as demandas judicializadas mediante a estruturação de espaços deliberativos abertos aos fluxos comunicacionais provenientes dos diversos espaços sociais que compõem a chamada esfera pública. O sistema judicial está submetido a alguns princípios institucionais que lhe garantem a imparcialidade e a racionalidade, que estruturam o processo judicial como espaço deliberativo.³¹

No cumprimento dos objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, a contribuição dos processos deliberativos nas instâncias judiciais deve agregar a participação e a contribuição de interessados, possibilitando a esgrima argumentativa entre interessados e institucionalidade, com as decisões sendo vetorizadas pela força dos melhores argumentos. Para tanto, deve investir em novas práticas processuais, abertas para a possibilidade de diálogo institucional, fundadas no constitucionalismo dialógico.³²

Schumpeter). Rousseau, por exemplo, propõe que a decisão constitui o elemento central do processo deliberativo, identificando o processo de formação da vontade geral com o processo de formação da vontade da maioria. Schumpeter reforçará dois elementos do decisionismo deliberativo: *rejeição de formas públicas de discussão e argumentação e a identificação das práticas decisórias com o processo de escolha de governantes*. Na primeira metade do século XX, tornou-se hegemônicos três elementos decisionistas: 1) a condição pluralista estaria fora da política; 2) relação entre administração não participativa e preservação da complexidade social e política; 3) o processo eleitoral corresponde a aferição das preferências individuais. A partir da década de 70, recuperou-se a concepção argumentativa da deliberação. Cf. AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. **Lua Nova**. São Paulo, n. 50, 2000, pp. 25-32. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁰ Horácio Wanderlei Rodrigues defende que a expressão “acesso à justiça” possui dois sentidos: o primeiro, relacionado ao acesso ao Poder Judiciário; o segundo, concernente ao acesso a uma “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”. Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

³¹ Alguns desses princípios se encontram no art. 93, CF: princípio da investidura, princípio da publicidade, princípio da fundamentação das decisões judiciais, princípio da livre circulação da informação, princípio da colegialidade nas instâncias judiciais recursais. Também, algumas garantias institucionais, constantes do art. 95, da Constituição Federal, que asseguram aos julgadores a imparcialidade. O princípio do amplo acesso à justiça viabiliza a instauração desse espaço de deliberação (art. 5º, XXXV).

³² “El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público promueven distintos mecanismos para la búsqueda de decisiones con la participación de la sociedad e implementan procedimientos dialógicos e incluyentes para el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial dialógico y suscitan aportes relevantes para el cambio social. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos. ¿Cómo es posible fortalecer el papel de los

No plano da realidade, o sistema judicial vem exercendo um papel central na vida institucional do País, em importantes processos deliberativos acerca de justiça social. Mobilizado pelo discurso da cidadania e dos direitos fundamentais, o sistema judicial vem participando das definições de sentido nos grandes temas/dilemas nacionais,³³ como também intervindo de modo recorrente nos complexos processos de elaboração e de efetivação de políticas públicas.³⁴

Esse papel ativo do sistema judicial nas interações de diversos atores que compõem a arena política, conhecido por judicialização da política,³⁵ repercute na institucionalidade brasileira, imprimindo novas configurações nas relações entre sociedade e Estado, como também nas relações internas entre os poderes do Estado, que passam a ser mediadas, essas relações, pelo sistema de valores consignados na Constituição de 1988.

A projeção do Judiciário na dinâmica política – com os processos de adjudicação judicial regendo cada vez mais a vida social sob o discurso da efetivação dos direitos fundamentais, em detrimento dos processos legislativos, executivos e de autogoverno social – encontra-se justificada na garantia do repertório de direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, que imprime sentidos e limites à prática política,³⁶ não constituindo,

tribunales en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales? Mediante nuevas prácticas institucionales en sus litigios que permitan la deliberación entre las cortes, la sociedad civil y los poderes del Estado.” Cf. VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, ano XXII, 2016. p. 254. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018

³³ Atualmente, há diversos seminários sendo programados para debater o tema. Cf. **Judiciário, políticas públicas e limites de atuação**: questões sobre ativismo e o papel do STJ, 2017. Disponível em: <www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Judiciário,-políticas-públicas-e-limites-de-atuação:-questões-sobre-ativismo-e-o-papel-do-STJ>. Acesso em: 2 nov. 2018.

³⁴ “política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Vejamos essa definição em detalhe: uma política é uma orientação à atividade ou à passividade de alguém; as atividades ou passividades decorrentes dessa orientação também fazem parte da política pública. Uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante.” Cf. SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas. Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 2.

³⁵ C. N. Tate e T. Vallinder utilizaram a expressão “Judicialização da política” para referir-se, em pesquisa empírica sobre sistemas judiciais de diferentes países, a uma tendência nas democracias contemporâneas: a expansão do Poder Judiciário nos processos de decisão política. Cf. TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 5.

³⁶ “Por isso fala-se de limites materiais e de limites formais. O primeiro tipo de limite refere-se ao conteúdo da norma que o inferior está autorizado a emanar; o segundo refere-se à forma, isto é, ao modo ou ao processo pelo qual a norma do inferior deve ser emanada. Se nos colocarmos do ponto de vista do inferior, observaremos que ele recebe um poder limitado, seja com relação a quem pode mandar ou proibir, seja com relação a como se pode mandar ou proibir.” Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995. p. 54.

portanto, disfunção sistêmica, nem se afigurando fenômeno institucional episódico e passageiro.³⁷

A abertura constitucional para a judicialização da política e a participação no controle das decisões de poder, dentro desse contexto de responsabilidades institucionais do sistema judicial derivadas dos objetivos da República Federativa do Brasil, traz consigo a necessidade de incremento de novas estratégias processuais pelo sistema judicial, em sintonia com o programa democrático constitucional. Os compromissos institucionais do sistema judicial com os objetivos da República exigem o desenvolvimento de procedimentos idôneos e democráticos, destinados à construção de soluções práticas e adequadas a essas novas demandas.

Esse aporte de responsabilidades políticas no sistema judicial se confronta com a lógica de construção e de operação do judiciário clássico, desenhado pela ideologia liberal burguesa. Registre-se que a ideologia burguesa, que construiu a lógica de funcionamento do Judiciário clássico moderno, como garantia de proteção das liberdades e da propriedade, mirava-se na cidadania civil e cuidava de estruturar estratégias de defesa judicial do cidadão, de seus direitos de liberdade e de propriedade frente ao abuso de outrem, inclusive em relação ao arbítrio de Estado. Assim, propunha a separação dos poderes e a autonomia do sistema judicial em relação aos poderes políticos, como forma de neutralizar a influência do governo na aplicação das leis, assegurando-se ao cidadão segurança jurídica. Dentro dessa lógica institucional de proteção à cidadania civil, floresceram a lógica jurídica positivista, marcada pela separação do direito de suas bases sociais e ético políticas,³⁸ e a lógica processual do sistema judicial.

³⁷Há posição do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade do Poder Judiciário para tornar efetivos esses direitos fundamentais. No Recurso Extraordinário RE 592.581 – RS, por exemplo, o Relator o Ministro Ricardo Lewandowski assim consignou sobre o papel do juiz na efetivação dos direitos fundamentais: “existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais - de eficácia plena e aplicabilidade imediata - daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob a custódia do Estado. A hipótese aqui examinada não cuida, insisto, de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas, amparadas em normas programáticas, supostamente abrigadas na Carta Magna, em alegada ofensa ao princípio da reserva do possível. Ao revés, trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais. A reiterada omissão do Estado brasileiro em oferecer condições de vida minimamente digna aos detentos exige uma intervenção enérgica do Judiciário para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada, não havendo margem para qualquer discricionariedade por parte das autoridades prisionais no tocante a esse tema.” pp. 57-58. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>>. Acesso em: 5 de dez. 2017.

³⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, Brasil, n. 21. p. 12-21, maio 1994, pp. 14-15. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

A Constituição supera a lógica liberal, que se limitava a garantia de direitos civis e políticos, e abre novo horizonte de sentidos para as instituições, ao expandir os sentidos da cidadania. Como estratégia para realização desse discurso constitucional na vida social e política, a Constituição atribuiu responsabilidades sociais e políticas às estruturas de poder, trazendo o horizonte de sentido da justiça distributiva³⁹ para equalizar distorções sociais e promover as condições de igualdade material para o exercício das liberdades.

Os compromissos fixados na Constituição para as instituições⁴⁰, inclusive para o Judiciário, superam os compromissos reservados para o Estado liberal, que remetia ao sistema judicial o papel de tratar com neutralidade política os conflitos que lhe chegavam.⁴¹ Essa neutralidade política do sistema judicial, no modelo liberal de Estado, era preservada na medida em que lhe cabia tão somente a reprodução, nas decisões judiciais, dos sentidos impregnados na lei pela representação política (legislador).⁴²

Lembre-se que, no âmbito do Estado liberal, as instituições cuidavam apenas de garantia de direitos civis e políticos, considerados direitos de defesa em face de eventuais arbitrariedades. Nesse mister, o sistema judicial exercia um papel voltado para o escrutínio do passado, aplicando-lhe a lei. Um papel reativo, com o Judiciário assumindo a posição de terceiro para produzir uma decisão heterônoma.

Ao abrigar o discurso dos direitos humanos, tornando-o fonte de sentido para a prática jurídico política no Brasil, a Constituição imprimiu, então, novos sentidos ao sistema

³⁹ “Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”. Cf. ARISTÓTELES: **Ética a Nicômacos**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. (1131 a) p. 95.

⁴⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF)

⁴¹ “Cada vez mais, a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais tem sido contestada pelas crescentes evidências de seu papel político e de seu impacto diário nas políticas públicas.” Cf. TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 229. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018.

⁴² “En el modelo tradicional, paleo-positivista y jacobino, el Estado de Derecho se fundaba esencialmente en la primacía de la ley, y la democracia en la omnipotencia de las mayorías, identificada a su vez en la omnipotencia del parlamento. [...]. Es evidente que en un paradigma como éste el papel del juez, como órgano sometido solamente a la ley —«bouche de la loi», según la metáfora de Montesquieu— venía a configurarse como una mera función técnica de aplicación de la ley, cualquiera que fuese su contenido. Este sistema cambia radicalmente con las constituciones rígidas de la segunda posguerra, que completan el paradigma del Estado de Derecho sometiendo también al legislador a la ley —en concreto, a la ley consitutucional— y transforman el viejo Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Jueces y política**. Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año n. 4, N. 7, 1999, pp. 66\67. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1333/DyL-1999-IV-7-Ferrajoli.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

judicial. A incorporação desses sentidos deve certamente repercutir no modo como esse sistema judicial deve desenvolver os novos papéis que lhe foram remetidos pela Constituição.⁴³

Todavia, a Constituição reserva pauta promocional para as instituições, conferindo-lhes sentidos que transcendem a proteção contra o arbítrio do Estado. No quadro constitucional vigente, as instituições devem participar dos processos de emancipação social, tornando realidade esses direitos estruturantes do bem-estar e da dignidade humana. Essas novas finalidades institucionais, indutoras do desenvolvimento humano e social, retiram as condições institucionais para a neutralização política do Judiciário, imaginada sob a premissa de que a aplicação do direito se tratava de uma tarefa técnica, consistente na reprodução de sentido da lei em relação a fatos postos sobre a apreciação judicial.

Na vigente ordem constitucional, como o direito agregou conteúdo político, anunciando uma pauta de justiça distributiva,⁴⁴ a ser implementada pelo sistema político, sua aplicação deve ter o horizonte prospectivo da política, e o juiz deve lançar uma visão prospectiva por ocasião da aplicação do direito. O Judiciário, nesse novo papel institucional, assume a responsabilidade institucional pela implementação prática do discurso constitucional.

Com a nova missão institucional de imprimir efetividade a esses direitos, com conteúdo político de justiça distributiva, com essa reaproximação entre direito e política, o Judiciário passou a ser chamado para interceder na vida política, passando a syndicar não apenas contratos entre particulares, mas a examinar se o sistema político vem cumprindo e efetivando o programa constitucional.

Como essas responsabilidades constitucionais do sistema político, concernentes à efetivação de direitos, podem ser demandadas no sistema judicial, quando houver omissão ou disfunção da representação política (Executivo, Legislativo),⁴⁵ as estratégias processuais e os

⁴³ “Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência, a função de promover.” Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria dos direitos**. São Paulo: Manole, 2007. p. 13.

⁴⁴ “Sendo o processo um produto do homem, há de receber a marca trágica da antinomia que a este caracteriza. Somos seres simultaneamente individuais e sociais. Tão importante é este antagonismo radicado em nossa natureza, que ARISTÓTELES nele fundou a sua imperecível classificação da justiça, em comutativa, a reger as relações individuais; legal, a regular os direitos do Estado contra o indivíduo, e distributiva, a disciplinar os direitos deste em face da comunidade.” Cf. LACERDA, Galeno. *Processo e Cultura*. In: **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 75.

⁴⁵ “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.” Cf. ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Melo. Disponível em:

códigos operacionais do sistema judicial devem ser atualizados a essa nova realidade institucional, em fica bastante evidenciada a tensão entre direito e política. Esse novo papel judicial de interceder em esferas até então imunes ao escrutínio judicial, de participar através da métrica jurídico constitucional dos processos de legitimação do sistema político, exige uma reprogramação da prática judicial, em conformidade com os interesses de efetivação dos direitos e em conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito. Veja-se em Tércio Sampaio:

Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um "julgamento" do que ele é e poderá fazer. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento do chamado estado do bem-estar social.⁴⁶

A Constituição conferiu ao sistema judicial um enfoque institucional muito diferenciado do perfil tradicional, determinando que lei não excluirá da apreciação do sistema judicial lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Em temas político-administrativos, remeteu ao Judiciário as seguintes responsabilidades: 1) controle de constitucionalidade amplo, difuso e concentrado, da atuação política, com a expansão da legitimidade para diversos atores sociais e políticos reivindicarem o controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, com previsão do mandado de injunção para tornar possível o exercício de direitos e liberdades constitucionais; 2) controle e aferição da atuação político-administrativa, inclusive em relação ao mérito, não só em vista de interesses privados, mas também em relação a interesses públicos e coletivos, prevendo ação popular e ação civil pública para a proteção do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural (art. 52, LXXIII, CF); 3) controle do processo eleitoral.⁴⁷

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

⁴⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Revista USP, Brasil, n. 21. p. 12-21, maio 1994, pp. 18. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988:** judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198. p. 1-17, out. 1994. pp. 9-14. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

O sistema judicial assumiu importante protagonismo na efetivação de direitos sociais no Brasil, ainda quando esses direitos importem em obrigações positivas ao Estado. A forma como a Constituição desenhou o sistema judicial, conferindo-lhe garantias funcionais e institucionais⁴⁸ e tornando acessível à cidadania, mediante garantias constitucionais de acesso à apreciação judicial, impulsionou a participação da cidadania no sistema judicial, para reivindicar a efetivação de direitos.⁴⁹ Na visão de Ferreira Filho, a importação ao texto constitucional (art. 5º, LIV, CF) do *due process of Law* do direito anglo-americano, em sua dimensão substancial e formal, conferiu ao magistrado o poder de aferir a razoabilidade da lei e a proporcionalidade dos encargos que impõe.⁵⁰

Com a possibilidade de respostas positivas pelo sistema judicial na implementação de políticas públicas deficitárias,⁵¹ há instauração massiva de ações judiciais reivindicando a intervenção do Poder Judiciário para determinar à Administração Pública que forneça prestações materiais, que em princípio estariam reservadas ao juízo da discricionariedade político-administrativa. Haveria crenças generalizadas entre juristas brasileiros de que os tribunais seriam uma voz institucional alternativa para os pobres, geralmente marginalizados do processo político.⁵²

A independência do sistema judicial em relação ao sistema político partidário, com seus acessos aos mais diversos temas de direitos sociais garantidos no discurso constitucional, a capacidade do sistema judicial de o Judiciário estabelecer espaços deliberativos para implementar melhorias nas estruturas administrativas de oferecimento de bens e serviços públicos, vêm tornando o sistema judicial muito atrativo a essas demandas, e,

⁴⁸Exemplos: regência da vida administrativa pelo tribunal, que passa a nomear os seus juízes (art. 96, I, "c", CF); autonomia financeira (art. 99, CF).

⁴⁹ CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23. p. 176-207, Abril. 2010. p. 177. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder Judiciário na Constituição de 1988**: judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198. p. 1-17, out. 1994. p. 9. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

⁵¹“Nos últimos cinco anos, a quantidade de processos movidos por pacientes para obrigar o Estado a fornecer fármacos e tratamentos que ainda não são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou ainda não foram registrados no país aumentou 92%. Apenas em 2015, o governo paulista gastou R\$ 1,2 bilhão em remédios e insumos para 57 mil pacientes que recorreram aos tribunais. ‘Esse valor é quase o necessário para sustentar por um ano o Hospital das Clínicas [da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (HC-FM-USP), onde são atendidos 35 mil pacientes por dia’, compara Renata.” Cf. PIERRO, Bruno de. **Demandas crescentes**. 2017. p.1. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf>. Acesso em: 5 de mar. 2018.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded. **Law and Social Inquiry, Forthcoming**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1133620>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

nessa experiência institucional, o sistema judicial passou a desenvolver, como mediador e árbitro de conflitos políticos, estratégias processuais bem diferenciadas da metodologia processual desenvolvida para litígios comuns. Essas novas estratégias processuais, ao dialogar com as tensões entre o direito e a política, vêm favorecendo a construção de soluções práticas aos problemas apresentados pelas partes, e são conhecidas como medidas estruturais.⁵³

Essas estratégias processuais são desenvolvidas nas demandas por efetivação de direitos sociais, em que se mostra necessária a construção ou a revisão de estruturas burocráticas para a prestação de bens/serviços. A doutrina classifica essas demandas, como litígios de interesse público.⁵⁴

Por pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, os setores públicos estaduais e federais são os maiores litigantes e respondem por 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau e aos Juizados Especiais entre janeiro e outubro de 2011. Segundo a pesquisa, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) ostenta o primeiro lugar no ranking das organizações públicas e privadas com mais processos no Judiciário Trabalhista, Federal e dos Estados.⁵⁵ O INSS responde por ações por direitos sociais.

A judicialização desses direitos está contida na dinâmica de relação institucional entre o sistema judicial e os demais poderes. Compõe o fenômeno atual que se passou a chamar de “judicialização da política”, concernente a intercessão do sistema judicial em espaços reservados a representação política.

A atuação do Judiciário sobre a política e a sua projeção simbólica nesse campo, pela exportação de conceitos, metodologias e programas de pesquisa próprios do sistema judicial para os campos da política, são identificadas por Vallinder como expressão dos significados da judicialização da política. Para Vallinder, haveria duas dimensões na judicialização: a expansão do poder dos tribunais sobre temas reservados à representação política e também a expansão simbólica dos métodos judiciais de elaboração de decisões sobre o campo da política, com as casas parlamentares utilizando ao jargão e os métodos judiciais para deliberar sobre a política.⁵⁶

⁵³ FISS, Owen M. **The Civil Rights Injunction**. Indiana: Indiana University Press, 1978.

⁵⁴ CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law. Litigation. 89. **Harvard Law Review**. 1281, 1976.

⁵⁵ **100 Maiores Litigantes** – 2012. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. p. 15. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

⁵⁶ VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics-A world-wide phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, Vol. 15, No. 2, 1994. p. 91.

Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1601557?newaccount=true&read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 mar. 2018.

A constitucionalização de direitos, a estruturação de um sistema judicial com autonomia política e independência financeira do Poder Executivo e Legislativo, composto por juízes com autonomia funcional e com garantias de independência, habilitado para garantir a força normativa de direitos constitucionais esculpidos em linguagem vaga e indeterminada,⁵⁷ o acesso a esse sistema judicial franqueado ao cidadão e a diversas instituições, com autorização para syndicar a própria gestão governamental, estão propiciando a judicialização da vida política, “a confiança cada vez maior nos tribunais e nos meios judiciais para tratar das principais questões morais, questões de política pública e controvérsias política.”⁵⁸

Por mecanismos de acesso a tribunais e a unidades judiciais, em que se deduzem direitos justificados por argumentações, o sistema judicial passa a tratar demandas sociais e políticas, segundo a lógica de composição de controvérsias, e a interferir no processo político, muitas vezes elaborando e implementando políticas públicas, em quadro de absoluta escassez de estrutura de serviços, exigindo-se do sistema judicial a construção de espaços deliberativos para composição de novas estruturas e logística de serviços.

A efetividade das soluções judiciais engendradas no plano da institucionalidade acaba por aguçar as percepções dos atores sociais para esses novos espaços de deliberação política no sistema judicial, disseminando no imaginário social a possibilidade de transferência das demandas sociais para o sistema judicial, transformando o Judiciário em local privilegiado para apresentação de reivindicações de direitos sociais e políticos.

Nessa esteira, há a expansão da atuação do sistema judicial sobre domínios outrora reservados exclusivamente à representação política, para tratar demandas sociais concernentes a políticas públicas. Esse fenômeno de transferência, para as instâncias judiciais, do tratamento de demandas políticas, outrora de exclusividade da representação política, torna-

⁵⁷ Sobre a força normativa da constituição, realizada a partir da articulação entre normatividade e realidade na concretização de sentidos, cite-se importante passagem de Hesse: “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas — ordenação e realidade — forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. [...] A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.” Cf. HESSE, Conrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991, pp. 13/15.

⁵⁸ HIRSCHL, Ran. Artigo: A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22, 2012. p. 28.

se progressivo e vem ocorrendo em diversos países, transformando o sistema judicial em importante espaço de elaboração de decisões políticas.

Grandes temas/dilemas passam inclusive a depender cada vez mais dos tribunais e dos meios judiciais, que assumem o encaminhamento de questões morais fundamentais, de questões de políticas públicas, de questões ambientais, muitas vezes com ampla repercussão da mídia. Essa assunção pelos tribunais de temas ético políticos, agregando questões que estavam outrora sob a exclusiva apreciação da representação política e da autorregulação social, reforça no imaginário social a suposição de que o sistema judicial constitui o foro apropriado para a deliberação política.

Segundo Hirschl, haveria três modos inter-relacionados dessa expansão judicial na vida política. O primeiro pela disseminação de discursos, jargão, regras e procedimentos próprios do campo jurídico, para a esfera políticas. O segundo, pela judicialização da formulação de políticas públicas mediante revisões administrativas e judiciais. Por fim, a expansão judicial se afirma na judicialização da “política pura”, em que ocorre a transferência para os tribunais de questões de natureza e significado completamente públicos, como legitimidade do regime e questões de identidade coletiva.⁵⁹

Observa-se que o desenho institucional do Judiciário, com as portas abertas a reivindicações sociais, com os mecanismos de legitimação de demandas coletivas e de decisão *erga omnes*, vem propiciando um deslocamento de poder da representação política (Poderes Legislativo e Executivo) em direção aos tribunais. Por esse fenômeno político institucional, os tribunais passam a regular e a limitar o exercício da representação política, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas e executivas, tornam-se locais de composição de políticas substantivas e assumem a coordenação da construção de modelos de comportamento e estruturas de execução para a própria vida política,⁶⁰ com impacto significativo na elaboração das políticas públicas.

A cada dia, a expansão do Judiciário sobre a vida política ganha maior evidência e relevância política, com o sistema judicial sendo demandado para desenvolver soluções para

⁵⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251. p. 139-178, maio 2009. p. 141. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁶⁰ FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Journal of Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002. p. 41. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

problemas práticos, deixando anacrônica *a visão clássica dos tribunais como instâncias estritamente legais*.⁶¹

A judicialização da política institucionaliza-se mundo afora por novas constituições ou por reformas constitucionais que incorporam em seus textos catálogos de direitos, desenhando estruturas judiciais autônomas e independentes dos sistemas político partidários, com mecanismos de acesso e com poderes revisionais sobre a atuação política.⁶²

Boaventura aborda a judicialização da política como resultado dos processos hegemônicos de globalização desenhados pelos países hegemônicos. Nos anos 1980, segundo o autor, no processo de desmoronamento da utopia socialista que estruturara os países da cortina de ferro, os países centrais firmaram o Consenso de Washington⁶³ definindo os marcos programáticos para a futura economia, delineando o papel do Estado no desenvolvimento social e econômico. Três componentes estariam para o autor consagrados neste Consenso Neoliberal firmado na capital dos Estados Unidos: o consenso do Estado fraco; o consenso da democracia liberal; o consenso do primado do direito e do sistema judicial.⁶⁴

O consenso do Estado fraco constitui o vetor mais central e traduz a ideia de que haveria uma relação de oposição entre Estado e sociedade, cabendo à programação normativa sugerida pelo Consenso fortalecer a sociedade, tornando mínimo o Estado, uma vez que este seria visceralmente opressivo e limitativo da sociedade civil.⁶⁵

O consenso da democracia liberal imprime forma política ao Estado fraco, recorrendo-se à teoria política liberal, em defesa da sintonia entre liberdade política e liberdade econômica, entre eleições livres e mercados livres. Para essa visão, a consecução do bem

⁶¹ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados [online]. 2007, vol.50, n.2, pp.229-257. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018.

⁶²“Mesmo países como Inglaterra, Nova Zelândia, Canadá e Israel – descritos até recentemente como bastiões da soberania parlamentar de estilo Westminster – embarcaram em reforma geral constitucional, voltada para a inserção de princípios de supremacia constitucional em seus respectivos sistemas políticos.” Cf. HIRSCHL, Ran. **The political origins of the new constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4, 2004. p. 71. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

⁶³“Este consenso é conhecido por ‘consenso neoliberal’ ou ‘Consenso de Washington’ por ter sido em Washington, em meados da década de oitenta, que ele foi subscrito pelos Estados centrais do sistema mundial, abrangendo o futuro da economia mundial, as políticas de desenvolvimento e especificamente o papel do Estado na economia.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001. p. 33.

⁶⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001. p. 47.

⁶⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001. p. 48.

comum seria sempre decorrente de ações e iniciativas individuais utilitarista, em contexto concorrencial de trocas, com a mínima intercessão do Estado.⁶⁶

Para Boaventura, o consenso sobre o primado do direito e sobre o primado do sistema judicial concerne ao novo marco jurídico que deve ser adequado aos processos de liberação dos mercados e do sistema financeiro. Por esse marco legal, o Estado estabelece a institucionalidade que deverá imprimir segurança às interações cidadania, mercado e o próprio Estado.⁶⁷

Por este consenso, foi iniciada uma programação de estímulo a reformas no Estado e de seus respectivos sistemas judiciais. As agências multilaterais e fundações de ajuda internacional tracionaram (e globalizaram) mundo afora, em diversos países, essa programação político/institucional e econômica, e passaram a estimular reformas constitucionais do Estado, sugerindo desenho institucional que levava os tribunais para o centro das decisões dos países. A ideia de um capitalismo democrático ganhou referência para essas mudanças institucionais, consagradas em novas constituições, em catálogos de direitos sociais e econômicos, a serem efetivados por sistemas judiciais independentes dos sistemas político partidários. Pelo primado do direito, juntamente com o protagonismo do sistema judicial, estabelecem-se, para o autor, mecanismos estratégicos no novo modelo de desenvolvimento, de implementação de inovações.⁶⁸

O certo é que a possibilidade de revisão judicial da atuação política se disseminou em diversos países. Nas três últimas décadas, em torno de 150 países incorporaram em seus estatutos constitucionais mecanismos de controle de constitucionalidade da atuação política, e os remeteram a Cortes autônomas e independentes do sistema político partidário. Para ter-se uma ideia dessa expansão política do sistema judicial, seja de modo descentralizado nos moldes do sistema norte-americano, seja de modo centralizado em Cortes Constitucionais ao estilo europeu, em 1951 apenas 38% de todos os países possuíam mecanismos de revisão constitucional. Em 2011, 83% de todos os países do mundo têm constituições que preveem algum mecanismo de controle constitucional da atuação política.⁶⁹

⁶⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001, 49.

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001, pp. 49-50.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia. In: José Manuel Pureza, Antônio Casimiro Ferreira (orgs). **A teia global: movimentos sociais e instituições**, v. 4 de Sociedade Portuguesa Perante os Desafios da Globalização; dir.: Boaventura de Sousa Santos), Porto: Afrontamento, 2001. p. 126.

⁶⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. **Why do countries adopt constitutional review?** July 2012. p. 2. Disponível em: <https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/versteeg_why_do_countries_adopt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Apenas nas últimas décadas do século XX, houve três grandes ondas que estabeleceram regimes democráticos, sobretudo em países periféricos. Em países do Sul da Europa, nos anos 1970; na América latina, nos anos 1980; e na Europa Central e Oriental, no início dos anos 1990. Em todos esses países que tiveram abertura política e receberam novos estatutos constitucionais, houve no bojo do processo de constitucionalização de direitos o desenho de sistemas judiciais autônomos, com poderes para a revisão da atuação política e para efetivação dos discursos de direitos humanos positivados nessas constituições. A configuração autônoma do arranjo judicial com poderes para o escrutínio da atuação política dos demais poderes conferiu a esse arranjo institucional acentuada expansão do poder nessas novas democracias, mobilizado para efetivar o programa de direitos constitucionais que positivaram o discurso dos direitos humanos.⁷⁰

Esse fenômeno contemporâneo, denominado judicialização da política, decorre das diversas e profundas transformações sociais e políticas, herdadas do contexto do pós-guerra, que acabaram por repercutir na América Latina, por ocasião dos processos de democratização e de transição dos regimes militares, inclusive no Brasil, em final do século XX.

Nos escombros da segunda guerra, emergiu o discurso dos direitos humanos como mecanismo dogmático de proteção à dignidade humana, às liberdades e ao desenvolvimento humano, e como limite à atuação do poder soberano. Esse discurso dos direitos humanos acabou positivado nos textos constitucionais, como direito fundamental, para cuja efetivação foram estruturados arranjos judiciais autônomos em relação à política partidária.

O programa do *Welfare State*⁷¹ inserido nesse discurso constitucional, a pretexto de organizar o capitalismo sob o propósito ideológico de harmonizar as classes sociais, repercutiu no sentido do direito, impregnando o discurso jurídico com programas sociais e políticos destinados à implementação do desenvolvimento. O direito ganhou novos sentidos e foi deslocado para o centro das decisões sociais e políticas, como estratégia de implementação

⁷⁰ HIRSCHL, Ran. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, Iss. 1, Article 4, 2004. p. 73. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

⁷¹ “Diante da exigência de respostas específicas a problemas conjunturais e estruturais de caráter econômico, administrativo, comercial, financeiro e social inéditos, e por isso mesmo não previstos pelos ordenamentos jurídico-constitucionais de inspiração liberal-clássica, o Executivo foi sendo gradativamente obrigado a assumir parte das funções legislativas e adjudicantes até então detidas, respectivamente, pelo Parlamento e pelo Judiciário [...] É justamente neste momento que o Estado liberal se converte no Estado Providência, cuja função básica — na melhor tradição da social-democracia — é promover o crescimento e assegurar algum tipo de proteção jurídica e material aos cidadãos economicamente desfavorecidos.” Cf. FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica e reforma constitucional**, 1995. p. 2. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/Jos%C3%A9_Eduardo_Faria.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.

de desenvolvimento humano e social. Com isso, o direito incorporou uma dimensão substancial, destinada a mediar as relações sociais e políticas, a partir de horizontes prospectivos. Nas palavras de Werneck Vianna:

A legislação do “capitalismo organizado”, entre tantas outras características singulares, surge com a vocação, por força das contingências específicas que lhe vinham da dimensão econômica, de regular o futuro a partir do tempo presente, contrariamente ao cânon classicamente liberal, orientado, em nome do princípio da certeza jurídica, pelo tempo passado. Com essa marca de origem, a legislação do welfare assume uma natureza aberta, indeterminada e programática na medida em que se expõe à incorporação de aspectos materiais, em oposição à pureza formal do direito na ortodoxia liberal. Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes.⁷²

Como se observa, a tradução de questões sociais/políticas como questões jurídicas nos processos institucionais não é resultado exclusivo da experiência institucional brasileira. Constitui processo político institucional que se difunde no quadro da globalização, internalizando-se na vida política de quase todos os países que adotaram constituições, onde há estruturas predispostas não apenas a controlar e a limitar o exercício do poder⁷³, mas também dedicadas a tornar efetivo no plano prático o amplo catálogo de direitos fundamentais, na perspectiva de que o direito promove o desenvolvimento social.⁷⁴

A judicialização decorre de diversas causas. Não constitui um recurso institucional do sistema judicial, para se fortalecer no cenário político-social. O sistema partidário, o grau de fragmentação política de uma sociedade, os modos de personalização dos processos eleitorais podem fazer com que os próprios atores políticos, ao promoverem cálculos

⁷² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, Nov. 2007. p. 40. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁷³ GINSBURG, Thomas. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 7.

⁷⁴ Do ponto de vista empírico, uma boa parte do ressurgimento do interesse pelo direito nos países em desenvolvimento envolve um interesse no direito constitucional desses países. Mais de 56% dos 188 Estados-membros das Nações Unidas fizeram importantes emendas às suas constituições na década decorrida entre 1989 e 1999, e desses Estados, pelo menos 70% adotaram constituições inteiramente novas. Ao menos um quarto de todos os Estados membros da ONU introduziu leis de direitos e alguma forma de revisão constitucional em seus regimes constitucionais durante esse período. Em consequência, pelo menos 92 países, ou aproximadamente 50% dos Estados membros, incorporaram leis de direitos, direitos fundamentais ou alguma forma de direitos individuais e/ou coletivos aos seus regimes constitucionais. Antes de 1989, cerca de dez países tinham sistemas efetivos de revisão constitucional em que um tribunal constitucional ou os tribunais em geral declaravam que uma lei proposta ou promulgada era contrária à constituição do Estado. Dez anos depois, pelo menos 70 Estados – cerca de 38% de todos os Estados membros da ONU – haviam adotado alguma forma de revisão constitucional.³⁹ Do mesmo modo, muitos países ratificaram vários tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Cf. DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito Gv**, São Paulo, 5(1) | P. 217-268 | jan-jun 2009, p. 225. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a12v5n1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

de riscos, preferiram deixar ao encargo judicial a designação de sentidos sobre temas fundamentais que dividem a sociedade.⁷⁵

O desenvolvimento constitucional na América Latina nas últimas décadas, consolidado formalmente em novos marcos constitucionais que descerram horizontes normativos de ruptura com a tradição autoritária de exercício político, leva em conta preocupações democráticas em se prestigiar o valor central do autogoverno coletivo.⁷⁶ Para Gargarella, as novas constituições mantiveram as incorporações das dimensões sociais do início do século XX, como a positivação de direitos econômicos e sociais, e introduziram novas formas de controle do exercício de poder, incorporaram oportunidades de participação popular, reconhecendo formas mais diretas de participação democrática.⁷⁷

Há uma penetração progressiva do Estado no tecido social, para organizar e orientar a vida social, inclusive como mecanismo estratégico de desenvolvimento. A regulação se espalha nas mais diversas áreas como saúde, segurança, moradia, proteção ao consumidor. Em razão do discurso aberto e abrangente da linguagem que expressa esses direitos, que abre oportunidade para interpretações criativas, a expansão jurídica em confronto com a realidade termina por desenhar novos cenários regulatórios para temas emergentes, como biotecnologia, Internet, igualdade de oportunidades e não discriminação⁷⁸.

O Estado hoje assume papel para além de garantidor da ordem pública e social. Não se restringe a definir o marco da autonomia da vida civil e política. Com papel nitidamente promocional do desenvolvimento humano e social, o Estado, dentro da dinâmica capitalista do pós-guerra, com pretensões de equalizar as tensões entre capital e trabalho no universo ideológico da guerra fria, trouxe para si a responsabilidade pela gestão de políticas sociais compensatórias aos graves desequilíbrios gerados nos processos econômicos e também assumiu

⁷⁵ CARVALHO E, SANTOS M, GOMES-NETO J, BARBOSA L. Judicialización de la Política y Grupos de Presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. **América Latina Hoy** [Internet]. 30 Abr 2016. p. 61. Disponível em: <<http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/9426>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo. **Nueva Sociedad**, n. 257, julio-agosto de 2015. p. 96. Disponível em: <http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁷⁷ GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010). **Gaceta Constitucional**, n. 48, 2011. p. 294.

⁷⁸ WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity. **Monash University Law Review**, v. 38, n. 2, 2012. p. 212. Disponível em: <Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2215334>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

a responsabilidade pela implementação no plano prático dos direitos humanos⁷⁹, com pretensão de promover transformação e emancipação social.⁸⁰

Essa programação da vida social pelo direito⁸¹ incorpora nas estruturas normativas valores substantivos consagrados como direitos humanos, a serem garantidos por arranjos institucionais desenhados para lhes imprimir efetividade, promovendo um desenvolvimento de diversas dimensões, todas interdependentes.⁸²

Como estratégia de desenvolvimento, o direito passou a ter um discurso aberto, com capacidade para recepcionar as contribuições do tempo e as contingências de aplicação, de modo a agregar novas pautas sociais e políticas engendradas no processo histórico. Assim, o direito incorporou conteúdo ético, social, econômico, i.e., substância, com a finalidade de encaminhar o desenvolvimento humano e social. Nessa esteira, o direito cuidou de regular a vida social, com o propósito de alcançar objetivos e realizar valores sociais, regendo o comportamento dos agentes sociais e estruturando sistemas de serviços como estratégias de implementação desses fins sociais regulados e prometidos na lei.⁸³

O processo de expansão normativa das constituições contemporâneas, de substancialização do direito pela incorporação nos textos constitucionais de programas normativos de regência da vida social e política, imprime profunda transformação qualitativa na própria concepção de direito, nas atividades jurídicas, impregnados pelos sentidos políticos e sociais desses programas constitucionais, devendo repercutir também na forma de tratamento dos conflitos, no desenho institucional das instâncias de decisão, no acesso universal e

⁷⁹ KENNEDY, Duncan. **Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000**. p. 21.

Disponível

em:

<<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Three%20Globalizations%20of%20Law%20and%20Legal%20Thought.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁸⁰ “Os direitos humanos são um produto da época moderna. O idealismo, peculiaridade da filosofia moderna, e do qual não é certo que estejamos curados, erige no lugar de Deus este grande ídolo: o Progresso - que deve assegurar as fruições e a felicidade de todos, mito muito cultivado no tempo das Luzes; finalidade da política moderna. E, quanto aos meios, a fim de ordenar no modo mais "racional" o trabalho dos cientistas e dos técnicos, e de melhor explorar seus frutos, nosso mundo depositou sua esperança na grande máquina estatal desenhada por Hobbes - o Deus terrestre, Leviatã.” Cf. VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 2.

⁸¹ CALVO GARCÍA, Manuel. Transformaciones del derecho civil. In: **Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. Lacruz Berdejo**, vol. II, Barcelona: Bosch. 1993, p. 1023.

⁸² TRUBEK, David M. Law and Development: 40 Years after Scholars in Self Estrangement. University of Wisconsin-Madison. **Legal Studies Research Paper**, Series Paper n. 1255. 2014. p. 26. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2435190_code546503.pdf?abstractid=2435190&mirid=1> Acesso em: 13 mar. 2018.

⁸³ CALVO GARCÍA, Manuel. **Transformaciones jurídicas y teoría del derecho**. 2012. p. 36. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985277.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2018.

igualitário a essas instâncias, aos mecanismos de efetivação de direitos e a decisões individual e socialmente justas.⁸⁴

Os conflitos sobre a intervenção ou a omissão do Estado na vida social, em face dessa regulação, acabam batendo às portas do sistema judicial, desenhado para aferir a legitimidade constitucional da atuação das instâncias de poder. Por sua natureza, esses conflitos reclamam respostas judiciais bem diferenciadas das respostas exigidas pelos conflitos comuns.

Na expansão constitucional e dos poderes de revisão judicial, emerge uma sociedade cada dia mais regulada e, de outra parte, cada vez mais sensibilizada para, mobilizando esse repertório de direitos, instaurar demandas perante os tribunais e foros judiciais, reivindicando a definição e proteção de direitos, cobrando não apenas responsabilidades dos demais poderes, mas a própria efetivação de direitos. Nesse contexto, muitos conflitos chegam ao Judiciário veiculando não a pretensão de apuração de ilícitos, de responsabilidades de agentes e de fixação de reparações, mas reivindicando a construção de novos cenários, novos arranjos de serviços, pleiteando, pois, soluções práticas para a efetivação de direitos constitucionais.

Observe-se que a vocação promocional, acrescida ao discurso jurídico pelos direitos sociais, agrega novos sentidos nas próprias instituições incumbidas de tornar efetivo esse discurso jurídico emancipatório e transformador. Assim, o sistema judicial acrescenta ao poder de dizer o direito (adjudicação tradicional) novo sentido institucional, uma vez que vai cuidar de direitos promocionais, que interferem sobre o futuro da vida social. Esse acréscimo de sentido institucional ao sistema judicial, para promover a efetivação desses direitos, exige uma atualização nos seus códigos de operação, nos mecanismos e nas estratégias processuais com que intervém nos conflitos. Além de coordenar a produção de sentido jurídico (dizer o direito), o judiciário também tem a responsabilidade institucional de cooperar com a sua efetivação.

⁸⁴“O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante [...] Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 9-10.

Lembre-se de que os códigos operacionais desenhados para o tratamento da microconflituosidade, hoje considerados anacrônicos para dar conta das novas demandas e dos novos sentidos institucionais agregados ao sistema judicial, foram desenvolvidos para um Judiciário politicamente neutro, cujo papel se restringia a reproduzir, em sua atuação de controle de legalidade, os sentidos impregnados na ordem jurídica pelos dirigentes políticos, a quem era reservado o poder discricionário de inovar na produção de sentidos jurídicos.⁸⁵

Dentro dessa lógica, restava ao Judiciário, designado na engenharia institucional como protetor e guardião desses sentidos, apenas pesquisar esses sentidos da lei, produzidos pelo legislador, e fazer com que esses sentidos fossem aplicados aos fatos, apurando-se ilícitos e responsabilidades, dentro do programa de Montesquieu.⁸⁶

Essa atuação clássica do sistema judicial é muito distinta da atuação reclamada hoje ao sistema judicial, em que se busca a efetivação de direitos sociais, que exige, em face de omissões político-administrativas, a construção de soluções práticas por novos ambientes institucionais que propiciem o oferecimento de prestações materiais reclamadas na ação judicial.⁸⁷

Essas demandas constituem fato na institucionalidade brasileira. A cada dia, novas ações judiciais são instauradas, pleiteando a efetivação de direitos sociais, em contexto de escassez de recursos e de ineficiência estrutural e funcional da estrutura de serviços da Administração. A judicialização decorre também da mudança no programa político nacional,

⁸⁵ “Tradicionalmente estava em jogo a “aplicação” de leis. Estas deviam ter um conteúdo, determinado pela vontade do seu autor (legislante). E, portanto, o legislador (pela boca do juiz) que fala — decide, assume a responsabilidade, não o juiz. Quem fala não é um sujeito humano, mas um texto: o juiz como “bouche de la loi”. Como se sabe, o modelo remonta a Montesquieu. Esse paradigma familiar opera com pressupostos toscos: a possibilidade de uma única interpretação correta em cada caso, de um centro de sentido de conteúdo claro, de uma unidade do sentido objetivo dos textos jurídicos. Pressupor tais coisas parece ilusório diante do foro da filosofia da linguagem mais recente, entrementes explicitada há três décadas, e diante do foro da atual teoria linguística dos textos”. Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 127.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

⁸⁷ “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.” Cf. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **ADPF 347 MC / DF**. Requerente: Partido Socialismo e liberdade – PSOL. Interessada: Advocacia Geral da União. Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS+MEDIDAS+ESTRUTURAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaasohl9>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

que acaba levando o cidadão a buscar no Judiciário a proteção a direitos. O novo modelo de desenvolvimento patrocinado pelo discurso neoliberal precariza os direitos sociais e econômicos, promovendo o desmantelamento da estrutura do Estado Social, tornando o Judiciário um refúgio de proteção e de garantia a esses direitos.⁸⁸

Quando há a instauração de ações por efetivação de direitos sociais de caráter promocional, por serviços ou por bens materiais oferecidos pela estrutura de Estado, em que se exige a estruturação do arranjo de serviços, o sistema judicial vem respondendo a essas demandas sociais, mobilizando discursos e estratégias processuais bem diferenciadas da metodologia processual desenhada na ciência moderna para os litígios comuns (públicos ou privados) que sempre frequentaram os foros judiciais.⁸⁹ Nessas demandas, a partir desses mecanismos processuais diferenciados, o sistema judicial termina por interferir em campos reservados à representação política e ao autogoverno social.

Observe-se que nessas demandas por implementação de prestações materiais, o sistema judicial ao invés de instaurar processos com viés disciplinar, que se estruturam como sindicância para apuração de ilícitos e designação de responsabilidades, próprios da estrutura processual clássica, deve adotar novo modelo institucional. Com isso, passa a atuar de modo bem diferenciado do modelo judicial moderno, estabelecendo ambientes de cooperação e promovendo mudanças negociadas nas estruturas institucionais, para a produção de soluções práticas.

Essas estratégias processuais desenvolvidas pelo sistema judicial devem ser articuladas com todos os agentes interessados, de modo a criar as condições de possibilidade para mudanças e para inovações nas estruturas do Estado, a fim de que os direitos sociais sejam efetivados pela estrutura de Estado.

Por meio de estratégias processuais dialógicas, o sistema judicial pode arrefecer ânimos, instaurando ou restabelecendo o fluxo comunicacional entre as instituições, criando a possibilidade de interações colaborativas e cooperativas entre os atores envolvidos. Em ambiente de entendimento, as interações propiciam o desenho de soluções adequadas e eficientes aos problemas trazidos, muitas vezes superando insuficiências estruturais e orçamentárias, transpondo barreiras político partidárias, criando democraticamente as condições para efetivação dos direitos sociais reivindicados.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p.13.

⁸⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da acp do carvão. P. 2. Disponível em: < <http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2018.

1.2 Problemática: Quais as estratégias processuais mobilizadas pelo sistema judicial na efetivação de direitos sociais?

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário assumiu papel relevante na vida institucional brasileira. Mobilizado pelo discurso da cidadania e dos direitos fundamentais, o sistema judicial vem compondo decisões para os grandes temas/dilemas nacionais, como também vem participando nos complexos processos de elaboração e de efetivação de políticas públicas.

Essa missão institucional do sistema judicial de garantir a efetividade do repertório de direitos fundamentais, deve também, em razão do projeto emancipatório dos próprios direitos fundamentais, conciliar-se e enredar-se com os valores da democracia participativa. O discurso da democracia participativa, que consta do programa constitucional, densifica os processos de emancipação e de cidadania ativa e legitima os processos decisórios nas mais diversas instâncias, qualificando as decisões, evitando que o Judiciário assuma a posição autoritária de reservar para si o papel de última palavra sobre o sentido da Constituição.

Para tanto, o sistema judicial tem de propiciar a participação dos agentes que serão atingidos pela decisão, desenvolvendo mecanismos de legitimação das decisões. Nesse sentido, o sistema judicial assume o importante papel de cuidar da relação sempre tencionada entre constitucionalismo e democracia: a relação entre a efetivação do catálogo de direitos fundamentais e os mecanismos de participação e influência nos processos de efetivação desses direitos.

Há um quadro de judicialização⁹⁰ da política, em parte propiciada pela constitucionalização da vida política.

A regência da política pelo direito e a possibilidade de escrutínio dessa relação por tribunais independentes, com mecanismos de acesso à cidadania, favorecem a participação do judiciário no cenário político. Nesse processo de expansão constitucional e dos poderes de atuação judicial, emerge uma sociedade cada dia mais sensibilizada para perceber/mobilizar o

⁹⁰ “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico, embora mais comum em países como os Estados Unidos, constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romanogermânico.” Cf. BARROSO, Luiz Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2017. p. 8. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>>. Acesso em: 13 maio 2018.

repertório de direitos sociais e para instaurar demandas perante os tribunais e foros judiciais, reivindicando não apenas responsabilidades dos demais poderes, mas a própria efetivação de direitos, mediante a construção de soluções adequadas e legítimas.

Nas demandas por direitos sociais, reivindica-se ao Judiciário não a pretensão de apuração de ilícitos, de responsabilidades de agentes e de fixação de reparações, mas a construção de novos cenários institucionais, novos arranjos de serviços, pleiteando-se, pois, soluções práticas para a efetivação de direitos constitucionais.

Nessas demandas, o sistema judicial não se limita a pesquisar o passado, para verificar ilicitudes e restaurar a ordem vilipendiada. Esse poder não assume a mera condição de terceira-parte para arbitrar os interesses das partes em litígio, para definir os sentidos jurídicos sobre fatos trazidos e verificados no processo.

Nessas ações, o Judiciário passa a interceder e a reprogramar a própria atuação dos Poderes Executivo e/ou Legislativo. Assim, quando essas demandas são aviadas em meio a contextos de absoluta insuficiência da estrutura de serviços, há a necessidade de construção de novas estruturas de serviços, a necessidade de mudanças institucionais na rede de prestação de serviços, como, por exemplo, a construção de hospitais, fornecimento de medicamentos e de leitos hospitalares, a construção de escolas, de rede de saneamento, de moradias, que exigem a estruturação de novos arranjos institucionais.

Ainda quando encontre quadro de escassez de recursos e de necessidade de implementação de serviços públicos a serem oferecidos pelo Estado, o sistema judicial, em razão da finalidade promocional dos direitos sociais e da garantia do amplo acesso à justiça, deve encaminhar, em razão do princípio do *non liquet*, as soluções práticas demandadas na ação judicial.

E há casos em que a atuação judicial se mostra crucial para a efetivação desses direitos, muitas vezes porque o contexto exige o enriquecimento da deliberação pública, dadas a complexidade do ambiente de elaboração/efetivação de políticas públicas e a diversidade de atores. Nesses processos, mostra-se relevante a participação dos diversos agentes envolvidos com a problemática, como forma de se construírem medidas adequadas à efetivação dos direitos.⁹¹

⁹¹ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. p. 22. Dispon[ível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Registre-se que o processo de expansão normativa das constituições contemporâneas, de substancialização do direito pela incorporação nos textos constitucionais de programas normativos de regência da vida social e política, imprime profunda transformação qualitativa na própria concepção de direito, impregnado agora pelos sentidos políticos e sociais desses programas constitucionais. Esse acréscimo de sentido no direito repercute também na forma de tratamento dos conflitos, nas estratégias processuais mobilizadas para efetivação de direitos no sistema judicial.

Observe-se que a vocação promocional acrescida ao discurso jurídico pelos direitos sociais agrega novos sentidos nas próprias instituições incumbidas de tornar efetivo esse discurso jurídico emancipatório e transformador. Assim, o sistema judicial acrescenta ao poder de dizer o direito (adjudicação tradicional) novo sentido institucional, uma vez que vai cuidar de direitos promocionais, que interferem sobre o futuro da vida social, e sua atuação deve levar em conta os sentidos apresentados pelas partes interessadas, não lhe cabendo assumir a autoritária posição de monopolizador da produção de sentidos.

Esse acréscimo de sentido institucional ao sistema judicial, para a promoção desses direitos, exige atualização nos seus códigos de operação, nos mecanismos e estratégias processuais com que intervém nos conflitos, a fim de que suas decisões ganhem legitimidade, adequação e sustentabilidade no tempo.

No contexto dessa nova missão institucional do sistema judicial, de efetivar uma pauta programática destinada à promoção do desenvolvimento humano e social, exsurge a pergunta: Como o sistema judicial brasileiro, a partir da matriz dialógica que está desenhada na Constituição, deve tratar as demandas por direitos sociais no Brasil?

1.3 Delimitação temática, referencial teórico e hipótese de trabalho

A presente investigação analisa a matriz dialógica desenhada na Constituição para o sistema judicial, examinando as estratégias processuais que devem ser desenvolvidas por esse sistema no tratamento das demandas por efetivação de direitos sociais.

Nessas demandas, os processos judiciais, mais do que apuração de ilícitos e de responsabilidades, devem dedicar-se ao desenvolvimento de soluções práticas, que precisam ser construídas por meio de diálogos institucionais coordenados pelo sistema judicial, de modo colaborativo e cooperativo. Para tanto, esses processos devem trazer todos os atores envolvidos, a fim de que as respostas ganhem legitimidade e adequação prática.

A judicialização dos direitos sociais é um fato no Brasil, potencializado pelo discurso constitucional de 1988. A positivação do discurso de direitos humanos e a estruturação de um arranjo judicial aberto à cidadania para garantir a efetividade desse discurso permitem o escrutínio da atuação política e vêm propiciando o deslizamento progressivo das decisões da arena política (poderes Legislativo e Executivo) para os espaços judiciais, com o Judiciário participando dos processos de decisões dos poderes representantes da vontade popular.

Esse novo arranjo de sentido institucional projetado nas constituições desses países imprime novos sentidos jurídicos a toda institucionalidade recepcionada dos regimes derogados. A garantia de efetividade desses valores no plano prático está reservada a toda a institucionalidade, cabendo ao sistema judicial, uma vez mobilizado pela cidadania, cooperar com os arranjos institucionais na realização prática desse discurso libertário e emancipador da Constituição.

No constitucionalismo contemporâneo, permanece uma divisão entre dois mundos separados na modernidade, mas com fronteiras não tão precisas: o domínio da política e o domínio do direito. Essa distinção pode ser analisada a partir do exame das três dimensões presentes nos fenômenos sociais do direito e da política: a dimensão institucional, acerca dos atores que atuam nesses dois campos; a dimensão normativa, acerca dos valores que prescindem as decisões; a dimensão processual, em que se analisam os meios de produção das decisões.⁹²

No domínio da política, por exemplo, prevalece a vontade da soberania popular conduzida pelo princípio majoritário, onde as decisões, em princípio, são movidas pela lógica do jogo das posições no campo político. No domínio do direito, as decisões se legitimam a partir de outra lógica: a razão. São tomadas por profissionais especializados, incumbidos de implementar as decisões tomadas no domínio da política, pelos políticos. As decisões jurídicas ganham racionalidade, e, portanto, legitimidade, na medida em que se ancoram na referência a uma lei.⁹³

De um lado, no domínio da política, tem-se a soberania popular, manifestada pelo princípio majoritário, pretendendo imprimir sentido à vida institucional, interpretando inclusive o programa constitucional. De outro lado, no domínio do direito, tem-se a razão, esquadrihando o domínio da política, promovendo controle e revisões de seu exercício, limitando a manifestação da soberania popular. Essa tensão entre direito e política acaba

⁹² CERAR, Miro. The Relationship Between Law and Politics. **Annual Survey of International & Comparative Law**, v. 15, Iss. 1, Article 3. 2009. p. 21. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/3>>. Acesso em: 3 maio 2018.

⁹³ KRAMER, Larry D. **The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: New York University, Law School Faculty, 2003. p. 8.

desaguando nas estruturas judiciárias, incumbidas de promover o controle de constitucionalidade da atuação da representação política, permitindo com que o sistema judicial intervenha na arena política, ao definir e arbitrar sentidos constitucionais.⁹⁴

A intercessão judicial nas esferas políticas reproduz essa tensão na institucionalidade: de um lado, a constituição, promovida pela garantia judicial; de outro, a democracia, representada pelos demais poderes. Os compromissos democráticos se dirigem ao governo do povo; os compromissos constitucionais, com os direitos humanos, suscitam a ideia de parâmetros impostos a atuação da soberania popular por esse catálogo de direitos.⁹⁵

Cada um desses dois estandartes tensionados é levado por instituições: de um lado, o sistema judicial, como poder contra majoritário e com supremacia nas decisões, a garantir a força normativa do discurso constitucional; de outro, a representação política, nos poderes Legislativo e Executivo, fazendo prevalecer a vontade do povo, a manifestação da maioria.

Inúmeras abordagens teóricas são desenvolvidas tendo como centro de gravidade as questões atinentes à atuação do sistema judicial sobre os espaços reservados aos demais poderes. Teorias constitucionais, então, são estruturadas como sistema de pensamento, abordando esse movimento de regência da política pelo direito, realizado pela denominada jurisdição constitucional (sistema judicial) sobre espaços reservados em princípio à representação política (poderes Legislativo, Executivo).⁹⁶

Essas teorias constitucionais poderiam ser classificadas em três tendências. No primeiro grupo, estariam reunidas as teorias que negam legitimidade ao Judiciário para

⁹⁴HABERMAS, Jürgen. **Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana**. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas. Boletín Oficial del Estado. 1994. p. 215. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1496>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁹⁵ GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 3, 2015. p. 1991. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁹⁶ “Alexander Hamilton fue uno de los primeros pensadores que apoyaron este enfoque, en el cual la Constitución se considera como la “sede” principal y exclusiva de la voluntad popular. En el famoso documento núm. 78 de The Federalist Papers, Hamilton sostuvo que la voluntad genuina del pueblo residía en la Constitución, y no en las decisiones transitorias de la Legislatura. Por esa razón, él justificaba que los jueces, en ciertas circunstancias, ‘declarasen inválidos ciertos actos legislativos’. Desde su punto de vista, esta conclusión no implicaba suponer la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Por el contrario, agregaba, ello sólo asumía que el poder del pueblo era superior al de ambas ramas del gobierno y, ‘en caso de que la voluntad de la legislatura —tal como está declarada en las leyes— fuera opuesta a la del pueblo —tal como está declarada en la Constitución—, los jueces debían ser gobernados por la segunda, en lugar de por la primera’. De esta manera, Hamilton iniciaba una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia, y el poder judicial. Más tarde, el Juez Marshall transformó esta opinión en un dictamen judicial histórico.” Cf. GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. p. 10/11. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

interferir no sistema político.⁹⁷ Para essas teorias, como os juízes não são eleitos nem respondem por suas ações,⁹⁸ o controle a ser exercido em caráter contra majoritário pelo sistema judicial sobre a atuação política reservada aos poderes Legislativo e Executivo seria supostamente antidemocrático,⁹⁹ devendo o sistema judicial respeitar o princípio da separação dos poderes. Faltaria ao sistema judicial legitimidade para interceder em espaços exclusivos da política, sendo-lhe defeso fazê-lo. Assim, o controle de constitucionalidade da atuação política deveria ficar a cargo do poder executivo, do Legislativo ou do próprio povo.

No segundo grupo, estariam as teorias que reservam a um corpo de funcionários públicos (independentes do sistema político) a missão de guardar a supremacia da constituição frente a atuação da representação política.¹⁰⁰ Essas teorias reconhecem a necessidade de intervenção judicial na vida política para garantir a efetividade desse catálogo de direitos humanos positivados como direitos fundamentais, e, assim, dedicam-se, como forma de legitimação das decisões judiciais, a estabelecer critérios de interpretação da constituição que possam referenciar os juízes por ocasião de decisões em processos judiciais.¹⁰¹

No último grupo, encontram-se as teorias que se dedicam a desenhar processos deliberativos, diálogos institucionais, como estratégia de legitimação da atuação judicial, para serem observados pelo sistema judicial nas demandas por efetivação do discursos constitucional.¹⁰² Para esse terceiro arranjo teórico, constituição e democracia (direito e política) são valores que, embora tencionados, devem e podem complementar-se. Para essa posição os conflitos de constitucionalidade devem ser resolvidos mediante práticas dialógicas entre as instituições, proporcionando participação, interação construtiva no desenvolvimento de soluções entre as instituições, imprimindo mais estabilidade e sustentabilidade às decisões.

⁹⁷ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry D. **The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: New York University, Law School Faculty, 2003; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, n. 115, 2006.

⁹⁸ HOGG, Peter W. ; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, 35.1, 1997. p. 77. Disponível em:

<<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1612&context=ohlj>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁹⁹ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: The BOBBS-MERRILL Company. 1963. p. 16.

¹⁰⁰ “A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo.” Cf. HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 460.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4.

¹⁰² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 1, n. 71, 2006. p. 1010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

Na tensão entre o sistema de direitos consagradas na Constituição e a democracia, as teorias dialógicas reconhecem ao Judiciário o papel de proteção da ordem constitucional. Todavia, com o propósito de equacionar o valor democrático na atuação dos juízes, essas teorias sugerem a necessidade de promoção de diálogos institucionais pelo sistema judicial, especialmente quando este sistema se habilita para intervir na esfera política, na apreciação e na efetivação de direitos sociais,¹⁰³ onde resta evidenciada a dimensão política da atuação judicial.

As teorias dialógicas se mostram idôneas para analisar o relacionamento do sistema judicial com as instituições do sistema político, nas hipóteses de intercessão do sistema judicial nas esferas políticas. Por essas teorias, examina-se a natureza das interações entre o sistema judicial e as demais instâncias de poder, enfatizando-se que o Judiciário, a despeito de participar da guarda constitucional,¹⁰⁴ não reúne poder para solitariamente apresentar os sentidos constitucionais. Não sendo os seus membros eleitos pelo voto, o sistema necessita desenvolver estratégias de diálogo para promover interações criativas, trazendo para os espaços de deliberação as vozes dos diversos atores envolvidos.

Quando o sistema judicial é demandado para se pronunciar sobre o discurso constitucional, as teorias dialógicas enfatizam a conversação dialógica, interacional e interconectada, para a produção de sentidos nos processos constitucionais. As teorias dialógicas oferecem enorme potencial analítico para a compreensão do diálogo institucional, proposto para resolver a questão das lacunas de legitimidade do Judiciário nos processos de intercessão judicial na arena política, quando restam tensionados a constituição e a democracia. Por isso, ganham projeção.¹⁰⁵

As teorias dialógicas, em dimensão descritiva ou normativa, mostram-se capazes de compreender as objeções democráticas levantadas em relação a atuação judicial nos processos constitucionais e também se apresentam como referência normativa de atuação judicial nos processos constitucionais.

O sistema judicial no Brasil vem sendo demandado para efetivar direitos sociais em contextos de falhas nas burocracias de serviços. Essas demandas apresentam problemas

¹⁰³ RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016. p. 415. Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/372/360>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

¹⁰⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

¹⁰⁵ BATEUP, Christine. The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 1, n. 71, 2006. p. 1009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

práticos, que exigem soluções que dependem da concorrência de esforços multilaterais, muitas vezes de diversas instituições. As estratégias processuais utilizadas, ao promover interações e articulações institucionais vetorizadas para a construção dialógica de soluções, podem ser facilmente associadas a abordagem das teorias dialógicas. Nessas demandas, o sistema judicial desenvolve certo experimentalismo na construção coletiva e dialogada dessas decisões, concitando aos interessados a participação e a cooperação na construção dessas soluções. Assim, defendeu Vanice Regina Lírio do Valle:

Todas estas experiências revelam que assegurar direitos socioeconômicos como um objetivo de concretização de justiça exige uma estratégia dialógica no exercício da jurisdição constitucional, de maneira a assegurar implementação graduação, prevenindo a desigualdade. [...] A adoção de um modelo de constitucionalismo dialógico no Brasil pode ser uma solução adequada para permitir que o sistema alcance o desenvolvimento funcional dos objetivos constitucionais – mas ainda requer uma reflexão teórica mais profunda.¹⁰⁶

A presente investigação, ao debruçar-se sobre esse fenômeno da judicialização da política, examinando os mecanismos de legitimação da atuação judicial, adota, então, uma teoria dialógica que aborda os mecanismos procedimentais e linguísticos que devem ser mobilizados pelo sistema judicial, como recurso manejado para imprimir legitimidade democrática à atuação judicial. Suscitando e trazendo a cooperação das partes, esses mecanismos processuais promovem a interação criativa entre os agentes envolvidos no conflito, legitimando o processo de construção das soluções aos problemas trazidos nas demandas por efetivação de direitos sociais.

Para analisar as estratégias processuais mobilizadas pelo sistema judicial no tratamento de demandas por efetivação de direitos sociais, a presente investigação buscou fundamentos no constitucionalismo dialógico proposto por Roberto Gargarella, um autor muito atento aos processos institucionais, às dificuldades institucionais (na América Latina) de se imprimir efetividade aos programas políticos promocionais da dignidade humana e do bem-estar social positivados nas constituições contemporâneas.

O constitucionalista argentino reconhece a importância institucional do sistema judicial para o funcionamento e a consolidação dos regimes democráticos, como também reconhece que a atuação judicial contribui para a governabilidade ao criar ambiente propício para o desenvolvimento.¹⁰⁷

¹⁰⁶ VALLE, Vanice. Dialogical Constitutionalism Manifestations in the Brazilian Judicial Review. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 1. p. 59-90, 2014. p. 2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2644394>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

¹⁰⁷ GARGARELLA, Roberto; GLOPPEN, Siri; SKAAR, Elin. Introduction: The Accountability Function of the Courts in New Democracies. In: **Democratization and the judiciary**: the accountability function of courts in new

A abordagem teórica de Gargarella mostra-se, pois, adequada ao exame dos recursos processuais mobilizados pelo sistema judicial na efetivação das políticas públicas. Conhecedor da história constitucional da América latina, propõe o constitucionalismo dialógico sob o pano de fundo do Constitucionalismo Latino Americano, examinando a dinâmica institucional no panorama histórico como “esforço realizado para assegurar a proteção ao multiculturalismo e aos direitos humanos no final do século XIX e início do século XXI.”¹⁰⁸

Ao propor o constitucionalismo dialógico, como mediação para a tensão entre constituição e democracia, Gargarella valoriza a discussão, os diálogos institucionais, como também não perde a perspectiva de inclusão no debate de todos os agentes interessados.¹⁰⁹

O constitucionalismo dialógico engendra ferramentas analíticas capazes de abordar a prática constitucional na América Latina. Examina o contexto problemático de realização dos direitos sociais introduzidos pelos movimentos de direitos humanos do século XX, matizado por quadro social com baixos índices de desenvolvimento humano e social.

Desse exame da problemática de efetivação dos direitos sociais na América Latina, o constitucionalismo dialógico, forte em referências democráticas trazidas nas sucessivas reformas constitucionais, aponta a necessidade de reprogramação e de reorganização das estruturas de poder. Essa abordagem teórica permite compreender as dificuldades de realização na América latina de generosos programas constitucionais em favor da cidadania, por uma organização de Estado marcada pela concentração de poder em seu vértice¹¹⁰.

Diante do amplo catálogo de direitos consagrados na Constituição de 1988, que contrasta com uma realidade matizada por desigualdades sociais e refratária à implementação desse discurso constitucional no plano prático social, o constitucionalismo dialógico de Gargarella mostra-se adequado para compreender-se a eficácia das estratégias processuais dialógicas, nas demandas judiciais por efetivação de direitos sociais, que podem ser úteis para a construção de soluções a questões sociais trazidas ao sistema judicial.

Gargarella propõe uma visão bastante particular da democracia dialógica, pertencente a uma família teórica muito ampla, concernente às teorias da democracia

democracies/edited by Siri Gloppen, Roberto Gargarella, and Elin Skaar. Great Britain: Taylor & Francis e-Library, 2005. p. 1.

¹⁰⁸ GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; DUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. **Universitas Jus**, v. 27, 2016, p. 3.

¹⁰⁹ GARGARELLA, Roberto. Justiça dialógica e constitucionalismo latino-americano entrevista com o prof. roberto gargarella. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, 2015, pp. 199-206. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/124/43>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

¹¹⁰ GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo. **Nueva Sociedad**, n. 257, julio-agosto de 2015. p. 106. Disponível em: <http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

deliberativa. Em sua concepção de democracia dialógica, há duas colunas centrais, dois pilares, como o autor mesmo retrata: o primeiro concerne à ideia de diálogo, deliberação; o outro pertence à necessidade de inclusão no debate de todos os afetados pela decisão. Esses dois pilares reforçam a legitimidade da atuação contra majoritária do sistema judicial, ao tomar em consideração manifestações dos órgãos de representação política e dos interessados na decisão.¹¹¹

Com uma visão epistêmica da democracia, Gargarella pretende compreender os entraves ao diálogo. Muitas vezes, no Judiciário, há espaços para a participação, mas algumas vozes acabam não consideradas, e esses espaços acabam não cumprindo a finalidade, e o sistema judicial, por exemplo, em razão de uma realidade social heterogênea, marcada por clivagens, termina por favorecer determinados grupos mais expressivos e representativos. Nessa esteira, o autor faz uma crítica às estruturas, por sua inabilidade para construção de soluções, reivindicando que essas estruturas abram suas portas aos excluídos, para que participem e influenciem as decisões.¹¹²

Gargarella está interessado na participação da cidadania na formação das decisões. Por isso, interessa-se por audiências públicas, fóruns de discussões, rodas de negociações e debates abertos e inclusivos, para desenho de encaminhamentos políticos, inclusive para corrigir questões técnicas, por especialistas.

As novas estratégias lançadas pelo sistema judicial para efetivar políticas públicas, em ambiente de falha estrutural da burocracia de serviços, incorporavam sentidos institucionais agregados ao sistema judicial pela Constituição de 1988.

Observando-se que esses mecanismos processuais são desenvolvidos em razão das finalidades institucionais do sistema judicial, que está aberto a demandas por efetivação do discurso constitucional em razão da garantia do amplo acesso à justiça, e assim precisa desenvolver atuação mais adequada a essa efetivação, buscou-se uma teoria constitucional

¹¹¹ “El tipo de soluciones que el nuevo constitucionalismo ideó, frente a tales problemas, tenían que ver con la adopción de mecanismos dialógicos de diferente tipo; la promoción de un papel más protagónico para los órganos políticos; y, en el mejor de los casos, mayores espacios para la consulta a los propios afectados.” Cf. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013. p. 23. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹¹² GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013. p. 25. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017

capaz de abordar esse cenário institucional no Brasil, considerando-se a gramática constitucional marcada pelo discurso emancipatório dos direitos humanos e pelo discurso da democracia.

Nas práticas processuais dialógicas, o sistema judicial se distancia da posição impositiva e neutra, abandonando o papel de corregedor e controlador dos demais poderes. Ao invés de solitariamente construir decisões, o sistema judicial opta por sensibilizar as partes para a necessidade de interações colaborativas e participativas, promovendo a abertura de diálogo com os demais poderes, bem como a construção de espaços de deliberação, dedicados a produção de inovações institucionais por meio da colaboração e do intercâmbio de experiências e recursos entre as instituições de poder.

A efetivação das decisões construídas no diálogo exige planejamento de ações e a conjugação de esforços multilaterais. Nesses processos por efetivação de direitos sociais, não há uma demarcação tão nítida promovida pela separação dos poderes. Todas as instituições, inclusive o Judiciário, passam a desenvolver interações no sentido de efetivar os direitos sociais, construindo de modo cooperativo as soluções práticas. A intervenção judicial deve trazer respostas do sistema democrático em seu conjunto. Por isso, as estratégias dialógicas referenciam uma atuação judicial que leve em consideração a participação e a cooperação das instituições nos processos de atribuição de sentido às leis, de construção de soluções práticas, pois assim há a possibilidade de redução de eventuais resistências.

Nos processos judiciais de efetivação dos direitos sociais, afigura-se incabível a lógica do *check and balance* do *judicial review* norte-americano, desenvolvida para o controle das facções políticas. Nas palavras de Gargarella:

Por ello mismo, considero que una defensa apropiada del constitucionalismo dialógico debe llevarnos a promover una organización institucional diferente, capaz de dejar atrás la tradicional estructura de los *checks and balances*. Dicha estructura, según diré, se propuso —en buena medida con éxito— contener y canalizar la “guerra social”. No debe resultar extraño, entonces, que un marco semejante —pensado para una lógica agonial, o de enfrentamientos— no resulte particularmente apropiado para el desarrollo de un constitucionalismo dialógico, que requiere de una estructura institucional al servicio del intercambio de razones. Éste es, al menos, el punto principal sobre el cual enfocaré mi trabajo.¹¹³

Acrescenta e suas conclusões sobre o sistema de freios e contrapesos americanos a falta de vocação de sistema de controle judicial de constitucionalidade, para referenciar a

¹¹³GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013). p. 3. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017.

atuação do sistema judicial nas demandas por direitos sociais. Nessas demandas, o sistema judicial, a pretexto de efetivar direitos constitucionais, interfere na vida administrativo-política, levantando questões quando a sua legitimidade democrática:

El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo 18, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la versión más “pura” de los Estados Unidos, ya sea en la versión “desbalanceada” de América Latina) apareció desde entonces como un sistema poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que la alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutuas, buscaba impedir la destrucción de unos a otros.¹¹⁴

Para as demandas por direitos sociais, o Judiciário pode lançar mão de estratégias processuais dialógicas, especialmente naqueles contextos de grave violação de direitos, e a teoria de dialógica se mostra apta a abordar o tema, para justificar as articulações judiciais, convocando segmentos da sociedade civil, autoridades, diversos agentes, que sequer são partes no processo. Nestas demandas, segundo Gargarella, os juízes têm adotado as seguintes decisões:

i) han dejado de lado una tradicional actitud de auto-restricción y deferencia al legislativo; ii) se han comprometido frente a violaciones masivas y graves de derechos, que antes dejaban virtualmente desatendidas; iii) han tendido a destrabar, impulsar y poner en foco público discusiones difíciles y de primera importancia, acerca de cómo resolver esas violaciones de derechos; iv) y han hecho todo esto sin interferir en el ámbito de decisión democrática propio del poder político, y por tanto sin arrogarse una legitimidad o poderes de los que carecen.¹¹⁵

A abordagem dialógica permite compreender a questão referente à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade da atuação política, levantada em razão de os juízes não serem eleitos pelo voto e, assim, não expressarem a voz do povo, mas a voz da lei. Por isso, essa abordagem situa a efetivação dos direitos sociais no contexto da dinâmica de realização do discurso constitucional no plano prático, como compromisso constitucional de todas as instituições de poder.

¹¹⁴GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013). p. 15. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹¹⁵GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013), pp. 2-3. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017.

Como os direitos sociais são promocionais e quase sempre importam recursos orçamentários, reprogramação de serviços, estruturação de burocracias para oferecimento de bens ou de serviços, a sua implementação depende do concurso de diversas instituições. Por essa razão, o sistema judicial deve tomar em consideração a pluralidade de vozes, abrindo espaço para a construção coletiva de decisões judiciais.

A efetivação desses direitos concerne também aos processos de atribuição de sentidos da Constituição. As estratégias processuais que estruturam os espaços deliberativos judiciais devem estabelecer cenários de diálogos institucionais, para que os sentidos trazidos pelas diversas vozes para o caso concreto conformem as soluções, tornando-as mais adequadas e eficientes para a efetivação dos direitos reivindicados na demanda judicial.

Nessa esteira, o constitucionalismo de Gargarella apresenta-se adequado para a compreensão do sentido institucional do sistema judicial, de modo a se observar o perfil dialógico desenhado na Constituição para o sistema judicial.

Nas demandas por direitos sociais, o sistema judicial, mediante estratégias processuais dialógicas, pode preservar a tensão entre constituição e democracia, afirmando o discurso dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, preservando as referências da democracia, ao agregar na construção das decisões judiciais, por meio de processos deliberativos e dialógicos, as contribuições de todos os atores envolvidos.

A teoria dialógica de Gargarella permite abordar os temas referentes ao fenômeno político no mundo contemporâneo: a justificação e a regulação jurídica democrática do poder político por constituições escritas.¹¹⁶ Após a Segunda Guerra, com a proclamação de sucessivos tratados e declarações de direitos humanos, vem sendo adotado nos países um sistema de governo batizado por democracia constitucional, que se dispõe a combinar constitucionalismo e democracia.¹¹⁷ Nesse contexto, as constituições deixaram de ser apenas planos políticos, e assumiram a posição de fonte de sentido da vida institucional, como documento jurídico dotado de força normativa.

¹¹⁶«La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. [...] Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas —«la constitución»— destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder.» Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitucion**. Madrid: Ariel, 1979. p. 149.

¹¹⁷NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Buenos Aires: Gedisa, 1997. p.14.

A experiência das tragédias sociais e humanas ocorridas no século XX, tracionadas pela dinâmica de expansão capitalista, recomendou o desenho de um repertório de direitos, denominados direitos humanos, que protegessem as liberdades de ataques políticos, econômicos, morais, culturais, e que promovessem a dignidade humana, a cidadania. Esse repertório de direitos teria por fim proteger e defender as liberdades do árbitro do poder político, como também imprimir sentido ao exercício do poder, ao remeter às instituições de poder compromissos com uma agenda promocional da emancipação humana e social, como condição necessária à legítima participação democrática nos processos decisórios.

Nas constituições contemporâneas, que consolidam esse programa político emancipatório, não há apenas mecanismos de preservação formal da autonomia do cidadão perante as instâncias de poder; há também um conjunto de disposições promocionais que visam assegurar ao cidadão as condições básicas para o exercício da liberdade e para a garantia da dignidade humana.

O testemunho de derrocadas de grandes impérios (inglês e francês), de duas guerras mundiais, da elevação e queda de regimes fascistas, nazistas e comunistas, de crises financeiras, desigualdades sociais,¹¹⁸ sugeriu o catálogo de direitos, para proteger o ser humano, o cidadão, das distorções estruturais e sistêmicas. Esse catálogo de direitos, além de universalizado em declarações e tratados internacionais assinados pelos Estados, acabou sendo incorporado em constituições internas, no pós-guerra. As constituições deixaram de ser apenas formas, desenhos orgânicos de poder e de procedimentos, para incorporar em seus textos substância/matéria/conteúdo, *i.e.*, o dever ético com a garantia e a proteção da dignidade humana e das liberdades.

Houve a difusão mundo afora de um novo marco constitucional, tornando supremacia jurídica o discurso universal dos direitos humanos, na forma de direitos fundamentais, com a estruturação de sistema de instituições interdependentes, incumbidas de garantir a efetividade desse discurso jurídico no plano prático político, fazendo com que o direito passasse a regular e a orientar a vida política e social. Nesse sentido, direito e política se reaproximaram, constituição (direitos fundamentais) e democracia, mesmo de forma tencionada, passaram a ser horizonte de sentido da vida política e social,¹¹⁹ exigindo estratégia

¹¹⁸ SEN, Amartya. Democracy as a Universal Value. **Journal of Democracy** 10.3 (1999) 3-17. Disponível em: <https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>.

Acesso em: 20 mar. 2018.

¹¹⁹ “A democracia é o elemento mais importante no lado procedimental da institucionalização da razão. A democracia pode ser concebida, ao mesmo tempo, como um procedimento de decisão e como um procedimento de argumentação. A decisão, na linha do princípio da maioria, é o lado real da democracia. A argumentação, como discurso público, é o lado ideal. [...] Direitos fundamentais são direitos que foram gravados em uma constituição

de diálogos entre as instituições, matizadas agora por compromissos constitucionais com a efetivação do discurso constitucional.

Nesse quadro, as constituições assumiram duas características: tornaram-se materiais e passaram a ser garantidoras de direitos. Passaram a ser materiais porque as constituições, ao abrigar o discurso dos direitos humanos, ganharam denso conteúdo substantivo (formado por regras e princípios), estruturando as instâncias de poder, com as respectivas atribuições, e determinando o conteúdo da prática institucional, expandindo-se, inclusive, por todo sistema jurídico. Passaram a ser garantidoras, incorporando essa segunda característica, porque estruturaram instâncias independentes do sistema político para imprimir efetividade ao seu discurso.¹²⁰

Como mencionado anteriormente, o constitucionalismo dialógico de Gargarella permite a abordagem desse contexto institucional, possibilitando respostas aos problemas emergentes nessa dinâmica de materialização do discurso constitucional, em que se busca o equilíbrio entre prescrições materiais da constituição com o discurso da democracia. Lembre-se que o controle judicial da atuação pública levanta problema em relação à legitimidade do Judiciário, pois este constitui um poder sem voto, e ao mesmo tempo está incumbido de velar pela efetivação da Constituição no plano prático institucional.

O sistema judicial tem compromisso institucional, pois, com a efetivação da constituição. Isso imprime sentido institucional ao sistema judicial, retirando-lhe a neutralidade de outrora. O constitucionalismo dialógico fornece as estratégias de análise para a compreensão desses novos sentidos e na necessidade de revisão dos códigos operacionais do sistema judicial.

Agora, as constituições contemporâneas, para além de anunciarem garantias de contenção e limitação de poderes, protegendo a liberdade das interferências autoritárias de Estado, também proclamam metas e finalidades substantivas, a serem cumpridas pela institucionalidade, em garantia da dignidade humana. Assim, o sistema judicial, quando convocado, pode responder às demandas, criando soluções práticas. Nessas constituições, há referências expressas a direitos culturais, econômicos e direitos sociais, tais como educação,

com a intenção de transformar direitos humanos em direito positivo – em outras palavras, com a intenção de positivizar os direitos humanos.” Cf. ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p.366.

¹²⁰ SANCHIS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional** Año 24. Núm. 71. Mayo-Agosto 2004. p. 47. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48325/29792>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados,¹²¹ a serem garantidos e prestados pela institucionalidade.

Os tribunais mundo afora assumiram a condição de guardiães desse catálogo de liberdades e da programação política fundada em justiça substantiva, com vetores de sentidos promocionais do bem-estar individual e coletivo dos membros da comunidade. Nos países europeus, de tradição de Judiciário mais burocrático, a defesa da gramática constitucional seguiu o modelo de jurisdição constitucional proposto por Kelsen e ficou a cargo de uma Corte Constitucional, que atua como legislador negativo, anulando e revendo a atuação da representação política, em controle concentrado de constitucionalidade.¹²² Nesses países, o Poder Judiciário permaneceu com a função de mero aplicador da lei, embora tenha agregado o discurso constitucional, pela via da interpretação conforme a constituição.

Nos países da América Latina, onde se encontra o Brasil, houve, em final da década de 1980 e início da década de 1990, a transição política de regimes autoritários para regimes democráticos, com as constitucionalizações positivando o programa universal de direitos humanos, e expandindo o direito constitucional para alcançar o sistema político. Essa expansão jurídica, pela força normativa assumida nas constituições, veio em par com a expansão do sistema judicial, que passou a interferir em esferas reservadas para representação política.

Como as primeiras constituições republicanas dos países latino-americanos se inspiraram na experiência política norte-americana, por ocasião dos movimentos de independência, o sistema judicial desses países acabou absorvendo o *judicial review*, o controle de constitucionalidade difuso. Ao contrário da tradição europeia, que instalou cortes constitucionais, na América Latina a defesa da constituição restou distribuída nos diversos órgãos do Poder Judiciário, inspirando a metodologia de atuação judicial na esfera política.

Com o discurso emancipatório do direito constitucional do pós-guerra, o sistema judicial vem sendo mobilizado para, além do controle de constitucionalidade da produção normativa da representação política, apreciar também contextos de graves violações a direitos fundamentais, em que se vê caracterizada a omissão da representação política ou a sua inaptidão para estruturação para oferecimentos de serviços público e sociais. Isso de alguma forma expõe a falta de diálogos institucionais entre as estruturas de poder, deixando lacunas na cidadania.

¹²¹ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. **CEPAL - Serie Políticas sociales**, n. 153. Santiago: Naciones Unidas, 2009. p.31. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 dez. 2017.

¹²²KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 153.

A intercessão do sistema judicial na vida político-administrativa, mobilizado pela cidadania para enfrentar esses contextos de falha nas estruturas burocráticas de serviços que acarretam violações à dignidade humana, levanta diversos questionamentos em relação à independência, à capacidade e à legitimidade do Poder Judiciário para o processamento dessas demandas.¹²³

O constitucionalismo dialógico constitui uma ferramenta teórica adequada para perceber essa realidade institucional e a ausência de estratégias e de inteligências institucionais para fazer face ao programa constitucional, que exige do sistema judicial, como também das demais instituições, abertura para novas formas de relação, mais dialógica, entre as instituições¹²⁴, menos impositiva e menos autoritária, para a promoção da dignidade e do bem-estar de todos os cidadãos.

As relações apresentadas nessas demandas por efetivação de direitos sociais são quase sempre complexas e multilaterais, envolvendo diversos agentes e intervenientes, que se afinam na solidariedade de cumprir a prestação social, em acatamento ao programa promocional da constituição.

A abordagem dialógica permite compreender os compromissos institucionais do sistema judicial, inclusive quanto à efetivação do discurso constitucional. Conforme propõe Gargarella, em razão desse compromisso institucional do sistema judicial com a efetivação do discurso constitucional, não parece ser adequada - para tratar as demandas por efetivação dos direitos sociais - a estratégia utilizada pelo tradicional sistema de freios e contrapesos, importada da cultura institucional norte-americana, em que o Judiciário assume uma posição de supremacia institucional e passa a controlar e a reger as demais instituições, assumindo o monopólio da verdade constitucional, a última palavra sobre o sentido da constituição.¹²⁵

Na esteira dialógica, nas demandas por efetivação de direitos sociais, o sistema judicial não se apresenta nos litígios como uma terceira parte heterônima, incumbida de arbitrar os sentidos para a resolução do conflito. Pelo constitucionalismo dialógico, o sistema judicial

¹²³SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. In: **Oficina do CES**, n. 65, 1995. p. 3. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

¹²⁴GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14, Diciembre de 2013. p. 2. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017.

¹²⁵GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. **CEPAL - Serie Políticas sociales**, n. 153. Santiago: Naciones Unidas, 2009. p.31. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 dez. 2017.

se encontra dentro do universo de instituições adremente desenhadas pelo marco constitucional para conferir vida no campo prático ao discurso constitucional, que tem um sentido promocional. Portanto, o sistema judicial tem compromissos com a efetivação de direitos sociais, e sua atuação não pode seguir o modelo clássico e convencional, de árbitro neutro ao conflito.

Nas demandas por direitos sociais, não se cuida de conflito bilateral de interesses entre autor (credor) e réu (devedor). Nos conflitos por efetivação de direitos sociais, não há propriamente antagonismo e resistência entre as partes trazidas à demanda. Não há propriamente uma pretensão resistida por um réu em face do interesse do autor. Nessas demandas, quase sempre as partes convergem acerca da legitimidade dos direitos sociais e da política pública para efetivar. E se essas partes não efetivam os direitos sociais (demandados) no plano prático, sem a intervenção judicial, é porque não reúnem forças e capacidades institucionais (recursos estruturais, orçamentários, logística multilateral etc.), para isoladamente dar vida prática à política pública demandada. Assim, o sistema judicial, ao invés de assumir uma posição hierárquica de controlador de legalidade, desenhado por um constitucionalismo elitista, criticado pelo constitucionalismo dialógico, deve antes perceber de que modo pode cooperar para a construção de soluções a problemas práticos apresentados na demanda judicial, e como essas soluções dependem da convergência de ações de diversas instituições, o sistema judicial tem de criar espaços de articulação entre essas instituições, para a construção dialogada dessas soluções, como proposto pelo constitucionalismo dialógico.

O modo como os litígios comuns são processados, ao contrário dos litígios por efetivação de direitos sociais, segue o desenho da racionalidade moderna, em perspectiva do controle. A racionalidade moderna se dispõe a intervir na realidade para controlá-la. Assim também foi pensado o direito no mundo moderno, em uma perspectiva de controle, como instrumento da ordem e da segurança social. Todo o sistema de burocracia, dentro dessa lógica do controle, desenvolve papel de controle social, de modo centralizado, como fazem as fábricas nos processos de produção.¹²⁶

Todavia, essa não deve ser a lógica de atuação das instituições, quando pesquisam por maltratos a direitos sociais e buscam a sua efetivação. Segundo aborda o constitucionalismo dialógico, os direitos sociais têm uma finalidade promocional, de imprimir desenvolvimento humano e social, condições de exercício da autonomia individual. Os direitos

¹²⁶WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982, pp. 229-231.

sociais constituem recursos que são mobilizados estrategicamente para promoção de desenvolvimento. Não se reduzem a imprimir estaticamente a ordem, a segurança.

Fica evidente, pois, que as instituições desenhadas por esse mesmo constitucionalismo contemporâneo para efetivar esse programa promocional do desenvolvimento ganharam novos sentidos institucionais, que reclamam novos modos de operação, novas estratégias processuais.

Essas transformações institucionais não ocorrem com rupturas enunciadas, mas com uma reprogramação sub-reptícia, que vão sendo agregadas na institucionalidade. Os processos de reestruturação institucional, no bojo da passagem de uma sociedade industrial para a sociedade do risco não acontecem em razão de processos revolucionários programados e desejados, mas por exigências da própria dinâmica social, que tornam obsoletas as instituições no contexto de transição, produzindo efeitos e consequências nos arranjos institucionais.¹²⁷

Os ajustes, então, são produzidos por deslocamentos de sentido das estruturas sociais e políticas. E, nesse deslocamento, há uma reprogramação do papel do Estado, da política, do exercício dos poderes. O Estado, dentro dessa nova paisagem social, precisa responder a riscos, por meio de políticas públicas, cuja efetivação reclama resiliência institucional e plasticidade em suas decisões.¹²⁸

Conforme o constitucionalismo dialógico, que reclama a participação e o diálogo entre as instituições para a efetivação do discurso constitucional, a intercessão do sistema judicial em sistemas políticos e sociais de promoção do desenvolvimento humano e social exige estratégias processuais que instauram o espaço público deliberativo, promovendo a interação entre as instituições. Essas estratégias em nada lembram as metodologias estabelecidas pelo cientificismo moderno que estruturou a programação judicial na modernidade, e que se encontra anacrônica para o tratamento judicial das demandas por efetivação de direitos sociais.

Observando-se esse contexto de incorporação de sentidos no direito e nas novas práticas instituições incumbidas de efetivar o discurso emancipatório do constitucionalismo

¹²⁷ BECK, Ulrich. A Reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Scott Lash. **Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995. p. 12.

¹²⁸ “A falta de una expresión mejor, he defendido en otro lugar la exigencia de una dogmática jurídica ‘líquida’ ou ‘fluida’ que pueda contener los elementos de derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. [...] El único contenido “sólido” que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El único valor – simple – es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser – integrado- en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional - combatiente - es el de la necesaria coexistencia de los contenidos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 11. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 17.

contemporâneo, afigura-se apropriada a matriz dialógica, como teoria e prática capazes de dotar de sentido a atuação de controle judicial da atuação política.

Nesse sentido, apresenta-se, na presente pesquisa, a seguinte hipótese de trabalho: a matriz de Judiciário brasileiro, desenhada na Constituição Federal de 1988, trata as demandas por direitos sociais de modo dialógico. Essa hipótese é levantada observando-se as estratégias processuais dialógicas que vêm sendo mobilizadas pelo sistema judicial na efetivação de direitos sociais. Essas estratégias permitem a construção de soluções práticas, legítimas e adequadas aos problemas políticos judicializados.

Em consulta ao banco de dados da Capes, observou-se que apenas uma dissertação faz referência específica em seu título ao “constitucionalismo dialógico”.¹²⁹ Quando se consulta pela expressão “litígios de interesse público”, também apenas uma dissertação é apresentada.¹³⁰ Quando se busca no referido banco de dados pela expressão “medidas estruturantes”, aparecem apenas quatro trabalhos acadêmicos.¹³¹ A escassez de dissertações e teses sobre os três temas, o primeiro na perspectiva da teoria constitucional (constitucionalismo dialógico), os dois últimos na perspectiva do Direito Processual Civil (litígios de interesse público e medidas estruturantes), sugere a importância de melhor entendimento sobre o processo de desenvolvimento de estratégias processuais dialógicas no tratamento de demandas por efetivação de direitos sociais.¹³²

¹²⁹ JABER, Renata de Marins. **Mandado de injunção como instrumento de um constitucionalismo dialógico**. 18/12/2015 131 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca Setorial Menezes Côrte. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

¹³⁰ CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de. **Litigância de interesse público: adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas**. 17/06/2016 undefined f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, Natal Biblioteca Depositária: undefined. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

¹³¹ VERDI, Pedro Garcia. A aplicação de decisões estruturantes nas ações relativas a interesses transindividuais 29/03/2016 135 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre Biblioteca Depositária: Biblioteca Central Irmão José Othão Detalhes; GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial** 11/02/2016 290 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: UERJ/REDE SÍRIUS/BIBLIOTECA CCS/C Detalhes; REICHERT, Vanessa. **As medidas estruturantes no direito à saúde no Brasil** 07/07/2015 119 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Do Vale Do Rio Dos Sinos, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos Detalhes; JOBIM, Marco Félix. **As Medidas Estruturantes e a Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal para sua Implementação** 01/12/2012 301 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da PUCRS Trabalho anterior à Plataforma Sucupira. . Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

¹³² LEITE, Roberto Basileone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro: a falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político** 01/02/2011 280 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal De Santa Catarina, Florianópolis Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFSC Trabalho anterior à Plataforma Sucupira; PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais** 01/05/2011 452 f. Doutorado em DIREITO Instituição de

Quando a pesquisa se refere ao termo “judicialização da política”, colhem-se 314 trabalhos acadêmicos, entre os quais 241 dissertações de mestrado e cinquenta e três teses de doutorado. Todavia, quando se leem todos os títulos dessas teses, fazendo-se relação com termos referentes a democracia, diálogo, cooperação, política, participação, observa-se que há apenas treze teses sobre esses temas (que se aproximam do objeto da presente pesquisa), revelando-se mais uma vez o pequeno número de trabalhos acadêmicos sobre o tema da presente tese.

Mostra-se evidente a escassez de trabalhos acadêmicos que analisam o modelo dialógico de tratamento judicial das demandas por efetivação de direitos sociais e a cidadania no Brasil. É nesse quadro de carência de estudos que exsurge a relevância de trabalho, como este apresentado, que se propõe a oferecer contribuição no sentido de melhor entendimento do processo de mudança de paradigma da prática judicial que se desenvolve no Brasil, capaz de

Ensino: Universidade Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro Biblioteca Depositária: CBC/C Trabalho anterior à Plataforma Sucupira; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política:** pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático' 01/04/2011 196 f. Doutorado em Direito Constitucional Instituição de Ensino: Universidade de Fortaleza, Fortaleza Biblioteca Depositária: Unifor, Uf Trabalho anterior à Plataforma Sucupira; TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**' 24/10/2013 126 f. Doutorado em FILOSOFIA Instituição de Ensino: Universidade de São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da FFLCH/USP Detalhes; OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **Moralidade, Jurisdição e Democracia:** a compreensão procedimentalista do direito em Jorgen Habermas' 01/02/2006 219 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFSC Trabalho anterior à Plataforma Sucupira; SILVEIRA, Ramais de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**' 29/03/2016 486 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: BCE – UnB; ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial – existem constrangimentos eficazes?**' 17/02/2016 260 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Pernambuco, Recife Biblioteca Depositária: Biblioteca Central/UFPE; SILVA, Fabio de Souza. **Judicialização cooperativa:** equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas. 27/03/2015 220 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: UERJ; MAIA, Clarissa Fonseca. **Jurisdição e soberania popular:** uma abordagem normativa de diálogo institucional entre a justiça eleitoral e o congresso nacional 19/12/2016 325 f. Doutorado em DIREITO CONSTITUCIONAL Instituição de Ensino: Universidade de Fortaleza, Fortaleza Biblioteca Depositária: UNIFOR; LEMOS, Maite Dame Teixeira. **Controle jurisdicional de políticas públicas:** o direito cooperativo de Peter Häberle como fundamento para uma noção de cooperação entre os poderes e para a atuação do judiciário como um “novo” ator no âmbito das políticas públicas 26/02/2015 275 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC; FONSECA, Juliana Ponde. **O (Des)Controle do Estado no Judiciário Brasileiro:** direito e política em processo. 17/08/2015 317 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal do Paraná, Curitiba Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFPR; LIMA, Vinicius de Melo. **Uma teoria hermenêutica da responsabilidade:** os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática' 11/12/2015 407 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos; BONAT, Debora. **Judicialização da política e participação popular:** um exame da repercussão geral nos recursos extraordinários julgados pelo supremo tribunal federal e o incremento da participação' 14/10/2014 135 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: BCE - BIB. CENTRAL UnB.

dar conta do processo de transição de uma matriz judicial de perfil autoritário para a matriz dialógica desenhada na Constituição de 1988, de perfil democrático.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS NOVOS SENTIDOS PARA A INSTITUCIONALIDADE

2.1 A constituição como projeto no mundo contemporâneo: Os novos sentidos

O termo “constituição” é utilizado para designar o conjunto de normas fundantes que compõem o código político de uma comunidade. Em seu texto, encontram-se consolidadas as normas que regulam as relações entre a cidadania e os poderes, as normas sobre legislação e as normas que organizam o poder político.¹³³

Em noção mais habitual, a constituição condensa, de forma sistemática e racional, a ordenação da comunidade política, em que se garantem direitos fundamentais e se estrutura o poder político, conforme o princípio da separação dos poderes. Do ponto de vista filosófico, a ideia de constituição reflete no mundo político o lema iluminista *sapere aude*¹³⁴, que capacita para a organização de destinos: “os homens são capazes de construir um projecto racional, condensando as ideias básicas desse projecto num pacto fundador — a constituição.”¹³⁵

A constituição como projeto político no mundo contemporâneo não é pensada a partir do indivíduo autônomo, portador de uma liberdade crítica, que se serve de uma razão universal.¹³⁶ No mundo contemporâneo, com a percepção da historicidade da consciência humana, a construção de sentidos passa pela mediação da tradição, depositada na experiência histórica e cristalizada na forma de valores compartilhados em um dado contexto cultural.¹³⁷

A construção de sentido ocorre na prática social, dentro do ambiente linguístico, por meio do discurso, do diálogo, das interações sociais. Os sentidos da constituição vão

¹³³GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Mexico: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001, p. 31-33.

¹³⁴“O Esclarecimento é a libertação do homem de sua imaturidade (Unmündigkeit) auto-imposta. Imaturidade é a incapacidade de empregar seu próprio entendimento sem a orientação de outro. Tal tutela é auto-imposta quando sua causa não reside em falta de razão, mas de determinação e coragem para usá-lo sem a direção de outro. Sapere Aude ! Tenha coragem de usar sua própria mente (Verstandes)! Este é o lema do Esclarecimento.” Cf. KANT, Immanuel. Resposta à Questão: O que é Esclarecimento? **Cognitio**, São Paulo, v. 13, n. 1, 2012. p. 145. Disponível em: < <https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/download/11661/8392>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

¹³⁵CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 12.

¹³⁶LIMA, Newton de Oliveira. **O estado de direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, pp. 92/94.

¹³⁷“A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história [...] o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece a nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir “o verdadeiro” significado que se encontra escondido.” Cf. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 19.

surgindo na dinâmica institucional, na prática social. A constituição, embora pressuponha uma compreensão inicial compartilhada pelos constituintes, não é um dado permanente, a ser buscado pelo exercício da intuição ou pelo esforço intelectual. Mesmo sendo a constituição vinculada a sentimentos que lhe enraízam a horizontes de valores compartilhados pelo constituinte, a constituição é interpretada nos diferentes contextos linguísticos e históricos de sua vigência e se realiza como prática social em constante programação e reelaboração de sentidos.¹³⁸

A constituição não se reduz a uma semântica expressa em texto, do qual se lhe extraem os sentidos, mas representa um plano político de sentidos, que se dispõe a realizar-se como conjunto de práticas de sentido que se institucionaliza no plano da vida, e, sendo a constituição enraizada em valores compartilhados pelas forças sociais que lhe consagraram em Lei Magna, a constituição não se realiza como criação de sentido *ex nihilo*, mas a partir desses valores compartilhados por ocasião de sua promulgação.¹³⁹

A constituição se materializa na vida social e política em uma dinâmica de extração e de ressignificação de sentidos. A constituição não é um fato estático, dotado de sentidos inertes já plenamente integralizados e impregnados no texto, para serem extraídos e reproduzidos fielmente no plano da história institucional.¹⁴⁰ A constituição é uma possibilidade de ser, e, como projeto, seus sentidos não estão dados previamente, extraídos do texto constitucional. Os sentidos constitucionais são tecidos nos debates e nos diálogos, por ocasião de questionamentos ou de conflitos de interesses, avaliando-se reflexivamente o projeto de mundo lançado na constituição, em uma dada situação.¹⁴¹

Assim, para abrigar e permitir a dinâmica da vida política e social que vai traduzindo os sentidos constitucionais como conjunto de práticas sociais no processo histórico, a constituição, em relação ao repertório de direitos, vem vazada em textura vaga e aberta, para acolher e incluir nos processos de decisão a contribuição dos intérpretes em sentido amplo. E

¹³⁸ABEL, Oliver. **Paul Ricouer – a promessa e a regra**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 23.

¹³⁹ “El lenguaje constitucional es inacabado justamente porque no contiene la totalidad de esas experiencias. El texto no logra represar todos los aspectos de su realidad porque no tiene las capacidades para describir aquellas cuestiones conflictuales que lo hacen estar presente o ausente de las dislocaciones que se forman en el andamiaje estatal.” Cf. VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. Bogotá: **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, ano xxiI, 2016. p. 255. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁴⁰ Sobre originalismo. Textualismo. Cf. SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**: na essay. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 38; Cf. WHITTINGTON, Keith E. Originalism: A Critical Introduction, 82, **Fordham L. Rev.** 375, 2013. p. 378 Disponível em: <Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss2/2>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

¹⁴¹RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Petrópolis: Vozes. 2008. p. 40.

essa dinâmica de construção de sentido reclama uma dogmática fluida,¹⁴² pois a textura aberta termina por dar margem a diversos modos de interpretação, muitas vezes conflitantes. Cabe ao Judiciário coordenar esse processo de atribuição de significados aos valores públicos, a essas normas, em que se definem conteúdos operacionais, com vistas a possibilitar a especificação de prioridades a serem abordadas nas hipóteses de conflitos.¹⁴³

Os espaços de interpretação e de vivência constitucional devem ser ampliados e caracterizados como espaços públicos, para admitir o tráfego e a interação de interesses contrapostos, e a decisão não pode ficar a cargo de um exclusivo intérprete público. Mesmo o juiz constitucional não pode interpretar de forma solitária. Deve levar em consideração as contribuições dos participantes do processo. Cabe ao juiz seguir a proposição de Peter Häberle:

La sujeción del juez solamente a la ley, y su independencia personal y material, no pueden ocultar el hecho de que los jueces interpretan dentro de la publicidad y la realidad de la Constitución. Sería erróneo considerar las influencias, las expectativas, los “imperativos” sociales, a los que se ven expuestos los jueces sólo bajo el aspecto de los riesgos que corre su independencia. Estas influencias contienen también un pedazo de legitimación e impiden la arbitrariedad en la interpretación judicial. La garantía de la independencia judicial solamente es soportable, porque otras funciones estatales y el espacio público pluralista proveen material “para” la ley.¹⁴⁴

As instituições devem cumprir esse diálogo de sentidos, percebendo que toda constituição é histórica e expressa o modo de vida, a cultura da comunidade política. Toda constituição abriga em seu texto as correntes ideológicas compartilhadas por vetores sociais e políticos, e simboliza normativamente os sentimentos culturais e políticos que matizaram a sua gestação, sua elaboração e promulgação. E essa condensação de sentimentos e de expectativas institucionais se dispõe como projeto a se realizar no tempo, nos processos sociopolíticos.

A constituição é projeto, conjunto de expectativas lançadas para o futuro. É um plano normativo regulador da convivência social e política. Traduz um programa político, composto por normas cogentes, dispostas a interceder na vida social e política. Como projeto, a constituição lança no espectro do tempo os consensos primários vetorizados pelas forças sociais, projeta no futuro as decisões fundamentais¹⁴⁵ sobre o exercício do poder, que servirão de balizas ao tráfego de ideias e ao concerto de ações no palco da história.

Toda constituição traduz em texto os compromissos políticos assumidos pelas forças sociais que participaram de sua conformação, que recebem sistematização pela unidade

¹⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 11. ed. 2011. p. 17.

¹⁴³ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004. p. 25.

¹⁴⁴ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 156.

¹⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitucion**. Madrid: Ariel, 1979. p. 73.

de sentimentos que inspirou e mobilizou a emergência da constituição no plano jurídico, tornando-a fonte de referência ao desenvolvimento da institucionalidade.¹⁴⁶ A constituição consolida esses compromissos na forma de plano, de projeto compartilhado, que pretende se lançar no tempo futuro, por meio de sentidos impregnados na fixidez do texto, que se constitui como estrutura linguística portadora de significados para inspirar a dinâmica política de uma comunidade.¹⁴⁷

Esses compromissos são assumidos como respostas institucionais aos desafios do contexto vivido ao tempo da realização constituinte. Toda constituição, por mais que agregue e importe discursos jurídicos de experiências estrangeiras, está imbricada necessariamente a um objetivo maior, concernente a remediar um mal que agrava a sociedade no momento político constituinte. Pretende afirmar-se como chave institucional, de compreensão e de regulação desse momento, que permite à sociedade dialogar com parâmetros normativos com a crise por que atravessa. A resposta constitucional, como remédio aos problemas que propiciaram a emergência do Poder Constituinte, pode ser vista, por exemplo, na Constituição Norte Americana. Esse Estatuto Constitucional de 1787 pode ser lido, conforme a exposição apresentada por Madison, no *Federalista* nº 10,¹⁴⁸ como um programa político, dotado de normatividade, desenhado para enfrentar as facções que ameaçavam arrasar parte da cidadania.¹⁴⁹

A constituição representa um legado de cultura e um programa político. Há essa inerente tensão entre tradição (permanência) e programa (transformação) que se dialetiza na experiência constitucional. Compreender os contextos programáticos, em articulação com os contextos emergentes do mundo da vida, torna-se imprescindível para a fusão dos horizontes de sentido nas decisões. As interpretações constitucionais não se prestam ao exercício de meras especulações intelectuais, mas representam convocações de sentidos para a programação do futuro, com um sentido político evidenciado. Veja-se em Gadamer:

¹⁴⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Madrid: Ariel. 1979. p.199.

¹⁴⁷ “Según la Teoría de los planes, entonces, el problema fundamental para el cual el derecho es una solución no es ninguna cuestión moral en concreto. Más bien, el derecho es una respuesta para un problema de orden superior, a saber, el problema de cómo solucionar las cuestiones morales en general. Una comunidad necesita derecho siempre que sus problemas morales -cualesquiera que sean-- sean tan numerosos y graves, y sus soluciones tan complejas, controvertidas o arbitrarias, que las formas no-jurídicas de ordenar el comportamiento sean modos inferiores de guiar, coordinar y controlar la conducta.” Cf. SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 220.

¹⁴⁸ “Entre as numerosas vantagens que nos promete uma União fundada em bons princípios, não há nenhuma que tanto mereça ser desenvolvida como a sua tendência a amortizar e reprimir a violência das facções.” Cf. HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte : Líder, 2003. p. 59.

¹⁴⁹ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. Santiago: **CEPAL - Serie Políticas sociales**, N. 153, 2009. p. 9. Acesso em: 1 out. 2017. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Pelo contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver para além disso. Aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentre deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.¹⁵⁰

Além de a constituição apresentar o programa de sentidos, que deverá ganhar concretude no processo histórico, participando da regulação da vida social e política, a constituição desenha uma parte orgânica, estruturando entidades primárias, atribuindo-lhes competências, prescrevendo-lhes procedimentos funcionais para tramitar as demandas sociais e políticas.

Esse conjunto de estruturas e funcionalidades estão disponibilizadas para materializar no plano prático o programa de sentidos lançado no texto constitucional. Nas constituições contemporâneas, o desenho institucional esboça que essas estruturas estejam abertas a reivindicações, a participações e a influências da cidadania, caracterizando o discurso da democracia participativa lançado nesses textos contemporâneos, por recomendação do princípio liberal do autogoverno.

No constitucionalismo contemporâneo, com a experiência das tragédias sociais e humanas advindas do século XX, há um receituário comum adotado pelos países que receberam o discurso dos direitos humanos impregnados em declarações e tratados de direito internacional. A constituição projeta em seu texto uma carta compromisso, elaborada dentro da conjuntura em que se encontravam os atores sociais mais relevantes, que vetorizaram o processo político por ocasião de sua elaboração. Para tanto, a Constituição não apenas anuncia garantias de contenção e limitação de poderes, protegendo a liberdade das interferências autoritárias de Estado, como também proclama metas e finalidades substantivas, a serem cumpridas pela institucionalidade, em garantia à dignidade humana. Há referências expressas a direitos sociais, tais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados,¹⁵¹ a serem garantidos e prestados pela institucionalidade.

Seguindo a retórica do constitucionalismo contemporâneo, desenvolvido no segundo pós-guerra, além de positivar as conquistas políticas do liberalismo e de escudar o

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 452.

¹⁵¹ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. **CEPAL - Serie Políticas sociales**, n. 153. Santiago: Naciones Unidas, 2009. p.31. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 dez. 2017.

indivíduo, na sua esfera de privacidade e invisibilidade¹⁵², frente ao Estado, com um extenso catálogo de garantias das liberdades individuais inscritas em cláusulas pétreas, a constituição estabelece o modo positivo de caminhar da própria atividade estatal e social¹⁵³, a fim de que se vejam promovidos o bem-estar individual e coletivo dos membros da comunidade, a justiça social e a segurança pública, e se veja no futuro suplantada a privação de direitos de classes sociais desprestigiadas no processo histórico, e se resguardem os valores atinentes à identidade cultural¹⁵⁴ e à memória cultural.

Há em seu texto abertura para os valores da democracia, da dignidade humana, da justiça social, que podem e devem ganhar força normativa nas relações sociais e políticas. A garantia de efetividade desses valores no plano prático, como agenda de Estado a ser mobilizada pela cidadania, decorre do arranjo institucional disponibilizado à cidadania, com garantia viabilizada por amplo acesso à justiça, na medida em que existem estruturas independentes da vida político/partidária para garantir efetividade a esses valores.

Esses sistemas autônomos, operados por servidores que ostentam independência funcional, estão abertos aos reclamos de *accountability*, como se verá à frente, como também ao processamento de conflitos estruturais, em que se reivindicam a efetivação de direitos constitucionais, abrigados como fundamentais à densificação da cidadania.

Por isso, a constituição, ao incorporar no texto o discurso internacional dos direitos humanos, consagra amplo catálogo de direitos inspirados nesses direitos; estrutura os poderes, referenciando os mecanismos de efetivação desses direitos constitucionalizados; estabelece relações de contenções entre poderes públicos; disciplina as relações entre a organização do poder e a cidadania; regula os processos que asseguram reformas constitucionais e que garantem a rigidez e a supremacia constitucionais.

Esse novo arranjo de sentido institucional, projetado nas constituições desses países, imprime novos sentidos jurídicos para toda a institucionalidade recepcionada dos regimes derogados.

O grande problema do constitucionalismo contemporâneo, que inspirou a elaboração das constituições que surgiram nos despojos do pós guerra¹⁵⁵ e também nos processos de democratização dos países periféricos da Europa, América, concerne à tensão permanente entre a soberania popular, que se manifesta nas estruturas da democracia

¹⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo jurídico**. Madrid: Trotta, 1995. p. 481.

¹⁵³ GUERRA Filho, Wills Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 16.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002. P. 230.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51.

procedimental (na forma de direitos de maioria) e os limites materiais impostos no catálogo de direitos substanciais que traduz o discurso internacional dos direitos humanos. De um lado, tem-se a soberania popular, pretendendo imprimir sentido à vida institucional, interpretando inclusive o programa constitucional, promovendo atos de maioria. De outro lado, tem-se a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade por determinadas instâncias judiciais, estabelecendo os sentidos da constituição e assim limitando a manifestação da soberania popular. Essa tensão acaba desaguando nas estruturas judiciárias, incumbidas de promover o controle de constitucionalidade da atuação da representação política, fazendo com que o sistema judicial desenvolva protagonismo na arena política, ao definir e arbitrar sentidos constitucionais.¹⁵⁶

Nesses quase trinta anos, demandou-se pronunciamento judicial acerca dos mais diversos temas e dilemas nacionais, dilatando-se em muito o espectro de reivindicações políticas. Essa diversidade de temas remetidos ao Judiciário vem suscitando intensos debates no âmbito da esfera pública, acerca da legitimidade de suas decisões. Aqui e alhures. Os questionamentos exploram, além de razões históricas e normativas da intervenção judicial na política, sobretudo, a forma de ingresso na Magistratura, sua estrutura burocrática, perfil dos Magistrados, a compatibilidade de seus procedimentos com exigências do Estado Democrático de Direito, a vocação institucional do Poder Judiciário¹⁵⁷.

A judicialização de conflitos morais e políticos, muitas vezes inconclusos nas esferas sociais e públicas, sem qualquer indicação ainda de consenso, provoca, de outra parte, disparidade nas respostas judiciais, gerando muitas vezes um quadro de perplexidade social em meio à indefinição sistêmica do Poder.

Como essas demandas amiúde discutem os sentidos constitucionais - seja porque pretendem implementar políticas públicas, seja porque protagonizam a efetivação da retórica programática e moral constitucional, reforçada pela hermenêutica de princípios traduzida da experiência europeia - o sistema judicial vem avocando para si a missão de instância restauradora de uma suposta unidade de sentidos perdida, assumindo muitas vezes o papel moderador, como intérprete privilegiado da mensagem constitucional.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jurgén. **Derechos humanos y soberanía popular**: las concepciones liberal y republicana. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas. Boletín Oficial del Estado. 1994. p. 215. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1496>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

¹⁵⁷ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; PAIXÃO, Cristiano & BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB: FINATEC, 2008;

Essa avocação judicial do arbitramento de sentidos constitucionais repercute no papel do juiz, que deixa a função, outrora quase mecânica, de aplicador da lei, e assume o papel de examinar sua constitucionalidade, interpretando-a em conformidade com princípios gerais que estão na constituição. Para Garapon, essa função de aferição constitucional e de interpretação da lei conforme a constituição pode reduzir a importância da atuação legislativa. Por um lado, os princípios estão fora do alcance do legislador; de outro, tem-se um direito mais concreto e operacional. Com isso, o “juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente.”¹⁵⁸

2.2 A Constituição de 1988: Ruptura com a tradição centralista e autoritária de Estado

Assim como o direito, de um modo geral, reflete a vida social dos seres humanos, a Constituição de 1988 também reflete o seu tempo, a sua história¹⁵⁹. Toda a mobilização em torno da convocação da Constituinte e da elaboração do texto constitucional tem enorme significado político e também jurídico, e deve servir de pano de fundo na experiência constitucional e institucional. A Constituição representou conquista política e cultural da comunidade civil, e representa o compromisso político de que essa conquista se projetará no futuro, transmitindo os sentimentos e as esperanças dos processos sociais que culminaram com sua promulgação. Toda abordagem teórica ou prática não poderá afugentar esse espírito participativo e transformador que iluminou a redação de seu texto.¹⁶⁰

Seu programa surgiu em meio à ampla mobilização da sociedade civil¹⁶¹, que foi a ruas e praças clamando por democracia. Consagrou o valor da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, como critério e parâmetro de valoração para a vida institucional no País.¹⁶²

¹⁵⁸ GARAPON, A. **O juiz e a democracia**: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41.

¹⁵⁹ FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e método dialético: a crítica marxista ao direito. In: **Marxismo, realismo e direitos humanos** / Lorena Freitas, Enoque Feitosa (Org.). João Pessoa: UFPB, 2012. p. 153.

¹⁶⁰ “la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un “mecanismo normativo”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.” Cf. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 5.

¹⁶¹ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol. 18, n. 2, novembro, 2012. p. 387.

¹⁶² PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, vol. 8, número N° 15. 2006. p. 130.

Em seus 250 artigos, a mais analítica da história institucional brasileira, a Constituição mostra-se minudente no elenco dos novos direitos e garantias individuais e sociais, destacando-os logo nos primeiros dispositivos, levando ao campo jurídico a preservação e a promoção da dignidade humana como horizonte de sentido.

Há na Constituição o aporte de sentimentos políticos que ganham fins pedagógicos e devem orientar a *práxis* social e cívica, consolidando a experiência constitucional como tradição cultural, que se transmite entre as gerações. A Constituição representa uma espécie de correia de transmissão, desses valores fundantes no horizonte do tempo. Por ser filha da esperança nacional na democracia, representa uma ruptura em relação ao autoritarismo burocrático e centralista do Estado que vicejou no campo político brasileiro e definiu gramática social, desde os remotos tempos de colônia ibérica, autoritarismo que ganhou uma feição técnico-burocrática no período militar inaugurado em 1964¹⁶³.

A Constituição de 1988 elabora uma resposta às insatisfações sociais e políticas que inspiraram e embalararam as mobilizações que culminaram com o processo constituinte, após longos anos de restrição e autoritarismo político no Brasil. Desde meados da década de 70, o ciclo militar dava sinais de esgotamento, inclusive no campo econômico. A ordem econômica e social estava baseada em fatores espúrios de competitividade, como mão de obra barata, elevada taxa de desemprego, ausência de marcos regulatórios para a proteção da cidadania, como a falta de proteção ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente, às minorias em geral. Nesse quadro de insuficiência institucional aos desafios do tempo, a Ordem dos Advogados do Brasil, setores do empresariado, o movimento estudantil, movimentos culturais, a Igreja Católica e o novo sindicalismo da região do ABC, com o apoio da mídia impressa do eixo Rio de Janeiro/São Paulo, mobilizaram-se contra o regime e foram determinantes para a transição política, que culminou com a promulgação da Constituição.¹⁶⁴

A nova ordem constitucional aparece, então, como resposta institucionalizada ao esgotamento do regime militar, a partir de novos fundamentos, em especial da cidadania. Esse programa político, como resposta ao quadro de crise, densifica os sentidos da cidadania no Brasil, nas dimensões civil (direitos de liberdade, de propriedade), política (direito de

¹⁶³ O'DONNELL, Guillermo. **El estado burocrático e autoritario. Triunfos, derrotas y crisis**. Buenos Aires: Fundación de Belgrano, 1996. p. 9.

¹⁶⁴ CRUZ JÚNIOR, Ademar Seabra da. **Constituinte e democratização no Brasil: o impacto das mudanças do sistema internacional**. São Paulo: Lua Nova, 88, 2013. p. 237. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a08n88.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2017.

participar e influenciar nas decisões sobre os destinos da polis) e social (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à seguridade social), de que falava Marshall.¹⁶⁵

Dessa forma, a Constituição, promulgada para democratizar o Brasil com justiça social, traduz em texto as respostas institucionais elaboradas dentro da conjuntura de mobilização dos atores sociais participantes, em torno do processo político em defesa da democratização do país. Sob ambiente de forte influência internacional pelo discurso dos direitos humanos, que se globalizavam nas diversas declarações da ONU editadas a partir da experiência da Segunda Guerra,¹⁶⁶ a Constituição representa o remédio institucional ao contexto autoritário, acusado de violações a direitos humanos e matizado pela crise econômica e social.

Sendo minuciosa e detalhista no elenco de novos direitos e garantias individuais e sociais, expandiu o campo jurídico e o horizonte simbólico da justiça social, instaurou novos arranjos, novos mecanismos e instâncias de participação social na vida política do País, conferindo dimensões substancial e procedimental a democracia, tornada participativa no novo marco constitucional.¹⁶⁷

O período constituinte, em contraste com “surtos espasmódicos de despotismo”¹⁶⁸, fez-se em contexto de participação cívica, sob o fermento de mobilizações sociais que soprou o imaginário social, com novas fontes de sentido. A mobilização que culminou com a nova institucionalidade se iniciou com o movimento da “Direta Já”¹⁶⁹, reivindicando uma nova ordem constitucional participativa,¹⁷⁰ exigindo uma resignificação nas

¹⁶⁵ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 64.

¹⁶⁶ “Séame permitido, antes de concluir, resumir a grandes rasgos los caracteres de la declaración surgida de nuestros debates de 1947 a 1948. Esta declaración se caracteriza, por una parte, por su amplitud. Comprende el conjunto de derechos y facultades sin los cuales un ser humano no puede desarrollar su personalidad física, moral e intelectual. Su segunda característica es la universalidad: es aplicable a todos los hombres de todos los países, razas, religiones y sexos, sea cual fuere el régimen político de los territorios donde rija. De ahí que al finalizar los trabajos, pese a que hasta entonces se había hablado siempre de declaración “internacional”, la Asamblea General, gracias a mi proposición, proclamó la Declaración “Universal”. Al hacerlo conscientemente, subrayó que el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle. Tales son los caracteres esenciales de la declaración. La Declaración, por el hecho de haber sido, como fue el caso, adoptada por unanimidad (pues sólo hubo 8 abstenciones, frente a 48 votos favorables), tuvo inmediatamente una gran repercusión en la moral de las naciones. Los pueblos empezaron a darse cuenta de que el conjunto de la comunidad humana se interesaba por su destino.” Cf. CASSIN, René. **Viente Años de Evolucion de los Derechos Humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974. p. 397.

¹⁶⁷ A teor da Constituição: “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.”

¹⁶⁸ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A pós-revolução brasileira. In: **Brasil, sociedade democrática**. Jaguaribe, Hélio... [et al.]. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985. p. 231.

¹⁶⁹ Mobilização social para aprovação de emenda constitucional, ainda no antigo regime constitucional, que possibilitaria a eleição direta para presidente da República.

¹⁷⁰ RODRIGUES, Alberto Tosi. Ciclos de mobilização política e mudança institucional no Brasil. Curitiba: **Revista de Sociologia e política**, N. 17, 2001. p. 39.

instituições políticas, inclusive no Judiciário, e reconfiguração de estruturas e procedimentos, em consonância com os valores da democracia.

Não se pode esquecer que a Constituição de 1988 representa uma ruptura com a tradição política autoritária no Brasil. Nesse sentido, a institucionalidade herdada deve agora receber nova leitura, novo significado. Descerrando novos horizontes simbólicos e valorativos, adotou modelo republicano¹⁷¹ e democrático de prática política e social, desenhando novo arranjo institucional para garantir a sua força normativa e, por conseguinte, a efetivação desses novos valores, entre os quais os direitos fundamentais sociais. Esse amplo catálogo de direitos, que estende o raio de alcance da regulação da vida social e política, acaba por transferir aos órgãos contra majoritários a possibilidade de revisão da atuação da representação política.

Esse novo horizonte de sentidos instaurado pela Constituição se contrapõe radicalmente a valores autoritários que estruturaram a institucionalidade no Brasil. A compreensão dessa ruptura se afigura fundamental para a ressignificação dessa institucionalidade, para a percepção de seus novos papéis e de seus procedimentos, que devem ser democraticamente qualificados. Os horizontes democráticos repercutem na diversidade de atores legitimados para acionar as estruturas de controle e de governança pública, modificam fronteiras e recursos das instituições, condicionam as estruturas por onde interagem atores e instituições, influenciam os resultados dessas interações, propiciam a formação de rede de interações interinstitucionais.¹⁷²

Após ruptura política com a ordem constitucional de 1946 em 1964, o regime militar de 64 implantou novo ciclo político, ditado por atos institucionais editados pelo Presidente da República. Para Guillermo O'Donnell, tal como ocorrera nos demais países da América Latina, o regime militar instituiu o modelo de Estado Burocrático Autoritário,¹⁷³ confiando à tecnocracia o planejamento da vida econômica e social.

A Constituição de 1988 transporta, pois, uma ruptura com o período militar inaugurado em 1964, que expressou no campo político o autoritarismo centralista do Estado brasileiro. Para compreender seus significados, faz-se importante apresentar o perfil autoritário

¹⁷¹ “para além da democracia e do Estado de direito, o ideal republicano afirma-se como cultura cívica e política, como ethos comunitário (*res publica*), como *amittitia* do povo (*res populi*), como reino de liberdade estética e cultural (da feliz «unidade do Estado e da cultura», no pensamento republicano, falava THOMAS MANN). Este ideal ultrapassa os horizontes estreitos e unidimensionalizantes de um jurídico Estado de direito e de uma democracia, sistematicamente reduzida a «método» e «forma» de domínio. A República é, assim, uma «possibilidade espiritual» e uma «distanciação»: possibilidade de uma «sociedade mais livre, justa e fraterna»”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 488.

¹⁷² BULCOURF, Pablo; DUFOUR, Gustavo. Guillermo O'Donnell e sua Contribuição para o Desenvolvimento da Ciência Política Latino-Americana. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 55, no 1, 2012. p. 10.

¹⁷³ O'DONNELL, Guillermo. *El estado burocrático autoritario Triunfos, derrotas y crisis*. Buenos Aires: Fundación de Belgrano, 1996. p.9.

e centralista da institucionalidade construída no processo histórico, a fim de que, pela confrontação e pelo cotejamento, possa-se compreender o projeto democrático anunciado no discurso constitucional em favor da densificação da cidadania no Brasil.

A nova leitura, a partir dos novos sentidos constitucionais, imprime novos sentidos jurídicos para dispositivos normativos recepcionados, bem como confere novos sentidos ao arranjo institucional recepcionado, inclusive aos sistemas responsáveis pela efetivação do discurso constitucional no campo prático judicial. Esses sistemas estão agora incumbidos não apenas de limitar o exercício do poder do Estado em favor das liberdades, mas também de promover as condições básicas para a cidadania, para que se tornem efetivos os direitos fundamentais, núcleo estruturante do discurso constitucional. As instituições herdadas do quadro político derogado e agora recepcionadas pela Constituição devem operar sob a regência desses novos sentidos, devendo suas estruturas e procedimentos ser atualizados dentro do novo universo de sentidos.

A programação constitucional deve repercutir nos sentidos da institucionalidade, na forma como as instituições dialogam com a cidadania, inclusive em relação ao conjunto de instituições herdadas no processo histórico, que devem agora ser ressignificadas para os novos sentidos apontados no discurso constitucional. E essa institucionalidade deve atuar para otimizar esse programa constitucional, de modo que os princípios e regras constitucionais sejam realizados no plano prático da forma mais extensa possível, nos limites impostos pelos contextos fáticos.¹⁷⁴

A Constituição expressa um sentimento de mudança e consolida em texto as esperanças das mobilizações sociais ocorridas em favor da democracia e da justiça social. Sob forte influência de experiências constituintes de países que também atravessaram o caminho para a democracia, a exemplo da Constituição portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978, a Constituição brasileira começa seu texto cuidando da cidadania, dispondo sobre direitos e garantias fundamentais para só depois passar a organização dos poderes.

Ao tempo de sua promulgação, reunia 245 artigos em seu texto permanente e mais setenta artigos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, agregando programas abrangentes em favor das liberdades e da justiça social. De forma analítica e valorativa, a Constituição aponta o sentido da política e da prática institucional, de modo dirigente e programático, não apenas estabelecendo barreiras ao arbítrio de poder em favor das liberdades,

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. New York: Oxford University Press. New York University School of Law 2005, 572, Volume 3, Number 4, 2005. p. 573. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/moi040>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

como também prescrevendo objetivos e programas a serem desenvolvidos pelo Estado e pela sociedade.¹⁷⁵

2.3 A herança centralista e autoritária do processo de modernização no Brasil: desafios à cidadania

Compreender os sentidos da Constituição, os sentimentos que inspiraram a sua proclamação, exige, pois, percepção da pretensão de ruptura (da mobilização que acendeu o poder constituinte) com o quadro político autoritário anterior e com o cenário de desigualdades sociais da época. E essa percepção de ruptura repercute na dogmática constitucional, no perfil da institucionalidade, na forma como a vida político-administrativa, em suas mais diversas entidades administrativas e políticas, vai dialogar com a realidade social e política, no sentido transformador e promocional da retórica constitucional, pelos mecanismos democráticos disponibilizados à cidadania.

O modo como a cidadania se realiza e se articula com a institucionalidade formada no processo histórico no Brasil exige uma investigação dos processos sociais e políticos que formaram essa institucionalidade. Exige uma genealogia nas instituições, uma visita aos porões da história, encobertos na ritualística estatal e ideologizados pelos processos de dominação de classe, para trazer à lume descontinuidades, rupturas, heterogeneidades concernentes à origem das instituições brasileiras, presidida por uma lógica colonial de caráter exploratório, que ainda repercute na vida civil.

A reflexão sobre condições de possibilidade do exercício da cidadania no Brasil impõe, então, análise do processo histórico de construção de nossa institucionalidade, mediante a investigação do contexto simbólico, dos papéis assumidos pelo Estado nos jogos sociais e políticos, das dinâmicas de relações de poder, reproduzidas em seus escaninhos, traduzidos em seus ritos e linguagens. Por isso, importa tanto conhecer os rastros deixados pelos fragmentos

¹⁷⁵ “É da tradição brasileira a confecção de constituições analíticas. A menor que tivemos, de 1891, tinha 90 artigos no seu corpo permanente, e outros 9 nas disposições transitórias e a atual possui, atualmente, 250 artigos no seu corpo permanente, e 97 no Ato das Disposições Transitórias.123 Além desta tradição, alguns fatores explicam o excessivo tamanho do nosso texto constitucional: o modelo constitucional social e dirigente adotado; a dinâmica do funcionamento da Assembleia Constituinte — dividida inicialmente em 24 subcomissões temáticas, depois agrupadas em 8 comissões —; as pressões que fizeram, naquele momento, os diversos grupos de interesse, corporações e movimentos sociais, que visavam à inclusão na Constituição das suas reivindicações; e a desconfiança então existente em relação ao legislador futuro. Como já salientado, o caráter detalhista da Constituição produz importantes impactos na realidade política brasileira, interferindo no funcionamento concreto das instituições nacionais.” Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.1.233 KB: e- pub.

do processo histórico de formação institucional do Brasil, lançados ainda nos tempos coloniais, que servem como chave de leitura da relação entre o Judiciário e a construção da cidadania no Brasil.

No Brasil, assim como em toda a América Latina, o Estado não fora uma construção da vontade coletiva da nação, um contrato social entre cidadãos iguais e livres, para demarcar fronteiras de proteção a direitos individuais ou para consecução do bem comum. Também não foi um empreendimento político ou religioso de um filho da terra, ungido de fé e esperança na união e na defesa de um sentimento compartilhado. Os aparatos de Estado no Brasil, ao contrário de serem mecanismos construídos pela sociedade para um autogoverno, foram mais uma estratégia, um estratagema de dominação, uma imposição externa, vetorizada em um processo de expansão de mercados de nações europeias.¹⁷⁶

Nesse sentido, o Estado na América Latina não fora fundado, mas antes transplantado e imposto pelo processo de expansão do mercantilismo patrocinado pela Coroa metropolitana, como garantia de aplicação de sua lei e razão, fundamento à existência humana “civilizada”.¹⁷⁷

Na expansão da Europa mundo afora, a figura do Estado assumiu papel decisivo na estruturação social e política da colônia, com viés autoritário e verticalizado. O Estado monárquico europeu, fortemente unificado e centralizado, desenvolveu - pela violência da coerção e ou pela violência da assimilação¹⁷⁸ - papel protagonista nos encaminhamentos e decisões da vida colonial, relacionando-se com a sociedade local e com o mercado, em modo vertical e hierarquizado, como a irradiar valores incontrastáveis, mediante uma burocracia profissional e comprometida com os interesses econômicos e políticos da Coroa metropolitana.

Mesmo os assuntos espirituais estavam sob o controle e a interferência do Estado, ficando a vida eclesiástica sob o regalismo do absolutismo monárquico, inclusive na participação dos provimentos dos bispados. Para tanto, o padroado real recebia, para a administração da vida espiritual da Coroa, a distinção da Santa Sé, e o empreendimento colonial se justificava sob as vestes de uma nova cruzada, frente a expansão mulçumana.¹⁷⁹ O Estado e suas leis expressavam essa reação cristã, com a cruz adornando as suas bandeiras e símbolos.

¹⁷⁶ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. São Paulo: Nacional, 1987. p. 5.

¹⁷⁷ HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial**. Buenos Aires: Paidós, 2001. p. 64.

¹⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 19.

¹⁷⁹ AB'SABER, Aziz N. A época colonial: administração, economia, sociedade. In: **História geral da civilização brasileira**. V. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 61.

Consubstanciando essa fé no Estado e nas leis, o pelourinho, símbolo da justiça e da autoridade real, à sombra do qual as autoridades civis proclamavam as leis e puniam os criminosos, ocupava o lugar central nas cidades portuguesas. No Brasil, o pelourinho dominava a paisagem urbana, ilustrando a importância da administração da justiça para o governo.¹⁸⁰

Nesse quadro, o discurso colonialista europeu construiu no horizonte simbólico e valorativo a feição protagonista da metrópole e de seus agentes, armando-os em cavaleiros da civilização e da justiça. A invasão e a ocupação do “novo mundo”¹⁸¹ pelos países ibéricos, seguindo a ideologia da boa nova, foram dissimuladas sob a aura de uma conquista renascentista e de uma expansão humanista, com o forjado propósito altruísta de levar, do centro à periferia do mundo, o espírito apostólico e redencionista dos povos civilizados da Europa aos povos bárbaros e selvagens das Américas¹⁸².

Por trás dessa retórica civilizatória, expressa sob a forma racional da burocracia, havia uma poderosa estratégia de legitimação da dominação¹⁸³ europeia sobre os povos ameríndios. Na companhia dos navegantes ibéricos, cruzaram o Atlântico não apenas homens desabridos de fortunas ou profissionais dedicados a serviços de intendência e à logística de suprimento material, mas, sobretudo, uma forma simbólica de organização social e política, com propósitos mercantis e culturais, financiada e coordenada por Estados monárquicos fortemente centralizados, sob as bênçãos da Santa Sé.¹⁸⁴

¹⁸⁰ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial. A suprema corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 3.

¹⁸¹ Nome batizado por Américo Vesputio, navegante florentino, em carta remetida a Lorenzo de Medici, denominada “Mundus Novus” (1502), em que defende que as novas terras não pertenceriam ao continente asiático, mas a um novo continente.

¹⁸² Pero Vaz de Caminha, escrivão na esquadra que chegou ao Brasil em 1500, escreve ao Rei Dom Manuel, noticiando a descoberta: “Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos. Contudo a terra em si é de muito bons ares frescos e temperados como os de Entre-Douro-e-Minho, porque neste tempo d’agora assim os achávamos como os de lá. Águas são muitas; infinitas. Em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo; por causa das águas que tem! Contudo, o melhor fruto que dela se pode tirar parece-me que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar.” Disponível em:

<[¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1993. p. 47.](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02449430878811831754491/p0000001.htm#I_1_>”. Acesso em: 10 de abril de 2017.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁸⁴ “Havia, na terra nova, um símile das mercadorias orientais: o pau-brasil. Por aí se prolongaria a estrutura comercial, sem quebra de orientação, mediante o monopólio real, logo declarado. A aliança entre a atividade econômica do rei e a dos comerciantes declara-se, de imediato consorciando a força militar das armadas com a exploração comercial. O monopólio real não se exerceu diretamente, mas mediante concessão: o rei permaneceria comerciante, sem envolvimento imediato no negócio, mas vigilante, com o aparelhamento estatal a serviço de seus interesses.” Cf. FAORO, Raymundo: **Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

A colonização na América Latina foi um empreendimento do Estado monárquico,¹⁸⁵ movido pela mesma fé que levantou a guerra da Reconquista, estendendo os limites do mundo cristão europeu¹⁸⁶. O Estado na América Latina fora portador e efetivador de valores exteriores europeus, produzindo formas de socialização e de relações sociais não compartilhadas pelos povos e nações dominadas,¹⁸⁷ mas que se tornaram institucionalizadas.

Nesse contexto, a aventura e expansão ultramarinas levaram às colônias americanas, por meio da espada e de símbolos de dominação (entre eles, os argumentos jurídicos), um aparato institucional burocrático, altamente centralizado e unificado, composto pela classe dos letrados, *i.e.*, magistrados, tabeliães, escreventes, funcionários da coroa, fâmulos de honras e riquezas, cujo encargo se constituía em reproduzir e em preservar os interesses do empreendimento colonialista, sob o pálio da cultura legalista produzida na metrópole¹⁸⁸, marcando todo um estilo na prática política local, da qual somos ainda herdeiros. As Ordenações Filipinas, por exemplo, editadas sob o pálio de uma racionalidade ordenadora e compiladora da tradição jurídica ibérica, por ocasião da anexação do reino Português pelo Coroa espanhola, em 1603, por Felipe III da Espanha¹⁸⁹, prevaleceu no Brasil por longos séculos, alcançando a República (1889).

Caberia a esses servidores letrados da Coroa o papel de garantir a posse das novas terras, sustentar e irradiar mediante colunas e discursos institucionais a autoridade do rei, chefe e proprietário do empreendimento coletivo, garantidor da homogeneidade simbólica e da unidade de propósitos da colonização.

No Brasil – (que fora) constituído por essa dinâmica de expansão ultramarina da cultura ocidental – essa lógica civilizatória forçou conferir a agentes do reino e da lei, mediante outorgas e recompensas, a legitimação para o protagonismo na estruturação política da colônia, porque representantes da autoridade real e da justiça. Aqui, instalou-se um sistema político-administrativo-judicial¹⁹⁰, composto por plenipotenciários do Estado monárquico. No bojo da unidade cultural e geográfica, patrocinada por esse centralismo burocrático, desenvolveu-se a

¹⁸⁵ CARVALHO, José Murilo. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007. p. 24.

¹⁸⁶ BETHELL, Leslie. **História de America Latina**. Barcelona: Crítica, 1990. p. 126.

¹⁸⁷ NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. **Estado e sociedade no Brasil: novos padrões de relacionamento?** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1997. p. 22.

¹⁸⁸ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial. A suprema corte da Bahia e seus Juizes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. XI.

¹⁸⁹ AB'SABER, Aziz N. A época colonial: administração, economia, sociedade. In: **História geral da civilização brasileira**. V. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 56.

¹⁹⁰ Tribunais da relação da Bahia, Maranhão e Rio de Janeiro.

tradição de conferir à retórica normativa do Estado o discurso oficial do direito e da distribuição da Justiça.

Sob influência do direito romano, irradiado a partir da Universidade de Bolonha¹⁹¹, que reservava exclusivamente à autoridade real - investido em seus poderes pelo povo - a promulgação das leis, com vistas a “instituir, preservar e fazer progredir o bem comum”, inspirado em princípios do Digesto¹⁹², construiu-se a concepção ideológica de que a Coroa/Estado era a fonte da justiça e, portanto, tinha o monopólio do direito, que estava acima dos costumes e tradições.

Nesse sentido, o direito, expressão da justiça e da razão humana, estaria de uma vez por todas escrito em um Código, qual o *Corpus Juris Civiles* romano, cujo texto conteria todas as normas decisivas para regular a vida social, acessíveis aos cultores da ciência jurídica¹⁹³, formados nas universidades. Por essa concepção, somente o direito escrito oferecia garantias de racionalidade ante a irracionalidade dos costumes, permitindo uma ordem objetiva e permanente em face da instabilidade e transitoriedade dos contextos subjetivos.¹⁹⁴

Para lastrear a solene aplicação do império da lei, estruturou-se um hierarquizado aparato burocrático, gravemente rígido, incumbido de distribuir rigorosas penas, expressas em conceitos e discursos inflexíveis. A empresa colonial se iniciou como ação econômica e cultural da Coroa e se desenvolveu dentro da lógica de que o Estado deve presidir a dinâmica da organização social, a ser referenciada em leis compiladas nas “ordenações do reino.” Para tanto, a Coroa reunia, em seu sistema burocrático e militar, o monopólio da violência pública, sustentado na argumentação jurídica e na espada. No prólogo das Ordenações Filipinas, anunciava-se:

Necessária é em todo tempo a Justiça, assim na paz como na guerra, para boa governança e conservação da República e do Estado Real, a qual aos Reis convém como virtude principal, e sobre todas outras mais excelente, e em a qual, como em verdadeiro espelho, se devem eles sempre rever e esmerar: porque assim como a Justiça consiste em igualdade, e com justa balança dar o seu a cada um, assim o bom Rei deve ser sempre um, e igual a todos em retribuir e a premiar cada um segundo seus merecimentos.¹⁹⁵

¹⁹¹SANTOS, Boaventura de Souza. **A Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 121.

¹⁹² AB'SABER, Aziz N. A época colonial: do descobrimento à expansão colonial. In: **História geral da civilização brasileira**. V. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 21.

¹⁹³ CALVO GARCIA, Manuel. **Teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 17-18.

¹⁹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza S.A., 1999. p. 39.

¹⁹⁵ Ordenações e Lei do Reino de Portugal, recopiladas por Mandado d'el Rei D. Filipe o primeiro, 12a edição, segundo a nona, Coimbra, 1824, tomo I (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858, pp. XXV-XXVI). *Apud* SALDANHA, Nelson. **História das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho, 2001. p. 46. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1052/ideias_politicas.pdf?sequence=9>. Acesso em: 5 nov. 2018.

Para preservar e reiterar essa unidade ideológica, a Coroa instalou apenas um centro de formação dessa homogeneidade das elites. Esses letrados e altos funcionários da Coroa, responsáveis pela preservação da ordem social sob o magistério da Coroa, eram todos oriundos de um único centro universitário, Coimbra, sediado na Metrópole, encarregada de difundir os padrões de relacionamento entre o soberano e o súdito, a partir da sistematização dos fragmentos do direito romano, para consagração da supremacia do príncipe, da unidade do reino e da submissão dos súditos.¹⁹⁶ O Brasil colonial não mereceu sequer uma única Faculdade de Direito.¹⁹⁷

Esse caráter autoritário do Estado - que se apresenta como centro da produção política e jurídica e como motor da civilização - imprimiu uma gramática de relacionamento assaz hierarquizado e seletivo com a sociedade e o mercado. No Brasil, a sociedade, embora reconhecida como eixo de articulação necessário ao empreendimento exploratório colonial (o empreendimento colonial exige contingente humano), sempre fora vista - por sua própria dinâmica de desenvolvimento - como uma sociedade distinta da europeia, cuja natureza selvagem exigiria a intervenção corretiva do Estado, mediante a importação de símiles de instituições e procedimentos de além mar. Ao tempo colonial, sob um discurso que se legitimava na ideologia de transformação (do novo mundo) do estado de natureza para o estado civil, a estruturação das instâncias de decisão política, sob uma visão suspeita dos interesses locais, ocorrera por inspiração de configurações institucionais importadas do centro para a periferia¹⁹⁸, pelo transplante ou extensão de institutos e instituições jurídicas da metrópole lusitana.

A colonização foi, sobretudo, um empreendimento comercial e cultural da Coroa. O Estado, enquanto aparato de proteção a esses interesses, constituiu também uma empresa econômica, com seus conselheiros e executivos, de propriedade e direção do príncipe soberano. Ao invés de arrecadar tributos, pela movimentação de bens pelos particulares, o Estado participava da receitas dos negócios, de propriedade do soberano, monopolizando o comércio, sob a forma de cartório. O direito, a estrutura burocrática, por mais racionalizados que fossem pela ciência dos letrados de Coimbra - para o planejamento do empreendimento econômico e do domínio político da Coroa - não tinham o caráter moderno da impessoalidade

¹⁹⁶ FAORO, Raymundo: **Os Donos do Poder:** Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001. p. 27.

¹⁹⁷ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem:** a elite política imperial. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 36.

¹⁹⁸ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania:** para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003, p. 16.

e generalidade, e se ajustavam ao sabor dos contextos e dos personagens, quando envolvidos os interesses do tesouro ou do poder do soberano.¹⁹⁹

A herança patrimonialista herdada do período colonial concebeu um Estado fortemente centralizado, para o sucesso econômico, e se estende aos dias de hoje. Transitou todo o período colonial e fora reiterado com a inesperada vinda da Corte lusitana para o Brasil. Passados trezentos anos de colonização e exploração econômica, a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil em 1808, fugindo da invasão napoleônica, reabasteceu essa tradição centralista da administração lusitana e reforçou a autoridade da Coroa metropolitana. Todos esses anos de exploração colonial, de alguma forma, propiciaram o desenvolvimento de uma sociedade colonial, com a formação de elite dirigente local. O empreendimento colonial, por sua dimensão geopolítica, exigiu da Coroa trazer a participação de particulares, “amigos” do reino, no esforço de ocupação e exploração territoriais, concedendo a esses senhores de terras os privilégios da jurisdição e a responsabilidade por bem distribuir, em nome de *El-Rey*, a justiça, reservando-se ao rei a “mais alta superioridade e Real Senhorio.”²⁰⁰ Não dispondo a Coroa de recursos humanos suficientes ao empreendimento colonialista, foi-lhe necessário recorrer à cooperação de forças particulares, cooptadas por relações clientelistas entre Coroa e súditos. Esse relacionamento era presidido pela Coroa, mediante a lógica do favorecimento pessoal²⁰¹.

Esse sistema de trocas e lealdades entre Coroa e particulares – latifundiários ou grandes comerciantes –, mediante política de doações, favores e concessões cartoriais pela autoridade real, imprimiu toda uma gramática de relacionamento verticalizado entre Estado, sociedade e mercado.

A chegada da Coroa Portuguesa em 1808 reiterou o protagonismo do Estado, especializando-o em novos órgãos, revigorando suas forças e atraindo lealdades coloniais. Entre 1808 a 1818, o Príncipe Regente do Reino Português, agora com residência no Brasil, instituiu a imprensa, academias de cirurgia e marinha, fábricas, jardim botânico, praças de comércio, Banco do Brasil, Supremo Tribunal de Justiça.²⁰²

Nesse contexto, de Estado burocrático centralizador e sociedade patriarcal marcada pelo clientelismo e pela cultura autoritária do latifúndio (formado pela concessão de

¹⁹⁹ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Globo, 2001. p. 67.

²⁰⁰ Cf. Ordenações Filipinas, **Livro 2, Título LXV: Em que maneira os Senhores de terras usarão da jurisdição, que pelo Rei lhes for dada**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l2p467.htm>>. Acesso em: 10.04.2016.

²⁰¹ CARVALHO, José Murilo de. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**, organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007. p. 24.

²⁰² CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho , 2002. p. 179.

grandes lavas de terras a particulares pela Coroa), não houve espaço para o desenvolvimento das autonomias individuais, a partir de onde a cidadania prospera.

Se o movimento de independência das colônias europeias nas Américas deve sua inspiração ideológica ao espírito iluminista propagado pelo liberalismo político burguês, a tradução de suas ideias no Brasil recebeu a devida ressignificação e adaptação à paisagem cultural, para conformar-se com a tradição política exercida pelo centralismo de Estado, ainda herdeiro do período colonial.

Nossa independência em 1822, liderada pelo próprio príncipe herdeiro do Reino português, seguiu o modelo imperial centralista e, rechaçando todas as iniciativas divisionistas, manteve a unidade territorial, religiosa e linguística do País. A Constituição Imperial de 1824 - a despeito de reproduzir parte da retórica liberal política, como separação dos poderes²⁰³, catálogo de direitos garantias do cidadão²⁰⁴, princípio da legalidade, Poder Judiciário independente²⁰⁵ - se realizou no plano material concentrando poderes na figura do Imperador, caracterizando uma monarquia absolutista.

Não houve realização no campo prático da retórica liberal inscrita na Constituição Imperial de 1824.²⁰⁶ Nesse aspecto, a Constituição Imperial não exprimia fielmente os fatores reais de poder. Tomava de empréstimo textos hauridos em experiências

²⁰³ Art. 9º. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

²⁰⁴ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei [...] V. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar. V. Ninguém pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica. [...] VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. (,,,) XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos. XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. [...] XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

²⁰⁵ Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civil, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

²⁰⁶ “Com o se verifica, o descompasso entre as afirmações formais da Constituição e o que ocorre na prática ainda é um a das características do sistema jurídico-social brasileiro. Tal desencontro, que vem desde a primeira Constituição, de 1824, e não foi eliminado pelas várias Constituições posteriores, é, sem dúvida, um dos fatores responsáveis pela instabilidade política, que tem sido um a constante na vida brasileira.” Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e evolução do Estado brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 72(1). p. 334. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66800/69410>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

alheias, como mera estética ou adorno, sem qualquer regência sobre a realidade social.²⁰⁷ Do mesmo modo em que flertou com o discurso da liberdade, tornando-o cerne inviolável dos direitos dos cidadãos, de outra parte acolheu o cenário escravagista da sociedade, negando no plano da realidade o próprio cânone liberal. Enfim, a passagem de Colônia para a condição de Império, não obstante as modificações no discurso normativo, inspiradas nas ideias liberais francesas, não provocou uma mudança na gramática social brasileira. A herança colonial concernente a uma população analfabeta, sociedade escravocrata, economia monocultora e latifundiária, Estado absolutista²⁰⁸, se estendeu no Império independente brasileiro, mantendo o poder central na Corte do Rei.²⁰⁹

O centralismo de Estado restou garantido no exercício do Poder Moderador conferido a um Imperador “inviolável e sagrado”, por meio do qual intervinha diretamente na arena política resguardando os interesses da Coroa,²¹⁰ sem que se submetesse a qualquer controle político ou judicial, pois o Imperador não estava sujeito a qualquer responsabilidade.²¹¹

A proclamação da República no Brasil, em 1889, não mudou o cenário social excludente, configurado do período Imperial. O estilo autoritário de exercício político se reproduziu na República. O povo permaneceu à margem do processo político. Liberdade de expressão, de reunião, de exercício profissional, direto de propriedade, já constavam do catecismo liberal da ordem constitucional Imperial.

Em relação aos direitos políticos, o novo arranjo manteve a política nas mãos das elites, restringido a participação política. O voto permaneceu como um dever, uma função social, não um direito. No Império e na República, os pobres permaneceram excluídos dos processos políticos, seja por exigência de rendas ou de letras, como também mendigos, mulheres, praças, membros de ordem religiosas.²¹²

²⁰⁷ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001. p. 40.

²⁰⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 18.

²⁰⁹ OLIVEIRA VIANNA. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho do Senado Federal, 1999. p. 11.

²¹⁰ Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

²¹¹ Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

²¹² CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. p. 44.

O movimento republicano fora protagonizado pelas elites agrárias do País, especialmente de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. Ocorrera mirando-se no exemplo liberal norte-americano, sob a retórica da descentralização política e valorização dos grupos locais, conferindo aos Estados (antigas províncias no Império) o direito de promulgarem constituições estaduais, instituírem forças públicas, editarem códigos judiciais, o direito de contrair empréstimos exteriores²¹³.

Todavia, sem qualquer participação popular no movimento de proclamação da República²¹⁴, o exercício político da retórica constitucional da descentralização em nada transformou as estruturas relações de poder entre Estado, sociedade e mercado. A política permaneceu refém de uma prática social excludente. Durante a vigência da Constituição de 1891, que fundou o quadro normativo da República brasileira e se estendeu por quarentas anos, até a Revolução de 1930, houve uma prática reiterada de violação constitucional pelos governantes.²¹⁵

Tanto a Constituição Imperial de 1824, que inaugura a forma legal de *Estado nação*, quanto a Constituição Republicana de 1891, sob fórmulas universais e abstratas de inspiração liberal, não tiveram efetivação na experiência política nacional e no comportamento prático do brasileiro. Ambas as Cartas Constitucionais tomaram de empréstimos referências normativas em nada próximas ao nosso contexto social e político, como se fosse possível dobrar a realidade política e os hábitos sociais para harmonizar a prática política nacional e o comportamento social na vida pública²¹⁶, mediante uma organização política artificial²¹⁷.

Importadas de outras terras e culturas pelos bacharéis das elites dirigentes formados na Universidade de Coimbra – único centro formador das elites políticas do reino lusitano, responsável pela unidade homogeneizadora do desenvolvimento burocrático²¹⁸ – ou, posteriormente a 1827, nas Faculdades do Recife e do Largo do São Francisco, em São Paulo, as duas Cartas Constitucionais (1824, 1891) traziam consigo a inspiração e o traço iluministas a serem efetivados em uma paisagem social matizada pelo ruralismo, personalismo, familismo, escravagismo e absolutismo político.

²¹³ AQUINO, Rubim Santos Leão de, *et al. Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 84.

²¹⁴ CARVALHO, José Murilo de, *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 141.

²¹⁵ PAIM, Antônio. Oliveira Viana e o pensamento autoritário no Brasil. In: *Instituições políticas brasileiras* / Oliveira Viana. Brasília : Conselho do Senado Federal, 1999. p. 11.

²¹⁶ OLIVEIRA VIANNA. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília : Conselho do Senado Federal, 1999. p. 354.

²¹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 35.

²¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 36.

Essa importação de institutos alienígenas por suposto exercício de razão científica, como expressão de uma estética constitucional, não se ajustara, todavia, à realidade social brasileira, marcada pelo patrimonialismo²¹⁹ e autoritarismo, com condições e configurações geográficas, econômicas, políticas, muito distantes e díspares dos centros produtores dos valores e conceitos do movimento liberal²²⁰.

Importante trazer o parágrafo com que Sérgio Buarque abre *Raízes do Brasil*:

A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.²²¹

Havia, pois, uma profunda clivagem entre palavra e ação, entre texto e contexto. O liberalismo inscrito em prosa nessas duas cartas constitucionais brasileiras foi, então, um privilégio de uma categoria profissional²²², denominada bacharel, com baixa eficácia na transformação do arranjo institucional e burocrático construído pelo mercantilismo colonialista.²²³

A Revolução de 1930 encerrou o período da Velha República, restaurando a prática centralista de exercício da política em torno da unidade de poder, agora enfeixada na União. O funcionamento oligárquico do sistema político da Velha República (Primeira República) havia fragmentado o País agravando as distorções regionais, com a monopolização da política pelas elites dos Estados Centrais.

Esse movimento, retomando o processo de integração nacional e iniciando o processo de modernização industrial do país, atualizou a pauta da centralização política do Estado e se distanciou do discurso da descentralização política do federalismo, propugnado na aurora da República, sob argumento de que essa lógica liberal, ao invés de conferir espaço ao desenvolvimento das subjetividades individuais, acabara por consolidar o domínio político de

²¹⁹ “El feudalismo y el patrimonialismo suelen ser identificados con una etapa de privatización del poder público, que cobra precisamente El aspecto de ser una propiedad personal, patrimonial del detentor.” Cf. RABOTNIKOF, Nora. El espacio público: caracterizaciones teóricas y expectativas políticas In: QUESADA, F. **Filosofia política I: ideas políticas, movimientos sociales**. Madrid: Trotta, 1997. p. 137.

²²⁰ OLIVEIRA VIANA. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília : Conselho do Senado Federal, 1999. p. 320.

²²¹ HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31.

²²² ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: O Bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 75.

²²³ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 22. Ed. São Paulo: Nacional, 1987.

grupos oligárquicos dos Estados centrais mais desenvolvidos, como São Paulo e Minas Gerais, que passaram a conduzir os destinos políticos da nação, instituindo o que se passou a chamar república do café com leite. Café, em referência às oligarquias de São Paulo, cultivadores e exportadoras desse produto, e leite, em relação às elites agrárias do Estado de Minas Gerais. O Movimento de 1930 reclamava que a Constituição de 1891, ao inscrever instituições liberais sob um modelo federativo que prestigiava a autonomia dos governos locais, acabara por dar ensejo ao fortalecimento de grupos oligárquicos nos Estados que passaram a dominar o governo nacional, instituindo a conhecida política dos governadores, controlada pelos Estados de Minas e São Paulo.²²⁴

A Revolução de 1930 preparou a instituição do “Estado Novo”, atualizador da prática centralista de exercício político que havia sido atenuada pela prática política oligárquica da primeira República de 1891, e anunciou a necessidade de intervenção do poder público na atividade econômica²²⁵, com a determinação de encetar o processo de modernização do País, por sua via de industrialização, despedindo-se da retórica teórica do *laissez-faire* da República Velha.²²⁶

Recupera, pois, o modelo civilizador de Estado, presente em nossa tradição política, haurido do regime colonial, e assume um papel reformador, patrocinando nova ordem econômica, com fundamentos nas indústrias de base (siderurgia e petróleo) e na construção de infraestrutura para o capitalismo de larga escala.²²⁷

Essa modernização pelo Estado, de caráter civilizador, à luz de um discurso centralizador do exercício do Poder, repercutiu na dinâmica de nossa política e ganhou ressonância no desenvolvimento histórico do Estado brasileiro, alcançando os dias atuais e condicionando o modo de exercício da cidadania. Oliveira Vianna chegou a defender o exercício autoritário desse centralismo político como estratégia viabilizadora do próprio liberalismo. Em seu sentir, a tentativa de implantação do liberalismo mediante a descentralização política entre as unidades federadas e o correspondente prestígio das

²²⁴ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: **A democracia brasileira. Balanços e perspectivas para o século 21**. Carlos Ranulfo Melo, Manuel Alcântara Sáez (organizadores). Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 21.

²²⁵ A Constituição de 1934 abre o seu texto com a seguinte proclamação: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.”

²²⁶ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979. p. 71.

²²⁷ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 153.

autoridades locais apenas reforçariam a natureza clânica da cultura brasileira,²²⁸ produzindo práticas políticas excludentes e imunes à sua participação.

Esse processo de modernização pela via da industrialização, com enorme repercussão no processo de urbanização e na potencialização das distorções sociais, exigiu uma atualização no sistema jurídico-político, para se implementar, pela via normativa, a modificação da configuração social agrária do País, sedimentada ainda no período colonial e reiterada na primeira República. Houve uma profunda reforma no sistema normativo, com a edição de um código eleitoral de caráter nacional, com a incorporação de novas categorias sociais no processo eleitoral, sobretudo os segmentos médios urbanos, os beneficiários com o novo modelo de desenvolvimento. Esse sistema político, embora incluísse novos setores sociais, mantinha bases “corporativas, repressivas e desmobilizadoras”,²²⁹ especialmente pela influência das doutrinas positivistas, que erigiam bandeiras de reformas e fortalecimento de Estado, movidos pela ideia de progresso e controle social.²³⁰

O elitismo político exerceu a política sob a retórica da representação política da nação, mantendo as massas populares estrategicamente afastadas das decisões e cuidadosamente imantadas. O monopólio do exercício político pelo Estado foi uma constante na prática constitucional brasileira. A homogeneidade ideológica das elites decorre de estratégias de socialização na educação superior (reduzido número de faculdades de direito)²³¹, nos modos de ocupação de cargos públicos e políticos.²³²

Nesse sentido, a burocracia estatal sempre se apresentou como uma espécie de antecedente histórico e necessário em relação à sociedade, e seguiu nessa posição privilegiada ao longo da história política brasileira. Contudo, a burocracia e a elite dirigente sempre se entrelaçaram. Relações impessoais próprias da burocracia tiveram de conviver e se amalgamarem com as relações pessoais de compadrio, caracterizadora da elite dirigente. A estrutura formal do Estado, expressão do governo centralizado sob discurso racional e profissional concernente a toda burocracia, sempre foi flexibilizada para acomodar as forças

²²⁸ OLIVEIRA VIANA. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília : Conselho do Senado Federal, 1999. p. 320.

²²⁹ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 153.

²³⁰ AQUINO, Rubim Santos Leão de, *et al.* **Sociedade brasileira**: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 323.

²³¹ CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 36.

²³² ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: **A democracia brasileira. Balanços e perspectivas para o século 21**. Carlos Ranulfo Melo, Manuel Alcântara Sáez (organizadores). Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 19.

políticas, sociais e econômicas coloniais.²³³ A prática política é excludente, porque temos também uma prática social excludente.

Esse convívio necessário do Estado com as forças sociais dirigentes não afastou o protagonismo do poder central ao longo da experiência política brasileira na convivência com uma sociedade fortemente estruturada por práticas elitistas. No Brasil, houve uma declarada opção pela centralização política e administrativa, ora em defesa da unidade nacional, nos albores da independência, ora em defesa da modernização econômica pela via da industrialização, a partir da Revolução de 1930, com a preponderância da União sobre a federação.²³⁴

Isso impõe efeitos permanentes no arranjo federativo, nos modelos de regulação sóciojurídica, na convivência entre sociedade e Estado, na hierarquia, na qualidade e característica desse relacionamento, bem como em relação aos modelos teóricos que inspiram a prática política, nos critérios de legitimação e efetivação do poder.

Esse modelo de relacionamento hierarquizado adotado na prática política brasileira entre Estado e sociedade, em que o primeiro comparece como centro produtor dos valores, repercute no comprometimento do processo de construção das autonomias individuais e sociais, e, por conseguinte, na qualidade da cidadania.

No momento em que o Estado assume a exclusividade e monopólio da definição dos destinos da nação, sob a retórica de agente impulsionador da civilização, corre-se o risco político de se verem reprimidas pelo protagonismo estatal as iniciativas de liberdade e de reivindicações cívicas que caracterizam uma cidadania ativa²³⁵. A realização de uma agenda civilizatória definida e promovida exclusivamente pelo Estado inibe a participação das singularidades nos espaços de decisões, e acaba por inviabilizar a própria construção da democracia.

Contra essa tradição autoritária dos processos políticos e sociais, a Constituição de 1988 levanta-se, trazendo uma nova retórica de afirmação da cidadania, desenhando instituições voltadas a efetividades dos valores democráticos.

²³³ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial. A suprema corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 292.

²³⁴ ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: **A democracia brasileira. Balanços e perspectivas para o século 21**. Carlos Ranulfo Melo, Manuel Alcântara Sáez (organizadores). Belo Horizonte: UFMG, 2007. p. 17.

²³⁵ VIANNA, Luiz Werneck... [et. al.], **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renan, 1999. p. 23.

2.4 A Constituição de 1988 e a cidadania: Nova programação e novos arranjos institucionais

A cidadania é conceito histórico e permanece tema problemático no Brasil. Parece não ser igual para todos os brasileiros. Passadas quase três décadas do processo de redemocratização do País, promulgada a Constituição de 1988, o Brasil do século XXI, herdeiro do Estado Colonialista ibérico, depois monárquico e soberano, que, a partir da primeira metade do século XX, se fez industrial, intervencionista, regulador e prestador de serviços. O Estado da Era Vargas,²³⁶ ainda ostenta baixos índices de desenvolvimento humano e social, um indicativo de que as capacidades e as oportunidades não estão bem distribuídas.

Nas três dimensões básicas do desenvolvimento humano - renda, educação e saúde -, onde se atribui maior destaque à “riqueza das vidas humanas”,²³⁷ podemos avaliar que o Brasil, a despeito da magnitude de suas riquezas e de suas rendas,²³⁸ continua a ser um País injusto e com cidadania restrita a determinadas classes. Cidadania, entendida à conta de Marshall, concernente a direitos civis, políticos e sociais.²³⁹

Os recentes protestos de 2013 estamparam o difícil paradoxo brasileiro: a riqueza do Brasil, convivendo com graves desigualdades sociais e econômicas, em meio a um sistema político que se faz ainda excludente à participação democrática. Os protestos, embora com pauta difusa, porque não organizados a partir de instituições, reclamavam, enquanto movimento social e cívico, da qualidade nos serviços públicos e do sistema político, vulneráveis à corrupção e infenso à participação e contribuição da cidadania.²⁴⁰

Na articulação entre grupos de interesses privados e burocracia pública, há um entrelaçamento simbiótico de interesses, gerando processos opacos a *accountability*. Por riqueza e por prestígio, as forças econômicas e públicas podem articular-se ao longo do processo histórico, reproduzindo uma institucionalidade excludente, mantenedora e geradora de desigualdades sociais, terreno estéril à germinação da cidadania plena.²⁴¹

²³⁶ SANTOS, Wanderley Guilherme. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p. 27.

²³⁷ CLARK, Helen. **Relatório do desenvolvimento humano 2015**. p. IV. Disponível em: <http://pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

²³⁸ <http://www.suapesquisa.com/o_que_e/pib.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2016.

²³⁹ MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

²⁴⁰ VIANNA, Luiz Werneck. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/521147-a-busca-por-reconhecimento-e-participacao-politica-o-combustivel-das-manifestacoes-entrevista-especial-com-werneck-vianna->. Acesso em: 10 de abril de 2016.

²⁴¹ “Outra é a situação que se pode descortinar para os países periféricos latino-americanos, como o Brasil, marcados por crescentes desigualdades sociais, marginalização de largos setores da população, instituições historicamente tuteladas e dominadas, intervencionismo patrimonialista estatal e ineficácia de uma justiça demasiadamente formalista e burocrática. Nesse tipo de estrutura sócio-política, como a sociedade brasileira, as

O abismo social constitui uma herança histórica, permanente em nosso cenário. Mesmo com a intensificação dos processos de modernização do País em larga escala, a partir de 1930, esse abismo se reproduziu, com a sociedade dividida entre aqueles que conseguiram adaptação com os novos processos produtivos e aqueles que foram lançados à margem desses processos.²⁴²

O Estado no Brasil sempre assumiu o papel ideológico de motor do desenvolvimento e da civilização. O Estado no Brasil sempre foi um grande empreendimento, com dimensão econômica bem evidenciada, com expressiva presença nos campos políticos e sociais.

O modo de ser do Estado brasileiro, como grande empreendimento econômico e cultural, reproduziu-se na forma como se relaciona com mercado e sociedade. Quase sempre sublimando a cidadania ou restringindo-a a determinadas classes sociais. A partir da Revolução de 1930, as dimensões regulatória e intervencionista ficaram mais pronunciadas. Mediante entidades governamentais adrede formatadas, restou expressa nos textos constitucionais a regulação dos direitos econômicos e sociais e a intervenção do Estado na efetivação desses direitos.

Esse papel protagonista do Estado, amortecendo os conflitos gerados no processo de industrialização que se anunciava, viabilizava a realização de direitos sociais a parcela da sociedade que participava do processo industrial e do correspondente processo de urbanização. O Estado assumiu um papel de caráter assistencial e protetivo na efetivação dos direitos sociais, gestando uma espécie de cidadania passiva no Brasil, mediante inclusão seletiva de classes sociais.

A realização dos direitos pelo Poder Executivo, de modo seletivo e não abrangente, perfazia-se como um favor institucional, de modo verticalizado, e não como uma reivindicação de classe. O Estado protagonista político e econômico, prestador de serviços públicos, afugentava a participação política e limitava as liberdades públicas, não reconhecendo também a diversidade cultural que sempre matizou o País.

O período militar descerrado em 1964, no contexto da Guerra Fria, após a distensão política de 1946, recondiciona a coluna vertebral do Estado brasileiro, expressa no

prioridades passam obrigatoriamente pela democratização do Estado, pela formação de uma cidadania coletivo-participativa e pela descentralização e avanço da sociedade civil.” Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 288.

²⁴² SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 54, fevereiro/2004. p. 89. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2018.

verticalismo nas relações de poder e no modo excludente dessa relação. Por esse período, a burocracia técnica, por meio de um discurso fincado na governabilidade e no crescimento econômico, é prestigiada e os espaços de manifestação política acabam restringidos.

Esse processo de restrição política sustentou-se politicamente na expansão econômica e na estruturação logística do País. Com o passar dos anos, esgotou-se por fatores econômicos, que provocaram sua crise de legitimação. O modelo não conseguiu fazer frente ao quadro de vulnerabilidade da economia brasileira, impactada por condicionantes externos e internos (choque do petróleo, elevação da taxa de juros internacionais, endividamento externo crescente, pressões inflacionárias), a partir da segunda metade da década de 70,²⁴³ mostrando-se insuficiente para dialogar com as novas forças sociais, equacionar e administrar as assimetrias advindas do processo de modernização no Brasil.²⁴⁴

No início da década de 1980, as manifestações nos sindicatos, nas universidades, nas mais diversas esferas sociais, iniciam processo de reivindicação da democracia, com a queda do regime militar e a promoção de nova ordem constitucional.

Desde então, Sociedade, Estado, Mercado tentam realizar, com base no programa democrático e republicano, o discurso da nova institucionalidade, para fazer frente às demandas emergentes de um contexto econômico, cultural e político matizado por um processo de modernização extremamente violento e excludente²⁴⁵, com relevante dependência dos mercados externos e grave vulnerabilidade aos processos de globalização.

²⁴³ GREMAUD, Amaury Patrick.. **Economia brasileira contemporânea** / Amaury Patrick Gremaud, Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos, Rudinei Toneto Júnior. – 6. ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2006. p. 422.

²⁴⁴ “A crise da aliança tecnoburocrático-capitalista e, portanto, do regime militar autoritário brasileiro teve início em 1975 com a campanha da burguesia contra a estatização; agravou-se depois do pacote de medidas autoritárias de abril de 1977; amainou com as medidas de abertura política, culminadas com a extinção do Ato Institucional nº 5, que conferia poderes discriminatórios ao presidente da República, e com a capacidade que teve afinal o Presidente Ernesto Geisel de fazer seu sucessor, o Presidente João Figueiredo, no final de 1978; continuou em fogo brando nos dois primeiros anos do governo Figueiredo graças às novas medidas de abertura política - a anistia e as eleições diretas para os governos dos estados - e devido ao relativo fracasso enquanto movimento político das grandes greves de 1979 e 1980 em São Paulo; agravou-se novamente em 1981 com a incapacidade do Presidente Figueiredo de fazer frente aos grupos militares de extrema direita envolvidos no episódio da explosão no Riocentro, e continuou a se agravar em 1982, com a criação de casuísmos eleitorais para evitar a vitória completa das oposições nas eleições do final daquele ano. E agora, depois das eleições e da submissão do governo brasileiro às exigências ou "condicionalidades" do Fundo Monetário Internacional, esta crise alcança seu auge.” Cf. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Os limites da "abertura" e a sociedade civil. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 23, n. 4. dec. 1983. p. 29. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901983000400001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 out 2018.

²⁴⁵ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

A efervescência social ocorrida ao tempo do processo constituinte, com a sociedade civil mobilizada, reivindicando democracia e justiça social²⁴⁶, reflete no texto constitucional esse sentido de ruptura com a tradição autoritária perpetrada pelas elites no Brasil e de abertura para inovação na ordem social, mediante efetivação de direitos. A Constitucionalização de direitos trazidos da experiência internacional inscrita nos tratados internacionais de direitos humanos e que positivaram os sentimentos políticos da época constituinte pretende instituir novos padrões de convivência entre Estado, sociedade e mercado, abrindo horizontes simbólicos e valorativos ao desenvolvimento de uma cultura da cidadania e dos inerentes controles sociais da vida pública democrática.

A abertura para os tratados internacionais e a reprodução de direitos humanos acolhidos no texto como diretos fundamentais acabam por aproximar o discurso da cidadania no Brasil ao discurso dos direitos humanos, levando o princípio da dignidade humana a estabelecer as fontes de sentido da própria cidadania. Esse sentido da Constituição deve então iluminar e referenciar a dinâmica de realização constitucional no plano prático, atrelando os sentidos institucionais aos novos sentidos da Constituição.

Para efetivar esses novos horizontes no plano prático, equipou a cidadania de mecanismos de controle e de participação da vida institucional, desenhando arranjo institucional aberto a reivindicações por intervenções individuais ou coletivas, legitimando entidades para demandas coletivas, para garantir a força normativa dos direitos anunciados, dispondo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”²⁴⁷.

A Constituição, além de estabelecer garantias individuais de contenção e de limitação de poderes, protegendo a liberdade individual e coletiva das interferências autoritárias de Estado, proclama discurso programático com metas e finalidades, a serem perseguidas pela institucionalidade, em garantia à dignidade humana, centro de gravidade da vida constitucional.

²⁴⁶“Assim, no quadro político da transição democrática no Brasil, a fossilização e o descrédito crescentes da extinta União Soviética (que gradativamente deixava de constituir uma “ameaça”); a plena incorporação das bandeiras da democracia às plataformas dos movimentos de esquerda em nível mundial (o que facilitava o diálogo de setores da esquerda brasileira com o regime no processo de transição)³; a cruzada internacional pela promoção dos direitos humanos no Brasil; o gradual fortalecimento do multilateralismo e do direito internacional; o avanço da integração na Europa (que se contrapunha às desconfianças e hostilidades entre regimes militares e antidemocráticos da América Latina) – fenômenos aliados, no plano econômico, à difusão de novas tecnologias e serviços nos EUA; à emergência dos países de industrialização recente da Ásia-Pacífico e, por último, à passagem das economias baseadas em matérias-primas para as assim chamadas economias do conhecimento, solaparam as bases de sustentação do pacto industrial-tecnocrático-militar hegemônico, a partir de 1964”. Cf. CRUZ JÚNIOR, Ademar Seabra da. *Constituinte e democratização no Brasil: o impacto das mudanças do sistema internacional*. São Paulo: **Lua Nova**, 88, 2013. p. 237. Acesso em: 1 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a08n88.pdf>>.

²⁴⁷Art. 5º, §1º, CF.

A chave de interpretação constitucional, de interpretação das instituições, da chamada “sala de máquinas” que vai desenvolver esse plano de justiça substantiva, com acesso à cidadania²⁴⁸ no Brasil, deve tratar o texto constitucional como resposta institucional ao contexto de restrição que envolvia todo o processo social e político que culminou com a Constituinte.

A Constituição elege a democracia como mediação necessária nos diálogos que a institucionalidade deve imprimir com os desafios sociais e políticos do Brasil, trazendo um conjunto de metas e de objetivos substantivos que deve materializar-se no plano prático, pela mediação da democracia.

As palavras de Tércio Sampaio anunciam com precisão esse compromisso constitucional com a transformação da social:

A Constituição brasileira de 1988, nesse sentido, nasceu de uma esperança. Ela está voltada para uma expectativa de concretização, concretização de suas aspirações sociais que embasam firmemente os movimentos políticos que sucederam a tecnocracia desenvolvimentista da Revolução de 64. O mal-estar geral de uma nação que teme em acreditar, que assiste impotente às manobras políticas de classes permanentemente dirigentes, que sofre as mazelas de uma profunda e radical injustiça social, trouxe à luz um texto conturbado, tecnicamente difícil de sistematizar-se e por isso mesmo fácil de ser manipulado, distorcido, arranhado, posto de lado, esquecido.²⁴⁹

A institucionalidade herdada do regime anterior deve ser recepcionada pela Constituição de 1988, a partir dos novos sentidos, a serem *vetorizados* pelos compromissos que presidiram a proclamação do novo regime constitucional. Essa ressignificação da maquinaria burocrática é uma tarefa complexa, sobretudo porque o novo regime constitucional de 1988 teve de recepcionar um acervo institucional estruturado na dinâmica histórica, com códigos operacionais construídos sobre outro universo de valores.²⁵⁰

Percebendo a heterogeneidade da sociedade, o caráter plural sobre o conceito de bem comum, a Constituição confia na democracia, na participação, na representatividade das instituições, positivando, por seu turno, um catálogo de direitos humanos, que deve servir de

248

GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo. **Nueva Sociedad**, n. 257, julio-agosto de 2015. p. 99. Disponível em: <http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

²⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito e Cidadania na Constituição Federal. São Paulo: Secretaria dos Negócios da Justiça, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 47/48. 1997. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

²⁵⁰ KINZO, Maria D’Alva G. **A democratização brasileira**: um balanço do processo político desde a transição. São Paulo: Perspec. [on-line]. 2001, vol.15, n.4. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 dez. 2017.

referência de sentido às decisões. Além de elencar direitos civis, políticos, de listar direitos sociais, a Constituição protege expressamente sujeitos mais vulnerável da sociedade.²⁵¹

Como esses segmentos sociais podem entrar em conflito, pelas concepções distintas e muitas vezes concorrentes do que seria a concepção de vida, *i.e.*, estas parcelas sociais têm conceitos distintos de bem comum, torna-se assaz problemática e complexa uma coesão política com o mínimo de opressão.²⁵²

Também, a Constituição positiva direitos humanos, tornando-os fundamentais e vinculando os três poderes. Em seu texto, há a anunciação de valores da democracia, da dignidade humana, da justiça social, com força normativa para ganhar concretização no plano prático e para influenciar a agenda social do Estado, mediante a disponibilização de arranjo institucional que ostenta independência da vida política partidária, com portas abertas pela garantia do acesso à justiça, seja para *accountability*, seja para reivindicação de institucionalização de direitos fundamentais na vida social e política,²⁵³ caracterizando a participação do cidadão na formação das vontades públicas.

A Constituição anuncia uma ruptura com a tradição política no Brasil, expandindo o horizonte simbólico e valorativo das configurações institucionais construídas no processo histórico brasileiro: adotou um modelo republicano e democrático de exercício da política e de convivência social, instituindo todo um arranjo institucional de garantia de sua efetividade.

República Federativa e Estado Democrático de Direito constituem, portanto, os dois grandes eixos da nova temática constitucional, e representam uma necessária ressignificação de sentidos nos arranjos institucionais brasileiros, inclusive quanto ao papel do Judiciário, ao exercer o equilíbrio entre as tensões que possam surgir entre a representação política majoritária e o catálogo de direitos humanos positivados como direitos fundamentais na Carta Magna.

²⁵¹ “Além dos direitos universais, a Constituição também voltou os seus olhos para a proteção dos sujeitos em situação de maior vulnerabilidade, instituindo normas voltadas à defesa de mulheres, consumidores, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, afrodescendentes, quilombolas, pessoas com deficiência e presidiários.” Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.1.233 KB: e- pub.

²⁵² ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southert California Law Review* 74, 2001. p. 1310. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5051/52a584c8e61e40ba7d958f713efcc9cc04f0.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

²⁵³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Rio de Janeiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, 1999. p. 63. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

A Constituição articula República e Democracia, como premissas valorativas da vida política e social, que se co-implicam e se complementam. Embora complementares, República e Democracia estão em permanente tensão, uma para com a outra. Complementares, na medida em que valores republicanos constituem condição de possibilidade da própria democracia e vice-versa. Da mesma forma, a democracia garante a permanência dos valores republicanos, impedindo sua degradação. A ausência da democracia impede a efetivação de valores republicanos. Apesar da recíproca complementaridade, esses dois vetores, República e Democracia, estão em permanente tensão, pois na medida em que se prestigia um deles, isolada e exageradamente, os dois valores acabam entrando em conflito entre si.

Pelo eixo republicano, a Constituição apresenta uma pauta programática de atuação dirigente pelo Estado na realização de justiça social, com um catálogo de direitos sociais e de compromissos institucionais, que endossam a excelência de uma prática política em direção ao bem comum e à igualdade material na comunidade política. Os ideais republicanos qualificam a inclusão e participação cívica nas deliberações, a fim de que o discurso democrático não se reduza a uma retórica vazia e volúvel. Enfim, imprime consistência e estabilidade ao discurso democrático.

Pelo eixo democrático, a Constituição conclama uma cultura de participação plural²⁵⁴, com um acervo de garantias e procedimentos que não apenas disciplinam as regras do jogo político e emplacam a contribuição dos interessados na convivência com os conflitos, mas, sobretudo, viabilizam a inclusão de todos e a influência dessa participação nas deliberações e decisões de poder, legitimando a configuração institucional pelo reforço da contribuição e reconhecimento dos grupos sociais e culturais.²⁵⁵ Pelos ideais democráticos, a construção social da realidade²⁵⁶ política passa a ser não uma hegemonia e unidade coletiva, mas uma constelação coletiva, onde se veem contempladas e reconhecidas a contribuição das vontades dos cidadãos individuais e a participação dos mais diversos segmentos.

De um lado, a solidariedade com a comunhão de valores republicanos, com vistas à consecução do bem comum e da igualdade material, a serem realizados em uma sociedade matizada por desigualdades regionais, sociais e econômicas, engendradas em um

²⁵⁴ No Preâmbulo da Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

²⁵⁵ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000. p. 298.

²⁵⁶ BERGER, Peter L. **A construção social da realidade**: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 1985.

processo histórico colonialista e excludente; na outra vertente, democrática, a Constituição projeta uma superação da prática elitista de exercício da política, que marcou o cenário histórico, em que o Estado compareceu, protagonizando o papel principal, deixando à sociedade um papel meramente coadjuvante e passivo.

A Constituição não adotou exclusivamente o modelo de democracia indireta, ao modo da democracia liberal, em que a representação política, alçada a partir de indicadores quantitativos (maioria), monopoliza a vontade geral da nação.²⁵⁷ Ao contrário das demais constituições, que repetiam o jargão de que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”, a atual Constituição rompeu com essa retórica advinda do modelo liberal e acrescentou a forma direta de exercício democrático²⁵⁸, admitindo as contribuições da cidadania nas deliberações de poder. Em seu art. 1º, parágrafo único, prescreve que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Como estratégia de se densificar a democracia direta, a Constituição disponibiliza ao cidadão arranjos institucionais abertos e porosos aos controles sociais e à participação política do cidadão.

Essa possibilidade de exercício direto desse poder no sistema judicial, que se apresenta no cenário político como instância independente das esferas do Legislativo ou Executivo, propicia ao cidadão e aos grupos sociais a impugnação da atuação dos demais poderes, abrindo oportunidades a interferências na vida política.

No contexto do Estado Democrático de Direito, registre-se, o elemento democrático não foi levantado apenas para controlar o poder, limitando o seu exercício para impedir o arbítrio no exercício dos poderes públicos. O elemento democrático foi construído também como estratégia de legitimação do poder,²⁵⁹ como mecanismo de inserção das participações e de valorização das contribuições advindas do cidadão nos processos de decisões de poder.

Os direitos fundamentais, as instâncias de garantia de eficácia social desses direitos e as garantias de acesso a essas instâncias à cidadania conformam a elaboração horizontal da vontade política, essa participação cívica, essa autodeterminação, esse autogoverno da sociedade nos espaços públicos, como vínculos de solidariedade, estruturados

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 278.

²⁵⁸ PASTANA, Débora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**. Discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Unesp, 2009. p. 49.

²⁵⁹ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

para o bem comum.²⁶⁰ O Estado Democrático de Direito acolhe esses direitos fundamentais, como constructos da materialização de uma justiça substantiva.

Esse espírito de construção da cidadania, pela participação em demandas em arranjo institucional autônomo em relação aos sistema político/partidário, expressa-se nos mecanismos de intervenção direta da soberania popular na vida política e administrativa do Brasil. Uma mirada no programa constitucional e se observam inúmeros dispositivos, propiciando a participação política da cidadania, entre os quais, o plebiscito, a iniciativa popular de processo legislativo (art. 14), a contribuição comunitária na gestão e deliberação de políticas públicas, como as relativas à seguridade social (art. 194), à urbanização (art. 204),²⁶¹ aos interesses de crianças e adolescentes (art. 227), e a possibilidade de controle social das contas públicas (art. 30, §3º).²⁶²

Essa possibilidade de intervenção participativa da cidadania ganha especial realce político na medida em que a Constituição se apresenta no cenário institucional como possibilidade de a cidadania reivindicar a efetividade de programa de sentidos a ser implementado na vida social, com extensa pauta de direitos materiais, entre os quais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6º).

Essa abertura constitucional à participação do cidadão na vida política e social não está desamparada e sem referências. Há um arranjo institucional desenhado para o processamento dessa participação nos espaços de decisão, como também há na Constituição as referências normativas que devem pautar essa atuação da cidadania e dos órgãos de poder, qualificando o processo de deliberação social e pública em direção à solidariedade social.

Portanto, a Constituição, ao prestigiar o exercício da democracia participativa, afasta-se dos modelos constitucionais anteriores, que remetia ao Executivo a realização de sua

²⁶⁰ HABERMAS, Junger. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 270.

²⁶¹ “O sistema político gerado pela Constituição de 1988 é um sistema híbrido que incorporou na sua organização amplas formas de participação no plano do processo decisório federal, assim como, no plano local. Duas formas principais de participação foram geradas pela Constituição de 1988: uma primeira, a participação direta através da expressão da soberania por meio de plebiscitos, referendo e iniciativas populares, parece ter sido a preferência do legislador constitucional, ainda que o seu exercício pós-Constituição de 1988 não tenha sido muito grande. Uma segunda forma de participação, centrada no nível local, proliferou como decorrência da incorporação da participação exigida por alguns capítulos de políticas sociais da Constituição de 1988, em particular, os capítulos da seguridade social e da reforma urbana. [...] o Brasil, a partir de 1988, passou a integrar um grupo bastante seletivo de países que não têm na representação o monopólio das formas de expressão política institucionalizadas. Do ponto de vista da arquitetura política, poucos países têm essa formulação presente no plano constitucional, ainda que um número relativamente grande de países tenha presente essa combinação entre representação e participação na sua estrutura política.” Cf. AVRITZER, Leonardo. Reforma política e participação no Brasil. In: **Reforma política no Brasil** / Leonardo Avritzer, Fátima Anastasia (organizadores). – Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 35.

²⁶² Art. 30, §3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

pauta social, conferida pelos processos políticos de solidariedade vertical, pelo arbítrio da autoridade burocrática. A Constituição, ao apostar na participação como forma de densificação da cidadania, prestigiou a efetivação dos direitos sociais, não como favor do aparelho burocrático, mas como respostas a reivindicações sociais elaboradas pela própria cidadania.

A gramática constitucional se dispõe - em contraposição à tradição bacharelesca de alheamento social e de pretensa neutralidade ético política da prática jurídica - a instaurar espaços de diálogos com a realidade nacional, mediante o desenho de uma nova institucionalidade, programada para a transformação social e a justiça social. A Constituição abriga um espírito transformador, inclusivo e participativo.²⁶³

Em seu texto, há a apresentação, de forma minuciosa, de amplo programa dirigente para fazer frente às graves e históricas distorções sociais e econômicas, herdadas do processo histórico. Para o compromisso com a transformação social, há um elenco de direitos e garantias individuais e sociais, dedicados a aproximar direitos e cidadania, a institucionalizar os direitos humanos no País, transformando a realidade social não pela integração social, mas pela emancipação social.

O Estado Democrático de Direito, demarcado no discurso constitucional, que tem como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político (art. 1º), não se reduz a mera retórica programática, sem força vinculante aos órgãos de poder. O elenco de direitos fundamentais inscritos na Constituição não apenas aponta uma direção programática de atuação do poder político e social, mas, sobretudo, anuncia uma promoção de bem comum a ser implementada na sociedade, que viabiliza a própria consistência da democracia. Por essa razão, a representação política, que perdera a discricionariedade de outrora para rever a constituição e alterá-la sem limites substanciais²⁶⁴, está vinculada a essa pauta substantiva da Constituição, como condição de possibilidade do próprio exercício constitucional.

Para preservar a efetividade desse programa constitucional, direcionado para a densificação da cidadania, há estruturas funcionalmente independentes da política partidária, dotadas de autonomia financeira, abertas a demandas da cidadania, mediante processos democráticos capazes de efetivar no plano prático o discurso de emancipação da Constituição.

²⁶³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶⁴ SWEET, Alec Stone. **Governing with judges**: constitutional politics in Europe. New York, Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 32.

Essa efetivação do programa constitucional deve consolidar também a democracia no Brasil, porque como horizonte de sentido da institucionalidade, por meio do qual essa deve dialogar com as reivindicações da cidadania.

Impõe-se registrar que no modelo de constitucionalismo adotado na Constituição de 1988, a democracia não se perfaz apenas no respeito a procedimentos e formas. As forças sociais e públicas se encontram vinculadas ao programa de justiça substantivo e estão limitadas ao horizonte de sentido constitucional. Na nova ordem constitucional, não basta o respeito ao devido procedimento legal, a mera obediência a um método para deliberação e tomada de decisões, como se a representação política tivesse um amplo e intocável espectro de discricionariedade.

A Constituição estabelece os mecanismos de participação nos debates públicos, como também os limites materiais para as deliberações públicas e sociais, trazendo como princípio para a deliberação pública a porosidade dessas instituições à participação²⁶⁵. Na Constituição, todos estão submetidos a sua força normativa, inclusive a maioria política. Para o programa constitucional, democracia não se confunde com o princípio de maioria expressado e professado no parlamento ou no Executivo, pelos homens de governo. Democracia não se limita ao exercício do voto popular, previsto para o processo eletivo da representação política da nação. A democracia constitucional estabelece um programa de ação de governo, que, ao mesmo tempo em que o impulsiona a efetivar esse programa, também limita a atuação da representação política. A Constituição não confere um cheque em branco ao parlamento ou ao governo, para o livre e absoluto exercício da soberania.

A Constituição adota o modelo de democracia formal e material.²⁶⁶ Formal, porque estabelece as regras do jogo, especificando as autoridades que estão autorizadas a tomar decisões coletivas e os procedimentos que devem ser cumpridos por essas autoridades.²⁶⁷ Material, pelos vínculos matérias que estabelece para as instâncias de decisões, estruturando

²⁶⁵SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador**: el estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Abya-Yala, 2011. p. 111.

²⁶⁶ “De hecho, las dos dimensiones de la democracia –la formal y la sustancial– están garantizadas por las propias normas constitucionales que presiden, respectivamente, a la vigencia y a la validez: a) por las normas formales sobre el quién y el cómo de las decisiones, que garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría; b) por las normas sustanciales sobre qué cosa se debe o no se debe decidir, las cuales se identifican con los derechos de libertad, que el estado no debe violar y con los derechos sociales que éste debe satisfacer.” FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. México: Isonomía, n. 16, abr. 2002. p. 13. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 7 jul. 2018.

²⁶⁷BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 17.

órgãos de controle desses vínculos materiais a que se submetem todos os poderes, inclusive o legislador.²⁶⁸

Todos os poderes públicos ou sociais, inclusive o Legislativo, encontram-se submetidos ao programa constitucional, podendo ter seus atos revisados quando em confronto com valores constitucionais. Por isso, a Constituição, enquanto norma jurídica qualificada, confere também uma dimensão substancial à democracia²⁶⁹ brasileira, ao admitir o controle de constitucionalidade com fundamento em valores materiais.

Nesse sentido, a Constituição qualifica a democracia brasileira, conferindo-lhe aspecto multidimensional, qualificando a cidadania. De um lado, qualquer exercício de poder, seja público ou privado, deve respeitar os procedimentos formais previstos em lei para a formação da vontade; de outro, esse exercício deve estar também em sintonia com o conteúdo da Constituição, com sua pauta de valores materiais, expressos em direitos fundamentais, cabendo ao cidadão intervir na vida pública.

Essa participação do cidadão nos destinos públicos, esse direito de contribuir e de influenciar as decisões de poder se assemelha a concepção republicana de democracia, a que faz referência Habermas, ao distinguir da concepção liberal de democracia. Segundo Habermas, para a concepção liberal de democracia o *status* de cidadão se determina fundamentalmente pelos direitos negativos, que os cidadãos ostentam em face do Estado e dos demais cidadãos. Os direitos políticos teriam a mesma estrutura e o mesmo significado dos direitos civis, proporcionando e garantindo espaços dentro dos quais os cidadãos estão livres de pressões externas. Por sua parte, a concepção republicana de democracia tem outro enfoque em relação aos direitos políticos. Sustenta que o *status* de cidadão não fica definido pelo modelo liberal de liberdades negativas, passíveis de reclamação por pessoas privadas. Para a concepção republicana de democracia, os direitos políticos são direitos positivos, consistentes no direito de participar e influenciar nas decisões de poder. Garantem a possibilidade de participar em uma prática comum. Por esses direitos, o processo político se dispõe a mediar a participação do cidadão livre e igual na formação da vontade política, por meio da liberdade pública.²⁷⁰

A Constituição, além de disciplinar a prática pública, impondo-lhe limites, pelo desenho de procedimentos e estruturação das instâncias decisórias, consagra um programa para

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, México: Universidad Nacional Autónoma de México, n. 15, jul./dic. 2006, p. 114.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995. p. 12.

²⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Derechos humanos y soberanía popular**: las concepciones liberal y republicana. Madrid: Instituto Bartolomé de las Casas. Boletín Oficial del Estado. 1994. p. 223-224. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1496>>. Acesso em: 12 fev. 2018

efetivação da justiça social, segurança pública, preservação da identidade cultural e da memória, imprimindo dimensões formais e materiais²⁷¹ à democracia brasileira.

No Brasil, há certa naturalização da desigualdade social,²⁷² construída a partir do processo de modernização no Brasil, sob o guião de um Estado com raízes históricas no autoritarismo, que se serviu de bem-sucedida importação "de fora para dentro"²⁷³ de valores e de instituições modernas. Compreender os processos sociais dessa desigualdade constitui chave hermenêutica para a construção de uma cidadania plena, que se forma a partir de articulações institucionais. Por essa razão, a Constituição representa essa ruptura com qualquer sentido legado autoritário e centralismo herdado do processo histórico.

A vivência constitucional tem propiciado novas formas de participação política, estabelecendo novos locais de negociação, novas formas consultivas e deliberativas abertas à participação da população, em processos coletivos de decisão sobre, por exemplo, distribuição de bens, políticas públicas e sobre agenda orçamentária.²⁷⁴

²⁷¹ FERRAJOLI, Luigi e ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2005. p. 92.

²⁷² SOUZA, Jessé (org). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 9.

²⁷³ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 17.

²⁷⁴ AVRITZER, Leonardo *et* PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela. Democracia e instituições híbridas. In: **Teoria e sociedade**. Belo Horizonte: Revista dos Departamentos de Ciência Política e de Sociologia e Antropologia – UFMG, número especial, maio de 2005. p.17.

3 O JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DA INSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA

3.1 O Judiciário na Constituição de 1988: Interseção na vida política e social

O sistema judicial tem participado da agenda pública, de forma intensa. Jornais, órgãos de imprensa em geral reservam boa parte de seus espaços para divulgar atuações judiciais que intercedem no cotidiano da vida social e política. Essa expansão da atuação sistema judicial decorre diretamente do modelo institucional desenhado na Constituição de 1988, que combina generoso catálogo de novos direitos com novas garantias de acesso à justiça para efetivá-los.²⁷⁵

As responsabilidades institucionais assumidas atualmente pelo sistema judicial²⁷⁶ em nada lembram o papel reservado, para os juízes, pelo constitucionalismo moderno que inspirou e ordenou a vida institucional até a promulgação da ordem constitucional vigente, sob inspiração do princípio da separação dos poderes.²⁷⁷

²⁷⁵ “a juridificação do bem-estar social abriu caminho para novos campos de litigação nos domínios laboral, civil, administrativo e da segurança social, o que, nuns países mais do que noutros, veio a se traduzir no aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão da litigiosidade. As respostas que foram dadas a esse fenómeno [...] informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais em recursos humanos e infraestruturas, incluindo a informatização e a automatização da justiça; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massas, tanto em matéria civil como criminal; proliferação de mecanismos alternativos de resolução de litígios (mediação, negociação, arbitragem); reformas processuais várias (ações populares, tutela de interesses difusos, etc.).” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. In: **Oficina do CES**, n. 65 p. 4, 1995. Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

²⁷⁶ “Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10.

²⁷⁷ “Como as revoluções americana e francesa influenciaram o curso histórico de outros tantos países, é possível tomar França e Estados Unidos como dois modelos principais de definição do Judiciário moderno, que inspiraram a formação dos demais Estados liberal-democráticos nos séculos XIX e XX: a experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função de justiça comum do Judiciário mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação de justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário à condição de poder político. Sob a influência de grandes autores como Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689-1755), a fórmula da separação de poderes difundiu-se no final do século XVIII como necessária à limitação do poder político do Estado e à defesa das liberdades individuais. Consagrada por Montesquieu com base em suas observações sobre o sistema político inglês, a distinção de funções e poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário passou a ser considerada indispensável à constituição de uma ordem política liberal e ao ideal de um Estado limitado, atendendo à máxima de que, ‘pela disposição das coisas, o poder freie o poder’. Embora com pesos diferentes, França e Estados Unidos orientaram-se por esse princípio e promoveram, cada um a seu modo, a separação de poderes.”. Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. (Org.).

Nos estatutos políticos anteriores, sempre prevaleceu uma concepção ideológica de Judiciário aferrado à lei, com a responsabilidade institucional de reproduzir nos conflitos humanos e sociais a força da lei. Agora, com a Constituição, houve o desenho de arranjo institucional que vem transformando o sistema judicial em importante espaço de deliberação cidadania no Brasil.²⁷⁸

A expansão normativa do discurso constitucional, abrangendo diversos temas da vida social, com as garantias constitucionais de acesso à justiça, transformou o sistema judicial em relevante campo de reivindicações, inclusive, de justiça social.²⁷⁹ Além da designação de tratar litígios entre particulares e de julgar infrações penais, o sistema judicial no Brasil vem respondendo a demandas por prestação materiais essenciais a uma existência digna. Para essas novas designações institucionais, o Judiciário vem-se reprogramando,²⁸⁰ procurando reinventar-se como espaço público deliberativo de construção da cidadania.

As demandas por direitos sociais com conteúdo prestacional exigem atuação do sistema judicial bem diferenciada do modelo clássico de Judiciário desenhado pela modernidade, mais focada em resultados práticos. Nessas hipóteses, a atuação do Judiciário se perfaz em dimensão responsiva à demanda da cidadania, na perspectiva de realizar um projeto constitucional transformador social. No âmbito dessas demandas, todos os participantes devem

Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007. p. 82.

²⁷⁸ “Quando o país se democratiza, após duas décadas de regime militar, depois de percorrer um longo processo de transição, a obra dos constituintes de 1986 será mais a de reformar a tradição republicana brasileira, sob o impulso das pressões democráticas e da questão social advindas de uma sociedade civil renovada pelos anos de intensa modernização econômica, do que fazer obra nova. Nesse sentido, a Carta de 1988 expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política e instituiu mecanismos necessários a uma gestão pública mais eficiente. Por outro lado, não só conservou como ampliou consideravelmente a presença da representação funcional, recriando o Ministério Público, a quem incumbiu a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; consagrou o instituto das Ações Cíveis Públicas e o tema do acesso à Justiça; e sobretudo admitiu a sociedade civil organizada na comunidade dos intérpretes da Constituição.” Cf. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. São Paulo, **Tempo Social**, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. p. 42. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

²⁷⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

²⁸⁰ “Tudo isso incentivou a reestruturação do Poder Judiciário e o desenvolvimento de novos paradigmas, sobretudo apresentando a resolução adjudicada do conflito como última ratio do sistema. Essa perspectiva considera a existência de peculiares órgãos com múltiplas funções e diferenciadas técnicas para solucionar os conflitos, pois é preciso disponibilizar uma gama considerável de mecanismos a serem utilizados em prol da pacificação para garantir acesso à ordem jurídica justa.” Cf. BARBOSA E SILVA, ERICA; TARTUCE FERNANDA. Previsões sobre a via extrajudicial no novo CPC. In: Pedro Miranda de Oliveira; Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2. p. 432.

ter em conta que os sentidos constitucionais devem concretizar-se objetivando soluções práticas, juridicamente adequadas, a problemas de lesão a direitos.²⁸¹ Lembre-se que a efetivação de direitos sociais está condicionada a uma montagem de estrutura para oferta de bens e serviços, cuja construção depende da concorrência de diversas vontades.

Por isso, há necessidade de uma mudança na programação institucional do Judiciário, que foi recebida da experiência histórica. Como essas demandas se referem a direitos sociais que criam as condições básicas para uma vida digna,²⁸² a sua tramitação no sistema judicial deve apresentar soluções práticas a problemas estruturais, mediante o desenvolvimento de estratégias processuais adequadas a efetivação de direitos substantivos e consonantes com as regras da democracia deliberativa.²⁸³

As demandas por prestações sociais são complexas. Sua efetivação depende de diversos fatores. Desde recursos orçamentários, a uma montagem de estruturas que muitas vezes exigem articulação entre diversas instituições. Quase sempre esses conflitos por direitos sociais envolvem remanejamento de recursos orçamentários, ajustes estruturais na burocracia administrativa, compartilhamento de informações e construção de estruturas de comunicação entre diversas entidades, realinhamento da programação orçamentária etc. A doutrina vem denominando de litígios de interesse público,²⁸⁴ com a prática de medidas judiciais

²⁸¹ “A participação jurídica assume um novo significado: se torna menos passiva e submissa e se estende para a elaboração e interpretação de políticas [...] Em outras palavras, a ação judicial passa a servir de através do qual grupos e organizações podem pautar políticas públicas, e deixa de ser percebida como uma única forma de defesa de demandas individuais baseadas em regras.” Cf. SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 148/149.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 290.

²⁸³ “Tradicionalmente, la Corte Suprema de Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) ha sido caracterizado como un organismo “anti-deliberativo” o “no-deliberativo” “desde el primer momento”. No obstante (y probablemente por esa razón), en los últimos años la Corte en Brasil ha ido cambiando sus prácticas y adoptando procedimientos más transparentes. Estas novedades incluyen cambios al nivel de la jerarquía, la posibilidad de una intervención amicus curiae; la transmisión, a través de medios de comunicación masiva, de los procedimientos que celebra la Corte; así como la celebración de audiencias públicas”. GARGARELLA, Roberto. ¿Por qué nos importa el diálogo? “La cláusula del ‘no-obstante’”, “compromiso significativo” y audiencias públicas un análisis empático pero crítico. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Núm. 5, 161. p. 175. Disponível em: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/08_GARGARELLA_RE_VISTA_CEC_SCJN_NUM_5-179-211.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁸⁴ Deve-se a Abram Chayes a divulgação da expressão “public law litigation”, em seu artigo seminal publicado em 1976 (CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89. p. 1281-1316, 1976. p. 1281). No artigo, o autor aborda as diferenças de foco entre o que denomina litígios de interesse público, que objetivam reformas nos arranjos institucionais de serviços, e os litígios clássicos da vida civil. Esse modo diferenciado de abordagem e de processamento dos litígios de interesse público, segundo o autor, torna relevante o tema da atuação do Judiciário, haja vista a progressiva regulação da sociedade e, por conseguinte, a judicialização da vida social e política.

diferenciadas, chamadas de medidas estruturais,²⁸⁵ termo traduzido da experiência norte-americana.²⁸⁶

O sistema judicial deixou de ser apenas um espaço restrito a garantias de direitos civis e políticos. Nesse sistema, os atores sociais demandam contra Estado, fiscalizam, impugnam decisões públicas. Mediante essas demandas judiciais, os atores sociais dialogam e se confrontam com as instituições que interagem no conflito. Esse acesso à justiça viabiliza a participação cívica no processo de condução da vida política, incrementando a democracia deliberativa na arena política, imprimindo responsividade constitucional às instituições. Implementa no jogo democrático um mecanismo de participação da cidadania na esfera pública, que permite a qualificação da atuação pública, pela substituição ou pela complementação das decisões de poder.²⁸⁷

O sistema judicial tem de observar aspectos de democracia substantiva e de democracia procedimental, consignados no programa constitucional. Há um discurso constitucional em favor do desenvolvimento humano e social, e o sistema judicial está atrelado a esse programa, não podendo o sistema político deixar de cumprir.²⁸⁸ O modo de realização desse programa constitucional no plano prático, nas hipóteses de judicialização de demandas, deve guardar sintonia também com os procedimentos de deliberação previstos para o sistema judicial. Pelas garantias de deliberação pública, onde a razão prática deve presidir os processos de decisão, o sistema judicial deve estruturar o processo judicial como espaço deliberativo, com as decisões tomadas publicamente, e justificadas por meio de argumentos, com a participação e a inclusão de todos os atores.

A substancialização do direito provocada pela expansão normativa da Constituição, para reger da vida social e política, imprime uma profunda transformação

²⁸⁵ ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**, vol. 6, n. 4. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

²⁸⁶ FISS, Owen M. The Forms of Justice. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1220. 1979. p. 30. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 12 fev. 2017.

²⁸⁷ ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 11. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 maio 2018.

²⁸⁸ “El estado de derecho, como resulta de conjunto de las garantías liberales y sociales, puede ser, pues, configurado como un sistema de meta-reglas respecto de las reglas mismas de la democracia política. Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría. Sólo para todo lo restante vale la regla de la democracia política según la cual se debe decidir por mayoría, directa o indirecta, de los ciudadanos.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Tradução Perfecto A. Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. p. 864.

qualitativa na própria concepção de direito e, por conseguinte, na atividade judicial, impregnada pelos novos sentidos políticos. Além dessa pauta substantiva, a Constituição estrutura as instâncias de decisão, disponibilizando os mecanismos de reivindicação de direitos e de acesso à participação social na vida política do País, prestigiando o modelo de democracia participativa.²⁸⁹

Ao contrário de outros direitos, os direitos sociais de conteúdo prestacional, embora possam ser declarados abstratamente, só ganham sentido na concretude da vida. Em sua dimensão promocional, a Constituição se materializa na vida social e política em dinâmica de construção de sentidos, nos contextos em que se vê realizada. Esses sentidos, pois, não estão dados previa e unicamente pela semântica consignada no texto constitucional. São construídos nos debates e diálogos que emergem na dinâmica da vida institucional, inclusive na dinâmica dos conflitos. Para orientar a dinâmica institucional e permitir as construções de sentido, a Constituição é positivada em linguagem aberta, capaz de acolher os sentidos de época.

A Constituição consagra o Estado Democrático de Direito. Esse programa constitucional se propõe a romper com as tradições político institucionais e, por isso, deve reprogramar e ressignificar a institucionalidade, com repercussões nos paradigmas jurídicos, na dogmática jurídica e na praxis institucional, afim de que se realize no campo prático.²⁹⁰

Sendo fruto de uma ampla mobilização cívica, com a participação de uma pluralidade de forças sociais e políticas, a Constituição é vazada em discurso que se dispõe a traduzir na ordem social e política os seus consensos fundantes e a romper com o quadro normativo autoritário e de restrições políticas herdado no processo histórico. A praxis institucional nos processos políticos e sociais de efetivação de seu programa deve referenciar-se na dimensão pragmática do programa constitucional, como também na abertura para pluralidade de vozes no Brasil. De um lado, há o aceno para o programa político de transformação e de desenvolvimento social; de outro, a necessidade de a implantação desse plano constitucional se legitimar a partir dos processos democráticos.

²⁸⁹ Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁹⁰ “O conceito “Estado Constitucional” somente pode ser esboçado aqui como o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais: Direitos Fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, independência dos Tribunais, - em que ele é controlado de forma pluralista e legitimado democraticamente. É o Estado no qual o (crescente) poder social também é limitado através da “política de Direitos Fundamentais” e da separação social (por exemplo, “publicista”) de poderes. O Estado Constitucional é o tipo ideal de Estado da “sociedade aberta”. Abertura tem, também, uma crescente dimensão internacional ou “supranacional” - dela faz parte a responsabilidade.” Cf. HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

Na perspectiva do programa constitucional transformador, não se exige muito esforço para perceber o quadro de injustiça social do Brasil. Em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), ocupamos a posição setenta e nove no *ranking*, entre os 188 países.²⁹¹ Esse quadro acusa a dificuldade que a institucionalidade apresenta para implementar o discurso constitucional emancipador.

Por isso, o Judiciário, ao reconhecer contextos de violações a direitos fundamentais, vem qualificando a democracia do voto,²⁹² para tornar-se, por reivindicação da cidadania, um importante espaço de deliberação desse esforço que deve exercer a institucionalidade, no sentido de mudar esse quadro social de injustiças.

Esse fenômeno de intervenção judicial, na esfera político-administrativa, no que concerne ao controle judicial de políticas públicas, surgiu no Brasil com a Constituição de 1988. Até então, o Judiciário havia desempenhado um papel muito retraído na efetivação de políticas públicas. Preponderava o sentimento no espaço político de que a definição, a implementação de políticas públicas eram atribuições dos poderes propriamente políticos. Ao Judiciário, caberia no máximo a aferição de legalidade dessa atuação dos demais poderes, mas nunca a assunção do poder de determinar a distribuição de justiça substantiva.

Esse absenteísmo judicial das demandas sociais tem raízes históricas. Reproduz uma concepção iluminista e liberal de Estado. No Brasil, a matriz iluminista e liberal de Estado, fundada na separação dos poderes e na atuação do Estado como protetor das liberdades e da propriedade, em que o direito exsurge apenas como barreiras de proteção das liberdades/propriedade, ganhou expressão política na Constituição de 1891, mas logo restou abandonada pelo movimento revolucionário de 1930, que tentou atualizar a agenda política ao contexto de industrialização e urbanização em que estava envolto o Brasil.

A Constituição de 1934 supera a proposta iluminista e liberal da primeira Constituição republicana e anuncia novos papéis para o Poder Público, declarando os direitos sociais. Atribui ao Poder Executivo a realização de um catálogo de direitos sociais que deveriam

²⁹¹ Human Development Report. New York: United Nations Development Programme. 2016. p. 199. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso 3 maio 2017.

²⁹² “Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — somam-se, ainda, dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões. Esse é o tema do presente ensaio.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, 2015. p. 23-24. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ser implementados, relativos ao trabalho e a proteção da velhice, da maternidade e da invalidez (art. 121, §1º, h).

Sobrevinda a queda do Estado Novo, a Constituição de 1946 remete ao Poder Judiciário a atuação nos campos sociais e políticos, incumbindo-lhe a regulação e o controle do processo político eleitoral (organização das eleições e do alistamento eleitoral), bem como a regulação e o controle das relações de emprego. Para esse mister, instituiu a chamada Jurisdição especializada.

Na Constituição de 1946, houve expressamente a adoção da justiça social como um princípio da ordem econômica (art. 145). Mas a Justiça Comum permaneceu com a responsabilidade de sempre, qual seja: guardar os direitos de liberdades e de propriedade. Em pesquisa no site do STF, a primeira menção ao termo social só aparece em 1952, referindo-se a acidente de trabalho.²⁹³

As Constituições de 1967 e 1969 posicionam a justiça social como finalidade da ordem econômica e social. Mas não remeteu ao Judiciário Comum (Justiça Estadual e a recriada Justiça Federal) a possibilidade de ingressos de ações para demandas de direitos sociais e políticos.

Todas as Constituições anteriores a 1988 abrigaram o sistema judicial distante da cena política, sem poder para rever os atos considerados políticos pela representação política. A cada Constituição repetia-se a mesma omissão institucional frente aos acontecimentos políticos perpetrados pela representação política: sopravam os ventos e as tempestades no mundo da política, redigiam-se novas constituições a cada ruptura política, e o Judiciário se cingia a cuidar das demandas de natureza civil, fazendo cumprir os contratos acordados entre particulares, sindicando e corrigindo a atuação administrativa nas ofensas às leis, ou nas demandas penais, perquirindo as infrações penais e resguardando o princípio da liberdade, sob o princípio da reserva legal. À exceção da Justiça Trabalhista, que já nasceu com o propósito de efetivar nas relações de trabalho os direitos sociais dos trabalhadores, disciplinados pela vontade pública e não pela autonomia de vontades particulares, o sistema judicial não determinava, antes da Constituição, a implementação de direitos sociais.

²⁹³ Ementa: Acidente no trabalho. A responsabilidade principal da seguradora não exclui a subsidiária do empregador, mesmo em face do seguro obrigatório. Regime da legislação brasileira. Fins sociais da lei de acidentes. Incabível o extraordinário. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 20552 / DF**. Primeira Turma. Recorrente: Demerval Martins. Recorrido: Gastão Rodrigues. Relator: Min. Barros Barreto. Brasília, 12 de maio de 1952. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=122005>> Acesso em: 02.mar.2017.

O Judiciário, anteriormente à Constituição de 1988, não expedia ordem à Administração Pública para o cumprimento e efetivação de prestações sociais, para efetivação de políticas públicas. Apenas, sindicava fatos, apurando-lhe responsabilidades por abuso ao exercício de liberdade ou estabelecendo obrigações de caráter negativo, impondo absenteísmos para o poder público, em defesa da propriedade ou das liberdades individuais. Mesmo no mandado de segurança, a ordem tinha em vista atender a um interesse individual em face da autoridade administrativa.

Esse cenário de neutralidade e abstenção institucional do Judiciário, na efetivação dos direitos sociais, muda com a Constituição. A forma abrangente de constitucionalização dos direitos sociais em 1988 no Brasil, o reconhecimento político e jurídico do discurso constitucional, i.e., a Constituição como lei e que deve ser cumprida e realizada no plano prático, a possibilidade de aferição da constitucionalidade da vida institucional brasileira pelo Poder Judiciário, sob o manto do acesso à justiça, levaram ao sistema judicial não apenas a vultosa quantidade de processos, mas, sobretudo, a possibilidade de interferir diretamente na vida política, para se manifestar sobre processos políticos e sociais de realização de políticas públicas.

Com a Constituição, os direitos sociais ganharam juridicidade e justiciabilidade. A efetividade desses direitos se opõe a três considerações, levantadas como obstáculos: tais direitos teriam baixa densidade normativa; haveria sempre a arguição da reserva financeira do possível; e, por fim, os direitos sociais seriam reservados a representação política, ao Executivo e Legislativo.²⁹⁴

Canotilho defende a eficácia desses direitos, de modo bem didático:

O reconhecimento e garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, a nível constitucional, é, pois, uma resposta à tese da impossibilidade de codificação de valores sociais fundamentais (*Soziale Grundrechte*) na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha da actividade do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um standard mínimo de vida ou de afirmar tão somente uma dimensão subjectiva quanto a direitos a prestações de natureza derivativa (*derivative Teilhaberechte*), isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex: direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social). Trata-se de sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino – *originäre Leistungsanprüchen*.²⁹⁵

²⁹⁴ LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 182, 2009. p. 51. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

²⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 544.

A Constituição de modo expresse estatuiu em seu art. 5º, §1º, que as normas fundamentais gozam de aplicação imediata. Para imprimir essa eficácia ao discurso constitucional, estruturou o sistema judicial, trazendo a disciplina de outras instituições, conferindo-lhe a representação e a substituição processuais para a garantia e defesa desses direitos.

A estruturação do sistema judicial vem acompanhada por um conjunto de garantias processuais, que autorizam não apenas a demanda individual pelo cidadão, mas também legitimam instituições públicas e sociais para demandas individuais e coletivas, conferindo as referências de uma justiça procedimental comprometida com o Estado Democrático de Direito.

Essas instituições, além de comprometidas com os marcos da democracia, devem desenvolver suas atividades para materializar a pauta da justiça substantiva, expressa nos direitos sociais constitucionalizados, no sentido de cumprirem os objetivos da República Federativa do Brasil, anunciados no art. 3º da CF: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Também os chamados direitos sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional emancipatória e transformadora, matizada pelo compromisso com a dignidade humana e com a efetividade plena das disposições constitucionais. Essa dogmática precisa ser significada para alinhar a aplicação e a efetividade desses direitos com os objetivos e fundamentos da República.²⁹⁶

Para esse mister transformador, positivado no catálogo de direitos fundamentais, com força promocional direcionada à transformação da paisagem social e da política do Brasil, há a necessidade de um desenho institucional adequado e dedicado a essa emancipação humana e social.

Para que ganhe sentido constitucional, adequado ao programa constitucional de transformação social, todo o sistema judicial deve estar alinhado e convergindo com a pauta de justiça substantiva transformadora, cumprindo esses objetivos acima da República Federativa do Brasil.

Todavia esse papel transformador deverá ser cumprido dentro dos marcos do Estado Democrático de Direito. O sistema judicial não pode trazer para si a responsabilidade

²⁹⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, jan./mar. 2006. p. 28.

de efetivar direitos sociais, substituindo o papel que seria em linha de princípio de responsabilidade da representação política. Tendo-se em vista que a Constituição determina o marco do Estado Democrático de Direito, pode-se concluir que a deliberação sobre agendas, programas de materialização dos direitos sociais, pode ocorrer em espaços marcados por uma justiça deliberativa, em sintonia com os marcos da democracia. Os espaços de deliberação, estruturados pela razão pública, fomentam a formação de consensos imprescindíveis para a estruturação de arranjos institucionais destinados a prestar serviços sociais.

Registre-se que o modelo político-administrativo adotado pela Constituição, ao criar três entidades políticas autônomas, ao relacionar diversos serviços públicos a serem estruturados solidariamente por essas entidades, de alguma forma, estabeleceu fragmentações que tornam mais desafiadora a formação de hegemonias, necessárias para o encaminhamento de soluções práticas a problemas estruturais que impedem a efetivação de direitos sociais. Essa distribuição de tarefas públicas entre entidades políticas autônomas, com a perda de centralidade hegemônica, torna desafiadora a coordenação de políticas públicas, podendo gerar superposições de atribuições e competências entre instituições, agentes, e suscitar competições entre os mesmos.²⁹⁷

Essas atribuições assumidas pelo Judiciário no Brasil, de processar demandas sociais e de interferir na vida política, com o propósito de transformar a realidade social a partir de referências normativas constitucionais (valores), diante de uma paisagem social marcada por desigualdades e assimetrias sociais, têm provocado reflexões teóricas e experimentações práticas por parte dos magistrados.

A intercessão do sistema judicial com o sistema político, em especial nas demandas por políticas públicas, reclama novas abordagens práticas. Essas demandas, porque aumentam a complexidade interna do sistema judicial para as respostas, exigem do sistema judicial inovações estruturais, procedimentos novos, novas medidas judiciais, em outros formatos. Essa reprogramação visa atender às novas funções sociais, assumidas pelo sistema

²⁹⁷ “Estados federativos são encarados como propensos a produzir níveis comparativamente mais baixos de gasto social (Petersen, 1995; Banting; Corbett, 2003), bem como menor abrangência e cobertura dos programas sociais (Weir; Orloff; Skocpol, 1988; Pierson, 1996). Tenderiam ainda a tornar mais difíceis os problemas de coordenação dos objetivos das políticas, gerando superposição de competências e competição entre os diferentes níveis de governo (Weaver; Rockman, 1993), dada a relação negativa entre dispersão da autoridade política e consistência interna das decisões coletivas. Adicionalmente, a existência de uma multiplicidade de pontos de veto no processo decisório implicaria que, em Estados federativos, as políticas nacionais tenderiam a se caracterizar por um mínimo denominador comum (Weaver; Rockman, 1993; Tsebelis, 1997).” Cf. ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, June 2004 . p. 17. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 nov. 2018.

judicial perante o sistema sociopolítico, propiciando uma revisão da lógica sistêmica judicial para torná-la mais aberta à participação plural dos participantes no processo.

Essas demandas com caráter prospectivo (político), que respondem a reivindicações que se projetam para interceder no futuro, de modo a mudar a paisagem social, em nada lembram as demandas individuais, que tramitavam pelo sistema judicial discutindo interesses particulares, e que serviram de modelo para o desenho da matriz moderna de Judiciário.

3.2 Acesso à justiça e cidadania na Constituição de 1988: A garantia judicial de efetivação dos direitos sociais

Com a Constituição de 1988, foi amplamente garantido ao cidadão colaborar com as decisões de poder e participar dos mecanismos de controle social e público. Há procedimentos e estruturas previstas para a participação da cidadania.

Nesse aspecto, a retórica constitucional inova no plano jurídico ao prever a possibilidade de acesso à ordem de valor. Nessas hipóteses, a cidadania pode inclusive, quando negada efetivação desses direitos na realidade prática, promover revisão judicial dessa realidade em que se alegam violações a esses valores e direitos fundamentais.²⁹⁸

Esse poder de controle pelo cidadão, inclusive em relação à regulação da tensão capital e trabalho, que, em princípio, estaria apenas no poder do voto,²⁹⁹ densifica o Estado Democrático de Direito e o distingue do Estado Social, modelo responsável como visto pelo processo de modernização da sociedade brasileira. Portanto, as intervenções sociais e políticas remetidas às esferas de poder podem ser escrutinadas e remediadas por critérios jurídicos.

Essas armas da cidadania acabam sendo esgrimidas no Poder Judiciário. A crescente complexidade social, o novo desenho da estrutura pública e social, as distorções inerentes à dinâmica social repercutem na forma de articulação entre cidadania e instâncias de poder; e quando o diálogo se encontra interrompido, a cidadania acaba batendo às portas do

²⁹⁸ Cf. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

²⁹⁹ "Sob essas condições, a democracia política constitui a oportunidade para os trabalhadores assegurarem alguns de seus interesses. A política eleitoral constitui o mecanismo em que qualquer pessoa pode, como cidadão, expressar reivindicações quanto a bens e serviços. Enquanto que, como produtores imediatos, os trabalhadores não têm nenhuma garantia institucional em relação ao produto, como cidadãos podem lutar por tais garantias através do sistema político. Além do mais, como cidadãos, e não já como produtores imediatos, podem intervir na própria organização da produção e alocação do lucro." Cf. PRZEWORSKI, Adam. A social-democracia como fenômeno histórico. **Lua Nova**, São Paulo, n. 15, Oct. 1988. p. 46. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2017.

Judiciário, outrora reservado a demandas da microconflituosidade e agora com poderes para interferir em políticas públicas.

Essas novas demandas por efetivação de direitos sociais encontram ainda um sistema judicial impregnado de cultura e tradições, forjadas no processo histórico. O sistema judicial fora desenhado dentro da razão de Estado moderno,³⁰⁰ e assumiu um papel estratégico de preservação e reprodução do modelo centralista e estatal de exercício da política. Dentro da razão de Estado autoritário e centralista, o Judiciário propugnava o discurso civilizatório moderno, efetivador de uma pauta científica universal, pretensamente capaz de emancipar a sociedade brasileira periférica de sua condição pré-moderna, e de afastar a desordem pública, com a resolução de conflitos individuais.

Dentro da lógica desse Estado organizador social, o Judiciário, por não ter a representação política, estava restrito a apreciar demandas concernentes a fatos pretéritos, aferindo-lhes verdades, para lhes atribuir sentidos jurídicos. O processo judicial se desenvolvia como uma metodologia que diagramaria esse passado, para lhes atribuir conclusões jurídicas, formadas pela cultura hegemônica do ordenamento jurídico Estatal, garantidor da unidade nacional.

Remeter a esse Judiciário moderno, programado dentro dessa lógica de Estado organizador social, a função de tratar demandas por direitos sociais, pode reproduzir, de modo potencializado, a cultura hegemônica de Estado, com o risco de o sistema judicial tracionar uma solidariedade verticalizada, com verniz autoritário, incapaz de gerar soluções sustentáveis.

Por essa razão, a Constituição reclama a ressignificação do papel do Poder Judiciário, de modo a superar esse fantasma do autoritarismo. A retórica constitucional propugna um Judiciário aberto à cidadania, no qual direitos civis, políticos e sociais possam ser efetivados.

Observe-se que o protagonismo emergente do sistema judicial na cena política em nada lembra sua atuação pretérita, marcada por certa distância protocolar em relação à vida política nacional. Da mera coadjuvação no tratamento dos conflitos sóciopolíticos,

³⁰⁰ “É a partir da concepção moderna (liberal) de lei que se constrói o paradigma do Estado de direito. E é o liberalismo tardio alemão que conclui a construção da concepção moderna de Estado de direito (Rechtsstaat). Adotando, por fim, os seguintes fundamentos: (a) a lei geral e abstrata (prescrita previamente e independentemente de sua aplicação ou dos problemas concretos); (b) a supremacia do legislativo sobre os outros poderes; e, portanto, seus corolários: (b1) a separação (rígida) de poderes e b2) o dogma da neutralidade dos juízes; (c) a separação entre Estado e sociedade; e, portanto, seus corolários: (c1) a esfera privada delimitada (protegida) por direitos e garantias individuais, (c2) a atuação do poder público (da Administração Pública) limitado pela lei (legalidade administrativa) e (c3) o poder judiciário independente para aplicar a lei.” Cf. MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **A lei moderna e a crise paradigmática no Direito**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22033/a-lei-moderna-e-a-crise-paradigmatica-no-direito>>. Acesso em: 7 no. 2018.

discretamente desenvolvida no universo institucional técnico-burocrático do derogado regime de 1964³⁰¹, as instituições do Sistema Judicial ganharam novos arranjos e mecanismos de atuação, e passaram não apenas a regular, mas, a propósito de promover a efetivação dos direitos sociais, a interferir na dinâmica política e social, atraindo, muitas vezes, para si o tratamento e a definição de grandes dilemas nacionais.

O Poder Judiciário tomou a cena do debate social e político, e, mais que assumir o *status* de esfera pública de deliberação pela razão dos demandantes, assomou a posição destacada de garantir direitos da cidadania, sob o pálio de uma anunciada racionalidade substancial e valorativa abrigada na Constituição³⁰². Esse papel de guardião da força e da unidade valorativa constitucional vem sendo desenvolvido de modo incontrastável pelo Poder Judiciário,³⁰³ levantando questões acerca de sua legitimidade.

A diversificação da agenda judicial se intensifica, sobretudo, quando as câmaras legislativas e os espaços de representação política, em visível estado de hipotrofia, abdicam do poder de deliberar (e decidir) sobre temas candentes e que ainda dividem marcadamente a sociedade, de consenso improvável no meio social³⁰⁴. Diante dessas lacunas e abdições de exercício de poder pelas instâncias de representação parlamentar, a sociedade vem construindo o Poder Judiciário como uma possibilidade de espaço privilegiado de debates e afirmações da cidadania.

³⁰¹ SILVA, Maurício Ferreira da. Burocracia e autoritarismo no Brasil: o caso do regime militar. **Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política**. vol. 21, n. 1, jan./jun. 2012. p. 123.

³⁰² “A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 2010 MC / DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 set. 2018.

³⁰³ “O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. **Rcl. 11243** em HC 148408 / DF. Paciente: Cesare Battisti, Impetrantes: Igor Santanna Tamassauskas e Pierpaolo Cruz Bottini, Coator: Presidente da República, Relator: Min. LUIZ FUX. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433471654/extradicao-ext-1448-df-distrito-federal-0043266-8920161000000>>. Acesso em: 23 set. 2018

³⁰⁴ Citem-se como exemplo as intervenções judiciais proibindo o nepotismo na Administração Pública, interferindo no sistema político, em que a reforma não encontra consenso no Congresso.

Por ser o Brasil marcadamente plural, ostenta paisagem colorida por diversidades étnicas e culturais, com concepções filosóficas, morais e religiosas das mais abrangentes; logo, o fato de haver esse pluralismo levanta questões sobre a legitimidade da atuação dos poderes do Estado na definição acerca dos dilemas nacionais, em especial do Poder Judiciário, que desenvolveu, ao longo da história, uma retórica marcadamente formalista e alheia aos fatos sociais, potencializando a problematização da cidadania no Brasil.

A intervenção estatal na vida social e política autorizada pela Constituição pode ter natureza promocional ou preventiva, a depender do contexto de risco. Nesse caso, o Estado, em face dos problemas sociais, se antecipa, adotando medidas interventivas, sob a lógica da “omnipresença do discurso preventivo do direito”³⁰⁵, instrumentalizando o Judiciário com mecanismos processuais para essa atuação antecipatória aos riscos.

Sem os mecanismos democráticos de participação social e controles sociais, que poderiam estabelecer referências institucionais, o sistema judicial, a pretexto de defender uma ética substantiva pública e social inscrita na Constituição, pode esvaziar a política das demais instâncias sociais, obstruindo o processo de emancipação política da sociedade civil, com graves sacrifícios à cidadania ativa.

A intervenção política do Judiciário, sem a participação das vozes plurais e sem a percepção de que a democracia deve criar procedimentos para a materialização de uma sociedade aberta dos intérpretes,³⁰⁶ restaura uma tradição centralista e autoritária de exercício da política pelo Estado, herdada do colonialismo ibérico, e reiterada pelas elites dirigentes, após a independência do País.

O risco de esvaziar as inúmeras instâncias deliberativas no âmbito público ou privado, em País com destacada diversidade cultural, geográfica, marcadamente plural e heterogêneo, a pretexto de consolidar uma pauta axiológica comum, justificada por uma racionalidade constitucional de acesso a privilegiada representação funcional, pode, ao longo da experiência, conduzir a um distanciamento e alheamento da realidade institucional pátria, em desconformidade com o Estado Democrático de Direito.

O sistema judicial do Brasil se desenvolveu em meio a práticas institucionais centralistas e autoritárias. Essa tradição certamente se reproduziu (e permanece gravada) em procedimentos e rituais do sistema judicial. Oportuno lembrar que esse sistema, estruturado na

³⁰⁵ BENEITEZ, María José Bernuz. **Infancia y adolescência en conflicto con la norma**. Zaragoza: Universidade de Zaragoza, 1998, pp. 97-98.

³⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p.13.

organização do Estado e composto por um corpo profissionalizado de servidores públicos,³⁰⁷ se relacionou com uma sociedade civil marcada por clivagens culturais e econômicas, com setores marginalizados e invisíveis na prática política.

Dentro da tradição autoritária de Estado, o Sistema judicial acaba não assumindo o papel de defesa dos direitos civis e políticos na contenção de excessos do Poder político central, como fora na Europa liberal. Antes, pode evidenciar-se como instância de efetivação dos interesses das elites dirigentes, em um cenário de naturalização às desigualdades sociais.³⁰⁸

A Constituição de 1988 expressa nova programação política para a institucionalidade. Nascida em meio à reivindicação política pela sociedade civil³⁰⁹, por liberdade, democratização, realização de justiça social, a Constituição representa uma ruptura em relação ao autoritarismo centralista do Estado que dominou a paisagem política e definiu gramática social brasileira, desde os tempos antigos da colônia.

Além de estabelecer um catálogo de direitos sociais, cuidou das estruturas e dos mecanismos de garantia desses direitos. Elevou o princípio do acesso à justiça à condição de garantia fundamental,³¹⁰ levando para instâncias independentes do sistema político partidário a possibilidade de examinar a conformação constitucional das atuações e omissões do Executivo e do Legislativo. O acesso à justiça é uma garantia fundamental. Está consignado na Constituição, em diversas passagens, e de modo expresso entre as garantias individuais (art. 5º, XXXV, CF).

O princípio da proteção da confiança assegura que esse acesso à justiça se materialize, como uma garantia do Estado Democrático de Direito, e o cidadão possa enfim confiar na efetividade das intervenções de suas instituições.³¹¹

³⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: **Fundamentos de História do Direito**. Org. Antônio Carlos Wolkmer. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 483.

³⁰⁸ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003. p. 144.

³⁰⁹ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol. 18, n.2, novembro, 2012. p. 387.

³¹⁰ “Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais sociais, uma vez que titularidade de direitos é destituída de sentidos, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10.

³¹¹ AMARAL, Maria Lúcia. A protecção da confiança. In: **V ENCONTRO dos Professores Portugueses de DIREITO PÚBLICO**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. p. 22.

Esse dispositivo constitucional credita ao sistema judicial a posição de relevante instância de decisão em relação ao controle jurídico da vida civil e pública. Todos os conflitos poderão ao final e em definitivo ser sindicados na esfera judicial. E, para tanto, a Constituição, de modo analítico, estabeleceu não apenas uma pauta com direitos sociais, mas também as estruturas do sistema judicial e os mecanismos de acesso, possibilitando a efetivação desses direitos sociais perante sistema judicial.

A Constituição, em diversas passagens, imprime consistência institucional ao acesso à justiça. Estabeleceu um catálogo de garantias e direitos, que se destinam a efetivá-lo. Consagrou os princípios que regem as estruturas judiciais e o processo em que se desenvolvem suas decisões, prevendo os órgãos do Poder Judiciário, escalonando as suas competências, o modo como funcionam, e as máximas que regem o funcionamento e o acesso, estabelecendo prerrogativas funcionais e institucionais como estratégia para lhe manter a autonomia em face do sistema político partidário.

Ao abrir o horizonte de participação para o controle social, inclusive das políticas públicas, a Constituição abrigou em seu corpo as três etapas históricas de desenvolvimento do acesso à justiça de que falava Mauro Cappelletti. Além de avançar na qualidade da decisão a ser proferida pelas esferas de poder, ao estabelecer o catálogo de fundamentos da República Federativa do Brasil, que qualifica democraticamente, formal e materialmente, as decisões das instâncias de poder, a Constituição positivou as três fases de desenvolvimento do acesso à Justiça, como professado pelo professor Cappelletti³¹².

Na Constituição, há uma preocupação com a assistência jurídica aos necessitados (1ª fase), com a legitimação de instituições para a proposição de demandas judiciais para a proteção de direitos difusos e coletivos (2ª fase) e também com o desenho mais acessível, racional, econômico, e menos burocrático, de estruturas e procedimentos voltados a demandas judiciais, sobretudo de menor complexidade, abertas à conciliação e à mediação dos conflitos (3ª fase).

Em relação à proteção dos interesses difusos e coletivos, veiculados nas demandas coletivas, esses direitos receberam ampla regulação no texto constitucional. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, o constituinte reconheceu a necessidade de se estabelecerem garantias de proteção aos interesses transindividuais. Até a Constituição de 1988, os interesses difusos e coletivos estavam protegidos pelas leis da ação popular e da ação civil pública. Editadas em 1965 e 1985, respectivamente.

³¹²CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 29.

O Constituinte, então, reproduziu as garantias constantes dessas leis, potencializando-lhes as forças executórias. Percebendo a relevância desses direitos dos direitos difusos e coletivos e a necessidade de sua proteção, desenhou, para a tutela coletiva, um arranjo institucional, com lógica de operação e de funcionalidade, que se dispõe a oferecer ao cidadão, imerso em coletividades de direitos, em sociedade de massa, o amplo acesso à justiça, com os princípios processuais atinentes. Essa proteção coletiva foi desenhada de modo universal, não se restringindo a determinados temas (consumidor, meio ambiente, direitos sociais).³¹³

A Constituição incumbiu ao Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). E de modo mais expreso reservou como função institucional do Ministério Público a promoção de mecanismos processuais e institucionais como o inquérito civil e a ação civil pública, para a defesa do patrimônio público e social (art. 129, III). Além desses mecanismos destinados ao Ministério Público, Emenda Constitucional nº 80 de 2014³¹⁴ acrescentou ao texto constitucional a autorização para a Defensoria Pública promover a defesa dos direitos individuais e coletivos (art. 134).

Entre as garantias de proteção de interesses difusos e coletivos, a Constituição também admitiu o mandado de segurança coletivo, que poderá ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Todo esse arsenal constitucional de direito processual tem uma configuração protetiva da cidadania, e municia o cidadão, conferindo-lhe, para cada contexto em que se vê imerso, o amplo acesso à justiça. O princípio do amplo acesso à justiça deve constituir chave de leitura no tratamento dos conflitos, a partir de uma perspectiva pragmática, em que sejam valoradas as referências de acessibilidade, de eficiência, de adequação dos procedimentos e de legitimidade dos resultados do sistema judicial.

A Constituição representa no sistema jurídico a fonte de sentido para o direito processual, para o modo de acesso e de realização do processo judicial. Na Constituição se encontram os princípios fundamentais que estruturam o processo civil pátrio, à luz da

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.25.

³¹⁴ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 80, DE 4 DE JUNHO DE 2014. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm>. Acesso em: 23 set. 2018

democracia (ampla defesa e contraditório), da cidadania (participação nas decisões e controles sociais) e do amplo acesso à justiça.

Esse horizonte de sentido e de significado, divisado na Constituição, impregna as ações que procuram a definição e a implementação de direitos sociais, alcançando toda a atuação estatal, em suas diversas funções (executiva, legislativa e judiciária). A concepção tradicional de interpretação jurídica, elaborada pelo positivismo, talvez não seja a mais adequada.³¹⁵

3.4 Estrutura e logística judicial moderna: anacronismo institucional para tratar as demandas por efetivação de direitos sociais

Antes da Constituição, não se falava em judicialização da política, de ativismo judicial. O Judiciário se restringia a resolver conflitos civis e a punir violações a direitos. Era, entre os poderes, uma espécie de terceiro ausente na vida política nacional, em nada interferindo.

Com as novas responsabilidades institucionais de guardar³¹⁶ e de participar do processo de efetivação do programa constitucional de 1988³¹⁷, o sistema judicial teve sua agenda enriquecida com temas políticos e sociais. Ações judiciais são instauradas reivindicando moradia, educação, saúde, bens e serviços, cuja implementação outrora dependiam da exclusiva discricionariedade política dos demais poderes.

Entender essas novas atribuições institucionais e examinar o modo como o Judiciário vem tratando as reivindicações por justiça social está na ordem do dia. Defende-se neste trabalho, que a lógica que estruturou os procedimentos reservados para os desafios de

³¹⁵ “Según la concepción positivista tradicional, en la aplicación del derecho la regla jurídica se obtiene teniendo en cuenta exclusivamente las exigencias del derecho. Exactamente eso significaban la interpretación y los criterios para la misma elaborados por el positivismo. Como, además, una vez determinada la regla, su aplicación concreta se reducía a um mecanismo lógico sin discrecionalidad – y en caso de que hubiese discrecionalidad se afirmaba la ausencia de derecho – se comprende que los problemas de la aplicación del derecho viniesen íntegramente absorbidos en los de la interpretación. [...] Operaba la máxima *dura lex sed lex*, que es la quintaesencia del positivismo acrítico. Hoy, por el contrario, la imposibilidad de alcanzar aquella composición abre una cuestión que no afecta ya a la interpretación de la ley, sino su validez. Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla.” Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 11. ed., 2011, pp. 131 e 134.

³¹⁶ Na Constituição de 1988, a responsabilidade da guarda do programa constitucional ao sistema judicial. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”

³¹⁷ O sistema judicial deve participar de forma colaborativa com a implementação dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos na Constituição de 1988. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

outrora mostra-se agora obsoleta e anacrônica às novas responsabilidades institucionais do sistema judicial. Há uma inadequação dos procedimentos desenhados para um sistema judicial incumbido apenas de resolver conflitos civis ou de punir violações a direito e que agora assume a elevada responsabilidade política de tratar demandas por justiça social.

A experiência com a tragédia da Segunda Guerra Mundial exigiu uma reaproximação entre direito e justiça, entre direito e moral. Verificou-se a necessidade de se imprimir limites substanciais a atuação do Estado e se remeteu ao sistema judicial o poder para acompanhar o cumprimento dessa pauta de justiça. Os direitos humanos nasceram nesse contexto, sob discurso aberto à justiça substancial, e serão reproduzidos na América Latina nas constituições surgidas a partir da década de 1980, no processo de democratização.³¹⁸

Desde a segunda guerra mundial, tem havido uma transferência de poder, do sistema político para o sistema judicial. Esse deslocamento do tratamento político para as cortes judiciais constitui um fenômeno que alcança diversos países. Para Ferejohn, poderiam ser destacadas três maneiras pelas quais o sistema judicial assume funções anteriormente reservadas ao Legislativo. Em primeiro lugar, os tribunais estão mais capazes e dispostos a limitar e a regulamentar o exercício da autoridade legislativa, estabelecendo limites substantivos sobre a atuação política. Em segundo, o sistema judicial tem se transformado em arena de deliberação política. Por fim, os juízes estão a cada dia mais dispostos a regular a própria atividade política em si, estabelecendo padrões de comportamento aceitáveis para partidos políticos, grupos de interesse, funcionários públicos eleitos ou nomeados.³¹⁹

Os partidos políticos, por exemplo, a cada dia deixam de cumprir o papel de articulador de expectativas e de reprodução dessas expectativas no campo das decisões políticas,³²⁰ com efeitos na representação política e nos critérios de decisão. Essa perda de nitidez na representação política pelos partidos veio com o desenvolvimento do sistema capitalista, à medida que se foi intensificando a massificação da sociedade e aumentando a complexidade institucional para fazer frente às novas demandas sociais e humanas.³²¹

³¹⁸ SPECTOR, Horácio. **Derechos humanos**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015. p. 1275. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/23.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2018.

³¹⁹ FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Journal of Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002. p. 43. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

³²⁰ VIANNA, Luiz Werneck. A crise e a realidade política. **Estud. av.**, São Paulo, v. 23, n. 67, 2009. p. 47. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2018.

³²¹ “A judicialização da política não deriva de um eventual sistema de orientação dos juízes, mas da nova trama institucional trazida pela moderna sociedade capitalista, que pôs o direito, seus procedimentos e instituições no centro da vida pública, e, neste preciso sentido, ela já é parte constitutiva das democracias contemporâneas.” Cf.

A institucionalidade desenhada pela filosofia política moderna, baseada na representação política, na segurança das relações jurídicas, vem perdendo legitimidade e efetividade, trazendo a deterioração da legitimidade da representação política³²² que fundava o pensamento democrático moderno desenvolvido desde as revoluções.

De outra parte, o capitalismo industrial levou para as hostes do Estado tarefas assistenciais e de segurança, outrora incumbidas à família. Essa assunção de serviços sociais pelo Estado decorreu da necessidade de intervir na ordem econômica e social, para reduzir distorções e desequilíbrios. Com isso, novos direitos foram incorporados à pauta de atuação do Estado, de caráter positivo e interventivo nas esferas sociais, com o propósito de redução das desigualdades sociais. No início do século XX, a pauta da cidadania social, enfim, fora incorporada à agenda do Estado, juntando-se à cidadania civil e à cidadania política, de que falava Marshall.³²³ O Estado recebeu responsabilidades institucionais para além do papel de protetor das liberdades e propriedade.

A incorporação de uma pauta ética no interior do discurso constitucional vai promover mudanças paradigmáticas no fenômeno jurídico. A racionalidade formal que presidia a produção jurídica, estabelecendo as autoridades competentes e os procedimentos a serem cumpridos na produção normativa, vai ter de conviver agora com uma racionalidade material, uma racionalidade prática e prudencial, que fora abandonada pelo constitucionalismo liberal.

A reaproximação do direito à moral transforma o sistema jurídico em uma ordem de valores a estabelecer limites materiais a atuação das instâncias de poder. Essa dimensão substantiva agregada ao direito vai exigir novas metodologias para a deliberação jurídica, diferentes do raciocínio formal solipsista desenvolvido pelo positivismo jurídico, ideologia dominante até o fim da Segunda Guerra Mundial. O positivismo jurídico afastava do universo

VIANNA, Luiz Werneck. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 04. Disponível em:

<http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

³²² “Dados coletados pelo ICJBrasil (Índice de Confiança na Justiça), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito SP), revelaram queda na confiança da população em praticamente todas as instituições analisadas, na comparação com o relatório de 2016. As que sofreram as quedas mais acentuadas foram o Poder Executivo (45%) e Congresso Nacional (30%).” Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>>. Acesso em: 7 maio 2018.

³²³ “Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. [...] Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. [...] O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.” Cf. MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, pp. 63/64.

jurídico qualquer referência a valores, modelando o direito a partir do discurso da ciência moderna, considerada impessoal e objetiva. Na lógica positivista, em que as decisões ao serem construídas a partir de raciocínios formais, a atuação do juiz ocorria como um desdobramento dos sentidos apresentados na lei, considerada uma premissa maior na estrutura do raciocínio.

No momento em que os valores são incorporados ao discurso jurídico, as decisões judiciais deixam de ser reproduções de sentidos da moldura da lei. Não haveria a identificação entre lei e direito, pois como há os valores cristalizados em princípios jurídicos com abertura semântica - ainda quando estes princípios não estiverem expressos em legislação -, eles devem orientar as decisões. Com a positivação de diversos princípios substantivos no discurso constitucional, muitas vezes contrapostos, as decisões vão ter maior aderência com a realidade, não mais podendo reproduzir os sentidos consignados na lei pelo do legislador. Nessa esteira, há uma ruptura com a programação moderna, que se materializa em reação à soberania do legislador.³²⁴

O reconhecimento de que as decisões, com a incorporação de valores no direito, promovem atribuições de sentido e não decorrem de raciocínios meramente dedutivos, mas de um jogo de argumentações de interessados, suscita a necessidade de se fazer inovações na metodologia processual, para democratizar-se a construção de sentidos no âmbito do sistema judicial. Se o processo de deliberação processual não instaurar um espaço público, com as partes tendo o direito de influenciar nas decisões judicial, pode haver sacrifícios dos valores democráticos, com perda de legitimidade das decisões, com o sistema judicial assumindo papel imperial e autocrático, sob argumento de que a Constituição lhe confere o poder de dizer o direito e a guarda da Constituição.³²⁵

A incorporação de valores e de princípios no sistema jurídico vai exigir raciocínio argumentativo, não para demonstrar conclusões a partir de raciocínios formais, mas para convencer o outro, para que adira às conclusões. Essa deliberação será democrática caso ocorra em espaço público, onde todos interessados falem e influenciem nas conclusões, a partir do uso público da razão.

Não se pode deixar de reconhecer, portanto, que a incorporação de uma pauta ética na ordem jurídica vai provocar mudanças paradigmáticas na experiência jurídica e forense. O racionalismo formal, que havia estruturado o direito e as instituições, vai-se mostrar

³²⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 94-95.

³²⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, 1(1):42-55 janeiro-junho 2009. p. 45. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5135/2387>>. Acesso em: 5 maio 2018.

inapropriado para pensar e realizar o direito. Como o Estado moderno mobiliza o direito positivo, que regulamenta, coage, vetoriza comportamentos, impõe-se agora examinar o papel do Poder Judiciário, o processo de legitimação das decisões de poder.³²⁶

Com a justiça substantiva abrigada no sistema jurídico, para imprimir às instâncias de poder os limites materiais de atuação, o sistema judicial acabou responsável pelo controle de constitucionalidade dos outros poderes, em razão do amplo acesso à justiça. Restou ao sistema judicial sindicado os demais poderes, aferir a efetivação do discurso constitucional na realidade prática, examinando, quando demandado, não apenas a conformação das leis à Constituição, mas avaliando inclusive estados de coisas inconstitucionais, em que se mostra presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e de falência de políticas públicas, cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.³²⁷

Esses novos desafios institucionais levados ao sistema judicial, em que se exige a construção de soluções práticas em relação a problemas estruturais, tornam anacrônica a programação do arranjo institucional, desenhada na modernidade para outros tipos de demandas, concernentes a conflitos de direitos civis e a perseguições criminais de aferição de violações da liberdade.

³²⁶ HABERMAS, Jünger. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 143.

³²⁷ O Supremo Tribunal Federal, analisando a medida cautelar na ADPF 347, determinou, com base nos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando ao preso, no prazo máximo de 24 horas contados do momento da prisão, seu comparecimento perante a autoridade judiciária. Ementa: “CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos 4 Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11848075. RCL 24752 MC / RJ Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe de 19/02/2016). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

Com a assunção de uma pauta de direitos sociais pelo Estado, o sistema judicial torna-se mais visível e atraente a demandas da cidadania. Sob o discurso de reivindicação de direitos sociais, instaram-se demandas judiciais por prestações materiais do Estado, que implicam a movimentação de recursos públicos e a reprogramação de prioridades na execução do orçamento público.

O sistema judicial desenhado na modernidade limitava-se a delinear as fronteiras de atuação das liberdades individuais e a autorizar a atuação do Estado. Agora, essa instituição precisa incorporar novas estratégias para esses novos desafios.³²⁸ Para as demandas judiciais por políticas públicas, a lógica cientificista que inspirou a formação e a estruturação do processo judicial como metodologia científica, dedicada a examinar a veracidade de fatos ou de sentidos da lei, mostra-se agora insuficiente para apresentar uma resposta adequada ao problema/conflito judicial apresentado pelos novos tipos de demandantes. A lógica cientificista, que desenhou o processo judicial civil como uma metódica de pesquisas e apurações de verdades, tem por propósito estabelecer verdades verificadas, seja em relação aos fatos, sejam em relação ao sentido das leis. E no âmbito dessa racionalidade moderna, estruturante do sistema judicial, há um papel reservado ao juiz, de exercício técnico, dedicado e habitado a levantar e a verificar verdades, mediante processo racional que espelha o método científico de verificação de verdades.

O modelo de processo judicial na modernidade, desenhado para conflitos em que as partes interessadas polarizam e se antagonizam nas posições de autor e réu, lutando por interesses exclusivos a partir de uma lógica dominial, mostra-se em nossos dias inadequado para tratar as demandas por justiça social. Nessas demandas por prestações materiais pelo Estado, não há propriamente uma lide sobre direitos subjetivos, mas uma pretensão, muitas vezes multilateral, inclusive do apontado réu, de solucionar um contexto de falhas estruturais em que se negam as condições básicas para uma vida digna. O pedido não seria propriamente para condenar o réu por atos ilícitos, mas para construir soluções práticas para o problema da violação a direitos fundamentais que condicionam o exercício de uma vida digna.³²⁹

³²⁸ “A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1999) instaura elementos democráticos na gestão das políticas públicas, que sugerem um novo desenho das políticas sociais no Brasil, fundamentados nos princípios da descentralização, municipalização e participação da sociedade civil em todo o processo. Estabelece que as políticas sociais sejam desenvolvidas de modo democrático, em que a sociedade, via órgãos representativos, participe dos espaços de deliberações das diretrizes das políticas, do planejamento, da execução, do controle e da supervisão dos planos, programas e projetos.” Cf. TEIXEIRA, Solange Maria. Descentralização e participação social: o novo desenho das políticas sociais. **Revista Katalysis**, vol. 10, n.2, 2007. p. 155. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a03v10n2>. Acesso em: 4 maio 2018.

³²⁹ Como a resposta judicial deve objetivar a solução prática do problema apresentado na ação judicial, e há diversas soluções possíveis, afigura-se oportuna passagem referente ao pensamento problemático da tópica de Viehweg: “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um

A necessidade de implementação de serviços como ferramenta para promoção do desenvolvimento social torna a efetividade de direitos um valor fundamental para as instituições, para atendimento de expectativas sociais. Mais do que discursos e declarações de direitos, a sociedade reclama efetividade em nossos dias.³³⁰

Como os direitos sociais não constituem um domínio particular de alguém isoladamente, mas interessam a toda a sociedade, toda a institucionalidade deve estar engajada na sua efetivação. Daí porque muitas vezes as instituições públicas são chamadas como ré, mas elas passam a colaborar com a efetivação, não se podendo falar em pretensão resistida. Por essa razão, como todos estão interessados na construção da solução, que depende de articulação de diversos interessados, as estratégias processuais devem apostar na formação de consensos, na construção de espaços de livre deliberação entre as partes.

E por que os procedimentos desenhados pela modernidade para o sistema judicial se encontram agora inadequados para os desafios atuais de realização da justiça social? A resposta será encontrada, fazendo-se a genealogia dessa metódica processual moderna, que foi desenhada para um sistema judicial, incumbido de apenas reproduzir os sentidos inequívocos da lei. Ao Judiciário não era reivindicada a promoção de justiça social pela construção de soluções para problemas práticos. Cabia-lhe tão somente conduzir o processo judicial para um desfecho consagrado por uma decisão judicial, considerada uma manifestação do sistema jurídico sobre o conflito, e que deveria ser rigorosamente cumprida.³³¹

Para se entender a emergência de um novo modelo de sistema judicial, com novas metodologias e estratégias processuais, torna-se necessário compreender as características da matriz de Judiciário desenvolvida para o Estado Moderno e que de alguma

entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções, previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta. Se a este conjunto de deduções chamamos sistema, então podemos dizer que, de um modo mais breve, que, para encontrar uma solução, problema se ordena dentro de sistema.” Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

³³⁰ “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” Cf. BOBBIO, Norberto. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

³³¹ “Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Falar em solução imperativa é pressupor a presença do poder estatal. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. Volume I, 2013. p. 315/316.

forma fora inserida, com a devida tradução, em nossa cultura jurídica nacional, nas sucessivas edições legislativas e na experiência forense.³³²

Ao alvorecer da modernidade, o Estado moderno se erigiu com fatores, que se mostraram fundamentais ao longo de todos os séculos seguintes. Para se institucionalizar e ganhar sustentabilidade, o Estado moderno reuniu uma extensão territorial, estabeleceu um poder central, suficientemente forte para impor as suas decisões e fazer cumprir as suas leis, reduziu o antigo poder feudal, engendrou uma infraestrutura sólida, com burocracia, finanças, exército e diplomacias.³³³

Nessa primeira fase, o Estado moderno, governado por monarcas absolutistas, teve de fazer frente à resistência dos poderes locais dos feudos. Então, para efetivar o poder central e imprimir força às decisões, o Estado moderno criou o direito positivo, editando leis, recrutando juízes, promotores, policiais para assegurar obediências. Nessa primeira fase, o direito tinha forte coloração autoritária, dependente da política real. Toda a maquinaria burocrática estava subordinada à política, estando a serviço do rei.³³⁴

À medida que as revoluções liberais se alastram pela Europa, a partir do final do século XVIII, a política passa a ser regida pelo constitucionalismo liberal, sob o patrocínio da burguesia.³³⁵ O constitucionalismo liberal inova na configuração institucional, estabelecendo a democracia parlamentar, conferindo ao parlamento a representação da soberania da nação. Com isso, o direito muda de paradigma, para proteger, da violência do arbítrio real, os direitos civis e políticos dos indivíduos. Forma-se o Estado de Direito.³³⁶

³³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 33.

³³³ ROMANO, Ruggiero; TENENTI, Alberto. **Los Fundamentos del mundo moderno:** Edad Media tardía, Reforma, Renacimiento. 11. ed. México, Buenos Aires, Madrid: Siglo XXI, 1980. p. 268.

³³⁴ “a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais, cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito se apresentava como um fenômeno social produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado Moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se assim o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.” Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia de direito. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 26-27.

³³⁵ “A burguesia precisava da liberdade, e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico que em Kant chegara à sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embarçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais.” Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 68.

³³⁶ “o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Daí falar-se em Estado liberal de Direito, o qual tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão

Na construção ideológica do Estado de Direito pelo constitucionalismo liberal,³³⁷ tem-se o parlamento como porta-voz legítimo e exclusivo da vontade geral da nação. O direito deixa de ser instrumento do poder dos monarcas, por meio do qual alinhavam as forças locais ao poder central, e passa a ser instrumento ideológico de interesses burgueses, protagonistas dos movimentos que culminaram em constituições liberais. A estrutura judicial, concebida para efetivar esse direito promulgado pelo parlamento (representante da vontade soberana da nação), ganha autonomia em relação ao sistema político, para pôr em prática a separação dos poderes e assegurar a moderação dos órgãos de poder do Estado.³³⁸ Nesse contexto institucional, o sistema judicial se especializa em garantir direitos civis e políticos, solucionando conflitos e punindo violações a direitos.

O aparato institucional moderno foi construído a partir do conceito-chave da democracia liberal representativa,³³⁹ como arranjo institucional, desenhado estrategicamente para controlar o arbítrio dos governantes e para incorporar nas decisões de poder o sentimento da nação. Essa conexão entre democracia e representação decorreria da premissa ideológica de “que na democracia os governos são representativos porque são eleitos: se as eleições são concorridas livremente, se a participação é ampla, e se os cidadãos desfrutam das liberdades políticas, então os governos agirão em favor do interesse da população.”³⁴⁰

Ao contrário da democracia antiga, em que se confiavam as decisões diretamente a assembleias do povo ou a tribunais compostos por membros sorteados, e o povo participava diretamente das deliberações, na democracia moderna, desenvolvida a partir das revoluções

de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. 2 Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.” Cf. SILVA, José Afonso. Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, 173, jul/set. 1988, Rio de Janeiro. p. 16. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>. Acesso em: 2 jun. 2018.

³³⁷ “Esta clase de Constituciones contiene, en primer término, una decisión en el sentido de la libertad burguesa: libertad personal, propiedad privada, libertad de contratación, libertad de industria y comercio, etc. El Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad; queda sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas o, sencillamente, identificado con ese sistema de normas, así que se convierte en sólo norma o procedimiento.” Cf. Schmitt, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996. p. 137.

³³⁸ Schmitt, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1996. p. 186.

³³⁹ Principios norteadores da representação política: “1) Quienes gobiernan son nombrados por elección con intervalos regulares. 2) La toma de decisiones por los que gobiernan conserva un grado de independencia respecto de los deseos del electorado. 3) Los que son gobernados pueden expresar sus opiniones y deseos políticos sin estar sujetos al control de los que gobiernan. 4) Las decisiones públicas se someten a un proceso de debate”. Cf. MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Alianza. 2006. p. 7.

Disponível em: <http://lavraiedemocratie.fr/IMG/pdf/bernard_manin__los_principios_del_gobierno_representativo.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2017.

³⁴⁰ MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, n.67, 2006. p. 105.

burguesas nos séculos XVII e XVIII, as decisões de natureza política são tomadas pela representação política,³⁴¹ um conceito complexo e de algum modo altamente abstrato.³⁴²

Na forma estruturada pela engenharia institucional moderna, por inspiração do movimento liberal, para fazer frente às demandas que lhe chegavam para salvaguardar direitos de liberdade e de propriedade, caberia ao Judiciário um papel apenas reativo, reprimindo ameaças, restaurando danos aos direitos concernentes a liberdade e a propriedade, tidos por naturais. O sistema judicial não era demandado para implementar direitos sociais, para determinar o oferecimento de prestações materiais pelo Estado. Os direitos sociais eram tratados apenas como aspirações políticas, despidos de força vinculante.

Nesse quadro do constitucionalismo liberal, caberia ao sistema judicial proteger os direitos consolidados nas legislações. A própria estratégia de separar as funções de Estado,³⁴³ proposta por Montesquieu, em três poderes autônomos independentes, está dentro dessa lógica de controle da possibilidade de abusos por parte do Estado. E os limites são delineados pelo Legislativo, incumbido de expressar a vontade geral, delimitando os espaços de liberdade. Os demais Poderes Executivo e Judiciário ficariam com o encargo de fazer cumprir essa deliberação da representação parlamentar.³⁴⁴

Dentro dessa matriz liberal, a distribuição de funções em diversos órgãos independentes e autônomos evitaria o arbítrio de Estado, ao se impedir a concentração de poder e o despotismo do governo. Desenvolveram-se, inclusive, leis processuais, de natureza instrumental, para o sistema judicial fazer cumprir a força das leis.³⁴⁵ Cada segmento de poder

³⁴¹ MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Madrid: Alianza, 2006. p. 11. Disponível em: <http://lavraiedemocratie.fr/IMG/pdf/bernard_manin_-_los_principios_del_gobierno_representativo.pdf> Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁴² PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. p. 16. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 out. 2018.

³⁴³ “Quando, na mesma pessoa ou corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

³⁴⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 167/178.

³⁴⁵ “El objeto de las leyes, cuando son lo que deben ser, es el de producir, en el mas alto grado posible, la felicidad del mayor número; pero sean buenas ó malas, las leyes no pueden obrar sino creando derechos y obligaciones: los derechos, que compreenden todo lo que es bueno y agradable, todo lo que es fruición y seguridad; las obligaciones que encierran, todo lo que es penoso y oneroso, todo lo que es sujecion y privación, pero que lo malo é incómodo que produce, está mucho mas que compensado por lo bueno que de ello resulta. Y este es el caracter de las buenas leyes, las malas son las que crean obligaciones supérfluas, ó mas onerosas que útiles. Estas leyes no

cumpriria o papel de controlar os demais segmentos, doutrina incorporada na Constituição dos Estados Unidos da América, conhecida por *check and balances*. No Capítulo 78, ao propor a inamovibilidade do Poder Judiciário, os artigos federalistas bem retratam a necessidade de divisão das funções:

Já essa simples observação nos habilita a estabelecer os princípios seguintes: 1º) que o Poder Judiciário é sem questão alguma o mais fraco dos três; 2º) que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado; 3º) que é preciso dar-lhe todos os meios possíveis para poder defender-se dos outros dois. Segue-se mais: que ainda que os tribunais de justiça possam, algumas vezes, excitar algum ato de opressão individual, nunca podem pôr em perigo a liberdade geral, ao menos enquanto o Poder Judiciário estiver convenientemente separado dos outros dois; porque é preciso concordar com Montesquieu, que não pode haver liberdade onde o poder de julgar não estiver bem separado do de fazer as leis e do de as executar.³⁴⁶

Nessa matriz liberal, o sistema judicial exerceria apenas um papel de reprodutor dos sentidos impregnados na lei pelo legislador. Seria muito mais um operador do direito, um revelador de sentidos, um aplicador das leis emitidas pelo Legislativo em defesa dos direitos de liberdade e de propriedade, do que um órgão dotado de poder criativo na vida do direito, com poder para interferir e modificar a vida política e social.³⁴⁷

Montesquieu defendia que “os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.”³⁴⁸

O sistema judicial moderno foi desenhado segundo a lógica da ciência moderna. Como instância responsável pela pesquisa, afirmação e efetivação do sentido do Direito cuja produção é monopolizada pelo Estado e promulgada pela representação política. Dentro dessa lógica científica, em que se devem buscar juízos de certezas sobre os dados da natureza e do social, deve o juiz exercer uma atividade técnica e se restringir a examinar os fatos (causa de pedir) trazidos pelas partes aos autos do processo, submetendo-os ao regramento da lei, cujos sentidos estão expostos pelo legislador.

producirían efecto alguno, si el legislador no crease al mismo tiempo otras leyes, cuyo objeto es hacer cumplirlas primeras: estas son las leyes que prescriben el modo de enjuiciar.” Cf. BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossange Frères, 1825, pp. ½.

³⁴⁶HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte :Líder, 2003. p. 458.

³⁴⁷ Montesquieu sobre o juiz, como seres inanimados: “Mas os juízes da nação são apenas, como dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor.” Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

³⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

Nessa matriz clássica do Judiciário moderno, a Jurisdição consistiria em uma função do Estado, por meio da qual o Estado-Juiz “substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.”³⁴⁹

Dentro da proposta iluminista moderna, o sistema judicial foi desenhado para uma atuação reserva. Somente na omissão ou na falha dos demais poderes, a revisão judicial se legitimaria. Sua engenharia institucional e sua logística foram esquadrihadas segundo a lógica da ciência moderna, para pesquisa, declaração e efetivação do sentido do Direito positivado pela representação política.

Uma das características dessa matriz clássica de sistema judicial seria o caráter substitutivo da Jurisdição, por meio do qual as vontades das partes, que são completamente antagônicas, são substituídas pela decisão emanada do Estado, ao reproduzir a vontade da lei; caberia unicamente ao Estado-juiz manifestar, a partir do seu dever-poder soberano, a vontade do direito. Também, a Jurisdição moderna teria por escopo não a solução de problemas práticos da vida social e política. Para a matriz moderna, a finalidade institucional da Jurisdição seria a preservação do sistema jurídico, a força e atuação do direito. A Jurisdição seria uma garantia ao cumprimento das normas anunciadas pelo legislador, a garantia de efetivação do direito substancial (direito objetivo).³⁵⁰

Essa finalidade institucional leva a reconhecer no Judiciário uma atividade mecanicista, como aplicador das leis, sendo um mero reproduzidor de sentidos *ex ante* apresentado pelo legislador. Dentro dessa programação, o sistema judicial não teria qualquer papel criativo nas decisões. Caberia ao juiz seguir um modelo silogístico, em que a premissa maior constituiria na lei editada pela representação política e a premissa menor nos fatos trazidos exclusivamente pelas partes do processo judicial, em razão do princípio dispositivo³⁵¹.

Na matriz moderna, o Judiciário reuniria no processo civil o monopólio das decisões, *i.e.*, de explicitação de sentidos da lei. Sua função teria natureza operativa e

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros., 2001. v. 1. p. 115.

³⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 150/151.

³⁵¹ Princípio do dispositivo. “ Segundo este princípio, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes (*iudex iudicare debet allegata et probata partium*), *sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes*. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira” Cf. SILVA, Ovidio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. V.1. Revista dos Tribunais, 6. edição, São Paulo, 1998. p. 61.

meramente reprodutiva, consistente em dizer o direito para o caso concreto, objeto a ser regulado pela sentença.

Dentro da lógica científica moderna, em que se devem buscar juízos de certezas sobre os dados da natureza e do social, reserva-se ao sistema judicial o exame dos fatos (causa de pedir) trazidos pelas partes aos autos do processo, submetendo-os ao regramento da lei, cujos sentidos estão expostos pelo legislador. Por essa lógica, que se mostra agora inadequada ao tratamento dos conflitos de natureza política que atualmente são judicializados, o Judiciário seria uma instância técnica, municiada pela ciência jurídica, que, com autonomia política e funcional, estaria distante das querelas políticas,³⁵² e assim reuniria neutralidade para apreciar o pedido do autor.

Com sua linguagem de especialista, o sistema judicial manteria essa neutralidade com base em procedimentos judiciais, desenvolvidos como metodologia científica de busca de verdades sobre os fatos trazidos pelas partes. Cumprindo essa metodologia processual de investigação dos acontecimentos do tempo passado, o Judiciário manifestar-se-ia sobre esses fatos, imprimindo-lhes os sentidos inscritos da lei pela representação política. Situado na estrutura do Estado, teria a responsabilidade de afirmar a vontade da lei nos conflitos que lhe chegassem.

O próprio pedido do autor seria visto como um objeto de análise do juízo, e representaria um corte epistemológico do conflito. Delimitado e fixado exclusivamente pelo autor, o juízo, como um cientista que analisa um objeto em seu laboratório, não poderia transcender em suas análises aos limites do pedido. Também, como o objeto do pedido estaria demarcado pelo o autor da demanda, o juiz investigaria a consistência jurídica do pedido, não lhe cabendo fazer remissão ao contexto nem a totalidade do conflito. Pedido e causas (razões) do pedido seriam fixados pela parte autora da demanda, como garantia da inércia do juiz, para lhe preservar a imparcialidade. É vedado ao juiz olhar e falar para além dos autos.

No processo judicial estruturado pela lógica moderna, o juízo ficaria, em razão do princípio da demanda, adstrito a limites formais e materiais fixados pelas partes, devendo

³⁵² “Cuando se mantenía el mito de que el juez se limitaba a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, esta falta de legitimidad democrática del juez parecía no ser relevante, puesto que se concebía la actividad del juez como meramente intelectual y no valorativa. Se veía al juez como un técnico o un científico, y es sabido que los científicos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero con la creciente certeza de que la tarea del juez es sustancialmente valorativa - lo que se pone de manifiesto en los principios básicos de moralidad social a los que, como recién vimos, los jueces necesitan recurrir para justificar la adopción de normas positivas y en los distintos pasos del proceso de interpretación que, según vimos en el cap. 1, ap. D, tienen carácter axiológico-, surge con más insistencia la pregunta de quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones.” Cf. NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2013. p. 683.

ater-se ao pedido das partes (transmutado em objeto científico de análise). A sentença, os pronunciamentos judiciais deveriam responder única e exclusivamente ao que fora pedido e transformado abstratamente em objeto. Nessa lógica cientificista do processo e da atuação judicial, que faz um corte epistemológico do conflito social, o juízo não se manifestaria sobre o conflito em sua inteireza e complexidade, limitado a que está a apreciar o pedido do autor, considerado um corte epistemológico sobre a realidade.

Nessa lógica cientificista moderna, o Judiciário, preso ao princípio da inércia e ao princípio do dispositivo, manifestar-se-ia especificamente sobre o pedido do autor, transformado em objeto de análise no processo judicial, processo entendido como metodologia científica para busca de verdades jurídicas, em que se preserva a neutralidade do juízo.

Por sua vez, a estratégia científica, de separar o objeto (pedido) de seu contexto, fazendo com que partes e juiz se manifestem apenas sobre o pedido e a causa de pedir, levados pelas partes aos autos do processo, acaba comprometendo o sentido do próprio conflito judicializado, reduzindo as chances de a sentença tratar o conflito em toda a sua extensão. Com esse nível de deslocamento do pedido e de suas causas em relação ao contexto de emergência, as respostas judiciais operam no plano das formalidades, correndo o risco de não tratarem adequadamente os conflitos, gerando, inclusive, efeitos colaterais.

Observa-se que dentro da matriz cientificista de Judiciário, desenhada para manter o juízo distante dos contextos de conflito, na pretensão científica de lhe manter a autonomia funcional, não haveria uma preocupação primordial desse Poder pelo conflito em si, em toda a sua contextualidade, integralidade e dimensão. Nessa visão cientificista, o sistema judicial se dedicaria a afirmação do sentido e da força do direito objetivo, que, em sentido amplo, corresponderia à manifestação da vontade coletiva, dirigida a regular atividades dos cidadãos ou/e a prescrever a atuação pública.³⁵³

Essa lógica de aplicação dos parâmetros objetivos da lei está em conformidade com um aspecto fundante da modernidade: o individualismo. A premissa de que os sentidos são construções de indivíduos e ganham normatividade a partir de consensos sociais entabulados pela concorrência individual. Esses consensos demarcariam as fronteiras do exercício dos direitos. Por essa máxima do individualismo - a partir da qual se estruturou o direito moderno -, sempre que houver ofensa aos parâmetros do consenso social cristalizado na lei, exsurgiria um direito subjetivo para pleitear a intervenção do Estado-juiz. O Judiciário, pelo

³⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho processual civil**. Tomo I. Madrid: Reus, 1922. p. 43.

jus imperii, ficaria encarregado de aplicar e restaurar a força da lei, entendida como elaborada e normatizada pelo consenso entre vontades concorrentes.

Esse modo de se desenvolver a Jurisdição, como instituição do Estado, que monopoliza a decisão final acerca do direito objetivo, mereceu estudos na ciência processual, que acabou por desenvolver concepções de Jurisdição, que expressam essa matriz cientificista do sistema judicial.

Chiovenda, ao se referir a atuação judicial expressa na sentença, remete à Jurisdição esse papel de aplicar da vontade concreta da Lei.³⁵⁴ A sentença de mérito seria a decisão do juiz que “estima o rechaza la demanda del ador dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de ley que le garantice um bien, o de la inexistencia de una voluntad de ley que lo garantizase al demandado.”³⁵⁵

Na mesma estrutura de raciocínio, encontra-se Carnelutti, para quem a Jurisdição tem o papel de promover a justa composição da lide, eliminando-se os efeitos perturbadores dos conflitos.³⁵⁶ Há em sua obra a reprodução de que a Jurisdição se realiza como resposta a fatos levados ao processo judicial por sujeitos, e que, por causarem danos ou ameaças a interesses desses sujeitos (convertidos em partes³⁵⁷ no processo judicial), precisam de regulação jurídica, capaz de restabelecer a paz social.

Também em Carnelutti, a Jurisdição, com esse olhar para metodicamente verificar a verdade de fatos ou de ameaças e para responder a partir da perspectiva de órgão controlador capaz de resolver o conflito, encontra-se dentro do quadro da ciência moderna, em que se busca segurança, ordem, certezas. E a produção normativa do Estado seria o norte para a pacificação social. Veja-se:

La prevención de la litis es el fin específico del proceso voluntario, el cual es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades. Dicha prevención se obtiene regulando con justicia y determinando con certeza las relaciones jurídicas en los casos en que el peligro de la injusticia o de la falta de certeza es más grave. La regulación de los conflictos de intereses mediante las normas

³⁵⁴ “En Brasil, en tanto, a partir de elementos propios de la configuración del Estado, el Código del Proceso Civil brasileño de 1939 fue influenciado por la cultura procesal europea de principios del siglo XX, principalmente la doctrina procesal presente en el Código austriaco de 1895, en el proyecto Chiovenda de 1919 y en el código portugués de 1926.” Cf. RAGONE, Álvaro Pérez *et* SALGADO, José María. Giuseppe Chiovenda. **Revista de la Maestría Em Derecho Procesal**, v. 7, N.2 Agosto-diciembre 2017. p. 115. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/article/download/19696/19778>>. Acesso em: 12 jul 2018.

³⁵⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho processual civil**. Tomo I. Madrid Reus (S.A.), 1922. p. 162.

³⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**, v. 1, Jurídicas Europa-america, Buenos Aires, 1950. p. 45.

³⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**, v. 1, Jurídicas Europa-america, Buenos Aires, 1950. p. 174.

jurídicas, si tiene la ventaja de pennitir la previsión de los efectos provenientes de los hechos jurídicos [...].³⁵⁸

Essa Jurisdição, com função controladora e aplicadora de direito legislado, realiza-se a partir de procedimentos, disciplinados, exclusivamente pelo monopólio da legislação estatal e estruturados pela racionalidade científica moderna, em que as assumem posições que se antagonizam e o sistema judicial tem a missão de trazer a paz, que só ocorreria pela resolução do conflito, referenciando-se no ordenamento jurídico. Dentro dessa proposta moderna, de Judiciário cientificista, o sistema judicial, ao trazer certeza às relações jurídicas, acabaria por promover a paz social, abalada pelo conflito de interesses entre as partes.

Para Carnelutti, esses fatos, como manifestação do individualismo moderno, seriam traduzidos no processo pelo conceito de lide, definida como um conflito intersubjetivo de interesses qualificado por uma pretensão resistida.³⁵⁹

Nessas concepções de Jurisdição, desenvolvidas pelo direito processual moderno, não há a possibilidade de criação de novos sentidos jurídicos nas decisões judiciais. A Jurisdição cientificista observa o conflito como uma disfunção social e como algo a ser eliminado. Entende o direito como ordem, capaz de imprimir certeza às relações jurídicas, percebe a relação jurídica como elaboração individualista, e acaba desenvolvendo um papel de controlador, no qual manifesta e reproduz a força da lei.

O Judiciário cientificista tem as vistas postas no passado. Nessa perspectiva, evidencia-se um aspecto repressivo da atuação judicial, como atividade preocupada na cura social, na eliminação de conflitos. Mesmo as atuações judiciais preventivas, de natureza cautelar, objetivam ao final consertar uma disfunção social, caracterizada por uma discrepância com os consensos sociais, expressos na forma de ordenamento jurídico estabelecido pela representação política.

Na visão do cientificismo moderno, o conflito social era visto não como um dado inerente à vida social, não como choque entre visões plurais de mundo, mas como uma disfunção social a exigir controle e solução pelo Estado Central, mediante a aplicação do ordenamento jurídico, expressão da racionalidade.

A matriz de sistema judicial, desenhada na modernidade para neutralizar os conflitos, trazendo a esses conflitos a regulação dos sentidos da lei produzida pela representação

³⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**, v.1, Buenos Aires: Jurídicas Europa-america, 1950. p. 45.

³⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**, v.1, Buenos Aires: Jurídicas Europa-america, 1950. p. 23.

política, mostra-se obsoleta e incapaz de abrigar os outros papéis que vêm sendo demandados pelo sistema social ao Judiciário.

As frustrações de expectativas sociais decorrentes da não efetivação desses direitos sociais pela representação política, advindos de promessas públicas ofertadas na retórica político-eleitoral e não cumpridas, de expectativas não atendidas, de contratos entabulados e não respeitados, de princípios não obedecidos,³⁶⁰ provocam ruídos na governabilidade democrática, e o sistema judicial tem aparecido na cena institucional para efetivar esse sentimento de não realização, recuperando o valor simbólico e normativo da retórica constitucional.

Há, assim, a necessidade de que sejam abordados teoricamente esses novos sentidos para Jurisdição, que estão sendo construídos a partir da elaboração dos programas constitucionais, promovedores da justiça social, advindos da experiência da Segunda Guerra mundial. Essas novas demandas sociais e políticas exigem inovação processual, contextualização e plasticidade das decisões, gestão processual mediada e negociada, execução dos pronunciamentos judiciais como programa de ações dilatadas no tempo, nas respostas judiciais.

Observa-se, assim, que a programação constitucional em favor da cidadania e da democracia não se efetivam apenas na representação política. As eleições, por si sós, não garantem a dedicação dos governantes eleitos à realização de bem-estar dos cidadãos. Nas falhas da representação política, cabe ao Judiciário, quando demandado por justiça social, ocupar os espaços de deliberação, torná-lo público e participativo a todos quantos se interessem no tratamento do conflito judicializado. Verifica-se que há espaço para a inovação e a criatividade institucionais,³⁶¹ propiciadas pelo arranjo institucional, desenhado na Constituição, disponível ao cidadão para reivindicar direitos, em prestígio à democracia participativa.³⁶²

³⁶⁰ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 49.

³⁶¹ MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. CEDEC, **Lua Nova**, n.67, 2006. p. 133.

³⁶² “O cenário democrático tem se reinventado constantemente, dada a variedade de atores sociais e as diversas bandeiras, mas também as demandas específicas e as novas formas de interação entre sociedade civil e administração pública. Por isso, a renovação da teoria democrática requer a formulação de critérios democráticos de participação política, que não sejam confinados no ato de votar. Isso implicaria numa articulação entre democracia representativa e democracia participativa; o campo político teria que ser radicalmente redefinido e ampliado.” SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. Democracia participativa e processo decisório de políticas públicas: a influência da campanha contra a Alca. Revista Sociedade e Estado, v. 28, n. 1. p. 53-74, Apr. 2013. p. 1. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018.

Essas novas demandas por cidadania estão a exigir reprogramação do sistema judicial: o Judiciário precisa reinventar-se, com uma programação capaz de construir soluções práticas às demandas que agora chegam inexoravelmente ao sistema judicial.³⁶³

³⁶³ “La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables, sean estos civiles y políticos o sociales, limita o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos.” Cf. ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 11. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018.

4 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

4.1 Por que interessa saber se os direitos sociais podem ser demandados no sistema judicial brasileiro?

A implementação dos direitos sociais no plano prático, especialmente quando portadores de prestação material pelo Estado, não é uma missão fácil para institucionalidade brasileira. Afigura-se sempre desafiadora a promoção do desenvolvimento humano e social, especialmente em sociedade como a brasileira, marcada por clivagens e diferenciações decorrentes de um longo processo histórico de exclusão social. Esses direitos cuidam de estabelecer as condições básicas para uma vida digna. Decorrem da solidariedade social e possuem dimensão promocional e finalística, na medida em que asseguram as condições básicas para a dignidade humana em uma sociedade.

A sua efetivação mostra-se complexa e problemática. Complexa porque envolve recursos orçamentários, estruturas administrativas de serviços, logística e recursos humanos. Isso exige, além de recursos orçamentários, expertise institucional e montagens de burocracias de serviços. Problemática porque envolve a distribuição de recursos, e esses recursos são sempre limitados. A classificação das prioridades na distribuição orçamentária atende sempre em primeira ordem à discricionariedade política, submetida a clivagens políticas e partidárias.

Quando esses direitos são negados pela representação político-administrativa, em razão da falta de estrutura de serviços ou de falhas estruturais, a cidadania vem buscando no sistema judicial a sua efetivação, sob argumento de que os direitos sociais estabelecem as condições básicas para uma vida digna e, portanto, são direitos fundamentais previstos na Constituição.

Essa judicialização levanta inúmeras questões, a começar da justiciabilidade ou não dos direitos sociais. Também, levanta questões sobre os procedimentos a serem adotados pelo sistema judicial e a conformidade desses procedimentos com o Estado Democrático de Direito.

Não parece trivial, pois, ao sistema judicial, desenhado ao longo de sua experiência institucional para declarar, constituir direitos, perquirir ilícitos (mau uso das liberdades) e atribuir responsabilidades, ter de se reprogramar para responder a demandas complexas que reclamam a construção de soluções práticas para implementação desses direitos, especialmente em contextos de falhas estruturais de serviços. Nessas demandas judiciais não se

reivindica apenas uma decisão judicial sobre conflito entre dois polos que se antagonizam. Essas demandas envolvem o compartilhamento de estruturas, de orçamentos, a articulação e a interação muitas vezes entre diversas instituições. Cuidar do bem-estar de todos, distribuir saúde, educação, moradia, trabalho digno, especialmente em uma ex-colônia ibérica, matizada por tradição escravagista que ainda repercute nas estruturas sociais gerando desigualdades e distorções,³⁶⁴ exigem um conjunto articulado de interações entre instituições.

Os direitos sociais implicam atividades prestacionais e dependem de recursos orçamentários, de estruturas de serviços, de logística, de formulação de políticas públicas pelos dirigentes políticos, e por essa razão, a despeito de proclamados em generosos programas constitucionais e em tratados internacionais, podem acabar adormecidos nos estatutos à falta de organização burocrática, sem concretização de sentido, sem efetividade no plano prático.

A história dos direitos sociais no Brasil segue uma história curiosa. De proclamação nos estatutos constitucionais e, paradoxalmente, de patente inefetividade, de esquecimento pelas instituições. Observe-se que a Constituição de 1824,³⁶⁵ por exemplo, apesar de não fazer referência expressa ao termo “direitos sociais”, já anuncia proteções sociais, tais como a garantia dos “socorros públicos” (art. 179, XXXI), o direito a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXII). As demais constituições que lhe sucederam, à exceção³⁶⁶ da Constituição de 1891,³⁶⁷ lembraram desses direitos em seus textos.

No processo de modernização e de industrialização da sociedade encetado pelo movimento de 1930, elaborou-se um conjunto de proteções sociais para regulação dos conflitos próprios de uma sociedade que se urbanizava, dando a essa regulação um *status* constitucional que não mais foi abandonado pela institucionalidade brasileira.³⁶⁸ A Constituição de 1934,

³⁶⁴ “[...] os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, lingüística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira.” Cf.: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 18.

³⁶⁵ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Imperio do Brazil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

³⁶⁶ “Já a Constituição de 1891 abria a Seção 11 do Título IV com uma Declaração de Direitos, onde assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos dos 31 parágrafos do art. 72, acrescentando algumas garantias funcionais e militares nos arts. 73 a 77 e indicando no art. 78 que a enumeração não era exaustiva, regra que passou para as constituições subsequentes. Basicamente, pois, a declaração de direitos na Constituição de 1891 contém só os chamados direitos e garantias individuais.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 172.

³⁶⁷ BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

³⁶⁸ “Na de 1946, o direito à subsistência se achava inscrito no parágrafo único do art. 145, onde se assegurava a todos trabalho que possibilitasse existência digna. Aparecem nela, como nas de 1967 e 1969, os direitos econômicos e sociais, mais bem estruturado do que na de 1934, em dois títulos: um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura. O Título II cuidava da Declaração de Direitos, com cinco capítulos: I

nascida por inspiração do movimento de 30, consagrou a dimensão social do Estado, conferindo tratamento normativo aos direitos sociais, reservando o Título IV para a ordem econômica e social.³⁶⁹

O certo é que os direitos sociais foram reiteradamente esquecidos, quando não violados pela institucionalidade ao longo de nossa história. Estão positivados nos estatutos políticos e, ao mesmo tempo, solenemente negados pela institucionalidade brasileira.³⁷⁰

A despeito de trazer ao longo desses anos um avançado catálogo de direitos sociais em seus estatutos constitucionais, o Brasil arrasta consigo índices sofríveis de desenvolvimento humano. Ocupa, segundo relatório 2016 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a 79ª posição entre 188 nações no *ranking* de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), composto por indicadores de educação, saúde e renda, ficando atrás de países como Argentina, Uruguai, Panamá, Cuba, Venezuela, México.³⁷¹

A notória incapacidade das estruturas públicas, desenhadas pelo sistema político, para oferecer as condições básicas de dignidade no Brasil levanta questões sobre a possibilidade de os direitos sociais serem manejados no sistema judicial mediante instrumentos jurídicos disponibilizados ao cidadão.³⁷² Na ausência de política pública elaborada pelo sistema político ou na inadequação de políticas públicas, o cidadão acaba por procurar as instâncias independentes de controle de constitucionalidade, cobrando no sistema judicial a implementação dos direitos sociais anunciados na Constituição, e que estão sendo negados por omissão ou desacerto da representação política. E o sistema judicial vem processando e respondendo a essas demandas³⁷³

- Da Nacionalidade; II - Dos Direitos Políticos; III - Dos Partidos Políticos; IV - Dos Direitos e Garantias Individuais; V - Das Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. Os direitos econômicos e sociais constavam de dois Títulos: III - Da Ordem Econômica e Social e IV - Da Família, da Educação e da Cultura.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 173.

³⁶⁹ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 3 maio 2018.

³⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e evolução do Estado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 72(1). p. 334. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66800/69410>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

³⁷¹ **Human Development Report. New York:** United Nations Development Programme. 2016. p. 199. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf> >. Acesso 3 maio 2017.

³⁷² KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999. p. 239.

³⁷³ Veja-se decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre a força vinculante de preceitos constitucionais concernentes a direitos sociais. A possibilidade de o Judiciário determinar implementação de políticas públicas que estão sendo negadas pelo sistema político: “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que

A Constituição de 1988, inspirada em ampla mobilização em favor das liberdades e da justiça social que culminou com o encerramento do período autoritário de 64, não só enriqueceu os conceitos de liberdade, de democracia, mas também densificou o conceito de igualdade. A Constituição, com base no valor da igualdade, expõe um programa normativo em favor da justiça social, conferindo à cidadania a participação equitativa na distribuição dos bens sociais que asseguram as condições básicas para uma vida digna.

Em diversas passagens, o programa constitucional reforçou o valor da igualdade, inclusive ao fazer a distinção entre diferença e desigualdade, acolhendo a primeira categoria e repudiando a segunda, pertinente a desigualdade. Há exemplos. Em seu preâmbulo³⁷⁴, consigna a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Também, ao especificar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e ao conclamar para a necessidade da promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”,³⁷⁵ a Constituição está também prestigiando a necessidade de se protegerem as diferenças, as identidades. E, de outra parte, quando a Constituição objetiva erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, está alinhando o Estado com as necessidades de se criarem condições materiais para o desenvolvimento humano e social,³⁷⁶ afirmando o valor da igualdade.

atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” RE 410715 AgR / SP. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS%29&pagina=12&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbj8hob>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

³⁷⁴ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Cf. Constituição Federal.

³⁷⁵ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

³⁷⁶ ALEXY, Robert. El principio de igualdad y la diferencia de género. In: CRUZ, P. J. A., & VÁZQUEZ, R. **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres**. México, D.F: Fontamara. 2010. p. 1. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/2Debatesconstitucionales_0.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Ao estabelecer essa distinção entre diferença e desigualdade nos objetivos fundamentais da República, a Constituição, além de vetorizar as instituições para implementação dos direitos sociais, acabou por criar espaço para uma leitura mais densa e extensiva da pauta social, reforçando a dimensão normativa dos direitos sociais.

Nessa esteira, de respaldar a normatividade do programa social e político em favor da justiça social, a Constituição ampliou e diversificou o catálogo de direitos sociais com base na inclusão e na equidade social. E o fez de modo muito destacado, consignando os direitos sociais no Título II, intitulado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo II – Dos Direitos Sociais, reforçando a normatividade desse valor, mediante a categorização dogmática dos direitos sociais como direitos fundamentais.³⁷⁷

Esse anúncio dos direitos sociais, de forma genérica e principiológica, em espaço prestigiado da Constituição, logo em seu início, junto aos direitos e garantias individuais, com o *caput* do art. 5º, CF,³⁷⁸ afirmando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, remete aos direitos sociais uma normatividade fundante para o gozo dos demais direitos fundamentais, vinculando a institucionalidade a implementar as condições básicas para o exercício dos demais direitos fundamentais.

Com esses aspectos fundantes conferidos aos direitos sociais, a Constituição universalizou a proteção social, para alcançar a toda a cidadania. A seguridade social, por exemplo, antes restrita a determinadas categorias profissionais que estavam inseridas formalmente no mercado de trabalho, foi estendida a toda a população brasileira. Com a universalização da cidadania em direitos sociais, de alguma forma mitigou-se a relação entre contribuições e benefícios sociais referentes a saúde, assistência social, enfatizando-se a natureza solidária dos benefícios e a necessidade de cobertura social a toda a cidadania,³⁷⁹ democratizando-se a distribuição das políticas sociais.

³⁷⁷ “De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídicos positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os «direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política», mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechts-normen*). Por outras palavras, que pertencem a CRUZ VILLALON: «onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios». Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 497.

³⁷⁸ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

³⁷⁹ FLEURY, Sonia. **Seguridade social** – um novo patamar civilizatório. 2008. p. 2. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v->

Todavia, a Constituição não ficou apenas nas declarações de direitos sociais. Ao referendar o paradigma da solidariedade social, a Constituição conferiu juridicidade a esses interesses de inclusão e de equidade sociais, desenhando uma arquitetura institucional destinada a garantir à cidadania a eficácia destes direitos. Para que os direitos sociais ganhassem vida no campo prático na direção dos objetivos da República, a Constituição, incorporando experiências institucionais externas, inovou na configuração institucional, distanciando-se da herança autoritária que havia estruturado a gramática política brasileira. O reforço aos aspectos vinculantes dos direitos sociais vem também no desenho da institucionalidade. A Constituição, abandonando o modelo burocrático autoritário dos programas anteriores, inova no plano institucional, com a estruturação de instâncias independentes e procedimentos acessíveis a demandas da cidadania por efetivação de seu programa social.

Mesmo sendo decorrente de um longo processo de transição política gradual e limitada,³⁸⁰ a Constituição desenhou um novo arranjo institucional, mais aberto ao diálogo com os diversos segmentos da sociedade, em uma perspectiva de que o princípio orientador da democracia deve compor a cidadania.³⁸¹ Fundada na lógica democrática participativa, a Constituição em diversas passagens credencia o cidadão para participar dos processos decisórios.³⁸²

Para prestigiar a cidadania participativa, a Constituição estruturou instâncias no sistema judicial para preservação da efetividade do discurso constitucional, estabelecendo mecanismos de acesso a essas instâncias, diretamente pelo cidadão ou por personalidades coletivas, admitindo ampla reivindicação coletiva por instituições públicas e sociais.³⁸³

constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizador/at_download/file>. Acesso em: 1 set. 2018.

³⁸⁰ “Com efeito, o processo de liberalização política no Brasil foi, entre todos os casos recentes de transição, o mais controlado pelos dirigentes autoritários e aquele em que os membros de sua elite civil garantiram não só sua sobrevivência política como ampla participação no poder após a democratização.” Cf. ARTURI, Carlos S. **O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro**. Curitiba: Rev. Sociol. Polit., n. 17. p. 11-31, Nov. 2001, pp. 11/12. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 set. 2018.

³⁸¹ O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. **Transitions from Authoritarian Rule: Tentative conclusions about uncertain democracies**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986. p. 7.

³⁸² Citem-se como exemplos de participação da cidadania nos destinos de interesses comunitários: Direito de petição perante órgãos públicos para promoção de defesa de direitos (art. 5º, XXXIV); direito de proposição de ação popular, que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); direito de cooperação por meio de associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII); Iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros (art. 29, XIII); direito de exame e de questionamento das contas municipais (art. 31, §3º); direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante os tribunais de contas (art. 74, §2º); direito de participar da seguridade social (art. 194, VII), dos conselhos de gestão de saúde (art. 198, III), de assistência social (art. 204, II), e educação (art. 206, VI).

³⁸³ “A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se garantias

O modo como foi estruturado o arranjo institucional do sistema judicial, com os mecanismos processuais de acesso a reivindicações pela cidadania, vem propiciando um aumento progressivo no número de demandas judiciais por direitos sociais, com o sistema judicial reconhecendo a legitimidade das instituições credenciadas na Constituição.³⁸⁴

Como a efetivação desses direitos sociais quase sempre depende de estruturação de serviços, pois implicam tarefas e prestações materiais que importam recursos orçamentários,³⁸⁵ a intervenção do Judiciário nessa arena passou a ter enorme relevância para a cidadania, como também para a governança pública, levantando diversas questões, inclusive em relação a uma pergunta fundante, permanentemente revisitada: podem os direitos sociais ser reclamados perante o sistema judicial, i.e., os direitos sociais são justiciáveis?

Na tensão entre uma retórica constitucional generosa na proclamação de direitos sociais e os constrangimentos da realidade, em face de limitações materiais que condicionam a implementação dessa retórica no plano prático, a resposta à questão da justiciabilidade dos direitos sociais reclama compreensão dos processos históricos que propiciaram a emergência desses direitos, bem como do papel desses direitos para a configuração das liberdades e para a proteção da dignidade humana, em contextos históricos marcados por violações a direitos humanos. Qualquer esforço teórico sobre o tema passa necessariamente pela compreensão da realidade, dos contextos que propiciaram a emergência desses direitos e dos contextos de limitações a sua efetivação. Os direitos sociais constituem respostas e soluções aos desafios de um determinado contexto histórico.

Nos últimos anos, os direitos sociais no mundo ocidental - tais como direito a saúde, a educação, a assistência social, dentre outros - passaram a receber ataques,

constitucionais dos direitos fundamentais.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 168.

³⁸⁴ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. RE 554088 AgR / SC. AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. EROS GRAU. Julgamento: 03/06/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS%29&pagina=11&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hbj8hob>>. Acesso em: 3 jun. 2018.

³⁸⁵ “Os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. O escopo irredutível daqueles é a limitação jurídica do poder, o destes é a organização da solidariedade.” Cf. MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. Brasília: Senado Federal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n. 188, out./dez. 2010. p.26. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p23.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

especialmente das correntes políticas liberais, sendo crescente a produção de discursos propondo restrições ao Estado do bem-estar social³⁸⁶ ou ao menos a sua reprogramação para os desafios das “novas questões sociais”³⁸⁷ levantadas na dinâmica capitalista mundial.

No Brasil, a diminuição do ritmo dos processos econômicos nos últimos anos, acarretando queda nos níveis de emprego e nas receitas das três entidades federativas, repercutiu na agenda política do país, suscitando debates sobre a necessidade de reformas institucionais do Estado e uma leitura mais restritiva dos direitos sociais. Há uma narrativa nascida no universo do mercado que sugere crise fiscal do Estado e, como corolário, o ambiente de reformas se desenha no campo político, sugerindo a reestruturação institucional do Estado³⁸⁸, e nesse contexto se propagam discursos de restrições a direitos sociais.

Desde 2008, quando a crise financeira internacional, nascida em meados de 2007 no sistema norte-americano de hipotecas de alto risco (*subprime*), implicou uma crise sistêmica no próprio capitalismo, colocando em xeque o desenho financeiro internacional,³⁸⁹ o Brasil vem convivendo com restrições impostas pela nova gramática econômico financeira do mercado, que se traduz em reprogramação institucional do Estado brasileiro, com a abertura de debates e de deliberações para reformas estruturantes do Estado.³⁹⁰

Nessa toada, em primeira resposta institucional, o sistema político vem reconfigurando o Estado e seu aparato burocrático, reduzindo serviços e benefícios sociais, como estratégia fiscal necessária à superação da crise e à retomada do desenvolvimento econômico. A Emenda Constitucional 95,³⁹¹ de dezembro de 2016, *verbi gratia*, foi promulgada

³⁸⁶FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 9.

³⁸⁷ROSANVALLON, Pierre. **La nueva cuestión social**: repensar el Estado providencia. 1ª ed. 4. remp. Buenos Aires: Manantial, 2007.

³⁸⁸ “[...] A crise tem múltiplas dimensões – mas o Brasil é maior que todas elas. Nosso passado mostra que sabemos caminhar juntos, para além de diferenças conjunturais. A nossa é uma história de superação. Se, ao expormos a situação do Brasil, a palavra crise é inevitável, ao apresentarmos o caminho para o futuro, o termo-chave é reforma.” Trecho da mensagem do Presidente Michel Temer na abertura do Ano Legislativo 2017. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/02/em-carta-ao-congresso-temer-defende-aprovacao-de-reformas-para-tirar-o-pais-da-crise> >. Acesso em: 10 jul. 2018.

³⁸⁹FARHI, Maryse; PRATES, Daniela Magalhães; FREITAS, Maria Cristina Penido de; MACEDO, Marcos Antonio. A crise e os desafios para a nova arquitetura financeira internacional. São Paulo: **Revista de Economia Política**, v. 29, 2009, p. 135. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf> >. Acesso em: 3 ago. 2017.

³⁹⁰ “Eu acho que são louváveis os esforços e espero que as reformas continuem no Congresso. Mas a minha preocupação é que a intensidade, ou seja, a profundidade dessas medidas, e a velocidade com que elas têm que ser aprovadas precisam ser um pouco maiores para resolvermos esse problema da [baixa] poupança”, afirmou o presidente do Goldman Sachs no Brasil, Paulo Leme. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/brasil/4978318/pais-precisa-acelerar-reformas-diz-presidente-local-do-goldmand-sachs> >. Acesso em: 3 jul. 2018.

³⁹¹ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004 Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

dentro dessa retórica de crise fiscal, como mecanismo normativo de encaminhamento de ajuste fiscal do Estado brasileiro, limitando os gastos públicos. Essa inovação constitucional tem graves consequências para o desenvolvimento de políticas públicas, para o investimento social na expansão de serviços públicos, enfim, para a própria funcionalidade da arquitetura do Estado do bem-estar social projetada pela Constituição. Há quem defenda que essas restrições à efetivação de direitos sociais se confrontariam com o princípio da proibição ao retrocesso social, consubstanciado no propósito de sustentabilidade social e jurídica do projeto constitucional, garantido na relação das cláusulas pétreas constitucionais do § 4.º do art. 60.³⁹²

Também, há medidas legislativas empregadas na direção do ajuste fiscal, que acarretam restrições aos direitos fiscais já usufruídos, em contraste com o princípio da progressividade dos direitos humanos:³⁹³ seguro desemprego³⁹⁴, benefício assistencial de prestação continuada³⁹⁵ e pensão por morte.³⁹⁶

Com a retórica liberal ganhando adesão no sistema político brasileiro, propugnando o Estado mínimo, o cidadão, ao se deparar com um contexto de paralisia institucional e ou de redução dos serviços sociais pelo Estado, vem descortinando o horizonte da representação funcional, e tem buscado no sistema judicial a implementação desses direitos na vida prática, expandindo a função política desse sistema. Esses direitos continuam enfrentando diversos obstáculos a sua efetivação e proteção.

Em face de os direitos sociais enfrentarem diversos obstáculos a sua efetivação e proteção,³⁹⁷ a cada dia, o sistema judicial no Brasil recebe demandas por implementação da

Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁹² MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 4, n. 1. p. 259-281, jan./abr. 2017. p. 263.

³⁹³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. p. 70.

³⁹⁴ BRASIL. LEI Nº 12.435, DE 6 DE JULHO DE 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

³⁹⁵ BRASIL. LEI Nº 13.134, DE 16 DE JUNHO DE 2015. Altera as Leis no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), no 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro-desemprego para o pescador artesanal, e no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social; revoga dispositivos da Lei no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e as Leis no 7.859, de 25 de outubro de 1989, e no 8.900, de 30 de junho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

³⁹⁶ BRASIL. LEI Nº 13.135, DE 17 DE JUNHO DE 2015. Conversão da Medida Provisória nº 664, de 2014 Altera as Leis no 8.213, de 24 de julho de 1991, no 10.876, de 2 de junho de 2004, no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

³⁹⁷ GARGARELLA, Roberto. Recuperar los derechos sociales. **Revista de Libros**, n. 99, mar. 2005. Disponível em <https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=2781&t=articulos>. Acesso em: 3 jun. 2018.

generosa retórica constitucional de 1988. Em resposta, sob o argumento de reproduzir o universo simbólico da lei, passa a adotar medidas interventivas no domínio político, outrora exclusivas da representação política, constitucionalizando a vida política nacional.

O exame da possibilidade de os direitos sociais serem demandados no sistema judicial antecede ao estudo das estratégias processuais que devem ser adotadas no tratamento judicial desses direitos, pois quase sempre sua implementação impõe a estruturação de prestações materiais, a organização de uma burocracia de serviços. Isso porque a resposta a demandas por efetivação de direitos sociais não se limita a declarações jurídicas ou a condenações específicas de obrigação de dar, fazer ou não fazer. A resposta exige a construção de soluções complexas, que importam interações entre os poderes e as instituições. A pergunta pela justiciabilidade dos direitos sociais responde ao papel e aos limites dos sistemas políticos e judicial na governança social.

4.2 Os sentidos da Constituição de 1988 e os direitos sociais

Para compreensão sobre a justiciabilidade ou não dos direitos sociais faz-se necessário saber-se a relação entre esses direitos e o programa constitucional de 1988. Deve-se examinar a relação entre os sentidos da Constituição de 1988 e o papel dos direitos sociais previstos.

Há uma relação entre os sentidos dos direitos sociais e os sentidos globais do programa social. Os direitos sociais devem ser lidos dentro do horizonte de sentidos da Constituição, que deve ser percebida como um plano em favor do desenvolvimento humano e social. Muitas vezes, equivocadamente, interpretam-se os direitos sociais como se eles estivessem isolados do plano constitucional, como se eles não estivessem inseridos dentro de um contexto normativo constitucional.

A debilidade do sistema político na efetivação dos direitos sociais decorre em parte da debilidade teórica acerca do sentido constitucional de 1988 e de como esse programa político deveria repercutir nos sentidos dos direitos sociais. À falta de melhor abordagem teórica sobre a correlação entre direitos sociais e o programa constitucional de 1988, há quem defenda o caráter meramente programático dos direitos sociais, sob argumento de que os

direitos sociais importam prestações positivas, cuja satisfação consiste em um fazer (não formalizável e não universalizável), cuja violação representa mera omissão não sancionável.³⁹⁸

Os direitos sociais compõem os mecanismos de justiça social pelos quais o Estado fica autorizado a intervir no domínio social e econômico, de modo a cumprir o programa constitucional. Os direitos sociais têm, assim, um sentido promocional e a sua inteligência decorre de sua articulação com o sentido da Constituição, com os propósitos constitucionais de afirmação da cidadania, em que devem ser garantidos a inclusão e o desenvolvimento humano e social.

Os direitos sociais surgem na dinâmica da expansão capitalista, quando, em finais do século XIX, a liberdade de contratar propugnada pelo liberalismo que inspirou a Revolução Francesa, que reconhecia a todo trabalhador e empregador como sujeitos livres para estipular obrigações, acabou paradoxalmente ameaçando a própria liberdade do trabalhador, pois este se encontrava em condições de subsistência e, portanto, de necessidade. Nessa situação, o trabalhador, em estado de subsistência e vulnerabilidade, via-se ameaçado em sua liberdade, sujeitando-se às obrigações estipuladas pelo empregador.

O final do século XVIII e o século XIX foram palcos de importantes transformações sociais e econômicas, criando espaços e ambiente para a incorporação de novas tecnologias no processo de produção capitalista. O incremento das tecnologias impulsionou mudanças sociais e expandiu oportunidades de negócios, com a abertura de novos mercados para os bens manufaturados por essas estruturas industriais. A indústria têxtil, a siderurgia, a expansão da mineração do carvão e do ferro, a máquina a vapor, provocaram profundas mudanças sociais e econômicas. O incremento nas atividades fabris e nos negócios reprogramaram a divisão social do trabalho, com o surgimento de nova configuração social.³⁹⁹

Todo esse crescimento exponencial nos processos econômicos tracionado pelo que se denominou Revolução Industrial, com a multiplicação de fábricas e a disseminação de máquinas nos processos de produção, fez-se a um grave custo social, com grandes privações para as massas, com os pobres se tornando ainda mais pobres.⁴⁰⁰ Houve uma mudança estrutural

³⁹⁸FERRAJOLI, Luigi. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 9.

³⁹⁹ HUNT, E. K. & SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 5. ed., 1986. Pp. 53/54.

⁴⁰⁰ “No início do Estado moderno dar assistência aos pobres era incumbência da Igreja, que para tanto tinha direito aos dízimos eclesiásticos. Mudança importante ocorreu com o absolutismo esclarecido: passou para a responsabilidade do Estado garantir o bem-estar dos súditos, separando-se, como defendia von Justi, a felicidade eterna (ewige Glückseligkeit), a ser alcançada pela religião, da felicidade temporal (zeitliche Glückseligkeit), objetivo do Estado”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, v. 177. p. 29-49, jul. 1989. p. 31. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

no trabalho.⁴⁰¹ A assunção pela máquina de boa parte do processo produtivo destruiu o modo de vida tradicional dos trabalhadores, tornou o sistema fabril dependente das ferramentas tecnológicas, deixando o trabalhador mais vulnerável em face desse domínio das máquinas. Mulheres e crianças foram arrastadas para os postos de trabalho pela rotina imposta pelas máquinas, para sobreviverem com salários miseráveis. As condições impostas por intenso processo de urbanização não prepararam as cidades para o fluxo migratório. Todo esse quadro levantou graves questões sociais e exigiu o retorno da centralidade do Estado na direção da vida social e econômica, que se encontrava afastado pelos ventos liberais que patrocinaram toda essa revolução social e econômica.⁴⁰²

A ideologia do *laissez faire, laissez passer* favoreceu a exploração e opressão da classe trabalhadora, provocando inúmeros desequilíbrios contratuais, que culminaram com desigualdades e injustiças sociais. Os direitos sociais aparecem como respostas estratégicas de Estado na economia, para reequilibrar os contratos civis e trabalhistas. Surgem com esse caráter regulatório, por ocasião da revolução industrial, para proteger classes desfavorecidas pelos processos econômicos e sociais.⁴⁰³

Há, pois, um propósito social nesses direitos, que pretendem trazer justiça social na regulação da tensão entre capital e trabalho. O modo de produção capitalista reduziu o valor do trabalho a uma mercadoria, e a implementação de tecnologias nos processos de produção, potencializando a produção e a acumulação de capitais, repercutiu no valor do trabalho. Isso deixou o trabalhador em condições de vulnerabilidade. Em razão de seu estado de necessidade e de sobrevivência, o trabalhador viu-se forçado a alienar a sua força de trabalho nas condições impostas pelo empregador. Para proteger essa relação que se tornou desequilibrada em desfavor

⁴⁰¹ HABERMAS, Jünger. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 55.

⁴⁰² HUNT, E. K. & SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 5. ed., 1986. Pp. 71/73.

⁴⁰³ “As Constituições clássicas ou tradicionais eram textos objetivos, resumidos, enxutos, que continham as normas essenciais à organização e ao funcionamento político-administrativo do Estado. Depois da I Grande Guerra, sobretudo, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar, de 1919, sob sensível influência das idéias de Mirkin Guetzovich, em face da complexidade estrutural e da ação do Estado moderno, surgiram Constituições extensas, abordando múltiplos aspectos da vida nacional e, por isso, contendo cláusulas econômico-sociais.” Cf. RUSSOMANO, Victor Mozart. A organização sindical e a futura constituição. São Paulo: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 55. 1986. p. 182. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/93696/021_russomano.pdf?sequence=1>. Acesso em: 8 ago. 2018.

do trabalhador, o Estado passou a regular esses contratos, inspirados em justiça social⁴⁰⁴ e em cálculo de racionalidade, para reduzir as imprevisões dessa questão social.⁴⁰⁵

Para reequilibrar a liberdade de contratos, fulminada pelos processos de acumulação de capital pelas forças econômicas no sistema capitalista, surgiram os direitos sociais do trabalho, resultados de lutas e reivindicações dos movimentos operários urbanos.⁴⁰⁶ Esses direitos surgiram para regular os contratos individuais do trabalho.

Os primeiros estatutos regulando o contrato de trabalho, de caráter protetivo ao trabalhador, foram editados atendendo-se a reivindicações de movimentos paredistas dos trabalhadores em favor de melhores condições de trabalho. Nesses estatutos, foram consignadas as condições mínimas de trabalho e se reduziram a liberdade de contratar entre particulares, com o Estado fazendo uma espécie de acompanhamento e de tutela dos contratos individuais de trabalho, criando burocracias de fiscalização. Nessas normas interventivas, o Estado chamou para si a regulação dos direitos individuais, colocando limites a liberdade contratual, deixando, todavia, às representações das categorias sindicais dos trabalhadores a possibilidade de negociação coletiva, em acordo de vontade com empregadores, dos chamados direitos coletivos.⁴⁰⁷

Também, os processos de industrialização proporcionaram movimentos e fluxos sociais que impuseram distorções sociais, fazendo-se necessária a intervenção do Estado na ordem econômica e social para a montagem de atuação do Estado para além da mera regulação

⁴⁰⁴ “De ahí, pues, que la búsqueda de la solución de los problemas socio-económicos que se propone resolver la política social, debe basarse en ciertos principios, como norma de acción, con el fin de alcanzar el resultado perseguido. Por tanto, los principios que informan la política social están dados por los fines que el gobernante se propone conseguir con su actuación en el orden social. De ahí también que el fin sea la norma de acción política, dirigida a la consecución del objetivo que se pretende alcanzar.” Cf. PÉREZ, Benito. **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Astrea. 1983. p. 6.

⁴⁰⁵ LACAMBRA, Luiz Legaz y. Estructuras sociales y formas de saber jurídico. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 9, n. 36, 1972. p. 139. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180568/000345016.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

⁴⁰⁶ A encíclica Carta *Rerum Novarum* defende em final do século XIX a política social cristã, propondo-se a corrigir as agruras da ordem econômica e social, mediante intervenção do Estado. “Efectivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito.” Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 13 ago. 2018.

⁴⁰⁷ “[...] en el derecho individual del trabajo el Estado participa de manera primordial, mientras que en el derecho colectivo, en la medida que la unión de los trabajadores en los organismos sindicales produce, por regla general, la equiparación de fuerzas con los patrones su intervención es de segundo grado e inclusive, en algunos conflictos, v. gr., en el derecho de huelga o tiene una participación meramente formal - en el período de pre-huelga - o solo interviene a petición de alguna de las partes, bien para la calificación del conflicto, bien para determinar, por la vía de la imputabilidad, la responsabilidad económica consiguiente.” Cf. DE BUEN LOZANO, Néstor. **Derecho del Trabajo**. 16. ed. tomo II. México: Porrúa, 2002. p. 19.

dos contratos. Houve deslocamento em massa dos trabalhadores do campo para cidades. A fábrica atraiu os trabalhadores, provocando concentrações urbanas. Esses movimentos provocados pela revolução industrial, de concentração urbana, tiveram efeitos colaterais na vida social, colocando classes sociais em situação de extrema vulnerabilidade. As distorções produzidas pelos processos econômicos na vida social, o estado de desamparo do trabalhador frente a incertezas do futuro e a riscos da atividade laboral, reclamaram o oferecimento pelo Estado de benefícios protetivos e de serviços sociais compensatórios.

Os direitos sociais constituem uma resposta à questão social emergente das disfuncionalidades da revolução industrial. Estabelecem medidas e prestações materiais para o enfrentamento da insegurança social decorrente das imprevisões do porvir. Além do aspecto regulatório, na especificação das condições mínimas para os contratos individuais de trabalho, os direitos sociais, fundando-se no sistema de seguros sociais, imputaram ao Estado a obrigação de indenizar e de compensar indivíduos ou categorias sociais vitimados pelos riscos inerentes ao processo de produção.⁴⁰⁸

Bem diferente dos direitos civis e políticos surgidos nos processos revolucionários iluministas, de que são exemplos e expressões a Constituição dos EUA e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, que apenas estabeleciam em sistemas jurídicos codificados as garantias para a livre circulação de pessoas e de bens, como garantia de limitação ao arbítrio do poder do Estado, em favor das liberdades e da propriedade, os direitos sociais surgiram como estratégia de enfrentamento das desigualdades sociais provocadas pelos efeitos colaterais da revolução industrial, como instrumento estratégico do Estado para intervir na vida social e política, com propósitos de justiça social. Na dinâmica da vida política e institucional, os direitos sociais se realizaram e ainda se realizam como mecanismo estratégico desenhado pelas políticas sociais de Estado, de modo a atenuar as assimetrias entre segmentos sociais com interesses contraditórios.⁴⁰⁹

Os direitos sociais são, portanto, direitos promocionais, inspirados na solidariedade, e se destinam a equalizar relações sociais marcadas por distorções, a fim de que

⁴⁰⁸ ROSANVALLON, Pierre. **La nueva cuestión social**: repensar el Estado providencia. 1. ed. 4. reimp. - Buenos Aires: Manantial, 2007. p. 11.

⁴⁰⁹ “En la actualidad pueden distinguirse, al menos, tres áreas de esa acción estatal: — La de Política Económica, destinada a facilitar la reproducción ampliada del capital, ya que el Estado es, en última instancia, la representación de la base económica de la sociedad; además, el Estado capitalista contribuye en la actualidad a regular los ciclos económicos a través de las políticas financiera, monetaria, crediticia y del endeudamiento público. — La de Política de Seguridad, destinada a controlar y canalizar los conflictos sociales (Seguridad interna) y los conflictos inter-estatales (Seguridad externa); en este caso, el Estado actúa como expresión político-social de la estructura social dominante. — La de Política Social, donde el Estado aparece atenuando las diferencias existentes entre sectores sociales con intereses contradictorios.” Cf. ROZAS, Arturo Fernandez Margarita. **Políticas Sociales y Trabajo Social**. Buenos Aires: HVMANITAS. 1988. p. 23.

sejam preservadas as condições básicas para a vida digna de determinados membros de grupos sociais marcados pelas assimetrias. Não se limitam os direitos sociais, como fazem os direitos civis, a estabelecer certezas e previsibilidades nas relações contratuais, de propriedade, nas responsabilidades por danos individuais, mas a reduzir as incertezas e imprevistos engendrados em processos econômicos e sociais excludentes. Por isso, a concretização de seus sentidos está sempre condicionada pelo tempo, pelos fatores que lhes constroem e lhes expandem. Resta evidente que há uma dinâmica de produção dos sentidos dos direitos sociais, que devem guardar sintonia com os sentidos do programa constitucional.

Os direitos sociais, enquanto instrumento de compensação e de equalização social, destinam-se a intervir na realidade social, para reduzir contextos de assimetrias e desigualdades sociais, que tornam vulneráveis determinadas parcelas da sociedade. A interpretação e a aplicação dos direitos sociais passam pela compreensão da realidade, das constrições da realidade social, tendo em vista seu conteúdo pragmático destinado a criar as condições para exercício da cidadania plena.

Os direitos sociais não são ideias abstratas elaboradas pela razão, conceitos analíticos esvaziados de sentido histórico. Os direitos sociais não correspondem a princípios absolutos e apriorísticos, revelados por uma razão passiva e contemplativa. Os direitos sociais nascem da experiência social, por reivindicações e lutas sociais. Não são revelados por uma razão especulativa; mas são elaborados pelas interações sociais, como experimentos implementados para a superação de restrições sociais.⁴¹⁰

Como construção social, haurida da experiência, os direitos sociais ganham sentido na dinâmica das interações sociais e políticas, na medida em que promovem consequências práticas na realidade social.⁴¹¹ Os direitos sociais transportam projetos, cujo significado e sentido estarão condicionados ao contexto de aplicação, que condicionará os limites e a extensão das consequências práticas da intervenção estatal.⁴¹²

⁴¹⁰ “Social institutions - whether science, law, or religion - were the product of shifting human desires rather than of a reality external to those desires. Human beings had not only eyes but hands as well.” Cf. POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law. Southern California: **Law Review**, v. 63, 1653, 1990. p. 1655. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2823&context=journal_articles>. Acesso em: 8 set. 2018.

⁴¹¹ “A lei é a testemunha e o depósito externo de nossa vida moral. Sua história é a história do desenvolvimento moral do povo.” Cf. HOLMES JR, Oliver Wendell. São Paulo: **Revista Pensamento Jurídico**. Vol. 11, n.1, jan./jun. 2017. p. 216.

⁴¹² Sobre a abordagem pragmática do direito: “Esses três elementos, com efeito, indicam as características essenciais que diversos autores reconhecem no pragmatismo: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. O consequencialismo, ou instrumentalismo, faz-se notar pelo enraizamento do direito na prática e no conhecimento tácito. O contextualismo evidencia-se ao se julgar essas práticas e o conhecimento delas a partir de quão bem produzem resultados desejáveis em situações problemáticas. Por fim, ser pragmatista em direito significa entender o que define uma teoria, negativamente, como fundacionalista: sua generalidade e abstração,

Os sentidos dados pelo legislador constituinte originário como respostas aos desafios de seu tempo recebem, no diálogo com a realidade emergente que pretende transformar, a contribuição do tempo, da experiência institucional. Os sentidos dos direitos sociais devem ser compreendidos como construções atualizadas dessa articulação incessante e dialógica entre a institucionalidade constitucionalizada e o contexto conflitual da realidade, tendo em vista sempre a afirmação da cidadania.⁴¹³ Há uma dimensão temporal e histórica em seus sentidos, pois são implementados no plano prático como soluções a problemas sociais.⁴¹⁴

Importa ao poder público respeitar, proteger e promover a dignidade do cidadão, mediante a implantação das liberdades e das garantias fundamentais. Isso implica ação positiva, e não apenas negativa, das instituições públicas, com a remoção de entraves de ordem econômica, social e cultura, que impedem o desenvolvimento pleno da pessoa humana⁴¹⁵ e da vida social.

Os direitos sociais não são direitos estáticos, inerentes à natureza humana, acessíveis à razão humana cognoscente. Os direitos sociais nascem na dinâmica do capitalismo, como resposta aos desafios sociais que se levantavam. Surgem como respostas criativas, como soluções experimentais a questões sociais engendradas no processo econômico moderno. Constituíram-se como instrumentos estratégicos de intercessão do Estado na vida social e econômica, para remediar as imprevisões e os efeitos perversos das interações capitalistas.

No mundo contemporâneo, essa finalidade inicial securitária e compensatória dos direitos sociais já não atende aos desafios atuais, concernentes ao desemprego em massa, à exclusão social, fenômenos que ganham certa estabilidade e permanência no cenário social. Os problemas atuais dizem muito mais respeito à vulnerabilidade e à precariedade social, gerada estável e estruturalmente nos processos econômicos, que propriamente às imprevisões inerentes aos processos sociais. Há, desse modo, uma defasagem nos antigos instrumentos de gestão social, inspirados na lógica da compensação e da indenização, pensados no final do

que a tornam impraticável. Não haveria vício em raciocinar teoricamente, mas em conferir autoridade última à teoria: o objetivo crítico desse raciocínio não seria chegar a abstrações praticáveis, e sim explicitar pressuposições tácitas quando elas geram problemas práticos.” Cf. EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. São Paulo: **Novos Estudos CEBRAP**, nº 62, 2002. p. 109.

⁴¹³ “O sentido de cada instituto ou de cada princípio deve ser avaliado pela sua integração no contexto dos outros institutos e princípios que com ele convivem contemporaneamente; e não nos institutos ou princípios que o antecederam (na sua “genealogia” histórica). Ou seja, o direito recompõe-se continuamente e, ao recompor-se, recompõe a leitura da sua própria história, da sua própria tradição, atualizando-as.” Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese do Milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 29.

⁴¹⁴ ROZAS, Arturo Fernandez Margarita. **Políticas Sociales y Trabajo Social**. Buenos Aires: HVMANITAS. 1988. p. 25.

⁴¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O Papel do Poder Judiciário Brasileiro na Tutela e Efectivação dos Direitos (e Deveres) Sócio Ambientais. Lisboa: **Direito Público Sem Fronteiras**, 2011. p.16.

século XIX para responder às questões sociais provocadas pela revolução industrial. Por essa razão, os direitos sociais ganharam em nossos dias nova dimensão e passaram a ser uma ferramenta estratégica não apenas de compensação social, como outrora, mas de inserção social. Devem ser pensados e lidos nessa perspectiva finalística: o sentido da inclusão, do desenvolvimento humano e social.⁴¹⁶

Em nosso tempo, os direitos sociais, além do propósito terapêutico de remediar as distorções sociais produzidas pela dinâmica capitalista, também se destinam a construir soluções práticas para a promoção do desenvolvimento humano e social. Os direitos sociais não são apenas remédios para curar as imprevisões, as desigualdades e inseguranças sociais da dinâmica capitalista. Constituem, outrossim, mecanismo estratégico de planejamento social em favor de transformação social, emancipação e justiça sociais.

Não se pode perder de vista que os direitos sociais têm um caráter performático e se dispõem a dialogar com a herança de assimetrias acumuladas no processo histórico, matizada de fragmentações, desigualdades e exclusões sociais, e com novas clivagens que se instauram desfazendo identidades tradicionais e produzindo interesses conflitantes e, por vezes, excludentes.⁴¹⁷ E nesse diálogo, os direitos sociais constituem um arsenal que pode ser mobilizado para a transformação e o desenvolvimento social e humano.

Oportuno registrar que o tema dos direitos sociais está imbrincado com as concepções políticas de Estado. O alcance, os sentidos dos direitos sociais decorrem diretamente do modelo de Estado adotado no programa constitucional. Desse modo, a pergunta pelo conteúdo e pela justiciabilidade desses direitos, o sentido e a força vinculante das normas que os expressam descendem das bases estruturantes do Estado, positivadas na ordem constitucional.⁴¹⁸

Registre-se, por exemplo, que a concepção do Estado liberal acolhe em primazia os direitos relativos à liberdade, e o valor da liberdade acaba por condicionar a juridicidade e o significado dos demais direitos, inclusive dos direitos sociais, que passam a ser concebidos a partir deste valor da liberdade, direito natural fundante dos demais direitos. Para liberais, o Estado deve restringir-se a proteger a propriedade individual, a segurança, havendo uma confiança na *mão invisível do mercado*. Nesse sentido, na concepção liberal, os direitos seriam

⁴¹⁶ ROSANVALLON, Pierre. **La nueva cuestión social**: repensar el Estado providencia. 1. ed. 4a reimp. - Buenos Aires: Manantial, 2007. p. 29.

⁴¹⁷ TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: Afinal, do que se trata? Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 143.

⁴¹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p.17.

decorrentes do exercício da liberdade individual, e teriam um fundo contratualista, inclusive os direitos sociais.⁴¹⁹

Os estatutos liberais surgiram ainda no século XVIII, legitimando as revoluções burguesas. Ideologicamente, esses estatutos apresentam-se como produtos elaborados por uma razão pretensamente universal. Nesse sentido, os estatutos, por recomendação da razão e em decorrência do direito natural da liberdade, são desenhados como barreiras para defender o indivíduo, em face do arbítrio do Estado absolutista, e se destinam em primeira ordem a proteger a esfera de liberdade individual e de propriedade, do arbítrio do governante.⁴²⁰

Assim, poder-se-ia ressaltar que as constituições liberais protegem o indivíduo, à consideração de tratá-lo como titular de direitos naturais acessíveis à razão humana (pretensamente universal). Estabelecem limites a atuação do Estado, que deve em princípio ficar restrita à proteção da ordem pública e da efetividade dos contratos (frutos do exercício da liberdade humana). A intervenção do Estado, os limites de sua atuação na esfera privada ficam estritamente regulados pelo ordenamento, editado pela representação política (parlamento), que tem o poder exclusivo de expressar o exercício da soberania, a que os demais poderes devem estar jungidos. Na lógica liberal, os direitos proclamados nos estatutos seriam declarações decorrentes dos direitos naturais concernentes à liberdade e à propriedade.⁴²¹

Para o constitucionalismo liberal, o Estado constituiria um instrumento para fazer cumprir as obrigações a que os indivíduos teriam de cumprir em relações aos outros, garantindo os valores da liberdade, da vida, da propriedade, tidos como naturais e inalienáveis.⁴²²

⁴¹⁹ “Una teoría contractualista descansa en el hecho de que los individuos tienen intereses que están en contraposición, y para coordinarlos recurren al contrato. Lo que lleva a las partes a contratar es su interés en asegurar sus derechos (naturales) de libertad negativa, y para eso están dispuestos a renunciar a su libertad natural en la medida en que los otros hagan lo mismo. Como el contrato es el fundamento de todo vínculo político, ningún deber que suponga la existencia de vínculos políticos puede preexistir al contrato; y por eso respecto de los derechos naturales no es posible la comisión por omisión (no hay cómo fundamentar una posición especial de garante antes del contrato, porque antes del contrato no hay relaciones especiales).” Cf. ATRIA, Fernando. **Derechos sociales, socialismo y contrato social**. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_Atria_CV_Sp.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁴²⁰ “Durante el siglo XVII, culminando en el siglo XVIII, la burguesía empezó a demandar de modo cada vez más categórico el reconocimiento de ciertos bienes que eran para ella especialmente importantes. El modo en que esa demanda fue formulada fue a través de una exigencia de que ciertos derechos fueran reconocidos. Esos derechos aseguraban a la burguesía protección frente a la arbitrariedad de lo político, ante la voracidad del Leviathan”. Cf. ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Discusiones**. Núm. 4, Año 2004. p. 15. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

⁴²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. p. 11. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

⁴²² ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Discusiones**. Núm. 4, Año 2004. p. 18. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

No século XIX, surge uma outra tradição moderna: a tradição socialista. Essa tradição vai influenciar o constitucionalismo, incorporando nos estatutos políticos os direitos sociais. Para essa tradição, o Estado teria o papel de criar as condições para uma vida propriamente humana; teria o papel de lembrar ao indivíduo a necessidade de atuar em relação aos demais indivíduos com base na solidariedade, e não com base no autointeresse, como justificavam os liberais. A ideia de solidariedade enfatiza a obrigação comunitária de atender ao bem-estar de cada membro, implica no estender a mão ao outro, “un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro”.⁴²³

A matriz de Estado social inspirada na solidariedade prestigia a igualdade e a justiça sociais, que passam a condicionar os demais valores compartilhados pela comunidade, estruturando os arranjos burocráticos de serviços públicos. O Estado não seria apenas um garantidor da liberdade, da segurança, da propriedade, como prescrevia a matriz liberal. O modelo de Estado social assume um papel protagonista na área social e econômica, oferecendo bens e serviços, direta ou indiretamente, intervindo, se necessário, nos sistemas de liberdade, nos contratos econômicos e de mercado. Essa intervenção estatal, autorizada por mecanismos legais de regulação, visa proteger parcelas sociais vulneráveis e, de forma geral, atender aos desafios de uma sociedade complexa, marcada por diferenciações funcionais. Essas ações de equalização e harmonização social não são concebidas a partir de uma lógica individual. No modelo de Estado social, os direitos não vistos na perspectiva subjetiva, como produto da manifestação do auto interesse, mas são construídos a partir da perspectiva da organização social, que em exercício de solidariedade estipula os direitos com base na igualdade e na justiça social, enfatizando a obrigação comunitária de cuidar do bem-estar de cada um de seus membros.⁴²⁴

Há, por conseguinte, uma diferença de leitura dos direitos sociais entre as tradições liberal e socialista. Na tradição liberal, pode haver uma preocupação com o bem-estar, com a qualidade de vida, com a redução da pobreza. Mas essa preocupação, que pode ser expressa na forma de direitos sociais, é traduzida como uma espécie de seguro, que cada indivíduo contrata para si para precaver-se das incertezas do futuro. Na tradição liberal, os direitos sociais são reivindicados pelos indivíduos como títulos, como direitos subjetivos. Na

⁴²³ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Discusiones.** Núm. 4, Año 2004. p. 18. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

⁴²⁴ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Discusiones.** Núm. 4, Año 2004. p. 18. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

tradição socialista, os direitos sociais projetam uma forma superior de comunidade, em que cada um contribui segundo a sua capacidade, e recebe segundo sua necessidade. Nessa tradição, os direitos sociais expressam o interesse de cada um dos membros no bem-estar do outro.⁴²⁵

Nesse sentido, a resposta à pergunta sobre a possibilidade de intervenção do sistema judicial na efetivação dos direitos sociais deve, então, ser articulada com a concepção de Estado adotado na Constituição, a partir da qual os sentidos e o alcance dos direitos sociais são avaliados e precisados.

A Constituição incorpora um avançado programa de desenvolvimento e justiça social. De certa forma, está em sintonia com a retórica do “Consenso de Washington”, que prescrevia o receituário neoliberal de Estado mínimo, do livre mercado, da privatização. Em seu preâmbulo⁴²⁶, onde se apresentam os fundamentos de legitimação democrática da Assembleia Nacional Constituinte, os seus propósitos, a finalidade do programa constitucional e os valores abrigados no texto, a Constituição fixa as diretrizes para a compreensão de seus sentidos, afirmando o compromisso com a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos. Expressa para esse propósito social, em seu longo texto, diversos direitos sociais, tratando-os como fundamentais, conferindo-lhe eficácia plena.⁴²⁷

Esse sentido promocional dos direitos sociais, de transformação da paisagem social em favor da justiça social e da dignidade humana, alinhado a um conjunto de instituições disponibilizadas para a reivindicações desses direitos pela cidadania, imprime significado a esses direitos. A leitura dos direitos sociais decorre desse plano constitucional, que objetiva tornar os direitos sociais presentes na realidade brasileira.

4.3 A fundamentabilidade dos direitos sociais e a Constituição de 1988

A experiência histórica com as tragédias vivenciadas ao longo do século XX nas guerras mundiais, nas guerras coloniais e na guerra fria do século 20, chanceladas pela institucionalidade pública, respaldou as reivindicações para que os Estados nacionais

⁴²⁵ ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. **Discusiones.** Núm. 4, Año 2004, pp. 31/32. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 4 jun. 2018.

⁴²⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Cf. Constituição Federal.

⁴²⁷ “Art. 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Constituição Federal.

assumissem compromissos éticos, afastando-se da doutrina maquiavélica de separação entre direito e moral propagada na modernidade.

Houve, então, a abertura de espaços na agenda internacional para a construção de uma normatividade, em que fossem declarados direitos universais, inspirados em concepções de justiça material, e delineados mecanismos de garantia de efetivação desses direitos. Os Estados nacionais participaram dessa agenda de direitos, que vem sendo internalizada em constituições, muitas vezes categorizando-se os direitos humanos como direito fundamental.⁴²⁸

Assim como a liberdade religiosa e o princípio da tolerância nasceram nos escombros das guerras religiosas europeias, o movimento em favor dos direitos humanos, surgido logo após a Segunda Guerra, constitui uma resposta aos horrores do holocausto, ao autoritarismo político e social, à discriminação étnica e cultural. A clássica filosofia dos direitos naturais, responsável pelas concepções político jurídicas do Estado liberal, deu lugar a filosofias e teorias dos direitos humanos. Para esvaziar o conceito de conotações metafísicas e facilitar a aceitação por regimes políticos de diversos espectros, substituiu-se a expressão “direitos natural” por “direitos humanos”.⁴²⁹

A incorporação desse discurso na ordem jurídica interna, trazendo concepções de justiça para respaldar as decisões jurídicas, implicou profundas mudanças para a experiência jurídica e institucional, e tornou obsoleto e anacrônico o paradigma racionalista formal diagramado pelo positivismo jurídico moderno. O Estado moderno abriga uma potência política que se constitui sob a forma do direito positivo, regulamentado e que coage. No âmbito dessa concepção de Estado, interessa, então, examinar os processos de legitimação das decisões de poder.⁴³⁰

Esgotados os fundamentos filosófico políticos que davam suporte ao racionalismo formal que presidiu o desenho jurídico e institucional do Estado moderno, em razão da incorporação do discurso de direitos humanos na ordem jurídica, houve, assim, a necessidade de abordagem teórica sobre o tema da fundamentação desses direitos, a partir de uma racionalidade prática.⁴³¹

⁴²⁸ LUNARDI, Giovani Mendonça. A fundamentação moral dos direitos humanos. **Rev. katálysis**, Dez 2011, vol.14, no.2. p. 202. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/07.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2018.

⁴²⁹ SPECTOR, Horácio. **Derechos humanos**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015. p. 1275. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/23.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2018.

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional: Ensaio Político**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 143.

⁴³¹ “De acuerdo con varias teorías jurídicas contemporáneas, existe una estrecha relación entre el derecho y la racionalidad práctica: el derecho nos proporciona, o al menos se propone darnos, razones para la acción.” Cf.

Lembre-se que, outrora, a mera vigência formal de uma lei era suficiente para respaldar a sua aplicação no plano prático pelas autoridades, e as decisões eram consideradas jurídicas se fossem respeitados os procedimentos formais. Todavia, a incorporação de concepções materiais de justiça no ordenamento constitucional vai exigir das disposições legais não apenas a sua vigência, mas também a sua validade, i.e., a conformação das disposições legais com o programa de direitos humanos internalizados na constituição, como direito fundamental.⁴³²

Para aferição dessa validade constitucional das disposições legais, assegurou-se a supremacia da constituição, a rigidez das normas constitucionais e se criaram mecanismos e estruturas judiciais para o controle de constitucionalidade da atuação da representação política.

A reflexão filosófica sobre o tema da legitimidade, da justificação e da fundamentação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais consignados nos textos constitucionais, impregnados de justiça substantiva, busca delimitar as referências normativas fundamentais, que garantem as condições para uma vida digna.⁴³³ Cabe à filosofia prática investigar a questão de como justificar os direitos humanos e a sua coercibilidade.

O tema da legitimidade, da justificação e da fundamentação desses direitos alcança os direitos sociais. Os direitos humanos, classificados como fundamentais na Constituição, porque atendem às condições básicas para uma vida digna, demandam uma prestação material do Estado. Os direitos sociais descendem da centralidade da dignidade humana, e sendo esta reconhecida pela Constituição, constituem direitos inerentes a pessoa

CELANO, Bruno. Derecho, planes y racionalidad práctica. In: **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015. p. 1275. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/15.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁴³² “Por concepciones teológicas de los derechos humanos me refiero al intento recurrente de filósofos como Locke o Finnis de fundamentar la existencia de derechos humanos en una voluntad divina, entidades metafísicas o valores absolutos. Por otra parte, la más sofisticada concepción racionalista de los derechos la presenta Kant en su defensa del derecho humano por excelencia: el derecho a la libertad. [...] La senda racionalista que basa los derechos humanos en la autonomía ha sido luego seguida, con resultados dispares y poco persuasivos, por la teoría discursiva del derecho según Habermas o Alexy. [...] La reacción escéptica a los derechos humanos proviene de sectores políticos defensores de la particularidad cultural y la autodeterminación política de las naciones. Carl Schmitt, por ejemplo, identificará los derechos humanos con los derechos negativos propios del Estado liberal burgués. Rorty cuestiona el fundamento racional de los derechos humanos al subrayar el ineludible etnocentrismo del que hacen parte nuestras posiciones valorativas, entre ellas la defensa de los derechos.” Cf. ARANGO RIVADENEIRA. Rodolfo. **Derechos Humanos como límite a la democracia**. Análisis de la ley de justicia y paz. 2008. p. 1. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_humanos_como_l_mite.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2018.

⁴³³ SILVA, Alexandre Garrido da. Teoria do discurso, construtivismo filosófico e razão prática. **Revista virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, Núm. 2, March 2008. p. 1. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/discurso-construtivismo-filosofico-58965996>>. Acesso em: 7 out. 2018.

humana. Não são metas ou programas políticos, mas constituem princípios que direcionam e vinculam a atuação estatal em torno de políticas sociais.⁴³⁴

Há controvérsia doutrinária acerca da fundamentabilidade dos direitos sociais. Diferentemente dos direitos civis e políticos, que são considerados direitos de defesa e estabelecem obrigações negativas de proteção a intervenção arbitrária do Estado, os direitos sociais podem também estabelecer prestações materiais, impondo obrigações positivas ao Estado.⁴³⁵

Essas obrigações prestacionais importam intervenção direta do Estado na vida social, deslocamento de recursos orçamentários, reestruturação de estruturas burocráticas de serviços, reprogramação logística da atuação administrativa, guiados, em princípio, pela discricionariedade político-administrativa. Há, pois, uma evidenciada dimensão política na implementação desses direitos no plano prático. E a implementação desses direitos, com essa dimensão política, deve acontecer dentro dos cânones da democracia participativa, também elevada a garantia fundante do discurso dos direitos humanos.

O conceito, o alcance dos direitos sociais, dependem, portanto, de seu fundamento filosófico político. Os direitos sociais, tanto quanto os chamados direitos civis e políticos de tradição liberal, representam a institucionalização do discurso dos direitos humanos na gramática constitucional. Os direitos humanos são conceitos morais, configurados no espaço da filosofia política, como posições que protegem as condições básicas para uma vida digna.⁴³⁶

⁴³⁴ MUÑOZ, Jaime Rodríguez–Arana. **Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales**. AFDUC 19, 2015. p. 118, Disponível em: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16858/AD_2015_19_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁴³⁵ “Tal concepción ha sido disputada válidamente por Abramovich y Courtis, para quienes todo derecho presenta dimensiones tanto negativas como positivas.³⁰ No obstante, para efectos doctrinales es importante enfatizar que, tratándose de derechos sociales, la prestación positiva sobresale respecto de la dimensión negativa y presenta especiales problemas metodológicos que deben ser expresamente abordados y resueltos para asegurar su realización práctica.” Cf. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015. p. 1687. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2018.

⁴³⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales**. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Discusiones. Núm. 4, Año 2004. 2005. p. 106. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd50z4>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

Os direitos sociais são construções da experiência humana.⁴³⁷ Há quem os situe na segunda geração de direitos, atinente aos direitos de igualdade.⁴³⁸ Ainda que se lhe não queira situar em quadro de evolução histórica de direitos⁴³⁹, não se pode deixar de reconhecer que os direitos sociais são construídos pragmaticamente como respostas a demandas por justiça social.⁴⁴⁰ Por isso, os direitos sociais mudaram de significado ao fluir do tempo, ganhando nos processos históricos consistência jurídica em estatutos internos dos países, bem como sendo declarados em tratados internacionais de direitos humanos.⁴⁴¹

Kant e León Duguit localizavam a obrigação de assistência a pessoas necessitadas na esfera dos deveres. Para o primeiro, a ajuda ao necessitado constituiria um dever moral. Para Duguit, essa assistência consistiria um dever jurídico, mas não na condição de direito subjetivo, passível de reivindicação no sistema judicial. Respectivamente, pobres e necessitados deveriam ser ajudados por iniciativa individual ou por beneficência pública. Robespierre foi o primeiro a alçar a fraternidade, junto com a liberdade e a igualdade, como princípio universal, do qual derivam direitos do indivíduo em face do Estado. Entendendo que

⁴³⁷ “Para ilustrar essa evolução, um jurista tcheco, naturalizado francês, chamado Karel Vasak, desenvolveu uma ideia bastante interessante que ficou conhecida como “teoria das gerações dos direitos”. Ao formular a sua teoria, inspirado pelo lema da Revolução Francesa, Vasak disse mais ou menos assim: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (liberté), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (égalité), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (fraternité), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.” Cf. MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. – 5. ed. - São Paulo: Altas, 2014. p. 37.

⁴³⁸ “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. - 15. ed. - São Paulo: Malheiros, 2004. p. 563.

⁴³⁹ “Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.” Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 2 maio 2018. Na mesma linha, Canotilho, para quem os direitos são todos de todas gerações. Cf. CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 386.

⁴⁴⁰ “Em um sistema orientado pela finalidade, a legalidade deve ser compreendida como a progressiva redução da arbitrariedade no direito positivo e em sua administração. Insistir na máxima redução possível da arbitrariedade é reivindicar um sistema de direito que seja capaz de ir além da regularidade formal e da equidade procedimental para alcançar a justiça substantiva. Para isso, são necessárias instituições ao mesmo tempo competentes e legítimas. Se é possível falar numa função pragmática do direito responsivo, é a regulação, não a adjudicação.” Cf. SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 164.

⁴⁴¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), artigos 22 a 26; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

a redução da pobreza é um dever da comunidade, institui em Paris o Comitê contra a Mendicância, formulando o primeiro direito social a assistência pública. Bismarck, ao seu tempo, para conter o comunismo, expede leis concedendo prestações sociais a pessoas necessitadas, reconhecendo o direito a assistência social a ser prestado pelo Estado prussiano. As constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919) consignaram catálogos com multiplicidade de direitos sociais.⁴⁴²

Como os direitos sociais são decorrentes de concepções de Estado, houve uma controvérsia política na Organização das Nações Unidas (ONU) nos anos sessenta. Houve proclamação de dois Pactos internacionais, sendo um reservado aos direitos civis e políticos, que reconheceu a plena eficácia dos direitos de liberais, suscetíveis de reivindicação no sistema judicial, e ou outro Pacto reservado aos direitos econômicos, sociais e culturais, tendo a efetividade desses direitos sido condicionadas ao nível de desenvolvimento de cada sociedade, dentro da reserva do possível, não sendo esses direitos passíveis de judicialização.⁴⁴³

Nas últimas décadas do século XX, houve rupturas em regimes autoritários, em diversas partes do globo (Europa meridional, anos 70; América Latina, anos 80; Europa Central e Oriental, anos 90). Em todos os países que tiveram distensão política, ou a promulgação de novas cartas constitucionais. Na engenharia institucional desses estatutos, a reprodução do receituário da democracia contemporânea e a consagração expressa de direitos sociais, qualificados como direitos fundamentais, tal como os direitos civis e políticos.⁴⁴⁴

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993) reforça a efetividade dos direitos sociais, recomendando que deverão ser consideradas novas abordagens, tais como um sistema de indicadores para a avaliação dos progressos realizados na realização dos direitos enunciados no Pacto Internacional sobre os Direitos econômicos, Sociais e Culturais. Exorta a comunidade internacional a desenvolver os esforços necessários para aliviar a dívida externa dos países em vias de desenvolvimento, de forma a complementar os esforços dos Governos de tais países na plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais dos seus povos. Também, reconhece e afirma que todos os Direitos Humanos decorrem da dignidade e do valor

⁴⁴² ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015, pp. 1679/1680. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 2 out 2018.

⁴⁴³ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015. p. 1681. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 2 out 2018.

⁴⁴⁴ MELO, Marcus C.. Constitucionalismo e ação racional. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, 1998. p. 56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

inerentes à pessoa humana, que a pessoa humana é o sujeito central dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, e que, conseqüentemente, deve ser o seu principal beneficiário e participar ativamente na realização desses direitos e liberdades. E também, a recomendação de que todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, e que a comunidade internacional deve considerar esses direitos, globalmente, de forma justa e eqüitativa, no mesmo pé e com igual ênfase.⁴⁴⁵

Em razão dessa evolução histórica, há uma enorme controvérsia acerca da natureza desses direitos. Se seriam apenas programas políticos ou se seriam realmente direito, suscetíveis de serem judicializados. Para alguns, os direitos sociais seriam universais, responsáveis pelo mínimo existencial, com a mesma juridicidade dos direitos de defesa, referentes aos direitos civis e políticos. Para outros, meras aspirações, a serem implementadas pela discricionariedade política das forças nacionais.

Há diversos fundamentos levantados na doutrina para os direitos sociais. A dignidade, a liberdade, a igualdade e solidariedade. A dignidade humana vem sendo invocada na doutrina e na jurisprudência como fundamento dos direitos sociais. O conceito de dignidade humana refere-se ao valor intrínseco do ser humano, que, segundo o imperativo categórico kantiano, concerne ao dever de tratar a pessoa sempre como um fim e não como um meio. Esse núcleo intangível do ser humano, lembrado por Kant, não só estabelece a proibição de degradar a pessoa humana, mas inclui também o dever de prover as condições materiais básicas para uma vida digna. Há uma outra tradição política que remete à liberdade a fundamentação dos direitos sociais. Direitos básicos referentes à saúde, à alimentação, à moradia digna, ao trabalho, e à seguridade social devem ser assegurados de modo a garantir a liberdade efetiva das pessoas. Para John Rawls, há a necessidade de se assegurar ao indivíduo as condições básicas, o mínimo social, para o exercício da cidadania plena. Para Tugendhat, nem todos os seres humanos estão aptos ao exercício da liberdade. Os bebês, por exemplo, merecem as condições básicas em razão da garantia da dignidade humana. Há uma terceira tradição filosófica que situa os fundamentos dos direitos sociais na igualdade. John Rawls, Dworkin, fundamentam na igualdade de condições materiais mínimas os direitos sociais, que permitem a participação na vida social, política e cultural. Por fim, há aqueles que sustentam na solidariedade a fundamentação dos

⁴⁴⁵ Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos Viena, 14 al 25 de junio de 1993. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

direitos sociais. O compromisso que o todo social tem com cada indivíduo, mantendo o progresso da sociedade.⁴⁴⁶

Hoje, os direitos sociais se destinam a proteger a saúde, a moradia, as condições de trabalho, as condições de vida digna para o exercício da liberdade. A etiqueta “social” agregada a esses direitos, ao tempo em que os qualifica como manifestação da justiça social, pode também conduzir ao equívoco de que os direitos sociais se situariam em oposição aos direitos individuais,⁴⁴⁷ como também pode lhes enfraquecer a força vinculante, equiparando-lhes a meros programas políticos anunciados em estatutos legais, mas sem juridicidade e força normativa.

A qualificadora “social” somada a esses direitos vem de suas origens. Os direitos sociais surgiram nos campos de reivindicações, repetidos e bradados nas vozes que clamavam contra a vulnerabilidade das classes trabalhadoras. Como estandartes simbólicos e linguísticos nessas reivindicações, esses direitos foram anunciados primeiros em cartas de recomendações e só depois foram juridicizados em estatutos. A palavra “direito” utilizada para expressar a inspiração de justiça social nas reivindicações teve no processo de juridicização muito mais um efeito retórico e simbólico, do que propriamente jurídico. No processo de afirmação dos valores defendidos nos diversos movimentos sociais reivindicatórios, os aclamados “direitos sociais” acabaram abrigados em constituições políticas, ainda no início do século XX, como programas normativos, mas carentes de exigibilidade, sem os mecanismos de efetivação no plano prático.

Essa inovação constitucional trouxe uma mudança de paradigma no direito, ao impor a necessidade de reprogramação do Estado, com a adoção de mecanismos para tornar efetivos esses direitos em face de uma realidade marcada pelas distorções provocadas pela dinâmica do capitalismo industrial.⁴⁴⁸

Os direitos sociais são direitos emancipatórios, históricos e traduzem o sentimento coletivo acerca das condições materiais básicas para a convivência social, para o exercício qualificado dos direitos de liberdade, sob o pálio da igualdade e da vida digna. Sua efetivação está condicionada, pois, a intervenção do Estado, inspirada em cálculos de justiça distributiva.

⁴⁴⁶ ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. Derechos sociales. In: **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Volumen 2. Jorge Luis Fabra Zamora Verónica Rodríguez Blanco Editores. México: Universidad Nacional Autónoma de México México, 2015, pp. 1693/1697. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2018.

⁴⁴⁷ NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos sociales. In: CARBONEL, Miguel; Et AL (comp.). **Derechos Sociales Y Derechos de las Minorías**. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2000. p. 137.

⁴⁴⁸ ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. **Revista de Estudios Políticos**, n. 112, oct. 2007. p. 253. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46584>>. Acesso em: 2 out. 2018.

Os direitos sociais nasceram nas lutas reivindicatórias ao longo do século XIX, identificando-se com as demandas político-sociais em favor de determinadas classes menos favorecidas, como a classes dos trabalhadores. Nasceram com essa dimensão regulatória e interventiva do Estado na ordem social e econômica, visando equilibrar as forças particulares, em contexto de distorções sociais. No século XX, os direitos sociais vão ganhar a dimensão dos serviços prestacionais pelo Estado, com caráter assecuratório e compensatório, na forma de benefício ou prestação social.⁴⁴⁹

Com o tempo, inspirados na solidariedade social, os direitos sociais assumem a dimensão estratégica de promover as condições básicas para o desenvolvimento da pessoa humana e para a livre escolha de planos de vida. Nesse sentido promocional, os direitos sociais estariam disponibilizados como estratégia de enfrentamento a contextos de vulnerabilidade e desemprego sociais que negam as condições básicas para a uma vida digna. Os direitos sociais traduziriam os mecanismos estatais de promoção do desenvolvimento humano e social.

Mas sobre o tema da fundamentação dos direitos sociais há algumas questões sempre recorrentes: qual a relação dos direitos sociais com os direitos humanos? E com os direitos fundamentais? A resposta a essas questões tem consequência prática, pois se forem considerados formalmente direitos fundamentais os direitos sociais seriam justiciáveis e poderiam ser demandados no sistema judicial. A análise poderia ter implicação também em eventual tratamento processual diferenciado que os direitos sociais teriam dentro do sistema judicial.

Ingo Sarlet aponta distinção entre direitos fundamentais (direito interno) e direitos humanos (direito internacional). Uma distinção meramente dogmática. Os direitos humanos estariam associados a direitos abrigados em documentos de direito internacional. De sua parte, os direitos fundamentais estão associados a direitos que já foram constitucionalizados. Cristalizam na ordem constitucional positiva de um País os discursos emancipatórios em favor da dignidade humana, construídos pela retórica universalista dos direitos humanos. A designação “direitos fundamentais” descenderia, para o autor, da tradição constitucional alemã, referente à Lei Fundamental de 1949.⁴⁵⁰

Portanto, a compreensão desses direitos fundamentais de alguma forma está associada à compreensão dos direitos humanos, como horizonte político das utopias

⁴⁴⁹ RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **Derechos sociales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2. 2015. p. 1678. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

⁴⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 31.

emancipatórias. Daí a importância de se entender o discurso dos direitos humanos, como abertura, como discurso da emancipação humana e social.

A história de construção dos direitos humanos corresponde a história das lutas emancipatórias sociais. Nos movimentos revolucionários liberais, que culminaram com declarações em favor da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos, os direitos humanos surgem formalmente para expressarem essa incessante busca por justiça. O conjunto de instituições disponibilizadas e os mecanismos de movimentação dessas instituições representam garantias para efetivas conquistas, com permanentes aquisições e refluxos.

Nessa retórica de proteção à dignidade humana, constroem-se estruturas internacionais de proteção e salvaguarda aos direitos humanos. Também, esses direitos passam a ser internalizados nos direitos positivos dos países por meio de tratados internacionais ou pela constitucionalização desses direitos, quando assumem a condição de direitos fundamentais.

Há, de outra parte, leituras críticas aos direitos humanos. Segundo Boaventura, após a segunda guerra mundial, os direitos humanos constituíram parte do arsenal ideológico manejado na guerra fria entre as duas grandes potências bipolarizadas, EUA e URSS. Agora, as forças progressistas, em face do cenário de crise dos projetos socialistas, recorrem ao discurso dos direitos humanos como guião emancipatório, a partir de uma reinvenção da linguagem de emancipação, desde que compreendidas as tensões dialéticas que estruturaram a modernidade.⁴⁵¹

Ainda com maior ceticismo em relação ao discurso dos direitos humanos, concernente a sua pretensão crítica, emancipatória e universal, encontra-se Douzinas. Para o autor, os direitos humanos só têm paradoxos a oferecer. Apesar de as declarações internacionais promulgadas por diversos organismos internacionais prescreverem o direito à vida, por exemplo, os noticiários pululam na mídia retratando graves atrocidades cometidas diariamente, com a complacência dos governos; não obstante o discurso piedoso em favor da igualdade e dignidade, estaríamos a viver, segundo o autor, uma época marcada pela concentração de riqueza, pelas desigualdades entre ricos e pobres e pelas desigualdades regionais entre norte e sul. Ao mesmo tempo em que os direitos humanos são articulados como armas de resistências contra a opressão do domínio público e ou privado, os direitos humanos também são mobilizados estrategicamente pelos países hegemônicos para abrir janelas, pela missão civilizadora, para o horizonte liberal e econômico. Nas entrelinhas da retórica aparentemente emancipatória dos direitos humanos, estariam a institucionalização das condições de

⁴⁵¹ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, Coimbra, n.48, junho de 1997, pp. 12-13.

possibilidade da adoção do modelo econômico e político neoliberal, o próprio enfraquecimento das garantias de efetividade dos direitos humanos no plano prático. Douzinas, em artigo publicado em 2008, sobre o “fim” dos direitos humanos, considerada uma síntese de sua conhecida obra de mesmo nome, deixa ao leitor a ambiguidade semântica do termo “fim”, para instiga-lo a descobrir as razões do fim dos direitos humanos ou a pesquisar pelas finalidades dos direitos humanos, *verbis*:

A moral global e regras cívicas são companheiros necessários ao capitalismo neoliberal. Ao longo dos últimos 30 anos, as regras legais regularam o investimento, o comércio, o auxílio e a propriedade intelectual. O Banco Mundial, o FMI e a OMC impuseram condições de “reestruturação econômica” para o desenvolvimento dos estados pelos contratos de empréstimo e ajuda financeira. Estes estados tem restrita sua capacidade de tomar decisões sobre níveis salariais, educação, saúde e políticas de segurança social, pois ditam a privatização dos serviços públicos e utilidades no comércio aberto, mantendo as políticas de proteção cruciais para os setores agrícola e manufatureiro ocidentais.⁴⁵²

Para o autor, Marx teria sido o primeiro pensador a destacar esse paradoxo dos direitos humanos, demonstrando-o a partir de uma a genealogia dos direitos naturais modernos, reconhecidos nas revoluções burguesas. Para Marx, os direitos naturais teriam sido especificados como símbolo da emancipação individual dos contextos medievais de opressão. Todavia, concomitantemente, os direitos naturais foram estrategicamente desenhados como poderoso arsenal ideológico da emergente classe dominante, a burguesia. Em ascensão, a classe burguesa se serviu desse arsenal ideológico (direitos naturais) como estratégia de naturalização de relações sociais e econômicas dominantes. Essa naturalização ocorreu a partir do momento em que os direitos naturais foram mobilizados para retirar da arena política, que está submetida a contradições e refregas, “a propriedade, as relações contratuais, a família, a religião. Ideologias, interesses privados e interesses egoístas parecem naturais e normais no âmbito do bem comum, quando encobertos pelo vocabulário dos direitos.”⁴⁵³

Os direitos fundamentais constituiriam, para o autor, utopias veladas na consciência história e não deveriam ser tomados como meras e ociosas abstrações normativas. Para Douzinas, “o fim dos direitos humanos, assim como o fim do Direito Natural, é a promessa do “ainda não”, da indeterminação da autocriação existencial diante do medo da incerteza e das certezas inautênticas do presente.”⁴⁵⁴

⁴⁵²DOUZINAS, Costa. **O “fim” dos direitos humanos.** Disponível em: <<http://unisinis.br/blogs/ndh/2015/06/08/o-fim-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁴⁵³DOUZINAS, Costa. **Os paradoxos dos direitos humanos.** 2011. p. 10. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879/>>. Acesso em: 12 maio 2017.

⁴⁵⁴DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos.** São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 384.

Todavia, poderia haver para Douzinas outro papel reservado aos direitos humanos, que lhe imprimiriam sentido emancipador: manter essa chama da resistência. Os direitos humanos poderiam ser justificados como ideário e utopia mobilizados para a resistência à dominação pública e privada. Para tanto, os direitos humanos não podem ser apropriados pelo discurso oficial, não podem ser cooptados sorrateiramente pelas instâncias de poder governamental ou de corporações, transformando-se em mero ideário político em apologia ao sistema neoliberal ou na versão *soft* contemporânea da missão civilizadora. E Douzinas apresenta sete teses:

1. A noção de ‘humanidade’ não possui um significado estático e não pode atuar como fonte de regras morais ou legais;
2. Poder e moralidade, império e cosmopolitismo, soberania e direitos, lei e desejo não são inimigos mortais. Ao contrário, uma amálgama, historicamente específica, de poder e moralidade constituem a ordem estruturante de cada época e sociedade;
3. A ordem pós-1989 combina um sistema econômico que gera enormes desigualdades estruturais e opressão com uma ideologia jurídico-política que promete dignidade e equidade. Esta grande instabilidade está levando ao seu fracasso;
4. O universalismo e o comunitarismo, ao invés de serem adversários, são dois tipos de humanismo dependentes um do outro. Eles são confrontados pela ontologia de igualdade singular;
5. Em sociedades capitalistas avançadas, os direitos humanos despolitizam a política e se tornam estratégias para a publicização e legalização do desejo individual (niilista e insaciável);
6. A virada biopolítica transforma os direitos humanos em ferramentas de controle sob a promessa de liberdade;
7. Em contraposição ao cosmopolitismo do neoliberalismo e do império, o cosmopolitismo vindouro estabelece o último princípio moderno de justiça.⁴⁵⁵

Da crítica marxista aos direitos humanos, observa-se que de nada adianta a abstrata disposição normativa positivada na ordem constitucional, ainda que demarcadora de horizonte simbólico, se não houver um contexto que estabeleça as condições de possibilidades sociais, políticas, de aplicação prática. Como pontuado por Lorena Freitas “falar em ‘direitos’ enquanto garantias formais em tal situação nada mais é do que um discurso ideológico de manutenção do ‘status quo’”.⁴⁵⁶

A crítica marxista mostra-se importante para a compreensão de sentido dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Permite, a partir da genealogia desses direitos no plano político, uma visão de dinâmica de seu sentido e uma compreensão das tensões sociais que devem ser regulados pelos direitos fundamentais. A compreensão da constituição como

⁴⁵⁵DOUZINAS, Costa. **Os paradoxos dos direitos humanos**. 2011, pp. 3-4. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879/>>. Acesso em: 12 maio 2017.

⁴⁵⁶FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: **Marxismo, realismo e direitos humanos** / Lorena Freitas, Enoque Feitosa (organizadores). João Pessoa: Universitária da UFPB, 2012. p. 232.

processo social abre janelas para compreensão dos sentidos dos direitos fundamentais. E isso reclama uma articulação entre direitos fundamentais e constitucionalismo.

A compreensão dos direitos fundamentais reclama, assim, a percepção do constitucionalismo como novo paradigma do direito positivo. O constitucionalismo nascido a partir do pós-guerra constitui um sistema de vínculos substanciais, que estabelece proibições e obrigações positivas nas ordens constitucionais. Esses vínculos substanciais se condensariam em princípios, que impõem compromissos a instâncias de poder, inclusive ao legislador, outrora representante da vontade geral da nação e, portanto, ilimitado.⁴⁵⁷

A garantia de efetividade desses vínculos residiria na rigidez das constituições, na necessidade de um processo especial mais rigoroso para reformas constitucionais, que exigiriam maior consistência nos consensos políticos, mediante a previsão de quóruns qualificados, e a possibilidade de se rever judicialmente, por instância independente, com autonomia do processo político partidária, a atuação da representação política, que expressam o pensamento majoritário em determinados contextos. Essa rigidez constitucional, protegida por um sistema de controle de constitucionalidade remetido a órgãos jurisdicionais, condicionaria o próprio conteúdo da atividade política, da atuação legislativa.⁴⁵⁸

Por essa razão, para Ferrajoli, à luz do constitucionalismo, que repercutiria em toda a teoria do direito, os direitos fundamentais consignados nas cartas constitucionais devem ser garantidos e concretamente satisfeitos, com o máximo grau e efetividade. Não apenas os direitos de liberdade, mas também os direitos sociais em face dos poderes públicos e privados. Em suas palavras:

La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares [...]. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.⁴⁵⁹

Nessa perspectiva do constitucionalismo, quais seriamos direitos fundamentais? Ferrajoli apresenta três respostas. A primeira, oferecida pela teoria do direito, apontaria que os direitos fundamentais se identificam aos direitos concernentes universalmente a todos, portanto

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 114.

⁴⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 114.

⁴⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 116.

indisponíveis e inalienáveis. Como oferecida pela teoria, a resposta apresenta apenas a definição de direitos fundamentais (que são os direitos fundamentais), mas não designaria quais seriam os direitos fundamentais. Nessa definição, há a apresentação da forma, mas não do conteúdo. A segunda resposta é oferecida pelo direito positivo. Seriam direitos fundamentais os estabelecidos nas constituições e nas declarações universais, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos tratados internacionais de 1966 e nas demais convenções internacionais sobre direitos humanos. Para a terceira resposta, Ferrajoli apresenta uma pergunta: quais seriam os direitos que deveriam ser garantidos como fundamentais? A resposta à pergunta é formulada pela filosofia política, de modo normativo, mediante critérios meta-éticos e meta-políticos. E assim apresenta três critérios axiológicos, hauridos no processo histórico do constitucionalismo. O primeiro critério concerne ao nexo entre os direitos humanos e a paz. Devem ser garantidos como direitos fundamentais todos os direitos cuja garantia constitui condição necessária à paz: direitos de liberdade, direito à vida e a integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade, os direitos sociais necessários à sobrevivência. Referem-se aos direitos de resistência. O segundo critério axiológico pertine aos direitos de minoria. Concerne ao nexo entre direitos e igualdade. Direitos sociais como garantidores da redução das desigualdades econômicas e sociais. O terceiro critério se refere ao papel dos direitos fundamentais como leis dos mais frágeis. No duplo sentido, de tutelar as diferenças pessoais e de reduzir as desigualdades materiais.⁴⁶⁰

A questão fundamental acerca desses direitos concerne a sua juridicidade: saber-se se os direitos sociais são judicialmente exigíveis, se eles podem ser reivindicados perante o sistema judicial. A resposta a esta questão fundante exige um olhar na linha do tempo, na dinâmica de construção desses direitos e na forma como eles acabaram sendo positivados nas constituições política.

Para o pragmatismo, os direitos humanos e fundamentais estariam justificados se houvesse a aptidão para a concretização de suas finalidades, consistentes na proteção e promoção das condições básicas para uma vida digna.

Para Alexy, a compreensão teórica dos direitos humanos é informada por duas referências fundamentais: a universalidade desses direitos e a autonomia de seus titulares. Para o princípio da universalidade, todos os homens ostentam determinados direitos *erga omnes*, que transcendem fronteiras contingenciadas pelo Estado, pela cultura do grupo social a que pertencem. Para o princípio da autonomia, o princípio da autonomia, por sua vez, desdobra-se

⁴⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. **Cuestiones Constitucionales**, julio-diciembre, número 015, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. p. 117.

em duas direções: a autonomia pública dos cidadãos e a autonomia privada dos sujeitos de direito. A garantia e o desenvolvimento pleno de ambas somente são possíveis no âmbito de um Estado constitucional democrático, no qual os direitos humanos – ao assumir a forma positiva de direitos constitucionais fundamentais – e a participação democrática, conjuntamente, passam a preservar e estimular o fato do pluralismo.

4.4 A justiciabilidade dos direitos sociais na Constituição de 1988

Não obstante a Constituição positivar um generoso catálogo de direitos sociais, classificando-os expressamente como direitos fundamentais, conferindo-lhes eficácia imediata e sem quaisquer condicionamentos,⁴⁶¹ ainda há controvérsias sobre a justiciabilidade desses direitos, em especial quando esses direitos envolvem prestações materiais,⁴⁶² com o remanejamento de recursos orçamentários, sempre limitados, e que em princípio deveriam ficar a cargo da representação política, voz da soberania popular.

Há quem defenda que os direitos sociais constituem apenas uma proclamação constitucional de caráter meramente programático e político, sem juridicidade para submeter a representação política a sua implementação. Dessa forma os direitos sociais não seriam passíveis, por esse juízo, de reivindicação no sistema judicial, pois sua concretização estaria reservada à discricionariedade política.⁴⁶³

Parte da doutrina, defende que os direitos sociais são de classe *inferior* aos chamados direitos civis e políticos. Essa distinção entre essas classes de direitos acabou reforçada no plano internacional pela edição dos dois Pactos Internacionais de 1966: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A elaboração dos dois pactos, separados pelos dois temas, gerou controvérsias e divisões, que, simbolicamente, acabou repercutindo no processo de

⁴⁶¹ Art. 5º[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁶² “Per l’individuo, lo *status* positivo presenta una estensione di conternuto giuridico certamente maggiore, che non lo *status* negativo. Poiché il contenuto delle pretese risultanti dallo *status* positivo è costituito da un’azione positiva dello Stato, tutto quello che può formare oggetto di un *dare*, di un *facere*, di un *praestare* dello Stato rappresenta un possibile oggetto di pretesa individuale.” Cf. JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA, 1912. p. 134.

⁴⁶³ “As prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, posto que derivam da idéia de justiça; aí está outro traço distintivo para com o *status positivus libertatis*, que gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão. O *status positivus socialis*, ao contrário do *status positivus libertatis*, se afirmar de acordo com a situação econômica conjuntural," isto é, sob a 'reserva do possível'" ou na conformidade da autorização orçamentária.” Cf. TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, jul. 1989. p. 41. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

internalização desses direitos, com efeitos na força normativa desses direitos. A divisão em dois pactos, de algum modo, reproduzia a divisão de um mundo bipolar, dividido entre liberais e socialistas.⁴⁶⁴

Defende-se aqui que os direitos sociais não podem ser classificados como meros programas políticos. Os direitos sociais estão classificados na Constituição como direitos fundamentais e, não havendo distinções dogmáticas entre as diferentes tipologias de direitos fundamentais, não poderia haver distinções na proteção jurídica a esses diversos tipos de direitos fundamentais. Os direitos sociais, assim como os direitos de liberdade, são direitos fundamentais e estão protegidos juridicamente, cabendo ao direito constitucional delimitar os campos de reserva que afetam os direitos e deveres estatais.⁴⁶⁵

No Título I, acerca dos princípios fundamentais, a Constituição consagra a dignidade humana⁴⁶⁶ como fundamento da República, devendo o sentido da dignidade⁴⁶⁷ dialogar com os demais fundamentos e com os objetivos fundamentais da República trazidos no mesmo Título I, como valor social do trabalho, sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Os direitos sociais são, portanto, estruturante e fundantes da concepção de Estado adotada pela Constituição,⁴⁶⁸ devendo vincular a atuação político-administrativa.⁴⁶⁹ Assim, em razão da dimensão

⁴⁶⁴ RUIZ, Ramón Ruiz; GÓMEZ, Clara Viviana Plazas. La exigibilidad de los derechos sociales: el caso de Colombia. **Revista de Filosofía, Derecho y Política**, n.14, julio 2011. p. 4. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n14/14-02.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

⁴⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2010. p. 9.

⁴⁶⁶ “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” Cf SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

⁴⁶⁷ Canotilho, referenciando-se a Constituição portuguesa vigente, assim discorre sobre os sentidos da dignidade: “Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito «fixista», filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido «cristão e/ou cristológico», em sentido «humanista-iluminista», em sentido «marxista», em sentido «sistémico», em sentido «behaviorista»). 1. *Teoria de cinco componentes* Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma «integração pragmática», susceptível de ser condensada da seguinte forma: (1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável (CRP, arts. 24.º, 25.º, 26.º). (2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade* (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2.º da CRP). (3) *Libertação da «angústia da existência»* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53.º, 58.º, 63.º, 64.º). (4) Garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito. (5) *Igualdade* dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo*, (cfr. CRP, art. 13.º), isto é, igualdade perante a lei. Esta «teoria de cinco-componentes» (PODLECH) parece adequada às sugestões normativas da constituição e ao contexto jurídico-cultural. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 363.

⁴⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009, p. 258.

⁴⁶⁹ “O regime brasileiro da Constituição de 1988 funda-se no princípio democrático. O preâmbulo e o art. 1.º o enunciam de maneira insofismável. Só por aí se vê que a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

participativa da democracia, podem ser acionados no sistema judicial, em demandas individuais ou coletivas.

Nossa Constituição supera o positivismo legal do século XIX.⁴⁷⁰ Afasta-se do constitucionalismo político propugnado pelas ideias liberais que estruturaram as constituições até o início do século XX e que respaldaram o paradigma do positivismo legal. O constitucionalismo liberal tinha a constituição como um programa político, e confiava ao legislador o monopólio da produção das leis, sem lhe impor quaisquer limites materiais na produção de conteúdo das normas legisladas. Sem rigidez constitucional, o constitucionalismo liberal não consignava limites substanciais ao legislador, e lei era a legítima fonte de direito.

A Constituição segue o receituário do constitucionalismo contemporâneo, desenvolvido no segundo pós-guerra.⁴⁷¹ Reproduz o discurso de direitos humanos das diversas declarações e tratados, reconhece os direitos civis e políticos, que inspiraram as constituições liberais, e incorpora amplo catálogo de direitos sociais, destinados a promover o bem-estar individual e coletivo dos membros da comunidade, a justiça social.

O programa constitucional vigente, que abraça o constitucionalismo jurídico que emergiu a partir da experiência da segunda guerra, exige que a atuação da representação política esteja em conformidade com o conteúdo dos princípios constitucionais de justiça. Assim, além dos limites formais exigidos para a atuação legislativa, referentes a competência e a procedimentos legislativos, a Constituição impõe ao legislador limites materiais, tais como princípios ético políticos.⁴⁷²

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.” Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 127.

⁴⁷⁰ “Deve ainda acrescentar-se que o legalismo e o positivismo legalista promoveram a ideia de que as mudanças do direito se processavam necessariamente por via legislativa. Assim, perante qualquer desajustamento do direito, a tendência ou a tentação era para se legislar de novo. Este mesmo facto amarrava o direito à vontade sempre mutável das maiorias parlamentares, dando origem a soluções jurídicas nem sempre muito amadurecidas e frequentemente inspiradas por uma arrogância legislativa pouco atenta aos limites da regulação social por meio da lei.” Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. **A Cultura Jurídica Europeia: síntese do Milênio**. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 406/407.

⁴⁷¹ “o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive àquele legislativo; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.” Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Academia Brasileira de Direito Constitucional. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. México: Isonomía, n. 16, abr. 2002. p. 8. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 7 jul. 2018.

Dentro dessa lógica que submete a representação política a princípios de justiça positivados, a Constituição um sistema de valores materiais a ser garantindo com a cooperação de instâncias independentes do sistema político.

Esses valores são preservados por um sistema de garantia baseado na força normativa da Constituição, em sua supremacia no sistema jurídico, em sua estabilidade institucional (rigidez constitucional), preservadas por mecanismos de revisão constitucional, sob a coordenação do sistema judicial.⁴⁷³

A Constituição de 1988 elenca os direitos sociais, em sintonia com esse sistema de valores e com seu programa de desenvolvimento social e humano. Esses direitos devem ser articulados com os objetivos projetados para a República Federativa do Brasil,⁴⁷⁴ delineados com a pretensão de dialogar com realidade, para transformá-la e desenvolvê-la.

A pergunta pelos sentidos dos direitos sociais, por sua justiciabilidade, levanta outras diversas questões advindas da experiência institucional, em especial pela distância entre a retórica constitucional pretensamente transformadora e os sofríveis índices de desenvolvimento humano ostentado pelo Brasil. Há sempre a pergunta embaraçosa sobre a profunda fratura entre o catálogo de direitos humanos positivados na Constituição e a realidade social brasileira, matizada pela injustiça social: como fazer esse catálogo de direitos sociais se tornar efetivado no plano prático? As limitações estruturais e contextuais impostas pela realidade podem condicionar a leitura dos direitos sociais?

No Relatório do Desenvolvimento Humanos (RDH) 2016, lançado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil mantém o mesmo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2014, no valor de 0,754, e no ranking mantém a posição 79 entre 188 países. Em relação ao Índice de Desigualdade de Gênero, que avalia desigualdades em três dimensões sensíveis à questão de gênero: saúde reprodutiva, emponderamento e atividade econômica, o Brasil se encontra com pior resultado. Com valor de 0,414, o Brasil ocupa a 92ª posição e está na metade mais mal avaliada entre 159 países. No parlamento, o Brasil apresenta percentual menor de mulheres que o País com menor IDH do

⁴⁷³ MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. Florianópolis: **Estudos Jurídicos e Políticos**, 2013, pp. 322. Florianópolis. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em: 7 out. 2018.

⁴⁷⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

mundo. O Brasil apresenta 10,8%, enquanto a República Centro-Africana tem 12,5% de mulheres com assento no parlamento.⁴⁷⁵

Essa realidade de injustiça e de assimetria sociais no Brasil se choca com retórica progressista do texto constitucional, exigindo-se estratégias e inovações institucionais para a concretização dessa gramática transformadora, considerando-se a persistência dessa desigualdade social, que teima em não diminuir.⁴⁷⁶ Como os direitos sociais são direitos prestacionais, e que devem ser implementados para a proteção das condições mínimas para uma vida digna, sua efetivação depende de arranjos institucionais, de uma rede de serviços a ser oferecido pela máquina burocrática, que importam investimentos e custos.

Para implementação dessa pauta de justiça substantiva, a Constituição desenha arranjo institucional, imprimindo juridicidade a proposições reservadas outrora ao juízo discricionário dos agentes políticos. Todavia, em meio a esse conjunto de instituições desenhadas para imprimirem eficácia ao texto constitucional, muitas vezes essas instituições se sobrepõem e amiúde não se coordenam, comprometendo o oferecimento das prestações materiais. Isso ocorre em razão da incapacidade gerencial dos diretores das instituições, da dispersão administrativa à vista da miríade de instituições e entidades públicas sem qualquer coordenação, como também em razão de clivagens ideológicas potencializada pelo quadro de fragmentação do sistema partidário, dificultando a formação de hegemonias na administração.

A multiplicidade no número de órgãos reguladores, agências, autarquias, entidades, submetidos a constrangimentos fiscais, acaba trazendo problema de coordenação e precarizando a efetivação de direitos sociais. Essa falta de articulação e interação entre as instituições podem inviabilizar a estruturação de logística para a implementação de direitos sociais. A falta de encaminhamento eficaz pela Administração para solução dos problemas

⁴⁷⁵ **Human Development Report 2016.** Human Development for Everyone. By the United Nations Development Programme 1 UN Plaza, New York, NY 10017 USA. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relat-rio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>.> Acesso em: 12 mar. 2017

⁴⁷⁶ “Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial. O Brasil é hoje o oitavo país do mundo em termos de produto interno bruto. No entanto, em termos de renda per capita, é o 34°. Segundo relatório do Banco Mundial, era o país mais desigual do mundo em 1989, medida a desigualdade pelo índice de Gini. Em 1997, o índice permanecia inalterado (0,6). Pior ainda, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a desigualdade econômica cresceu ligeiramente entre 1990 e 1998. Na primeira data, os 50% mais pobres detinham 12,7% da renda nacional; na segunda, 11,2%. De outro lado, os 20% mais ricos tiveram sua parcela da renda aumentada de 62,8% para 63,8% no mesmo período.” Cf. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 207/208.

atinentes à realização desses direitos sociais vem levando o cidadão e as suas representações a buscarem no Judiciário a implementação dos direitos sociais na vida prática.⁴⁷⁷

Ações judiciais são movidas pela cidadania no intuito não apenas de declarar ou constituir direitos sociais no sistema jurídico, mas no propósito de fazer com a retórica dos direitos sociais seja efetivada no plano prático. E essas ações se fundamentam na juridicidade, no caráter vinculante desses direitos sociais, e pretendem estipular obrigações de fazer a Administração Pública, sob o argumento de que há um contexto de violação flagrante a princípios de justiça material, consagrados na Constituição. Contudo, a implementação dessas obrigações de fazer tem diversos efeitos na vida administrativa, inclusive na distribuição de verbas orçamentárias, exigindo do Judiciário uma disposição para o diálogo com as instituições envolvidas na demanda.

Ao prestigiar a participação democrática na formação das decisões de poder, com a abertura propiciada pelo amplo acesso à justiça para a participação social nos controles e com a inclusão das vozes interessadas nos processos de legitimação dessas decisões, a Constituição lançou as bases para a democratização da produção de sentidos na vida institucional e rechaçou a cultura do estatismo que estruturou a vida oficial no Brasil. Então, os processos de produção de sentido, inclusive dos direitos sociais, devem ser submetidos a participação e a contribuição das instituições responsáveis por sua efetivação no plano prático.

A Constituição apresenta-se como programa político, destinado a transformar a realidade marcada por desigualdades. Assim, a interpretação e a aplicação dos direitos sociais estão submetidas à dinâmica social e política e devem compreender os vetores programáticos em articulação com os contextos sociopolíticos emergentes. Os direitos sociais constituem terapias para os desequilíbrios sociais e a sua posologia está condicionada aos contextos de aplicação. Para um quadro de injustiça social, a Constituição sugere uma pauta programática de atuação dirigente pelo Estado na realização de justiça social, imprimindo sentido aos direitos sociais.

Para tornar esses direitos efetivos, a Constituição inova ao relacionar garantias institucionais e procedimentais, desenhando arranjo institucional com o propósito de promover inclusão e desenvolvimento social. A par dessa anunciada expansão de direitos sociais, a

⁴⁷⁷ “Esse tipo de judicialização é inseparável do fenômeno da captura das relações sociais e da cultura popular e da expropriação dos conflitos sociais por parte do direito. Origina-se da crescente complexidade e contingência das sociedades modernas, ou da criação e expansão do estado de bem-estar social moderno e suas numerosas agências reguladoras.” Cf. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251. p. 139-178, maio 2009. p. 142. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Constituição traz um programa democrático para a efetivação desses direitos. Superando as constituições dos Estados sociais da primeira metade do século XX, que remetia ao Executivo e ao Legislativo a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais, a Constituição avança em favor da cidadania participativa, agregando o valor da democracia na consecução de seu programa político e social. Confere à cidadania os mecanismos de acesso às instâncias que implementam as políticas sociais.

A Constituição desenha um conjunto de estruturas de poder, com garantias de acesso à cidadania, seja por demanda individual, seja por demandas coletivas, a fim de que se promovam mudanças institucionais, com a construção de estruturas e de serviços de prestações materiais, construindo-se arranjos institucionais com capacidade para atuar estrategicamente em áreas como “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.”⁴⁷⁸

Os direitos sociais se fundam na ideia de igualdade material, no sentimento de solidariedade material, de que ninguém sofrerá privações nas condições básicas de uma vida digna. Estabelecem as condições vitais de exercício dos direitos de liberdade.

Sua efetividade, seu caráter vinculante, sua metodologia e dogmática, deverão levar em conta essa premissa política de que esses direitos sociais positivados projetam na ordem jurídica interna os valores e diretrizes compartilhados como direito internacional e consolidados no Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, em vigor desde 3 de janeiro de 1976.⁴⁷⁹

Os direitos fundamentais são direitos históricos, em que os sentidos são construídos na luta social. Não são direitos (inerentes à natureza humana, eterna e transcendental) que já estariam adquiridos e careceriam apenas de eficácia. Os direitos fundamentais são resultados de fluxos das lutas sociais; estão positivados em potência para serem conquistados nos processos sociais e políticos, como conquistas. São constructos da história e se efetivam mediante processos de reivindicação, de lutas em torno da dignidade humana. As normas, as disposições de direitos, são garantias de efetivação. E essa efetivação passa pelo emponderamento das pessoas que sofreram violações em seus direitos, para que ganhem força para reação, pois os direitos fundamentais são materializados nas lutas e sob

⁴⁷⁸ Art. 6º, CF.

⁴⁷⁹ Disponível em: < <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> pdf >. Acesso em: 17 jan. 2017.

condições sociais, políticas, culturais etc. Nesse sentido, Herrera Flores sintetiza: “los derechos humanos serían los resultados siempre provisionales de las luchas sociales por la dignidad.”⁴⁸⁰

Os direitos fundamentais, porque traduzem na ordem constitucional a positivação de direitos humanos, são sempre direitos libertários. Devem ser acionados, mediante garantias de efetivação, como linguagem de emancipação política, para a construção de novos mundos e de novos cenários de liberdade, não podendo perder essa dimensão crítica e reflexiva de resistência a dominações políticas hegemônicas que impeçam o exercício da atuação crítica e das interações nos espaços públicos. Não podem ser reduzidos a ociosas disposições abstratas inidôneas para a luta contra as injustiças sociais decorrentes de práticas políticas e econômicas hegemônicas.

Os direitos fundamentais estão positivados na ordem constitucional, formando o seu núcleo estruturante. É esse núcleo que imprime unidade e identidade orgânica a toda ordem constitucional, considerado estruturante, disponibilizado para proteger e afirmar a dignidade da pessoa humana, centro de gravidade da institucionalidade. Esse núcleo é fundamental para a dinâmica da vida social e política, e confere estabilidade e legitimidade constitucional à atuação política e social.

Esse núcleo essencial condensa um conjunto de regras e de princípios considerados fundantes da ordem constitucional. Esse conjunto de normas tem unidade sistêmica. Compreende o sistema de direitos fundamentais que vai definir a dogmática constitucional, o modo como a Constituição será percebida no tempo, interpretada e aplicada na dinâmica social e política. E sendo sistema de direitos fundamentais, há interdependência entre cada um desses direitos fundamentais (partes do sistema) e implicações mútuas entre essas unidades fundamentais. Isso faz com que a unidade de sentido não se estabeleça em cada direito fundamental, mas apareça (se desvele) no conjunto desses direitos, que devem ser percebidos e valorados de modo articulado.⁴⁸¹

Todos os direitos fundamentais são interdependentes, não obstante a indivisibilidade que lhes caracteriza. Todos devem ser articulados no sentido de proteger e de afirmar a dignidade da pessoa humana, centro de gravidade dos sistemas de direitos

⁴⁸⁰ FLORES, Joaquin Herrera. **La reinvención de los derechos humanos**. p. 26. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/137.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2017.

⁴⁸¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. UNED. **Teoría y realidad constitucional**, n. 20, 2007. p. 2007, pp. 496-497. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not13.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2017.

fundamentais, da ordem jurídica como um todo, fundamento da República Federativa do Brasil.⁴⁸²

Os direitos fundamentais constituem garantias para a cidadania. E podem ser mobilizados nas estruturas de poder. Por um lado, há os direitos fundamentais que implicam ação do Estado, prestação material como saúde, educação, moradia. De outra parte, há os direitos fundamentais cujo conteúdo é o respeito, a consideração pelas instâncias de poder na não intervenção. Esses direitos fundamentais impõem abstenção do Estado e das estruturas de poder. São os direitos de liberdade.⁴⁸³

A indivisibilidade, a interdependência, a unidade que matiza os direitos fundamentais repercute nos direitos sociais positivados na Constituição, tornando-os, tal como os direitos civis e políticos, justiciáveis, i.e., passíveis de serem demandados judicialmente.

Como bem apontado por Abramovich, ambos os direitos civis e sociais envolvem despesas. Há custos nesses direitos. Em relação aos direitos civis, há todo um aparato, um sistema de proteção mantido pelo poder público para imprimir efetividade e proteção aos direitos civis. Há, por exemplo, estrutura cartorária para os registros civis, órgãos judiciais e sistema de repressão contra as afrontas aos direitos de liberdade, por exemplo. Para o autor, todos os direitos, sejam civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais demandariam custos e prescreveriam obrigações negativas e positivas. Como os direitos civis que não se esgotam na abstenção do Estado, mas exigem serviços e estruturas de proteção, os direitos sociais importam também abstenções, obrigações negativas. O Poder Público não pode, por exemplo, realizar atividades que inviabilizem os direitos sociais. Não pode, por exemplo, inviabilizar o direito de greve.⁴⁸⁴ Os direitos sociais, como os direitos civis, importam custos. O fato de serem onerosos, portanto, não pode servir de argumento para submeter a sua implementação à discricionariedade da representação política.

Ora, a comunidade internacional tem sistematicamente ratificado o caráter indivisível e interdependente de todos os direitos humanos, considerando meramente ideológica e ultrapassada a divisão entre direitos civis e políticos *versus* direitos sociais, econômicos e culturais, sendo esta divisão inidônea para negar a natureza de direitos fundamentais dos direitos sociais. Como estes direitos sociais se dispõem à proteção e à garantia das condições

⁴⁸² Art. 1º, CF.

⁴⁸³ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Mexico: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001. p. 223.

⁴⁸⁴ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009. p. 5.

básicas da vida digna, eles constituem premissas também para a efetivação dos direitos civis e políticos, considerados fundamentais. Não devem prevalecer, pois, para se negar a efetividade aos direitos fundamentais, os argumentos econômicos, financeiros, políticos que insistem na flexibilidade das redes sociais de proteção em tempos de globalização e de crise fiscal do Estado⁴⁸⁵ ou que levantam a natureza autoritária da judicialização da política.⁴⁸⁶

Os direitos sociais estão positivados na Constituição, e este estatuto na sua unidade tem força normativa. A possibilidade de se ter a proteção judicial de um direito constituiu elemento central da própria definição de direito.

Kelsen registrou que o Direito é uma ordem coativa, pois reage “contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação.”⁴⁸⁷ Ora, se os direitos sociais são categorizados como direito, há de se admitir a possibilidade de reclamação no sistema judicial contra eventual descumprimento desses direitos.⁴⁸⁸

Na Constituição, os direitos sociais estão anunciados no título II, reservado aos direitos e garantias fundamentais. Os artigos 6º a 14 deste título estão reservados para os direitos sociais da educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, infância, assistência a desamparados, políticos. Sendo fundamentais, os direitos sociais incorporariam o princípio da aplicabilidade imediata, conforme determinação expressa da Constituição.

Os direitos sociais representam uma profunda mudança sobre o significado do conceito de liberdade. No processo de emancipação do ser humano, a experiência concluiu que o absentismo do Estado não era suficiente para o exercício das liberdades. A liberdade reclama ruptura com as estruturas de opressão que submetem o ser humano, condenando-o a reprodução

⁴⁸⁵ “Desde meados da década de 1970, o welfare state deixou de contar com o consenso experimentado nas três décadas anteriores, auge do capitalismo de Estado. O ponto de partida para as reflexões sobre o Estado passou a ser, então, a crise do modelo social-democrata, a qual tinha, no geral, duas versões preponderantes: crise fiscal decorrente das dificuldades de financiamento da rede de seguridade social e crise de legitimação das funções sociais a serem desempenhadas por um aparato burocrático”. Cf. BACHUR, João Paulo. O Estado de bem-estar em Hayek e Luhmann. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 25, n. 2. p. 101-121, Nov. 2013. p. 101. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 ago. 2018.

⁴⁸⁶ YAKSIC, Nicolás Espejo ¿Quién debería creer en los DESC? In: **Los Derechos Económicos, sociales y culturales** /Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005. p. 27.

⁴⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 23.

⁴⁸⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009. p. 10.

material da vida, privando-o da liberdade. Sem as condições básicas que garantam a dignidade da pessoa humana não há liberdade, fonte de sentido do direito velado no liberalismo⁴⁸⁹.

Essa percepção de que os direitos sociais compõem ou pelo menos condicionam o exercício dos direitos de liberdade promove a transformação de sentido do direito. Essa aderência dos direitos sociais ao âmbito dos direitos tem repercussão na dogmática jurídica, na teoria da interpretação e na prática jurídica, alterando o papel da institucionalidade em matéria de direitos fundamentais.

Sendo justiciáveis os direitos sociais, isso não quer dizer que o Judiciário possa assomar à frente dos demais poderes. A teor da Constituição, os poderes devem ser independentes e harmônicos entre si, cabendo ao sistema judicial atuar de modo equilibrado e ponderado, preservando as competências concernentes a cada órgão. A esse sistema fica reservado o papel subsidiário e cooperativo, cabendo-lhe atuar nas omissões dos demais poderes.

Considerar todos esses direitos sociais como fundamentais tem enorme repercussão para a prática jurídica. Esses direitos sociais passam a ser justiciáveis, passíveis de serem demandados no sistema judicial. Todavia, os direitos sociais importam custos, demandam provisões orçamentárias, estrutura e logística de serviços. E essa previsão de despesas públicas está submetida ao elenco de prioridades políticas, que em princípio estaria a cargo da representação política. Concluir-se pela justiciabilidade implica em admitir-se a intervenção do sistema judicial na alocação de despesas, o que repercute no princípio da separação dos poderes, diagramado pelo racionalismo iluminista.⁴⁹⁰

Todavia, o princípio da separação de funções deve estar em sintonia com o conjunto do programa constitucional. Há na tradição velada pela Constituição uma disposição política ao diálogo com a realidade social, com propósitos emancipatórios para o ser humano. Para compreensão desse programa emancipatório da Constituição, impõe-se sua genealogia, o exame dos sentimentos que acalentaram o seu processo político de elaboração e promulgação. Sendo a Constituição uma construção social, política e histórica, a formulação teórica acerca da dinâmica constitucional, da dogmática constitucional, da justiciabilidade dos seus direitos,

⁴⁸⁹ARANGO, Rodolfo. Fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Los Derechos Económicos, sociales y culturales** /Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005. p. 84.

⁴⁹⁰ “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”. Cf. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

da forma como a Constituição se irradia no plano da realidade, da prática das instituições na afirmação dos consensos fundantes, não pode prescindir do próprio *caráter contextual, temporal* da Constituição, a menos que se busquem fundamentações metafísicas, para além do plano da história⁴⁹¹, o que saltaria as fronteiras da ciência.

Nesse diálogo da experiência constitucional com a realidade social, a doutrina vem levantando a reserva do possível. Por essa expressão, traduzida da experiência institucional Alemã (*Vorbehalt des Möglichen*), defende-se que a implementação dos direitos sociais estaria condicionada à disponibilidade econômico financeira do Estado. A decisão sobre a implementação desses direitos sociais estaria, na linha desse entendimento, reservada ao campo da discricionariedade da representação política (Poderes Executivo e Legislativo), na composição e execução do orçamento.⁴⁹²

Todavia, esse entendimento que nega a justiciabilidade dos direitos sociais se choca, como se aduziu acima, com a experiência institucional pátria, com o programa constitucional dedicado à afirmação da cidadania e à promoção da dignidade humana, com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Em todo esse acervo de decisões de poder e de normas internas e internacionais, que compõe uma consistente narrativa, resta evidenciado o reconhecimento de que os direitos sociais formam um corpo normativo vinculante. Nesses estatutos estão consignados os princípios da interdependência e da indivisibilidade entre direitos, a centralidade da dignidade humana, exigindo-se das instituições a garantia de um padrão ético mínimo.

Ressalte-se que a indeterminação dos conceitos e das categorias dos direitos sociais, com abertura semântica para abrigar a dinâmica de construção de sentidos no processo político e institucional, sujeita a sua implementação a esferas de discricionariedades que são próprias do mundo político, onde a complexidade potencializada pelo número de variáveis deve compor a concretização dos sentidos na vida prática. Há de se ter muita prudência no exercício do controle judicial de legitimidade da atuação político-administrativa na implementação de direitos sociais, para que não o sistema judicial, de forma autoritária e ilegítima, assumo, pelo

⁴⁹¹ FEITOSA, Enoque. Direito, marxismo e crítica jurídica. In: **Crítica Jurídica na América Latina**. / Wolkmer, Antonio Carlos; Correias, Oscar. / Aguascalientes : CENEJUS, 2013. p. 394. Disponível em: <<http://bell.unochapeco.edu.br/congressocatarinense/wp-content/uploads/2014/06/CRITICA-JURIDICA-NA-AMERICA-LATINA.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2017.

⁴⁹² KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 144 out./dez. 1999. p. 246. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

caráter substitutivo da jurisdição⁴⁹³, as atividades próprias da política. As atividades políticas, concernentes à vida prática, não são apenas atividades de conhecimento, atividades da ciência cognitiva. Essas atividades envolvem, como se observou acima, escolhas, decisões, com amplo espectro de discricionariedade.

A doutrina, então, vem construindo parâmetros para a atuação judicial. A reserva do possível compõe essa referência para o controle judicial. Como os direitos sociais envolvem prestações materiais, que exigem custos, há a necessidade de elegerem-se prioridades. Os custos entram, então, como a primeira referência para a atuação judicial. A construção da dogmática da reserva do possível foi desenvolvida sob essa lógica das restrições financeiras e econômicas. Nesse sentido, os direitos sociais só poderiam ser efetivados *quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos*.⁴⁹⁴

A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social. Nesses casos, o Judiciário, perante o qual está exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo para cotejar o direito social vindicado com o sistema de direitos sociais, para então avaliar se a restrição de recursos levantada pela representação política é legítima ou não, e se há medidas que poderiam ser adotadas para a implementação da política pública específica. Com isso, prestigia-se a justiciabilidade dos direitos sociais, entendendo-os como sistema de direitos.

A resposta à questão da justiciabilidade dos direitos sociais reclama a reprogramação institucional anunciada pela Constituição de 1988 no Brasil, para tornar eficaz e democrática a atuação judicial. De alguma forma, o Judiciário, para fazer cumprir o programa constitucional, precisa reinventar-se, com a adoção de estratégias processuais adequadas às demandas por implementação de direitos sociais.

⁴⁹³ “Exercendo a jurisdição, o Estado ou o árbitro substituem, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação.” Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 150.

⁴⁹⁴ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 482.

5 O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E AS DEMANDAS POR EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: AS NOVAS ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS

5.1 As demandas por efetivação de direitos sociais prestacionais em contexto de falhas estruturais: Tratamento judicial diferenciado

Com a promulgação da Constituição em 1988, após o regime militar de 1964, de natureza burocrático-autoritária,⁴⁹⁵ houve o desenho de uma nova institucionalidade, estruturada a partir da referência do Estado Democrático de Direito. De um lado, a dimensão de defesa, consistente em garantias de cidadelas institucionais contra arbítrios de Estado e da maioria; de outro, a dimensão mais promocional, formada por programa dirigente para o futuro,⁴⁹⁶ destinado a transformar o quadro de injustiças sociais herdadas do período colonial e de um processo de modernização⁴⁹⁷ excludente,⁴⁹⁸ criando as condições materiais para uma vida digna e para o exercício da própria liberdade.

No Brasil, bem como nos países que passaram por processos de democratização na América Latina, o Judiciário assumiu a pauta republicana na luta contra a corrupção e pela qualificação das práticas políticas; a revisão dos excessos governamentais; a proteção de interesses de minorias; a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de vulnerabilidade; a proteção dos direitos sociais, com repercussões na gestão da ordem social e da econômica.⁴⁹⁹

O catálogo de direitos trazidos pela Constituição, a arquitetura institucional desenhada para imprimir eficácia aos direitos, sua programação democrática, os objetivos e os

⁴⁹⁵ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996. p. 148.

⁴⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004. p. 12. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 nov. 2018.

⁴⁹⁷ “O processo de modernização brasileiro constitui não apenas as novas classes sociais modernas que se apropriam diferencialmente dos capitais cultural e econômico. Ele constitui também uma classe inteira de indivíduos, não só sem capital cultural nem econômico em qualquer medida significativa, mas desprovida, esse é o aspecto fundamental, das precondições sociais, morais e culturais que permitem essa apropriação. É essa classe social que designamos neste livro de “ralé” estrutural, não para “ofender” essas pessoas já tão sofridas e humilhadas, mas para chamar a atenção, provocativamente, para nosso maior conflito social e político: o abandono social e político, “consentido por toda a sociedade”, de toda uma classe de indivíduos “precarizados” que se reproduz há gerações enquanto tal.” Cf. SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive** / Jessé Souza; colaboradores André Grillo ... [et al.] – Belo Horizonte: UFMG, 2009, P. 25.

⁴⁹⁸ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

⁴⁹⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 3 mar. 2017.

fundamentos da República, devem inspirar também os novos sentidos institucionais do sistema judicial, com a necessidade de sua ressignificação e de adequação dos programas operacionais.

O sistema judicial no desenho institucional brasileiro, além de se posicionar como instância independente do sistema político para a defesa e a salvaguarda de direitos, contra o arbítrio de Estado ou de maioria, tem, a partir da Constituição, o papel de participar e cooperar - com o conjunto das instituições - da efetivação da pauta promocional de justiça social. O sistema judicial tem o papel não apenas de anular ou de limitar a atuação dos demais poderes no modelo *check and balances*, mas também de viabilizar, de proporcionar a atuação político-administrativa, estabelecendo, quando demandado, espaços de deliberação que fomentem a criação de soluções dialogadas entre as instituições e interessados.

Nas demandas por justiça social que veiculam problemas práticos na estrutura de implementação de direitos, as respostas não devem se mirar no sistema de freios e contrapesos, onde o Judiciário se limita a reprimir a atuação do sistema político.⁵⁰⁰ Como registra Gargarella, o sistema *check and balances*, que surgiu nos Estados Unidos e acabou importado pelo constitucionalismo latino americanas, foi pensado a partir de uma lógica agonística e organizado para conter e para canalizar a guerra social, reproduzida no universo das instituições. Não se destina esses sistema a promover o diálogo e a cooperação entre os atores interessados em soluções, mas a conter a confrontação entre as partes adversariais.⁵⁰¹

Nas reivindicações por direitos promocionais, o sistema judicial interfere em rotinas burocráticas, na vida político-administrativa, remanejando recursos, reprogramando a atuação administrativa, a fim de se montem estruturas de ofertas de serviços e de bens. Nessas hipóteses, mais do que gestor de processos, o juiz assume uma postura proativa na gestão de conflitos, coordenando, com a participação dos atores envolvidos, a elaboração de soluções práticas para a implementação de direitos considerados fundamentais.

⁵⁰⁰ “A posição do supremo tribunal dos Estados Unidos desenvolveu-se nos moldes de um Estado judicial do tipo anglo-saxão, o qual, como um Estado sem direito administrativo, contrasta fortemente com os Estados do continente europeu, não fazendo diferença se o Estado europeu é uma república, como a França, ou um Estado-funcionário monárquico como a Prússia do século XIX. O supremo tribunal norte-americano é bem diferente de um tribunal de Estado e sua justiça bem diferente do que se costuma chamar, hoje na Alemanha, de jurisdição do Estado ou jurisdição constitucional. Ele se limita, com uma clara consciência básica de seu caráter como instância sentenciadora, à decisão de determinadas matérias litigiosas.” Cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 20.

⁵⁰¹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Universidade Torcuato di Tella: **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Volumen 14 (Diciembre de 2013. p. 15. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 dez. 2017

Esse novo papel do sistema judicial desenvolvido para a implementação da pauta promocional da Constituição, de caráter propositivo, e não repressivo, deve ser pensado a partir de uma lógica do entendimento, do diálogo, da cooperação entre atores e instituições.

Essa nova designação institucional para o sistema judicial consignada na Constituição, de cooperar com as demais instituições para a efetivação de direitos promocionais, difere muito do modelo clássico, desenhado para decidir, como terceiro desinteressado, sobre casos entre partes adversariais. No modelo clássico de Judiciário, tem-se um juiz decisor, que deve assumir uma posição neutra e distante do conflito trazido pelas partes aos autos, para que suas decisões sejam imparciais e, portanto, justas. Para essa visão clássica, construiu-se o mito da deusa da justiça, com olhos vendados, em respeito a imparcialidade, com a balança a equilibrar as reivindicações e com a espada na mão, para impor o cumprimento das decisões judiciais.⁵⁰²

O novo papel reservado ao sistema judicial pela Constituição, de cooperar na implementação de direitos com as demais instâncias de decisão, exige uma mudança na programação institucional e em seus códigos operacionais. Impõem-se o desenvolvimento de novas estratégias processuais, novas formas de atuação judicial, adequadas a demandas de direitos promocionais que agora visitam os foros, com evidenciada dimensão política.⁵⁰³

Novos pleitos são instaurados no sistema judicial para reivindicar, em quadro de omissão do sistema político, a efetivação de direitos sociais, dedicados à transformação e à emancipação social.⁵⁰⁴ Nessas ações, o Judiciário deve assumir um papel colaborativo com o

⁵⁰² RESNIK, Judith, "Managerial Judges" (1982). **Faculty Scholarship Series**. Paper 951. p. 376. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1974&context=fss_papers>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁵⁰³ "No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje. Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tribunais também participaram da formulação de políticas governamentais de várias maneiras. Entre as mais recentes ilustrações: em 2005, o Judiciário federal aprovou uma grande aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, que havia rejeitado a operação; o STF interrompeu as investigações de corrupção dentro do Congresso durante 2006; juízes federais têm forçado governos estaduais a honrarem precatórios cujos valores são estimados em até US\$ 20 bilhões por ano; o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social - PIS/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins em uma decisão cujo custo, em tese, poderia chegar a quase 11% do total de tributos federais arrecadados; e assim por diante." Cf. TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 237. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018.

⁵⁰⁴ "No atual sistema, além do controle difuso e concreto de constitucionalidade, que pode ser realizado em qualquer espécie de processo judicial, existem as seguintes ações ligadas ao controle de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI (art. 102, I, "a", CF; Lei n° 9.898/99); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADI por Omissão (art. 103, § 2º, CF; Lei n° 9.898/99); Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC (art. 102, I, "a", CF; Lei n° 9.868/99); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -

sistema político, com a estruturação de espaços de participação em que viabilize a construção de soluções capazes de mudar o quadro de violação a direitos fundamentais trazido na postulação.

Quando demandas sociais prestacionais são negadas pelos sistemas políticos (Executivo e Legislativo), a cidadania tem comparecido perante o sistema judicial para aviar reivindicações por justiça social, buscando amiúde a construção de soluções para problemas estruturais que inviabilizam a oferta de bens e serviços pelo Estado.

Nesses conflitos que importam prestações materiais, em contexto de falhas estruturais, há relocação de recursos orçamentários, compartilhamento de informações entre as instituições, a necessidade de construção de estruturas de comunicação. São denominados de litígios de interesse público⁵⁰⁵ e implicam estratégias processuais diferenciadas, que a doutrina no Brasil⁵⁰⁶ vem batizando por medidas estruturais, traduzindo o termo “*structural injunctions*” da vida institucional norte-americana.⁵⁰⁷

Essas demandas são complexas e concernem à justiça distributiva, submetida a ampla discricionariedade política. Reclamam soluções complexas que importam o desenho (e a implementação) de estrutura burocrática de ofertas de bens e serviços pelo Estado, que repercutem na escala de prioridades, na própria capacidade de o Estado implementar outros direitos.

ADPF (art. 102, § 1º, CF; Lei n.º 9.882/99); Mandado de Injunção – MI (art. 5º, LXXI, CF); Representação de Inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, CF). Além delas, há também o procedimento voltado à edição de Súmula Vinculante (art. 103-A, Lei n.º 11.417/2006).” Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**; Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.1.233 KB: e- pub.

⁵⁰⁵ Deve-se a Abram Chayes a divulgação da expressão “public law litigation”, em seu artigo seminal publicado em 1976 (CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, 1976. p. 1281). No artigo, o autor aborda as diferenças de foco entre o que denomina litígios de interesse público, que objetivam reformas nos arranjos institucionais de serviços, e os litígios clássicos da vida civil. Esse modo diferenciado de abordagem e de processamento dos litígios de interesse público, segundo o autor, torna relevante o tema da atuação do Judiciário, haja vista a progressiva regulação da sociedade e, por conseguinte, a judicialização da vida social e política.

⁵⁰⁶ ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**, vol. 6, n.4. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

⁵⁰⁷ Owen Fiss empregou o termo “Structural reform” referindo-se a um tipo especial de adjudicação, diferenciada pelo caráter público dos valores envolvidos, em que o Judiciário reconhece a realidade burocrática da vida administrativa do Estado moderno, promovendo adaptações processuais a novas demandas constitucionais, com a implementação de medidas que implementam reformas estruturais nos arranjos de serviços públicos. Nesses litígios, Owen Fiss defende que a proteção dos valores constitucionais não pode ser efetivada de modo seguro sem mudanças básicas nas estruturas de organização da Administração Pública. (FISS, Owen M., The Forms of Justice. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1220. 1979. p. 30. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 12 fev. 2017..)

Quase sempre abrigam conflitos multilaterais, que reclamam encaminhamentos complexos. As soluções a questões sociais trazidas nessas demandas dependem da convergência de diversos fatores, muitas vezes necessitando da concatenação de ações operacionais, políticas, sociais de distintas instituições, com a participação de diferentes atores sociais. A resposta aos problemas trazidos nessas demandas por interesse público depende de uma ampla articulação entre instituições, que muitas vezes estão submetidas a distintas estruturas hierárquicas, pertencentes a diferentes entidades políticas. Não é raro que entidades federativas estejam governadas por partidos com diferentes programas políticos, marcadas por clivagens ideológicas, o que dificulta a formação de consensos e de encaminhamentos.

Em razão da complexidade desses conflitos estruturais, exigem-se estratégias processuais diferenciadas, fazendo com que o sistema judicial desenvolva o processo judicial como espaço de deliberação, onde se viabiliza a construção de soluções viáveis e sustentáveis, que sejam adequadas para a efetivação dos direitos reivindicados na demanda. Não seria possível nesses casos, por exemplo, a definição de uma metodologia universal para tratar desses conflitos, que tem uma natureza política evidenciada. Nesses conflitos, o encaminhamento processual não opera sob uma lógica linear de começo, meio e fim, mas depende do contexto, do grau de complexidade da construção de soluções, da mobilização de recursos, devendo as decisões ganharem resiliência e adequação para atender aos problemas trazidos pelas partes demandantes.

A construção de soluções a partir de processos deliberativos, em que todos os atores se sintam partícipes para cooperarem e influenciarem, trazendo as suas perspectivas e informações, não apenas legitima a atuação judicial nessas demandas, como também viabiliza a consistência, a sustentabilidade, a exequibilidade das soluções desenhadas, fazendo com que as decisões judiciais ganhem sentido prático e adequado às questões levantadas na demanda.

A atuação do sistema judicial nos litígios de interesse público, para construção de medidas estruturais que viabilizem a efetivação de direitos sociais, é cooperativa com os demais poderes, e é referenciada no diálogo institucional, na necessidade de se propiciarem interações institucionais.

A percepção de que o sistema judicial poderia atuar supervisionando e colaborando com a efetivação de direitos sociais nasceu na experiência judicial norte-americana.⁵⁰⁸ Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu o conhecido

⁵⁰⁸ “A situação era insustentável: (i) um ambiente cultural centenário; (ii) uma cultura escravagista, em especial nos estados do Sul; (iii) *Act* que segregava brancos dos negros em prol da igualdade de condições; (iv) a Supreme Cort que cancelava essa posição. Todos estes fatores foram rompidos num julgamento histórico que modificou as

caso *Brown versus the Board of Education*. Na decisão, reconheceu a inconstitucionalidade do sistema de educação, que matriculava as crianças nas escolas, separando, em escolas distintas, as crianças negras das crianças brancas. Essa decisão reconheceu a inconstitucionalidade de um sistema estabelecido há séculos nos Estados Unidos. Em 1955, em segunda decisão no caso *Brown v. Board of Education*, que tratou da implementação no mundo prático da igualdade racial nas demais escolas, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu que os tribunais federais poderiam vir a ser demandados para supervisionar escolas que haviam segregado afrodescendentes, e isso aconteceu ao longo da década de 60.⁵⁰⁹

O êxito na implementação judicial desse direito social fez com que demandas relativas a outros direitos chegassem ao sistema judicial, reivindicando a supervisão das Cortes federais sobre políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário, à saúde mental. Esses novos casos judiciais receberam diversas denominações, como litígio de direito público, litígio por reforma estrutural, litígio por reforma institucional, litígio de interesse público. Teorias foram desenvolvidas para abordar essa nova atuação do sistema judicial, as razões de sua origem, estratégias de legitimação, críticas e estudos de caso.⁵¹⁰

Nesses litígios, o sistema judicial procura reorganizar a estrutura burocrática administrativa, com vistas a efetivação de direitos constitucionais.⁵¹¹ Essa atuação judicial,

bases culturais, políticas, sociais e jurídicas dos Estados Unidos. Mas como pedir para que as próprias bases culturais de uma sociedade fossem modificadas em razão de um julgamento? De que maneira isso poderia ser feito para que essa nova orientação encontrasse efetividade? E mais, como convencer o cidadão a aceitar as mudanças repentinas que farão parte de sua vida presente e futura?” Cf. JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 215.

⁵⁰⁹ SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. **Review of Judicial Policy Making and the Modern State**: How the Courts Reformed America's Prisons. M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. Mich. L. Rev. 97, no. 6, 1999, pp. 1994/1995. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=reviews>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁵¹⁰ SCHLANGER, Margo. Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation. **Review of Judicial Policy Making and the Modern State**: How the Courts Reformed America's Prisons. M. M. Feeley and E. L. Rubin, co-authors. Mich. L. Rev. 97, no. 6, 1999, pp. 1994/1995. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=reviews>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

⁵¹¹ “La expresión “litigio estructural” o “caso estructural”, califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. En nuestro país, tal expansión pareciera montada sobre los rieles institucionales diseñados en la reforma constitucional de 1994, en particular, sobre las acciones colectivas y el nuevo catálogo de derechos constitucionales.² Quizá por ello, la doctrina nacional ha tendido a analizar este tipo de casos partiendo, preferentemente, de ideas como la de “litigio de derechos sociales”, o litigio de “acciones colectivas”, antes que de la idea de “litigio estructural”, que aquí se propone. “ Cf. PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, ano 1, n. 2, nov. 2014. p. 43. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

muitas vezes denominada *structural injunctions*, surgiu na experiência institucional para efetivação de direitos.⁵¹²

Owen Fiss defende que a forma como esses direitos são efetivados pelas estruturas de Estado condiciona a nossa existência social. As condições de vida dependem diretamente das organizações modernas. Registra que, embora os juízes não tenham o monopólio dos sentidos dos direitos constitucionais, pois há um leque de vozes no contexto social, eles não podem deixar de emitir decisões. Os juízes podem contribuir para o debate público, cooperando na construção e estabilização de sentido à constituição.⁵¹³

Isso ocorre quando as demandas são judicializadas, e necessitam de procedimentos adequados para produzir soluções práticas. A medida estrutural, então, seria um tipo de atuação judicial em que ocorreria a construção de sentidos acerca da constituição por meio de reestruturação na arquitetura burocrática. Mediante adaptações nas formas processuais tradicionais, o juiz desenvolve estratégias processuais para dialogar com a realidade social. Com essas estratégias, o juiz consegue imprimir mudanças na estrutura burocrática administrativa, que se mostravam necessárias para a efetivação de direitos constitucionais. A efetivação desses direitos condiciona a qualidade da vida social, e essa efetivação depende da montagem de estruturas burocráticas.

Os litígios por interesse público, como as demandas por direitos sociais, são complexos.⁵¹⁴ Não porque envolvam teses jurídicas complexas ou base empírica de difícil produção.⁵¹⁵ Sua complexidade advém da necessidade de construção de respostas judiciais complexas, muitas vezes provisórias e experimentais, que exigem a concorrência de recursos orçamentários, a participação e colaboração amiúde de diversas instituições administrativas, políticas, sociais, com a produção de discursos abertos a inovações institucionais, a criatividade.

⁵¹² FISS, Owen M., *The Allure of Individualism*. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1332. 1993. p. 965. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2307&context=fss_papers>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁵¹³ FISS, Owen M., *The Forms of Justice*. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1220. 1979. p. 2. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 12 fev. 2017.

⁵¹⁴ “Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un activismo judicial en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional.” Cada una de estas denominaciones supone un enfoque particular. Pero además, cada una de ellas denota algunos elementos medulares del litigio estructural y otros que, en cambio, son más bien eventuales o aleatorios.” Cf. PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, ano 1, n. 2, nov. 2014. p. 45. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁵¹⁵ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v.8, n.1: 46-64, jan.-apr., 2017, p. 49. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisiones-estructurantes.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

A judicialização desses conflitos de interesse público, que demandam reformas estruturas na burocracia administrativa,⁵¹⁶ vem transformando o Judiciário em espaço de reivindicação da cidadania, inclusive da cidadania social, onde há reivindicações de prestações materiais. Em razão da negativa (ou da impossibilidade) de efetivação de direitos sociais pela representação política (Executivo, Legislativo), a cidadania tem buscado a alternativa do sistema judicial, que de algum modo vem respondendo às demandas, tornando o sistema judicial um importante espaço de deliberação sobre políticas públicas.

Em uma sociedade regulada como a brasileira, com direitos sociais assegurados na ordem constitucional, o Estado, as instituições têm atuação relevante na vida social. Desenvolvem uma atuação propulsora, planejadora, destinada a criar condições de vida das classes populares, a diminuir as desigualdades regionais.⁵¹⁷

A extensão de direitos constitucionalizados, o arranjo institucional que permite a revisão judicial dos atos praticados pela representação política, com base nesses direitos constitucionalizados, a fragmentação das estruturas incumbidas de imprimir efetividade a esses direitos constitucionalizados, o amplo acesso à justiça para demandas individuais ou coletivas, propiciam a intervenção do sistema judicial na definição das escolhas políticas e nos mecanismos de efetivação de políticas públicas.

Há um arsenal legislativo para o processo coletivo, tais como a Lei da Ação Popular (1965),⁵¹⁸ a Lei da Ação Civil Pública (1985)⁵¹⁹ e o Código de Defesa do Consumidor (1990),⁵²⁰ que podem ser mobilizados no sistema judicial, levando para a revisão judicial as decisões administrativas e políticas, permitindo-se a construção ou a reforma de estruturas administrativas que efetivem os direitos reivindicados.

Para assegurar a consistência, a adequação e a sustentabilidade das respostas a essas demandas, que têm natureza política muito evidenciada, o sistema judicial vem construindo novas estratégias processuais, mais abertas ao diálogo, favorecendo a interação

⁵¹⁶ VIANNA, Luiz Werneck ; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. P. 385.

⁵¹⁷ DRIMOULIS, Dimitri. **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. [...et al.]. -- 1. ed. -- São Paulo: Direito GV, 2013. p. 13

⁵¹⁸ BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁵¹⁹ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁵²⁰ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

entre as instituições responsáveis pela efetivação dos direitos reivindicados. A lógica que estrutura essas respostas judiciais às reivindicações por direitos sociais difere em muito da lógica que estruturou a burocracia moderna e foi desenvolvida no pensamento moderno, de perfil técnico e autoritário, e que desenhou a metodologia processual com que o sistema judicial tratava os conflitos da vida civil.⁵²¹

As demandas que chegam ao Judiciário, com pedidos de intercessão na vida social e política, levam o sistema judicial a assumir responsabilidades institucionais também na mediação e na moderação política. Essas novas reivindicações, além de exigirem uma releitura da instituição judicial provocando reflexões teóricas,⁵²² vêm suscitando, para o cumprimento do novo mister judicial, experimentações práticas por parte dos magistrados, com a adoção de medidas judiciais de caráter estruturante, de modo a capacitar as instituições para a prestação dos direitos materiais. Não são medidas que desautorizam, que anulem decisões da administração. Essas medidas estruturantes, construídas no debate processual, são deliberações

⁵²¹ Edilson Vitorelli propõe uma tipologia dos litígios transindividuais a partir de novas premissas sociológicas, em especial sobre um conceito de sociedade desenvolvido por Anthony Elliott e William Turner, capaz de abrigar as interações individuais, que constroem novas estruturas e novos padrões de relacionamento entre estruturas sociais e indivíduos. Para tanto, apresenta três conceitos de sociedade, para tomar o tercio, como referência para a nova tipologia dos litígios individuais. Veja-se: 1) “A sociedade como estrutura é o conjunto de concepções que veem a sociedade como um discurso de ordem social, normas e estrutura, com prioridade para o conjunto em detrimento do indivíduo. [...] Em síntese, a sociedade como estrutura é uma visão compatível com o fortalecimento do Estado-nação, no século XIX, e sua ideologia nacionalista, que vincula os direitos de cidadania à nacionalidade. Um Estado forte é necessário para fazer frente ao desafio da urbanização moderna, que exige que pessoas estranhas convivam entre si em grandes cidades, nas quais os vínculos identitários se dissolveram quase completamente. Construir a cidadania era construir a nação. O exemplo da sociedade como estrutura, em tempos de globalização, para Elliott e Turner, é a política norte-americana de garantia e imposição global do capitalismo e do neoliberalismo, mesmo à custa de guerras e invasões. Essa ideologia vem dando ensejo ao surgimento de normas jurídicas de exceção, que reforçam os poderes do Estado contra o cidadão, em nome da proteção da liberdade e do país. Nesse sentido, citam o *Patriotic Act* norte americano, assim como o *Anti-Social Behaviour Act* inglês.” 2) “O segundo viés de análise é o da sociedade como solidariedade. Aqui se encontram os autores com uma preocupação com as ideias de comunidade e de solidariedade social, unidos por um discurso que busca a realização de um ideal de cuidado, sentimento, afeição e simpatia, capaz de criar uma comunidade de sentimento. Elliott e Turner agregam nesse grupo autores como Ferdinand Tönnies, Hegel e Habermas, sugerindo que essa linha de pensamento ganhou força no período posterior à Segunda Guerra Mundial, com as políticas keynesianas que introduziram, no continente europeu, a ideia de que o Estado deveria arcar com provisões que permitissem o bem-estar dos cidadãos. [...] As teorias da sociedade como solidariedade supõem que a afeição natural e o diálogo existentes nas comunidades são a base para a democracia. Os códigos morais são espontaneamente compartilhados entre os diversos grupos de indivíduos.” 3) “Elliott e Turner elaboram o elenco das teorias que tratam a sociedade como criação. A tentativa aqui é ir além da abstração da sociedade como estrutura, que ignora a singularidade do indivíduo e da nostalgia e sentimentalismo da sociedade como solidariedade. O ponto central, para essas teorias, é a criatividade social, a abertura à inovação. [...] Em seus estudos, Giddens demonstra uma especial preocupação com o conceito de sociedade. Para ele, todas as sociedades são sistemas sociais constituídos, ao mesmo tempo, pela interseção de múltiplos sistemas sociais. Cf. VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 247. p. 353-384, set. 2015. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.14.PDF>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁵²² 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 Editor, 2002. P. 93.

judiciais que colaboram com a construção de soluções, capacitando as instituições para implementarem os direitos reivindicados no sistema judicial.

Nesses litígios por direitos sociais, buscam-se correções na própria atuação dos demais poderes que estão a negar ou a oferecer de modo insuficiente prestações materiais que efetivam direitos sociais. E para isso, muitas vezes o Judiciário precisa interagir com o arranjo institucional, criando novas estruturas de serviços. Nesses casos, a atuação judicial não se restringe a aplicação objetiva e neutra do direito legislado. Essas ações por prestações materiais do Estado importam respostas complexas, que intercedem em sistemas políticos e sociais, na promoção da cidadania e da justiça social.

Nessas demandas, não se trata de definir direitos entre autor e réu. Em se cuidando desse tipo de litígio, ao contrário das ações comuns, não há propriamente o conflito de interesses entre demandante e demandado, uma vez que as instituições também estão interessadas em realizar os direitos sociais. Mais do que declarar direitos, exige-se, da atuação judicial, a coordenação da construção coletiva de estruturas e logísticas que propiciem a realização e a efetivação dos direitos reivindicados. Para a coordenação judicial dessa reforma na estrutura burocrática, que importa muitas vezes remanejamento de recursos, licitações, cursos etc., o sistema judicial consensualiza com as instituições agendas e pautas de ações administrativas e governamentais, mediante audiências públicas e mesas de negociação. Nesses litígios de interesse público, não há propriamente antagonismo entre autor e réu.

Esses litígios de interesse público, que envolvem reformas nas estruturas burocráticas, para que os direitos reivindicados sejam efetivados, exigem tratamento procedimental diferenciado dos litígios comuns.⁵²³ Nos litígios comuns de demandas por direitos civis, têm-se as seguintes características: 1) o processo é bipolar. Todo o processo se desenvolve na dialética entre autor e réu, que assumem posições contrapostas, diametralmente opostos. O autor quer ganhar e o réu não quer perder. 2) Os litígios comuns são sempre

⁵²³ Vejam-se as características dos litígios de interesse público, por Mariela Purga. “ (1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales. (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.” Cf. PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, ano 1, n. 2, nov. 2014. p. 46. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

retrospectivos. A controvérsia entre o autor e o réu se refere a evento que se encontra no passado e que precisa ser sindicado pelo juiz. O processo se desenvolve, então, como uma metodologia de aferição de verdades. 3) Direito e remédio são interdependentes. Há uma correlação lógica entre o direito e o remédio. Este decorre logicamente da violação ao direito. O autor recebe a indenização na medida da violação ao direito pelo réu. 4) O processo constitui um universo particular, sobre o qual o juiz se manifesta. O juiz se pronuncia especificamente sobre o pedido do autor, e o alcance de sua manifestação está limitada às partes do processo. 5) O processo é iniciado e mantido pelas partes interessadas. O juiz atua no processo como árbitro neutro, para formular uma decisão heterônoma. O juiz decide, em princípio, sobre questões levadas pelas partes.⁵²⁴ 6) O processo se encerra com a execução e o cumprimento da sentença, que se apresenta como uma espécie de certificação acerca dos fatos e uma norma concreta para os fatos, blindada pela coisa julgada.

Os litígios de interesse público reúnem outras características, que impõem uma estratégia processual diferenciada. Nesses litígios, em que se buscam as soluções burocráticas operacionais e estruturais para problemas práticos, o que passa a ser controvertido é a maneira, a forma, o modo, como o direito deva ser efetivado, e as responsabilidades e as capacidades institucionais de cada uma das entidades públicas.⁵²⁵

A distribuição de atribuições e a verificação das capacidades das instituições demandadas, das condições materiais e estruturais de cada instituição para a efetivação da política pública, exigem uma atuação judicial muito diferenciada, que em nada lembra a atuação judicial das demandas privadas, pensadas sob uma perspectiva individualista, em que se avaliam interesses contrapostos entre autor e réu e a sentença sempre deve concluir com uma proposição sobre fatos e sentidos jurídicos atribuídos a fatos, como certificação jurídica.

De um modo geral, nas demandas por direitos sociais, não se trata de uma dúvida/incerteza sobre direitos, em que se faz necessária a declaração judicial, tornando certo e líquido o direito pretendido, em uma contenda entre partes que se antagonizam. Nos litígios

⁵²⁴ CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, 1976, pp. 1282/1283.

⁵²⁵ “o *timing* da intervenção do Judiciário no processo de formação de políticas públicas –, é comum supor que o Judiciário somente atuará nas políticas públicas depois de elas serem aprovadas pelo Legislativo. Mas tanto os juízes de tribunais inferiores quanto os ministros do STF podem ter um impacto significativo e muito anterior na elaboração de políticas públicas. Embora não tenham legitimidade para iniciar contestações judiciais sobre ações do Legislativo e do Executivo, os integrantes do Judiciário brasileiro têm capacidade de influenciar a discussão das políticas públicas antes de elas serem aprovadas, sinalizando suas preferências e as fronteiras que as mudanças provocadas por essas políticas podem atingir.” Cf. TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. p. 241. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018.

de interesse público não se buscam sentidos impregnados abstratamente pelo legislador na constituição, nos códigos, em leis. Nesses litígios, o sentido a ser concretizado nas medidas judiciais deve ser construído coletivamente em processos de deliberação, fazendo-se uma fusão de horizontes com a participação das vozes dos atores interessados, conciliando-se o horizonte de sentido promocional da Constituição, que estabelece as condições básicas para uma vida digna, com o horizonte de restrições materiais e estruturais - trazido pelas partes demandadas - que impõe a situação de violação a direitos trazida na demanda ajuizada.

Essa negociação entre o programa constitucional (de justiça social) com a realidade (de violações a direitos fundamentais) deve estar na construção de sentidos para a estruturação das soluções a serem desenvolvidas no processo judicial. Sobre a construção de sentidos, veja –se Calmon de Passos:

Ontologicamente, portanto, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é sentido e significação que se empresta a determinados atos dos homens, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que o direito não existe como objeto material. Nem é sólido, nem líquido, nem gasoso. Não tem estrutura atômica nem molecular. Nem é animal, nem vegetal, nem mineral. Consequentemente, não existe como Natureza. E isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o Direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico) só existindo enquanto produzido, representado, sempre, pelo resultado do agir comunicativo dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade, jamais se reificando, jamais se entificando dissociado do homem e de sua vontade.⁵²⁶

A construção de sentidos nas demandas por direitos sociais deve ser deliberada coletivamente, com a participação colaborativa de todas as instituições, uma vez que essas instituições estão vinculadas ao programa constitucional, aos objetivos da República Federativa do Brasil. Lembre-se que nesses litígios públicos, porque as instituições estão designadas constitucionalmente para a efetivação dos direitos sociais, não necessariamente há uma pretensão resistida, uma lide, na forma pensada por Carnelutti para o processo moderno.⁵²⁷

Nessas demandas, não há necessariamente uma relação de contraposição entre autor e réu, uma resistência das partes envolvidas. Mesmo aquelas instituições elencadas no polo passivo da ação muitas vezes pretendem realizar o direito reivindicado e não reúne as condições materiais e ou estruturais para a solução prática.

Quando se reivindicam no sistema judicial a construção de creches, de hospitais, a construção de redes de saneamento público, as instituições demandadas não se opõem ao

⁵²⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Função social do processo**. 2002. p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>, 2002. p. 2.>. Acesso em: 12 maio 2018.

⁵²⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v.1. p.93.

pedido em si. Apenas apontam a impossibilidade material ou estrutural de prestar o serviço, de reformar as estruturas. Por isso, que o processo judicial deve se desenvolver como um espaço de construção de soluções, com planejamento de ações compartilhadas pelas instituições, fazendo-se com que os fluxos comunicacionais sejam retomados, de forma aberta e livre.

Diferente das ações individuais, que reivindicam um juízo de certeza acerca de uma relação jurídica de crédito entre autor e réu, as demandas por direitos sociais não se restringem a colher provas sobre eventos passados e a emitir declarações jurídicas acerca daquele passado. Nos litígios de interesse público, há o reclamo pela regulação do futuro, a reivindicação de medidas de conteúdo político que articulam atos operacionais que se desdobram influenciando as vias do destino.

Nos litígios de interesse público, a sentença não encerra o processo judicial. Na verdade, a sentença apenas constitui um ponto de inflexão, onde são declarados os direitos, observando-se o contexto. Quase sempre essas sentenças são postergadas, e o juízo passa a desenvolver medidas judiciais provisórias, abrindo os espaços de deliberação. As medidas judiciais são proclamadas, como planos de ações, elaborados e desenvolvidos pela contribuição das partes. Como a execução dos direitos reivindicados é muito complexa, deve o juiz suscitar a necessidade de construção de planos de execução, limitando-se a controlar a adequação das medidas adotadas concretamente.⁵²⁸

A execução das medidas e das decisões judiciais não se ocorre de uma vez por toda e toda de uma vez. Quase sempre a execução ocorre de maneira diferida no tempo, com a elaboração de planos de ações, que precisam se concertar e se articular para a formação de um sistema de serviços, de modo contínuo e prolongado no tempo.

Nessas demandas, as decisões judiciais são cumpridas como planos de ações. Para isso, podem-se montar planos de trabalho, com a formação de equipes de trabalho e de mecanismos de acompanhamento e monitoramento da execução, trazendo-se, por exemplo, a analogia da Lei 12.529/11,⁵²⁹ que contém diversos instrumentos a autorizar, judicial ou extrajudicialmente, o emprego de medidas em face de atos de dominação econômica.

⁵²⁸ ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 20. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018

⁵²⁹ BRASIL. LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Arenhart lembra as normas de textura aberta previstas na legislação processual civil (arts. 139, IV, 536 e 537, do Código de Processo Civil/2015)⁵³⁰ que conferem ao juiz o poder para adotar os mecanismos adequados ao cumprimento das decisões, com a criação desses mecanismos de planejamento e de execução das medidas judiciais, nos litígios de interesse público, quando se demandam prestações materiais da burocracia administrativa.⁵³¹

Hoje, ações judiciais são apresentadas, questionando-se o quadro crítico de negações a direitos sociais no Brasil, como anuncia o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), composto por indicadores de educação, saúde e renda, em relatório 2016 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).⁵³² Ações coletivas aviadas pela defensoria pública, pelo Ministério Público, instituições públicas e sociais, são apresentadas impugnando políticas públicas de efetivação de direitos sociais e comportamentos omissivos/comissivos do Estado,⁵³³ reivindicando-se do Estado, como pedido principal, prestações materiais que importam o oferecimento de bens ou serviços, e que estão sendo negadas ou mal distribuídas pelo Estado, em clara ofensa a direitos fundamentais.⁵³⁴

⁵³⁰ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...]”

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. [...] Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.” Cf. BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁵³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro**: reflexões a partir do caso da acp do carvão. P. 19. Disponível em: <revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

⁵³² Human Development Report. New York: United Nations Development Programme. 2016. p. 199. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf> >. Acesso 3 maio 2017.

⁵³³ DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL : HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL . - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes : ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO

⁵³⁴ “Durante largo tiempo los derechos sociales ocuparon una posición secundaria dentro de los sistemas jurídicos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, desde los años noventa, las demandas por una realización efectiva de los derechos a condiciones dignas de trabajo, a la salud, seguridad social, alimentación, agua, vivienda, educación y cultura, entre otros, también comenzaron a tomar fuerza en América Latina. En los principios fundamentales de sus Constituciones nacionales y en los acuerdos internacionales vigentes en su legislación interna, los Estados se han comprometido a respetar, proteger y dar cumplimiento a derechos tan largamente desatendidos y violados. Ello ha involucrado además – no sin controversias desde el derecho internacional público – a las organizaciones internacionales y a las empresas transnacionales, en razón a la enorme influencia que detentan sobre las condiciones políticas, económicas y sociales de los países

Não são raras no sistema judicial reivindicações por condições mínimas de dignidade humana e de vida saudável, em que se pleiteiam educação,⁵³⁵ medicamentos, água potável, tratamento médico-hospitalar, moradia, saneamento básico, creches. As respostas a essas demandas são complexas, exigem não apenas uma decisão declaratória de direitos, suscetível a cumprimento por determinação impositiva do juiz. A implementação de direitos sociais no plano prático exige um conjunto de deliberações planejadas e estruturadas, com a participação e a contribuição de todas as instituições responsáveis pelo cumprimento do direito vindicado, sob pena da decisão não ganhar sustentabilidade e estabilidade no tempo.

A resposta judicial a esses litígios por efetivação de direitos sociais importa remanejamentos orçamentários e, portanto, escolhas políticas que deveriam em princípio estar a cargo da representação política. A concretização desses direitos reclama muitas vezes avaliação política sobre distribuição de recursos, hierarquização de prioridades pelo Estado, processos de licitação para aquisição de bens e serviços que devem compor a logística administrativa, licenciamentos públicos, formação de consensos hegemônicos e estáveis na administração pública, interações entre diversas unidades políticas e administrativas, algumas vezes submetidas a clivagens e a fragmentações políticas.

Daí, surgirem questionamentos acerca da legitimidade democrática das decisões judiciais, pois, pelo modelo político liberal de Judiciário, os juízes não estariam autorizados - porque não foram eleitos pelo processo político - a promover escolhas políticas para a sociedade. Lembre-se que no modelo clássico de Judiciário, os juízes exerceriam atividade

latinoamericanos.” KRENNERICH, Michael; MERA, Manuel Eduardo Góngora. **Los derechos sociales en América Latina: desafíos** en justicia, política y economía. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, Alemania, Enero 2006m, p1. Disponível em: <<http://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2009/09/DESC.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁵³⁵ “A competência para formular e executar políticas públicas é conferida aos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, em situações excepcionais, quando os órgãos estatais competentes se tornam inadimplentes, omitindo-se no cumprimento das prestações devidas, de base constitucional, apresenta-se possível ao Poder Judiciário, a quem os cidadãos depositam a última esperança de verem seus direitos concretizados, impor ao ente devedor a efetivação de políticas públicas voltadas a conferir eficácia aos direitos sociais reconhecidamente essenciais ao cidadão, sem que esse atuar fira o princípio da separação dos Poderes.” A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 761.127 AMAPÁ RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO AGTE.(S) : ESTADO DO AMAPÁ PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DO ESTADO DO AMAPÁ AGDO.(A / S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAPÁ PROC.(A / S)(ES) : PROCURADOR -GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6527605>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

técnica e neutra, cabendo-lhes proferir decisão, como terceiro, definindo a titularidade de direitos e determinando o cumprimento.

As demandas por direitos sociais acabam por exigir do Judiciário novos destinos institucionais, com estratégias processuais que em nada lembram a metodologia processual insculpida pelo cientificismo moderno que estruturou a dogmática processual civil. No modelo moderno e clássico de Judiciário, o juiz, como um cientista, limitava-se a certificar a verdade verificada no procedimento judicial, acerca do objeto em análise, sem perguntar pelo contexto social extra autos.

Como as demandas por direitos sociais são complexas, e buscam soluções para problemas estruturais, muitas vezes o autor da ação sequer consegue delinear bem a causa de pedir e o pedido, especificando as medidas judiciais a serem adotadas, pois envolvem atos de governança e de administração, submetidos a regulações e a restrições materiais e formais do contexto.

Se para os litígios comuns o pedido e a causa de pedir são trazidos na forma de lide pelo autor,⁵³⁶ como um corte epistemológico do conflito social, estando o juízo jungido a manifestar-se sobre esse corte epistemológico, deslocado do contexto e transformado em objeto da demanda, nas ações por direitos sociais que importam obrigação de fazer, o pedido se afigura muito mais um aceno, um chamado, para a participação do Judiciário no conflito, em toda a sua inteireza, dadas as dificuldades estruturais de implementação de direitos. Para esses conflitos envolvendo demandas por direitos sociais, não é admissível apenas uma manifestação judicial estritamente sobre o pedido do autor, como resposta do sistema jurídico a um problema meramente legal. Nas demandas por direitos sociais, exige-se a construção de soluções a problemas práticos, com oferecimento de serviços ou de bens, por estruturas administrativas.

Por essa razão, as regras previstas na legislação processual civil que exigem a apresentação da causa de pedir e do pedido não são apropriadas para esses litígios por interesse público. Nessas ações judiciais, sequer há exigências em relação à estabilização dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), uma vez que não se buscam certezas jurídicas sobre

⁵³⁶ “O conceito de conflito não é muito claro em doutrina. A mais abalizada tentativa de defini-lo foi a que o envolveu na idéia de lide, apontada como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Camelutti). O conflito, elemento substancial da lide, seria representado pela incidência de interesses de dois ou mais sujeitos sobre o mesmo bem, sendo este insuficiente para satisfazer a ambos, ou a todos esses interesses. A exteriorização do conflito, ou seu elemento formal, seria a tensão entre a exigência externada por um sujeito (pretensão) e a resistência oposta por outro. Essa construção, além de exageradamente ligada a relações de direito privado, dá destaque a algo que socialmente é quase indiferente, ou seja, ao conflito conforme definido por seu autor.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. Volume I. 7. edição, revista. 2013. p. 121.

fatos ou direito, mas sim respostas e soluções a quadro de violações de direitos, que só se materializam mediante reformas estruturais.⁵³⁷

Essa abertura para a modificação e a adequação do pedido, para o desenvolvimento de decisões judiciais de caráter experimental, visando atender ao resultado útil do processo, supera alguns princípios do litígio comum, entre os quais o princípio da demanda, o princípio da congruência e o princípio da estabilidade do processo.⁵³⁸

Nos litígios comuns, estabilizado o pedido com a resposta do réu, cumpre ao juiz da causa a necessária observância do princípio da congruência, sendo expressamente vedado ao juízo decidir para além dos pedidos das partes, bem como condenar em objeto diverso do demandado pelo autor, sob pena de incorrer em vícios passíveis de nulidade. Todos esses elementos evidenciam um caráter preclusivo e rígido no tratamento processual dos litígios comuns. Por conseguinte, essa metodologia processual moderna não se adequa às demandas judiciais por implementação de direitos sociais.

Para os conflitos envolvendo direitos sociais, não é admissível apenas uma manifestação judicial estritamente sobre o pedido, sob pena de não haver a construção de soluções, mas uma mera resposta formal, sem consequências práticas. Nessas ações, o juiz deve manifestar-se sobre o conflito, em sua inteireza, e apreciar o pedido à vista do contexto desse conflito, não ficando adstrito aos elementos da ação trazidos pelo autor. A implementação de direitos deve ocorrer de modo contínuo e diferido no tempo.

Nas demandas sociais, a resposta judicial deverá se ater ao conflito em sua inteireza, de modo a produzir resultados úteis e eficazes. O juízo mais do que gestor de processo assume a posição de gestor de conflito, e deve imprimir atos que encaminhem os conflitos, com os olhos postos no futuro, como a planejar. Assim, o juiz deve abrir canais de diálogo entre os

⁵³⁷ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público. Brasília: **Revista de informação legislativa**, v. 55, n. 217, jan./mar. 2018, a. 55, n. 217. 2018. p. 243-255. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

⁵³⁸ “[...] o direito processual civil assume uma dimensão essencialmente democrática e deve ser pensado na perspectiva do Estado Constitucional, constituindo um verdadeiro ponto de encontro de direitos fundamentais. Ao juiz incumbe a direção do processo, dando-lhe impulso oficial (art. 2.º, CPC), afim de que se resolva com justiça o caso levado à apreciação jurisdicional. A direção do processo pelo juiz no Estado Constitucional caracteriza-se por ser uma direção que se pauta pela condução paritária do processo e pela assimétrica decisão da causa. Vale dizer, o juiz está no mesmo nível das partes na condução da causa, tendo ele mesmo de observar o contraditório como regra de conduta, alocando-se em uma posição acima das partes apenas quando impõe a sua decisão. O juiz do processo civil contemporâneo é paritário no diálogo e assimétrico na decisão da causa. É um juiz que tem a sua atuação pautada pela regra da cooperação.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. ed. Rev., atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 283.

poderes, garantindo novas vias e formas de participação da cidadania, instaurando e revigorando a esfera pública de deliberações.⁵³⁹

As ações judiciais por direitos sociais, em que há a necessidade de construção ou de modificação de estruturas de prestação material, geralmente são multipolares. Não são demandas apresentadas pelo autor contra um réu específico. Mais importante do que apresentar um pedido certo e específico é trazer o contexto de grave violação a direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, sobre as quais as instituições deverão se debruçar para remover o quadro de ofensas a direitos, com a construção de soluções estruturais. Por isso, nesses litígios sequer se sabem ao certo, no início do processo judicial, quais as instituições que devam participar, como também a posição processual que essas instituições vão assumir ao longo do processo.

Isso exige do sistema judicial novos papéis institucionais, com atuações processuais que em nada lembram a metodologia processual insculpida pelo cientificismo moderno que dominou a doutrina processual, em que o Judiciário se limitava a certificar a verdade verificada no procedimento, acerca do objeto em análise, sem se importar muito com o contexto conflitual, preso que estava ao objeto trazido pelas partes.

Muito significativo o exemplo trazido por Sergio Arenhart, para demonstrar a confluência contemporânea entre direitos individuais e sociais e, por conseguinte, a inadequação dos modelos processuais desenvolvidos na perspectiva individualista. As abordagens desenvolvidas pelo racionalismo formal moderno se mostram anacrônicas para os desafios advindos entre a articulação dos direitos com a realidade social, em perspectiva inclusiva e transformadora:

Imagine-se uma demanda de reintegração de posse, de área ocupada por movimento social. A pretensão do autor será, obviamente, a retomada imediata do imóvel; já a resistência dos réus simboliza a tentativa de manutenção da área, especialmente com o propósito de sensibilizar o governo para os problemas sociais ligados à terra. Uma solução judicial que esteja condicionada, apenas, a acolher ou a rejeitar, no todo ou em parte, o pedido do autor, certamente gerará soluções inadequadas. Optando pelo deferimento da medida reintegratória, pode-se agravar um problema social, com a remoção de famílias inteiras, que poderão ocupar outro imóvel ou insistir em outros meios mais violentos para fazerem-se ouvir. A rejeição do pedido, por outro lado, implicará negativa ao direito de posse/propriedade, um dos pilares do direito privado moderno, com consequências também nefastas, a par de gerar reações certamente graves no âmbito dos conflitos agrários. Vê-se aí como uma simples demanda privada

⁵³⁹ ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 12. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018.

assume, hoje, contornos complexos. Vê-se também como a estrutura processual clássica é inútil para a solução desse conflito.⁵⁴⁰

Podem-se trazer, tomando-se de empréstimo as reflexões de Adam Cheyer, as seguintes características dos litígios de interesse público, quando se demandam direitos sociais, em contextos de falhas estruturais: 1) O objetivo do processo não é um dado fixo, reclamado pelo autor, mas é construído dialeticamente pelas partes; 2) A estrutura processual concernente às partes não é bilateral, com posições bem definidas entre autor e réu, mas expansiva, podendo agregar outros atores ao processo; 3) O processo não se constitui como uma metodologia de pesquisa de verdades acerca de eventos passados, mas se destina de forma preditiva a regulamentar ações no futuro, pois os direitos sociais se destinam a criar as condições de vida digna, especialmente em relação ao futuro. 4) As decisões e remédios judiciais proferidos ao longo do processo não se destinam a compensar erros, em razão de responsabilidade substantiva; em vez disso, as decisões se voltam e se destinam ao futuro, e são elaboradas *ad hoc* em linhas flexíveis e amplamente corretivas, muitas vezes com consequências importantes para muitas pessoas, incluindo os ausentes. 5) As decisões e os remédios judiciais não são impostos pelo *jus império*. As decisões são resultado de negociações e de deliberações entre as partes. 6) a atuação judicial não se encerra com a apresentações de decisões e com a determinação de cumprimentos. O sistema judicial, porque instituição atrelada e vinculada aos objetivos da República Federativa do Brasil, permanece no processo, estabelecendo metas, planos de execução, até o encerramento do processo. 7) O juiz não tem uma posição passiva e reativa, com função limitada de declarar direitos (de regras legais vigentes); o juiz ostenta uma atuação ativa, com a responsabilidade não apenas de aferir fatos, mas também de supervisionar, coordenar a construção dialogada de um resultado adequado, exequível, viável e justo. 8) O tema da ação não se reduz a uma disputa entre particulares acerca de direitos privados. Constitui uma reclamação em relação a políticas públicas, que não estão funcionando ou que estejam funcionando sem qualidade.⁵⁴¹

Nessas ações por direitos sociais, a efetividade dos direitos depende de reformas estruturais. Isso exige, da atuação do sistema judicial e das partes, uma adequação dos ritos e protocolos formais, de modo que o processo atenda aos interesses garantidos no direito material, mediante a adoção de estratégias processuais que busquem a efetividade dos direitos

⁵⁴⁰ ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. **Revista Eletrônica**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

⁵⁴¹ CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. 89 **Harvard Law Review** 1281, 1976. p. 1302.

reivindicados, respeitando os cânones democráticos. Nesses processos, os procedimentos são condicionados e determinados pelo próprio contexto, em combinação com o tipo de direito material.

Os direitos sociais, em situação de normalidade no funcionamento da arquitetura institucional, deveriam ser efetivados pelo sistema político, pelo planejamento e execução de políticas públicas, sem a necessária intervenção do sistema judicial. Quando essas políticas públicas sociais são negadas ou mal realizadas pelo sistema político-administrativo, o cidadão, o sistema social, pelas instituições legitimadas para demandar judicialmente, passam a buscar no sistema judicial a efetivação desses direitos.

Para assegurar a consistência e a adequação das respostas a essas demandas que judicializam as políticas públicas, o sistema judicial deve desenvolver novos tipos de tratamento e de respostas judiciais, com a implementação de inovações processuais, considerando a singularidade de seus objetos, de evidenciada natureza política e social.

Nos conflitos por direitos sociais, o juiz deve se manifestar sobre o conflito, em sua inteireza, e apreciar o pedido à vista do contexto desse conflito. O sistema judicial deverá ter também, além da preocupação finalística com a efetivação dos direitos reivindicados, uma preocupação com a sustentabilidade material e estrutural das medidas adotadas, uma preocupação sistêmica, devendo, pois, avaliar e refletir sobre a consequência de cada passo tomado, reconsiderando ou adaptando os atos, de modo flexível, observando os contextos e, sobretudo, a higidez e a sustentabilidade do sistema de prestação material.

5.2 Estratégias processuais dialógicas nas demandas por efetivação de direitos sociais

Como se observa a experiência da democracia no Brasil a partir da Constituição de 1988 dá ensejo ao desenvolvimento de novos padrões de institucionalidade e de relacionamento entre as instituições e a cidadania. Nesse processo político, há uma evidente participação do Judiciário, que vem surgindo como uma instância privilegiada de declaração de direitos e de efetivação desses direitos, participando da construção de uma cidadania ativa.

Ao longo do trabalho, restou evidenciado que, a despeito de os direitos sociais terem sido proclamados em estatutos constitucionais no Brasil, sempre houve uma interessada e calculada distância entre a generosa retórica de proclamação de direitos sociais e a dura realidade de negação a esses direitos no cotidiano social.

Os arranjos institucionais agora desenhados na Constituição têm o propósito de mudar esse diálogo entre direito e realidade. Por essa razão, ao tempo em que o programa

constitucional remete ao sistema judicial a sua guarda, há nessa designação institucional a responsabilidade de uma atuação responsiva por parte do Judiciário. Para tanto, esse sistema deve construir nova programação institucional, condizente com a matriz dialógica desenhada na Constituição, que se mostra capaz de construir espaços deliberativos, onde as inovações estruturais emergem de diálogos e cooperações institucionais, para a efetivação de direitos sociais.

Há uma percepção dessa nova atuação de caráter político pelos magistrados. Essa percepção varia conforme o tempo de magistratura já exercido. Quanto mais jovem o magistrado mais ele valoriza as repercussões sociais e políticas de suas decisões. E quanto maior o seu tempo de magistratura, menos o magistrado valoriza essa ética consequencialista. No quadro trazido pela pesquisadora, 48,1% dos magistrados com até 5 anos de Magistratura se preocupam com as consequências econômicas de suas decisões. E 90,2% deles se preocupam com as consequências sociais de suas decisões. Quando os magistrados possuem mais de 21 anos de serviço, esse percentual cai vertiginosamente. Apenas 27,2% se preocupam com as repercussões econômicas de suas decisões. E apenas 64,9% têm compromisso com as consequências sociais de suas decisões.⁵⁴²

Esse quadro pode retratar uma mudança de mentalidade no corpo da magistratura. A percepção para os novos desafios e papéis institucionais do sistema judicial. Nesse contexto, de assunção de novos papéis, há *pari passu* a necessidade de inovações de procedimentos e de estratégias de tratamento dos novos conflitos que agora aportam à justiça.

Para responder a demandas por direitos sociais, vem sendo implementado um conjunto de revisões estruturais que reprogramam o sistema judicial. Essas reestruturações são incorporadas ao sistema judicial por meio de reformas legislativas, de promulgação de emendas à Constituição, que trazem novos códigos operacionais e novas estruturas institucionais. O Novo CPC,⁵⁴³ a criação do Conselho Nacional de Justiça, a instalação dos Juizados Especiais Federais, a especialização de varas etc, a incorporação ao sistema processual de diversos institutos, abrem a oportunidade de diálogos entre partes e terceiros colaboradores.

Registre-se que a complexidade dessas causas sociais que chegam às portas da Justiça exige não apenas atualização dos procedimentos, reformas de ritos, desenho de novos institutos e medidas judiciais, mas, sobretudo, uma mudança de mentalidade, postura e até

⁵⁴² SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21.

⁵⁴³ BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

mesmo de sentido institucional do próprio Judiciário. A reprogramação do Judiciário, em conformidade com a Constituição, não pode afastar-se da arquitetura constitucional desenhada nesse estatuto magno, bem como dos sentidos institucionais designados para o sistema judicial.

A possibilidade de controle judicial da atuação política, prevista no programa constitucional, objetiva conferir racionalidade à dinâmica democrática. Sem que haja as condições materiais mínimas e básicas, que garantam a participação nos processos políticos, a democracia pode reduzir-se a conjunto de boas intenções, mas agrilhoadas pelos formalismos, esvaziada em abstrações.

A justiça social se materializa na capacitação dos atores para o exercício da liberdade, tanto no espaço público, quanto no espaço privado. Como as condições básicas para uma vida digna pode ser avaliada pela razão, o sistema judicial, sob argumento de coordenar os espaços da racionalidade pública, encontra-se, assim, legitimado para submeter a atuação política a processos deliberativos, para aferir a legitimidade da atuação (omissiva/comissiva) do sistema político, a coerência material e formal com o programa constitucional.

Desse modo, mediante processos abertos ao escrutínio da razão, as decisões políticas podem ser objeto de deliberação pública, no âmbito do Judiciário, para exame de sua conformação com o programa constitucional. Cabe ao juízo, ao final das etapas de debates, sintetizar essas deliberações, maturadas e expressadas ao longo do processo deliberativo, que precisa estar aberto à participação cooperativa de todos os interessados.

Nesse sentido, a experiência judicial vem abrindo espaço para a contribuição de terceiros, considerando a relevância do *thema decidendum*, a singularidade e especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social do conflito. Criou-se, por exemplo, um mecanismo dialógico, agora regulamentado no CPC, de modo a fazer chegar ao espaço deliberativo que deve ser estruturado pelo processo judicial as outras vozes relevantes e representativas de segmentos sociais que até então estariam fora dos debates, para que participem e colaborem com a construção das decisões judiciais. A utilização desse expediente marcadamente se impõe quando as soluções puderem, em razão da formação de precedente, ter efeitos extraprocessuais e alcançar coletividades que não estão participando do processo.

O *amicus curiae*,⁵⁴⁴ por determinação judicial ou por requerimento da parte ou por iniciativa própria, assume o papel de terceiro, que não sendo diretamente interessado na

⁵⁴⁴ “A expressão latina “amicus curiae” significa “amigo da corte” (friend of the court ou Freund des Gerichts). As origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano segundo alguns autores, mas foi certamente no direito norte-americano que a figura interventiva desenvolveu-se. De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio

causa pode contribuir com as deliberações desenvolvidas no processo judicial.⁵⁴⁵ A designação do *amicus curiae* objetiva qualificar e democratizar as decisões judiciais, abrindo-se espaço para vozes relevantes, com conhecimento acerca da causa e representatividade, para que possam colaborar com os debates, transformando o processo em espaço deliberativo, legitimando democraticamente a atuação das instâncias judiciais de decisão.⁵⁴⁶

Essa reprogramação institucional do sistema judicial chega das instâncias estratégicas, que definem as políticas públicas de gestão para esse sistema. Observe-se que as novas demandas que transitam pelo sistema judicial reivindicando direitos sociais importam prestações positivas a serem disponibilizadas por instituições públicas e sociais, para cuja implementação se exige a adoção de medidas estruturantes dos sistemas envolvidos, inclusive do sistema político. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a quem cabe o controle da atuação administrativa e financeiro do Poder Judiciário e a coordenação da política judicial, editou resolução, dispondo sobre tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.⁵⁴⁷

Nessas demandas por direitos sociais prestacionais, fica evidenciado o papel de mediador, moderador político do juízo. A efetivação do pedido depende amiúde da concorrência de diversas instituições, da reorganização do planejamento orçamentário, da construção de rotinas e operações concatenadas entre diversas instituições. Nesses litígios, o juízo assume em primeira ordem a coordenação dos fluxos de comunicação entre instituições, entre instituições e cidadania, que estariam bloqueados, por falhas ou insuficiências dos processos políticos e administrativos. O bloqueio do fluxo comunicacional impede a construção de estruturas e funcionalidades para a efetivação de direitos.

individual produza de algum modo efeitos a todos os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objeto do processo em que se manifestam. O fundamento do instituto, portanto, é o permissivo de manifestação de terceiros quando o caso puder afetar toda a sociedade, mesmo em processos cuja demanda seja limitada individualmente, permitindo-se que sejam trazidos ao processo elementos que sejam relevantes para a cognição do órgão julgador”. Cf. CABRAL. Antonio de Passos. *Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, 234, Out./Dez. 2003. p. 114. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45149/44793>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁵⁴⁵ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. [...] § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. [...]”

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. ed. Rer, atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 281.

⁵⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

A atuação do juízo nessas ações visa primeiro instaurar espaços de diálogos e de reaproximações entre instituições e agentes interessados. Lembre-se que, em razão da dimensão democrática participativa da Constituição, o sistema judicial não pode monopolizar a construção de sentidos. Não cabe ao juízo tomar para si, de logo, a responsabilidade por responder às demandas, mediante a expedição de mandados, de decisões elaboradas em gabinetes, quase sempre deslocadas do contexto. Essas decisões tomadas solitariamente, construídas a partir de perspectivismos, sem a devida interação com a complexidade da realidade, podem ser inexequíveis. Porque tomadas sem o conhecimento da complexa maquinaria burocrática administrativa, essas decisões judiciais podem, quando submetidas a cumprimento e implementação no plano prático, causar efeitos perversos o sistema público, com graves impactos nos arranjos institucionais, com desequilíbrios orçamentários, além de serem deletérias à confiança da cidadania nas instituições públicas, valor imprescindível à democracia.

A estratégia dialógica, ao abrir espaços para participação colaborativa na elaboração das decisões, evita de o juízo assumir posições autoritárias que poderiam caracterizar o ativismo judicial e poderiam produzir efeitos colaterais para a legitimidade democrática da atuação judicial e para a confiança entre as instituições.

Há problemas sociais complexos que expressam um quadro de grave violação a direitos fundamentais. São problemas que alcançam às vezes uma dimensão geográfica que supera as fronteiras de entidades federativas, para cuja solução há a necessidade da convergência e da participação de diversas instituições públicas e sociais, e que estão submetidas ao jogo político partidário, que lhes impedem a integração e a unidade de ações. Assim, sem a participação colaborativa do sistema judicial, esses problemas não seriam enfrentados de modo efetivo, pelo sistema político.

O quadro de violações a direito, quando levado ao Judiciário, exige uma resposta estrutural, que precisa ser construída por uma força simbólica que esteja fora da lógica dos partidos, mas que não substitua autocraticamente as forças políticas. Nessas hipóteses, o Judiciário, quando chamado a desenvolver soluções estruturais, deve fazer do processo um espaço deliberativo e participativo, com vistas a concertar (não apenas consertar) e a reprogramar a própria atuação dos Poderes Executivo e ou Legislativo, das diversas esferas federativas. Essa atuação do Judiciário, nessas hipóteses, não deve ser substitutiva a atuação política, mas sim mediadora e estimuladora da estruturação de consensos institucionais em torno de soluções práticas ao problema.

Observe-se que há um contínuo aprendizado do sistema judicial no tratamento das demandas sociais. As estratégias processuais estão sendo construídas nessa experiência institucional, que precisa em cada caso dialogar com o quadro de profundas assimetrias na realidade brasileira, trazendo a contribuição das diversas instituições. Essas controvérsias muitas vezes chegam na forma de litígios individuais, e se percebe que a análise da efetivação do direito reivindicado deve ser promovida, cotejando-se o direito individual com todo o contexto de violações e com os sistemas de políticas públicas já oferecidos, até mesmo para se examinar e aferir a capacidade de suporte desse sistema.

Por essa razão, o CNJ, considerando o volume de ações demandando direitos sociais, repercutindo em orçamentos públicos, tem produzido recomendações às unidades e às administrações judiciais. Em relação à judicialização da saúde, o CNJ publicou a Recomendação nº 31, orientando a adoção de medidas pelos tribunais, que subsidiem os magistrados na solução eficiente das demandas judiciais por implementação de direitos de saúde. Na exposição de motivos, o CNJ traz as razões da recomendação, ressaltando:

- ✓ o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Judiciário e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;
- ✓ a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;
- ✓ os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA;
- ✓ as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde.⁵⁴⁸

Verificam-se na exposição de motivos a preocupação do CNJ com as consequências práticas das decisões judiciais, bem como a valorização de mecanismos dialógicos nos processos que tratam de direitos sociais de saúde. A valorização do diálogo no processamento das demandas judiciais se manifesta no estímulo dado pelo CNJ para que os tribunais celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por profissionais da saúde, como médicos e farmacêuticos, para auxiliá-los tecnicamente na apreciação das questões clínicas trazidas pelas partes, cabendo aos tribunais observarem a realidade local. O CNJ recomenda ainda que os magistrados:

⁵⁴⁸ **Judicialização da saúde no Brasil:** dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 10. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. 2018.

- ✓ procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- ✓ evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- ✓ ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- ✓ incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, além de incorporar o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- ✓ promovam visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon).⁵⁴⁹

Esse aprendizado institucional do sistema judicial com o tratamento diferenciado das demandas por direitos sociais pode ser verificado também na forma como o Supremo Tribunal Federal vem apreciando questões de violação a direitos fundamentais no sistema carcerário.⁵⁵⁰ O Supremo tem evoluído nas percepções sociais desses conflitos sociais, para além da perspectiva individualista, como se observa nas duas posições adotadas em dois processos que versaram sobre sistema carcerário.

Oportuno trazer a análise das duas conclusões que foram desenvolvidas pelo STF sobre o sistema carcerário, uma questão social e de segurança pública que ao longo dos debates se mostrou estrutural. O problema carcerário se mostra estrutural e a solução depende

⁵⁴⁹ **Judicialização da saúde no Brasil:** dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 11. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. 2018.

⁵⁵⁰ 1) o RE nº641.320, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e com repercussão geral reconhecida. Discute a possibilidade de autorização do cumprimento de pena em regime carcerário menos gravoso, diante da impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento no regime estabelecido na condenação penal. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 2 nov. 2018; 2) o RE nº592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com repercussão geral reconhecida. Discute se o Poder Judiciário pode determinar aos governos estaduais que ampliem ou construam novos presídios, de modo a garantir a observância dos direitos fundamentais dos detentos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 592.581/ RS**. Tribunal Pleno. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 05 de dez. 2017; e 3) a ADI nº 5.170, de relatoria da Ministra Rosa Weber, discute a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos detentos. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5170/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República, Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: 2 nov. 2018.

da conjugação de diversos fatores, para cuja concretização decorre de articulação de diversas instituições, submetidas a um contexto de dispersão e fragmentação institucional.

Analisa-se, então, essas duas posições lançadas pelo STF em relação aos sistema carcerário: uma conclusão enfeixada no Recurso Extraordinário 580.252/MS, em favor dos interesses individuais de um encarcerado; a segunda posição lançada em demanda coletiva, quando o STF percebeu o problema estrutural do sistema carcerário, no julgamento da medida cautelar requerida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL.⁵⁵¹

Quando cotejada as duas conclusões, observa-se que houve um deslizamento de percepção. A partir de duas perspectivas distintas, formuladas sobre a questão carcerária, uma perspectiva individualista, a outra perspectiva mais sistêmica, houve um deslocamento do problema, que saiu do âmbito individual para ganhar expressão social, percebendo-se o problema estrutural do sistema carcerário.

No primeiro caso, o STF, em recurso extraordinário, aprecia a questão carcerária a partir de uma perspectiva individualista, com conclusões sobre interesses subjetivos do preso; no segundo caso em contexto, em ADPF, em processo coletivo, o STF analisa a mesma questão carcerária, que é nacional, e desta vez em perspectiva de política pública, em perspectiva sistêmica e estruturante.

No primeiro momento, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 580.252/MS, apresentado pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul em favor de um condenado a 20 anos de reclusão, que cumpria pena no presídio de Corumbá (MS), o plenário do STF estabeleceu o dever de o Estado pagar a indenização, fixada em julgamento de apelação no valor de R\$ 2 mil. Na oportunidade, fixou a seguinte tese, para fins de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.⁵⁵²

⁵⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS+MEDIDAS+ESTRUTURAIS%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/yaasohl9>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

⁵⁵² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Pela conclusão do julgamento do referido RE, observa-se que o STF protegeu interesses particulares do encarcerado. Para chegar a essa conclusão, analisou a questão carcerária no Brasil, concebendo o problema a partir de uma plataforma (analítica e moral) individualista, ficando adstrito à demanda individual formulada pela representação da Defensoria Pública, em favor de um encarcerado, sem, contudo, encaminhar o problema que já se mostrava estrutural.

Embora tenha sido essa a conclusão do STF, de acolher a pretensão individual formulada na ação individual, houve durante os debates na sessão de julgamento importante contribuição do ministro Luiz Roberto Barroso. Diferente dos demais, o ministro trouxe uma perspectiva mais abrangente, sistêmica, para analisar a questão carcerária, concluindo que a demanda veiculada individualmente se fundava em questão estrutural, a exigir respostas complexas, com a participação de diversas instituições, inclusive do sistema judicial. Ao fazer uma análise mais global da questão, acabou chegando a conclusões mais sistêmicas, que destoaram dos demais votos. Todavia, prevaleceu no caso a visão mais individualista na análise, e o STF concluiu pela proteção de direitos subjetivos do encarcerado.

O ministro Barroso, em voto-vista que não prevaleceu, chegou a ponderar a dimensão social do quadro de violação a direitos fundamentais, a exigir resposta estrutural pelo sistema judicial e não apenas resposta tópica contemplando as individualidades dos encarcerados.⁵⁵³ Além de chamar atenção para a necessidade de uma abordagem sistêmica da questão carcerária, destacou que na questão carcerária no Brasil havia um problema estrutural, que poderia ser abordada naquela demanda individual concernente a indenização por dano moral.

Disse mais. Defendeu que, em face do caráter estrutural e sistêmico das graves violações a direitos verificadas no sistema prisional brasileiro, o pagamento de indenização em dinheiro a cada preso produzia uma resposta de baixa efetividade aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser utilizados na melhoria do sistema carcerário.

⁵⁵³ Nesse quadro ofensivo a direitos fundamentais, o Ministro Barroso aponta a violação a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a integridade física e moral (art. 5º, XLIX), a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a proibição de sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), a intimidade e a honra (art. 5º, X) e os direitos sociais à educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia (art. 6º). Tal estado de coisas vulnera, ainda, a Lei de Execução Penal e diversos tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, tais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 2 nov. 2018

O ministro apresentou um longo voto-vista, com ementa, trazendo um diagnóstico do quadro de ofensas aos direitos fundamentais. Veja-se:

[...] 2. O descumprimento do dever estatal de garantir condições dignas desencarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa. 3. Não é legítima a invocação da cláusula da reserva do possível para negar a uma minoria estigmatizada o direito à indenização por lesões evidentes aos seus direitos fundamentais. [...] Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. 5. É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da remição de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.⁵⁵⁴

No voto-vista, o ministro Barroso recomenda a contribuição e o diálogo entre as instituições responsáveis pela funcionalidade do sistema carcerário, sugerindo a necessidade de uma reforma estrutural, a exigir que poderes e instituições envolvidas reconheçam a gravidade da situação e assumam suas responsabilidades no enfrentamento, deixando a inércia que matizou a política carcerária ao longo de tantas décadas. E ressalta ser fundamental que as instituições “assumam, cada uma, a sua parcela de culpa e empreendam um esforço conjunto e cooperativo no sentido de garantir aos presos os direitos mais básicos que lhes são assegurados pela Constituição.”⁵⁵⁵

O ministro Barroso fez, ao longo do voto, considerações bastante inovadoras. Tomou a demanda individual, apresentada pela Defensoria em favor de um indivíduo, imprimindo-lhe uma dimensão social, para desenvolver respostas a toda a população do sistema carcerário. Percebeu, de logo, a gravidade das violações massivas de direitos fundamentais e que deveria ser encaminhada. Destacou a expressiva quantidade de instituições envolvidas na

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018>. Acesso em: 2 nov. 2018.

⁵⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018>. Acesso em: 2 nov. 2018.

questão, das mais diversas áreas e dos mais diversos poderes e entidades federativas, inclusive do Judiciário. Ressaltou a necessidade de medidas estruturais, na forma de planos de ações.⁵⁵⁶

Também, registrou que o encarceramento em celas superlotadas, em condições degradantes à dignidade humana, não seria caso isolado ou excepcional. Esse quadro de violação massiva a direitos fundamentais constituiria uma realidade trágica do sistema carcerário brasileiro. Segundo o ministro, a superpopulação, a precariedade das condições dos presídios, decorreriam de problemas sistêmicos, de grande complexidade e de extensão nacional, resultados da deficiência crônica de políticas públicas prisionais, com resolutividade complexa e custosa.

Para o ministro, essas carências estruturais decorreriam de diversos fatores, havendo uma responsabilidade diluída por toda a institucionalidade. Inclusive pelo sistema de justiça, onde haveria deficiências de funcionamento nas varas de execução penal, deficiência da assistência judicial dos presos. O mal funcionamento do sistema de justiça repercutiria na tramitação dos processos, nas condições de preso provisório, alcançando direitos do encarcerado.

O tratamento dessas falhas estruturais é complexo. Cuida-se de um problema complexo, resultado de múltiplos fatores, omissões e desarticulações de diversas instituições, inclusive do sistema judicial. Para solução, exigem-se diagnóstico, planejamento de ações, a serem articuladas entre diversos órgãos que respondem pelo sistema carcerário. Veja-se, por exemplo, o papel a ser desenvolvido pela jurisdição constitucional, segundo o ministro:

Nesse processo, entendo que a jurisdição constitucional não pode desempenhar o papel de mero expectador. Ao contrário, o quadro crônico de omissão e descaso com a população carcerária exige que este Supremo Tribunal Federal assumira uma postura ativa na construção de soluções para a crise prisional, impulsionando o processo de superação do atual estado de inconstitucionalidade que envolve apolítica prisional no país. Sua intervenção estaria plenamente justificada na hipótese, porque se daria para proteger e promover os direitos fundamentais de uma minoria que, além de impopular e estigmatizada, não tem voto. Faltam, assim, incentivos para que as instâncias representativas promovam a melhoria das condições carcerárias.⁵⁵⁷

O ministro Barroso restou vencido em sua proposição.

⁵⁵⁶ CÉSAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social:** cómo la Corte Constitucional transformó e desplazamiento forzado em Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, 2010. p. 14.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE580252LRB.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018>. Acesso em: 2 nov. 2018.

Tempos depois, a questão carcerária novamente volta a ser apreciada pelo STF. Dessa vez por ocasião da apreciação da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, já referenciada acima. Nessa ação coletiva, o STF ampliou a sua atuação, elaborando decisão cautelar que interfere diretamente no desenho de políticas públicas, como também percebeu a necessidade de planos de ação e de diálogos institucionais, para enfrentar a questão carcerária, com soluções práticas. Percebeu a necessidade de cooperação de instituições públicas e sociais, como também a necessidade de que as decisões judiciais deveriam ser executadas e cumpridas na forma de planos de execução pelas instituições envolvidas.

Nesse segundo caso observa-se uma mudança de percepção, de entendimento do STF. Se ao tempo do julgamento do Recurso Extraordinário 580.252/MS, a Corte teve uma apreciação que partia de uma visão mais individualista, agora, na ADPF 347, o Supremo mudou a perspectiva, para compreender a questão carcerária, como uma questão estrutural e sistêmica, como já havia apontado o ministro Luiz Roberto Barroso, por ocasião do julgamento do RE.

Nessa demanda, alegava-se agora o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário, expressão de um sistema social marcado de desigualdades. Nessa ação coletiva ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, pedia-se o reconhecimento e a declaração do quadro de violação de direitos fundamentais no sistema carcerário e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento dessa questão. Conforme apontado na peça inicial da ADPF, o ajuizamento da demanda decorria de representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

Na narrativa da autoria, defendeu-se que há uma profunda disparidade entre legislação e realidade. Haveria uma legislação de primeiro mundo contrastando com uma realidade marcada por violações a direitos fundamentais. Essa tensão entre lei e realidade, essa distorção entre plano normativo e realidade demonstrariam a flagrante e notória omissão inconstitucional do Estado brasileiro, de conhecimento das autoridades e da sociedade. Veja-se a descrição apresentada na peça inicial da ADPF:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com

que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. O sistema, como todos sabem, funciona de forma altamente seletiva e atinge quase exclusivamente os pobres. Não há estatísticas oficiais sobre a classe social dos detentos, mas os dados sobre os respectivos níveis educacionais fornecem pistas seguras: só 0,47 % dos presos têm curso superior completo, 5,1% são analfabetos, 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem somente o ensino fundamental incompleto.⁵⁵⁸

No julgamento, então, da medida cautelar dessa ADPF 347, a Corte Suprema reconheceu a existência de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), pela notória e reiterada violação de direitos sociais atinentes ao sistema penitenciário brasileiro. Nos termos do voto do ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar para: 1) determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. 2) determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Também, o STF deferiu a proposta do ministro Roberto Barroso de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

Como se observa, a ADPF 347 trouxe uma nova visão da questão carcerária, e foi reconhecida a natureza estrutural das violações a direitos fundamentais e direitos humanos. Na verdade, a ADPF levou não a apreciação de um ato regulativo, um ato político específico, mas um estado de coisas que a Corte entendeu como inconstitucional, em confronto com a ordem constitucional e com os direitos humanos.

Ao ser tratada como litígio estrutural, reconhecendo falhas sistêmicas e bloqueios indevidos no fluxo de comunicação na administração do sistema carcerário, a ADPF 347 provocou, em primeiro momento, uma resposta que leva às instituições públicas a declaração de que as mesmas estariam se omitindo em cumprir suas designações administrativas e constitucionais.

A medida cautelar deferida visou desestabilizar esse quadro sistemático de violações massivas a direitos, provocando a necessidade de construção de respostas institucionais articuladas, entre todas as institucionais envolvidas, para que haja enfrentamento adequado do problema.

⁵⁵⁸ Petição inicial apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, perante o STF, em que foi ajuizada arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2018.

A expedição de medida cautelar de ofício expressa a necessidade de construção de tutela diferenciadas, para além dos limites objetivos do pedido, referenciadas por juízos pragmáticos, destinadas ao enfrentamento do problema. Com o julgamento, restrito a medidas cautelares, o STF adotou a estrutura processual flexível, adaptável ao objeto ao litígio estrutural examinado, e ao inserir diversas instituições no processo, o STF imprimiu uma dimensão dialógica a estratégia processual.

Segundo o ministro Marco Aurélio, o Brasil reúne a terceira maior população carcerária do mundo, cerca de 711 mil presos em 2014, com *deficit* prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas. Além das condições de superlotação, o ministro se referiu “a torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos.” Apontou também a falta de serviços de assistência judiciária, de educação, de saúde, registrando o amplo domínio das estruturas prisionais facções criminosas, “insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.” Em face dessa realidade de falha estrutural, que promove grave violação a direitos, o ministro reconheceu a falência do sistema carcerário, e concluiu afirmando ser papel do STF, em razão da falta de coordenação institucional do sistema político, “retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas.” Para assegurar a efetividade prática das soluções propostas, o STF, segundo o ministro, deve optar por ordens flexíveis, que “previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional.”⁵⁵⁹

Reconhecia-se, assim, o Estado de Coisas Inconstitucional, alegado pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, o quadro de violação massiva a direitos fundamentais no sistema carcerário, exigir uma resposta judicial estruturante, para construção de soluções práticas que efetivem direitos fundamentais.

Essa construção conceitual e analítica para enfrentar a questão estrutural carcerária teve inspiração na experiência judicial da Colômbia. O Estado de Coisas Inconstitucional surgiu por inovação da Corte Constitucional Colombiana (CCC), com a

⁵⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 28 out. 2018>. Acesso em: 15 mar. 2018.

primeira decisão em 1997. Reivindica uma resposta institucional, em face de um quadro de graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais, mediante a construção de soluções que organizem uma reforma estrutural, a depender da convergência de diversas instituições.

Com esses exemplos, verifica-se que problemas estruturais levados ao Judiciário não podem ser encaminhados a partir de decisões isoladas do juízo, sem uma programação, sem um plano de ação material. E, também, observa-se que a implementação de medidas estruturais depende da conjunção de ações de diversas instituições, que devem atuar de modo articulado. Os temas estruturais precisam ser encaminhados em espaço dialógicos, com deliberação participativa na construção de medidas estruturais, capazes de promover reformas, reprogramações logísticas, inovações nas estruturas de serviços das instituições envolvidas com a solução do problema.

Há uma outra questão estrutural judicializada, bem conhecida dos brasileiros: o caso Samarco, judicializado na Justiça Federal em Minas Gerais. Nesse sinistro, houve o rompimento da barragem de Fundão, ocorrido em novembro de 2015, no município de Mariana (MG), e os rejeitos produzidos nos processos de mineração pela Samarco e suas controladoras, Vale e BHP Billiton, desceram pela calha dos rios até alcançar o Atlântico no Estado do Espírito Santo, provocando desastre sócio ambiental de grandes proporções, com a contaminação de uma vasta região, de dois Estados da federação.⁵⁶⁰ O evento trouxe danos de diversas dimensões (natural, econômica, social etc.), impactando incontáveis atividades produtivas, com repercussões em áreas sociais, como a saúde pública, as condições de trabalho etc.⁵⁶¹

Dentro do Estado Democrático de Direito, no quadro de uma estrutura federativa com três entidades, com diversas instâncias federativas de controle, em quadro administrativo com multiplicas burocracias pertencentes a essas entidades federativas, seria pouco provável que essa questão estrutural pudesse ser encaminhada fora do sistema judicial.

Há a necessidade de articulações e de um conjunto de ações que devem ser planejadas e realizadas em modos concertados e harmônicos entre inúmeras instituições, que não possuem vínculos hierárquicos. Instituições políticas, administrativas, instituições sociais, muitas vezes marcadas por clivagens político partidárias. Desse modo, o sistema político não conseguiria reunir força capaz de aglutinar tantos agentes e segmentos para criar os espaços de

⁵⁶⁰ SOARES, Gabriel. Desdobramentos jurídicos do caso Samarco é tema do “USP Analisa”. **Jornal da USP**, 2017. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/radio-usp/radioagencia-usp/desdobramentos-juridicos-do-caso-samarco-e-tema-do-usp-analisa/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁵⁶¹ COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. **Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público**. Brasília: RIL, ano 55, n. 217, jan./mar. 2018 p. 244. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf>. Acesso em: 27 de out. 2018.

deliberação, concernentes a construção das soluções a essa tragédia ambiental e social tão complexo.

Não vendo a possibilidade de resposta fora do âmbito judicial, a questão foi judicializada por ações civis públicas apresentadas pelos Ministério Público do Estado de Minas e pelo Ministério Público Federal, ajuizadas tanto na justiça estadual na Comarca de Governador Valadares, quanto não justiça federal em Minas Gerais. Só depois, o Superior Tribunal de Justiça, em conflito de competência, veio a definir a competência da Justiça Federal em Governador Valadares, como competente para reunir todas as ações civis.⁵⁶²

Em agosto de 2018, a Justiça Federal em Minas Gerais homologou um Termo de Ajuste de Conduta (TAC),⁵⁶³ após três anos do rompimento da barragem. O Termo foi assinado pela Samarco, Vale, BHP, Ministérios Públicos Federal e Estaduais de Minas e Espírito Santo, governos federal e estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo, bem como pelas Defensorias Públicas Federal e Estaduais de Minas Gerais e Espírito Santo.⁵⁶⁴ Foram destacados no TAC a participação de representantes dos atingidos no Comitê Interfederativo (CIF) e na Fundação Renova, entidade criada pelas mineradoras para tratar especificamente da execução dos programas de reparação.

A Fundação Renova teve a sua governança corporativa alterada pelo TAC, sujeitando-se a programa de integridade (*Compliance*), com base na Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/13)⁵⁶⁵. Os trabalhos deverão ser acompanhados por auditoria externa independente, tanto de natureza contábil e financeira, quanto finalística da Fundação, bem como dos programas e de seus desdobramentos.⁵⁶⁶

⁵⁶² STJ: Justiça Federal é competente para analisar e julgar rompimento da barragem de Mariana. **MPF nas redes sociais**, 2016. Disponível em: <www.mpf.mp.br/pgj/noticias-pgr/stj-justica-federal-e-competente-para-analisar-e-julgar-rompimento-da-barragem-de-mariana>. Acesso em: 28 out. 2018.

⁵⁶³ “Art. 5º [...] 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” Lei nº 7.347. Cf. BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁵⁶⁴ Informações sobre o TAC aqui apresentadas estão disponíveis na Internet. Cf. Termo de Ajuste de Conduta, **MPF**, 2018. Disponível em: <www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/tac-governanca>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁵⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 outubro 2018.

⁵⁶⁶ “Conheça a extensão dos impactos, as diferentes características das regiões afetadas e as principais soluções que precisamos desenvolver em conjunto com a sociedade: Cadastrar e indenizar todos os impactados Estimular a maior participação das comunidades nas tomadas de decisão e comunicar de forma eficiente com toda a sociedade. Aprovar projetos, obter licenciamento e iniciar as obras de reassentamento. Hoje, as pessoas que perderam suas casas estão em moradias provisórias escolhidas por elas. Endereçar questões de saúde física e mental decorrentes dos impactos do rompimento. Restabelecer as condições para retomada das atividades sociais e econômicas ao longo do rio Promover diálogo e criar plano de ação em conjunto com os povos indígenas. Gerar uma solução para 39,2 milhões de m³ de rejeitos que saíram da propriedade da Samarco. Mitigar impacto de 18,9 milhões de m³ de rejeitos que seguiram o fluxo dos cursos d’água a partir da Barragem de Candonga nos 537

Houve previsão de nova configuração do comitê, com a possibilidade de os atingidos participarem em diversas instâncias decisórias e consultivas. Houve alteração do conselho de curadores, que passou de sete para nove membros, sendo seis indicados pelas empresas, um indicado pelo Comitê Interfederativo e dois indicados pelos atingidos. Ao CIF foi atribuída a missão de impor, orientar, acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução das medidas impostas à Fundação Renova, funcionando como última instância administrativa decisória, promovendo, ainda, sempre que necessário a interlocução permanente entre todos os envolvidos. Previsão de criações de comissões locais, de câmaras regionais e de um fórum de observadores, havendo a previsão do direito de suporte de assessorias técnicas. Três representantes dos atingidos ou técnicos indicados por eles passam a compor o comitê, que terá a função de orientar e validar os atos da Fundação Renova, além de um técnico indicado pela Defensoria Pública. Assim, o CIF passa de 12 para 16 integrantes. Todos os 39 municípios atingidos terão direito de designar assessoria técnica, se assim desejarem.

As assessorias técnicas serão escolhidas por comissões de atingidos. A direção da Fundação Renova também foi modificada. Houve alteração do conselho de curadores, que passa de sete para nove membros, sendo seis indicadas pelas empresas, uma ocupada por representante do Comitê Interfederativo e duas por indicados dos atingidos. O conselho consultivo também teve sua composição alterada para agregar membros representantes das pessoas atingidas, de organizações não-governamentais, de instituições acadêmicas e de entidades com atuação no tema dos direitos humanos. Houve a suspensão da tramitação das ações civis públicas.

O TAC trouxe a previsão expressa de custeio por parte da Fundação Renova de todas as despesas do CIF, das câmaras técnicas, das comissões locais, das câmaras regionais e do fórum de observadores, na perspectiva de contorno de dificuldades financeiras e de limitações orçamentárias inerentes aos órgãos públicos. Paralelamente aos recursos orçamentários governamentais, o CIF dispõe de recursos financeiros postos à sua disposição pela Fundação Renova para o adequado exercício de suas atribuições. Em sede de garantias financeiras, houve a ratificação por parte das empresas das garantias oferecidas à Justiça para

quilômetros até a foz do rio Doce. Implementar solução definitiva para contenção desse rejeito. Articular o planejamento integrado de tratamento de água e saneamento básico com os municípios impactados. Definir conceito e iniciar implementação do processo de restauração florestal. Planejar destino de 1.006 animais de pequeno e grande porte resgatados. Desenvolver e implementar plano detalhado de recuperação social e ambiental para: 650 quilômetros impactados entre Minas Gerais e Espírito Santo. Cerca de 15 mil famílias diretamente impactadas 40 municípios atingidos 737 pessoas identificadas inicialmente que perderam suas casas, em Bento Rodrigues, Paracatu e Gesteira.” Cf. RELATO DE ATIVIDADES 2016. **Fundação Renova**, 2016. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/themes/fundacao-2016/arquivos/relatorioatividades.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

o cumprimento das obrigações de reparação. Neste particular, encontra-se à disposição da Justiça Federal a quantia de R\$ 2 bilhões e 200 milhões.⁵⁶⁷

A complexidade dos problemas estruturais trazidos pelo Desastre de Mariana exigiu de todos os envolvidos uma mudança de paradigma no tratamento do conflito. Houve, inclusive, a criação de comitê e de fundação para tratar do tema, aumentando-se os espaços de diálogos e a possibilidade de contribuição de todos os interessados nas decisões e nos encaminhamentos.⁵⁶⁸

Houve, em alguns momentos, a suspensão da tramitação judicial, abrindo-se espaço para negociações extrajudiciais. Para tanto, foram estruturadas e previstas as condições desses encaminhamentos extrajudiciais, reservando-se valores para custeio, a ser administrado por uma fundação criada para coordenar os encaminhamentos.

Esse exemplo ressalta a importância do processo deliberativo e dialógico para a tomada de decisões em quadros problemáticos de administração de implementação de direitos sociais em contextos de falhas estruturais. A participação efetiva de todos os interessados legitima e qualifica, do ponto de vista de conteúdo, as decisões administrativas ou judiciais proferidas, tornando mais eficaz o encaminhamento e a elaboração de soluções.

⁵⁶⁷ Audiência na Justiça Federal decide sobre homologação de TAC quase 3 anos após rompimento de Fundão. **G1**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/08/08/audiencia-na-justica-federal-decide-sobre-homologacao-de-tac-quase-3-anos-apos-rompimento-de-fundao.ghtml> > Acesso em: 25 nov. 2018.

⁵⁶⁸ Sobre o TAC Governança: “O TAC Governança foi celebrado com vistas a promover algumas mudanças na estrutura e forma de atuação da Fundação Renova, tendo como objetivo a criação de mecanismos que permitissem a efetiva participação dos atingidos e atingidas nos processos de tomada de decisão sobre a reparação dos danos causados em virtude do rompimento da barragem de Fundão, além do alargamento das estruturas de fiscalização e controle de suas atividades, reformulando assim, todo o sistema de reparação de danos construído no “acordão. [...] Dessa forma, uma das principais alterações, de acordo com o Ministério Público Federal (MPF, 2018) foi a inserção e o aperfeiçoamento de estruturas que realmente possibilitassem a manifestação dos atingidos e atingidas em todas as etapas do processo que levará à reparação, tanto nas instâncias decisórias quanto nas consultivas. Para isso, foram criadas: as Comissões Locais, órgãos formados pela população atingida que, através do apoio das assessorias técnicas, pudessem participar de processos de tomada de decisão sobre a recuperação e gestão da Bacia do Rio Doce; e as Câmaras Regionais, enquanto espaços de discussão e interlocução com a Fundação Renova acerca de seus programas e projetos de reparação. Houve, ainda, a inserção desses indivíduos em alguns eixos, como: no Comitê Interfederativo (CIF), responsável por validar e orientar a atuação da Renova, com a participação de três pessoas atingidas ou técnicos por elas indicados; nas Câmaras Técnicas, entes que auxiliam o trabalho do CIF, de dois atingidos e atingidas em cada uma delas; no Conselho dos Curadores da Renova, com a escolha de dois atingidos ou atingidas pelas Câmaras Regionais e em seu Conselho Consultivo, com espaço para sete pessoas atingidas, definidas após a implementação das Comissões Locais e suas respectivas Assessorias Técnicas. Além desses espaços, os atingidos e atingidas farão parte do chamado Fórum de Observadores, que procurou dar espaço também a povos e comunidades tradicionais, bem como a outros entes envolvidos de algum modo com o caso, como representantes da sociedade civil e centros acadêmicos. Essa instância foi pensada enquanto uma frente de controle social, atuando como um órgão consultivo, responsável por acompanhar os trabalhos desta e dos especialistas contratados pelo MPF, analisando os resultados provenientes dos diagnósticos e avaliações por estes realizados” Cf. ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Negociação em contextos de violações de Direitos Humanos por empresas: uma breve análise dos mecanismos de solução negociada à luz do caso do rompimento da barragem de Fundão. **Versos**, 2018, v.2, n. 1, p. 12/13.

Disponível em: <www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/RPRD-2018-Dossiê-TAC-Governança-versos.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

Registre-se que as ações civis públicas foram ajuizadas cobrando cifras expressivas. Apenas uma delas com valor do pedido de R\$ 150 bilhões de reais. A percepção do problema estrutural fez com que o juízo, ao invés de seguir o trâmite dos litígios comuns individuais, com declaração de direitos e condenação em reparações, preferisse adotar estratégias dialógicas para construir soluções estruturais.

Há problema até de captação de clientela por advogados, para ações individuais, pois são mais de 500 mil atingidos.⁵⁶⁹ O ajuizamento individual das ações reparatórias poderia sobrecarregar o sistema judicial e ao mesmo tempo não promover uma solução holística e isonômica, que alcançasse toda a região, pois os direitos atingidos pelo evento danoso são das mais diversas cores e dimensões.

Além de eventual multiplicação de demandas individuais no sistema judicial, o sistema judicial brasileiro enfrenta o ajuizamento de demanda em foros de outros países. A possibilidade de encaminhamento de demandas reparatórias em sistemas judiciais estrangeiros abre uma concorrência entre estruturas judiciais, e traz efeitos colaterais no encaminhamento das soluções estruturais que se tentam construir no Brasil, pela Justiça Federal e demais instituição envolvidas. É um fenômeno novo, que vem no bojo da globalização, esse acesso da cidadania a cortes estrangeiras.⁵⁷⁰

Desse exemplo, observa-se que o sistema judicial vem desenvolvendo o processo com vistas a construir, de modo participativo e dialógico, soluções estruturais, como também trazer reparação às vítimas. Pela dimensão do dano, o juiz precisa estabelecer diversos espaços de deliberação e incentivar a formação de tratativas extraprocessuais entre as partes. O sistema judicial assume apenas a coordenação estratégia do tratamento do litígio estrutural, evitando decisões impositivas, que não tenham sido objeto de deliberação entre os interessados.

Para esse desiderato, o juiz vem desenvolvendo o processo judicial como espaço de deliberações de políticas públicas de enfrentamento aos problemas causados pelo dano de maior impacto ambiental no país. Para a constituição do espaço deliberativo, fomenta a articulação entre diversas instituições, chegando, inclusive, a acolher a estruturação de uma entidade social (Fundação Renova), para cuidar de operacionalizações dos consensos no campo prático.

⁵⁶⁹ FUNDAÇÃO RENOVAR. **Relato de atividades**. Minas Gerais, 2016. Disponível em <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/themes/fundacao-2016/arquivos/relatorioatividades.pdf>> Acesso em 25 nov. 2018.

⁵⁷⁰ PARREIRAS, Mateus. Advogado britânico fala ao EM sobre ação de 5 bilhões de libras pela tragédia de Mariana. **Em.com.br** **Gerais**, 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/09/24/interna_gerais,991127/advogado-britanico-fala-ao-em-sobre-processo-pela-tragedia-de-mariana.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2018.

A judicialização dessa tragédia e os encaminhamentos que estão se mostrando necessários estão reclamando, para que haja a produção de soluções aos problemas estruturais, a mudança no modo de atuação do Judiciário para tratar demandas estruturais.

Com o acesso ao sistema judicial garantido pelo Estado Democrático de Direito, a participação cidadania nas reivindicações de direitos não se reduz aos espaços da política, do Legislativo, em que se oportunizam, por exemplo, a iniciativa popular de leis, o plebiscito, o referendo, o direito de votar e ser votado nos processos eleitorais de escolha dos dirigentes políticos. Pelo arranjo institucional desenhado na Constituição, toda a institucionalidade deve abrigar os mecanismos pelos quais a cidadania poderia contribuir nas decisões de poder, inclusive no sistema judicial.⁵⁷¹

Tem a cidadania, pela dimensão deliberativa e participativa positivada na Constituição, o direito de criticar, de pressionar, de influenciar e de reivindicar perante as instâncias deliberativas, sejam elas do Executivo, do Legislativo ou do sistema judicial. Para o exercício de revisão judicial da atuação política a Constituição arma a cidadania, habilitando-a, mediante garantia constitucional fundamental, para a proposição de ação popular que “vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.”⁵⁷²

Outrossim, há mecanismos coletivos de reivindicação no sistema judicial, que podem ser mobilizados por instituições sociais e públicas, onde se podem apontar falhas estruturais na burocracia pública de prestações materiais, reivindicando-se, mediante o ajuizamento de ações civis públicas a efetivação de direitos sociais pela solução estrutural.⁵⁷³

Nesses processos de implementação de direitos sociais, o juízo tem o papel de restabelecer o espaço público de deliberação, que de alguma forma se encontra obstado, seja por indefinição conceitual dos direitos pretendidos, seja por indisposição administrativa de prestar o serviço, seja por limitações estruturais e ou orçamentárias.

Para isso, além das especificações dos direitos e de sua caracterização como direitos sociais, cabe ao juízo muitas vezes promover a adequação dos procedimentos e das

⁵⁷¹ CABRAL. Antonio de Passos. *Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, 234, Out./Dez. 2003. p. 112. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45149/44793>>. Acesso em: 12 set 2018.

⁵⁷² Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁵⁷³ CABRAL. Antonio de Passos. *Pelas asas de hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, 234, Out./Dez. 2003, pp. 112/113. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45149/44793>>. Acesso em: 12 set 2018.

tutelas previstas em lei para atender as exigências do direito material sob discussão, proferindo os encaminhamentos para que sejam criadas as condições de possibilidade que propiciariam às instituições responsáveis pela efetivação da política pública judicializada exercerem os seus papéis e responsabilidades. Deve fazê-lo buscando participações e entendimentos, consensos e decisões a serem compartilhadas e compartilhadas pelas instituições envolvidas.

Cabe ao juízo nestas demandas estabelecer ou restabelecer as capacidades institucionais dos órgãos responsáveis pela efetivação dos direitos sociais pleiteados, quando houver limitações estruturais e orçamentárias evidenciadas e a concorrência de interesses entre cidadãos pela efetivação dos mesmos direitos.

A partir de negociações entre interessados podem ser criadas entidades para promover a governança do conflito, comunicar-se ao Legislativo a previsão orçamentária, calendários processuais, com a suspensão inclusive de prazos de prescrição para as ações individuais, como forma de evitar o ajuizamento massivo de ações individuais sobre o mesmo tema, que poderia prejudicar o desenvolvimento de uma solução consensualizada e que atendessem de modo integral toda a extensão do conflito.

Há outro litígio estrutural, cuja leitura da tramitação permite verificar a necessidade de utilização de recursos estratégicos no tratamento da demanda. Há um caso bem conhecido em Minas Gerais, que atualmente está em fase de tramitação diferenciada na Justiça Federal naquele Estado. O caso da desocupação humanizada de área pública situada às margens do Anel Rodoviário de Belo Horizonte e da BR 381/Norte, ocupadas por famílias que vivem há anos, em condições de vulnerabilidade social e física.⁵⁷⁴ Nessa atuação judicial, enfeixada agora sob a Ação Civil Pública nº 57367-09.2013.4.01.3800,⁵⁷⁵ vê sendo construídas soluções consensualizadas para a realização da desocupação de imóvel público, com o reassentamento das famílias em outros imóveis.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ SANTOS, Luana Carola; MAYORGA, Claudia. entre as fronteiras do morar e o direito de decidir: uma etnografia das famílias removidas da vil a da paz na cidade de belo horizonte. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 1. pp. 233-275. .2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26790/19541>>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁵⁷⁵ MOTTA, Dayse Starling. **Remoções forçadas decorrentes de projetos de moradia digna**. 2016. Dissertação (mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte).

⁵⁷⁶ O juiz federal, André Prado, que coordena os diálogos institucionais do projeto, assim se manifestou: “examinamos todos os feitos e começamos a nos focar no que, de fato, era o escopo da ação: reassentar famílias humildes ocupantes da faixa *non aedificandi* do anel rodoviário e BR 381. Diversos feitos foram devolvidos às varas de origem por não estar seu objeto compreendido no âmbito do escopo do programa. Unificamos as contas de pagamento da ação civil pública para que os gastos passassem a ser exclusivamente com a aquisição de moradias. Separamos as contas da desapropriação por interesse público daquelas destinadas ao pagamento das moradias para reassentamento. Fizemos e estamos fazendo mutirões de conciliação nas ações de desapropriação por utilidade pública, de forma a maximizar a resolução de conflitos e distribuir os valores nas respectivas ações para processamento final pelas varas, vez que os encontrei concentrados na Ação Civil Pública”. Cf. Programa Concilia BR 381 e Anel entrega os primeiros registros de propriedade aos reassentados. **Jusbrasil**, 2018.

A partir de determinações de despejos em favor da Administração Pública, houve ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União, tentando-se promover reassentamento dos moradores de áreas públicas a margens da BR 381/Norte. Diante do imbróglio, em que estão tencionados os interesses da administração em promover melhorias na malha viária, com a retirada de famílias que ocupavam indevidamente área pública, com destinação especial ao transporte, e os interesses dos moradores dessas áreas públicas a terem as condições básicas e necessárias à dignidade humana, vem sendo desenvolvidas as ações planejadas de reassentamento dessas famílias, mediante a construção de soluções consensualizadas, que envolvem a participação de diversas instituições públicas e sociais.⁵⁷⁷

O sistema judicial se transformou em autêntico espaço deliberativo, aberto a produção de linguagem dialógica, que estrutura a formulação de planos de ações, composto de diversas atividades, a serem concatenadas e compartilhadas pela participação de diversas instituições públicas e sociais.

Ao invés de promover-se a execução de medidas administrativas e judiciais para se assegurar a posse das áreas públicas à Administração Pública Federal, a Justiça Federal, percebendo as repercussões sociais e o quadro de absoluta violação a direitos fundamentais, preferiu desenvolver um programa social para desocupação humanizada das famílias, compreendendo o problema social dessas famílias, cuja remoção compulsória, sem as devidas cautelas e ações sociais, poderia lançar essas famílias ao relento, agravando ainda mais o quadro de violação a direitos.

Assim, a Justiça Federal, no curso da ação civil pública, decidiu criar o Programa Judicial de Conciliação para Remoção e Reassentamento Humanizados das Famílias do Anel Rodoviário e BR 381/Norte. Esse programa compreende várias ações sociais e objetiva a retirada de todas as famílias que estão na área pública, fazendo essa retirada, todavia, de forma humanizada e programada, concedendo alternativas de moradias a essas famílias.

Para esse Programa, houve a criação do Conselho Executivo do Programa de Reassentamento, com caráter deliberativo e com objetivo de promover o entendimento prévio das partes acerca das questões relacionadas à execução do programa, evitando-se com isso a judicialização de ações individuais, o que poderia provocar perda da unidade e integralidade

Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/544344341/institucional-programa-concilia-br-381-e-anel-entrega-os-primeiros-registros-de-propriedade-aos-reassentados?ref=serp>>. Acesso em: 27 out. 2018.

⁵⁷⁷ Edital de Intimação. TRF1 - Seção Judiciária de Minas Gerais | TRF1-SJMG. **Escavador**, 2018. Disponível em: <<https://www.escavador.com/diarios/685376/TRF1-SJMG/judicial/2018-07-27?page=70>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

das soluções judiciais, em total confronto com o princípio da isonomia e com a equidade da ação judicial em demandas por justiça distributiva.

Para o Conselho, houve a previsão de composição com a participação de representante de cada órgão: Ministério Público Federal (MPF), Defensoria Pública da União (DPU), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), Companhia Urbanizadora e de Habitação de Belo Horizonte (Urbel) e movimento Comunidade dos Moradores do Anel Rodoviário (Cmar). Também, optou-se pela realização de audiências públicas, inspeções judiciais, cadastramento das famílias realizado por equipes multidisciplinares, identificação e avaliação das moradias que serão removidas, licitações através de regime diferenciado de contratação integrada, elaboração de projeto geométrico e de simulação de tráfego, reassentamento das famílias, realização de acordos e parcerias entre instituições interessadas na solução do problema, como o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem (DER-MG), Justiça Federal, União, Defensoria Pública da União, Caixa Econômica Federal, Projeto Rondon, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Caixa Econômica Federal (CEF), mediante diálogos institucionais, objetivando-se a solução pacífica da desocupação de uma área estratégica para a segurança do tráfego no referido Anel Rodoviário.⁵⁷⁸

Houve a previsão no programa de compra assistida, a fim de que as famílias já removidas e que estão morando de aluguel social - solução que foi provisória - possam adquirir definitivamente unidades habitacionais disponíveis no mercado ou indicadas pela Caixa Econômica Federal (CEF) e pela Urbel, podendo o beneficiário indicar imóveis que atendam aos critérios estabelecidos no termo de acordo. Nessa atuação estratégia da Justiça Federal, mediante diálogos institucionais, reconhece-se a importância da ampliação do Anel Rodoviário para o desenvolvimento de toda a região, mas ao mesmo tempo se garante o direito à moradia digna para as famílias que há décadas residem no local.⁵⁷⁹

Diante dos impactos sociais decorrentes das obras rodoviárias, de execução complexa pelos efeitos sociais causados,⁵⁸⁰ em que há a previsão de contratos de obras públicas

⁵⁷⁸ SJMG: Realizadas audiências do projeto de desocupação humanizada da BR 381 e do Anel Rodoviário de Belo Horizonte/MG durante semana da conciliação. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/220535612/sjmg-realizadas-audiencias-do-projeto-de-desocupacao-humanizada-da-br-381-e-do-anel-rodoviario-de-belo-horizonte-mg-durante-semana-da-conciliacao>>. Acesso em: 23 out 2018.

⁵⁷⁹ MPF/MG: acordo garante assentamento definitivo para 264 famílias do anel rodoviário de Belo Horizonte. **MPF**, 2017. Disponível em: <www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-mg-acordo-garante-assentamento-definitivo-para-264-familias-do-anel-rodoviario-de-bh>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁵⁸⁰ O juiz federal André Prado destacou a sensibilidade para a justiça social, registrando a importância dos diálogos institucionais e da necessidade de inovações processuais, sob argumento de que o sistema judicial não tem condições de enfrentar sozinho o problema. Fez as seguintes considerações sobre esse litígio: “Assim, cada tostão que tivermos, há de ser gasto com a tarefa de dar a esses cidadãos brasileiros essa condição, condição de cidadão.

de duplicação e de melhoria viária superando a cifra dos R\$ 2,1 bilhões, a Justiça Federal teve de conciliar interesses divergentes, estruturando espaços de deliberação pública, com a participação de todos, para que houvesse o planejamento da desocupação, e que esta fosse realizada de forma humanizada, prestigiando-se ao mesmo tempo a cidadania social e o desenvolvimento local, consensualizando-se as instituições parceiras. Com isso, dada a importância da obra pública, conseguiu convencer à Administração Pública para que reservasse R\$ 50 milhões para o reassentamento das famílias que residiam na área pública, onde seriam feitas as obras públicas e que estavam ocupadas indevidamente. Para esse desiderato, houve a elaboração, por diversas mãos, de um planejamento, com metas a serem alcançadas, restando consensualizado que na aquisição dos novos imóveis para os beneficiários que residem na área do DNIT a aquisição do novo imóvel levaria em consideração as características de cada família cadastrada, tomando-se por referência a presença de idosos, crianças, pessoas com mobilidade física e motora reduzidas, enfermidades graves, entre outras.⁵⁸¹

Vê-se, portanto, que a partir de uma ação civil pública ajuizada na Justiça Federal pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União, em que se pretendia um pedido certo e determinado, houve a necessidade de adaptações nos procedimentos previstos na legislação processual para os litígios comuns. A complexidade do problema levado à justiça, retirar famílias de área pública, que estão em situação de vulnerabilidade social e lhes conferir direitos sociais de moradia, exigiu a adoção de estratégias processuais diferenciadas, em que foram prestigiados os diálogos institucionais para a construção de soluções e encaminhamentos.

O sistema judicial teve de adaptar os ritos processuais para alcançar a implementação de direitos sociais veiculados na ação civil pública. Sabe-se que há disposições no Código de Processo Civil que estabelecem que o pedido deva ser certo e determinado.⁵⁸²

As demandas são imensas e nossas necessidades, muitas; precisamos de todos e de tudo sempre, para mudar essa triste realidade que nos envergonha como mineiros. O Poder Judiciário não é capaz de resolver o problema sozinho. Tenho certeza, contudo, que com boa fé, trabalho duro e comunhão de esforços superaremos esse imenso desafio cuja solução começa a ocorrer hoje”. Cf. Programa Concilia BR 381 e Anel entrega os primeiros registros de propriedade aos reassentados. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/544344341/institucional-programa-concilia-br-381-e-anel-entrega-os-primeiros-registros-de-propriedade-aos-reassentados?ref=serp>>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁵⁸¹ Mais agilidade no reassentamento da BR-381 e Anel de BH. **DNIT**, 2017. Disponível em: <www.dnit.gov.br/noticias/mais-agilidade-no-reassentamento-da-br-381-e-anel>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁵⁸² Art. 322. O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé; Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

Conteúdo nessas demandas complexas, como o plano de ações vai sendo elaborado ao longo das deliberações públicas, as soluções vão sendo construídas e objetivam muito mais responder ao conflito em sua integralidade, do que propriamente responder ao pedido formalizado pelo autor da demanda.

Na verdade, o autor leva o conflito para a justiça e apresenta o direito como esquema de interpretação e de formulação de soluções, a fim de que seja superado o quadro de violação a direitos sociais. Portanto, embora existam uma correlação e uma congruência entre pedido e resposta judicial, essa relação pedido/resposta judicial não pode se restringir a uma reprodução exata, como se as decisões judiciais fossem reflexos perfeitos dos pedidos do autor.⁵⁸³

O pedido, no quadro do conflito trazido, constitui uma referência para encaminhamentos, e não pode servir de restrição formal à construção de soluções consensualizadas entre as partes. Nos conflitos de interesse público, as formas devem ceder aos interesses pela solução prática acerca do problema trazido pelas partes processuais, e as repostas judiciais devem estar mais referenciadas no pragmatismo, nas consequências das soluções e dos encaminhamentos, do que nas ontologias do pedido. Nesses processos, as formas devem ser plásticas e flexíveis, adaptáveis à linguagem aberta que estrutura os espaços deliberativos, com porosidade para receber as contribuições de todos os interessados.⁵⁸⁴

Lembre-se que, nos litígios de interesse público, o processo não representa uma metodologia certificadora do pedido, mas representa um mecanismo pela qual se constroem, de modo dinâmico, respostas judiciais que garantem a efetivação de direitos fundamentais ao quadro de conflitos trazido.⁵⁸⁵ E essas repostas precisam ganhar legitimidade não apenas

⁵⁸³ “Quebra da Congruência entre Pedido e Tutela Jurisdicional. Os arts. 497, 498, 536, 537 e 538, CPC, possibilitam não só o emprego de técnicas processuais atípicas para cumprimento das sentenças mandamentais e executivas (arts. 536 e 538, § 3.º, CPC), quebrando assim o dogma da congruência entre pedido imediato e sentença, mas quebram igualmente o dogma da congruência entre pedido mediato e sentença, viabilizando não só a obtenção de tutela específica, mas também a prestação de tutela pelo resultado prático equivalente de ofício pelo juiz (art. 497, caput, CPC). Apenas a conversão da tutela específica ou da tutela pelo resultado prático equivalente em tutela pelo equivalente monetário encontra-se abrigada pelo princípio da demanda, sendo indispensável o pedido da parte (art. 499, CPC, excetuada a hipótese de impossibilidade intransponível da tutela específica ou do resultado prático equivalente). Tais preceitos, nesta linha, são exceções aos arts. 141 e 492, CPC.” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3. ed. Rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 287.

⁵⁸⁴ “Dentro do estudo da tutela jurisdicional de direitos, encontra-se ainda a importante noção de tutela jurisdicional diferenciada. A temática da diferenciação de tutelas surge no contexto da preocupação com a efetividade do processo e decorre da idéia da adaptabilidade da tutela jurisdicional à sua própria finalidade.” Cf. GODINHO, Robson Renault. Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional.” In: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial** / Coordenação de Eduardo Ferreira Jordão, Fredie Souza Didier Jr. – Salvador: JusPodivm, 2007. p. 878.

⁵⁸⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER, Fredie e outros. **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Forvm, 2012. p. 97.

material, atendendo de modo eficiente o pedido, mas precisam ganhar legitimidade, agregando as contribuições dos sujeitos participantes no processo, a fim de que ganhem sustentabilidade.

Outro aspecto relevante no caso do Anel Rodoviário e da BR 381/Norte é a multiplicidade de interesses. Há interesses de Moradia, interesses relativos à vida, à dignidade humana, interesses relativos ao desenvolvimento da região, interesses relativos à melhoria do tráfego etc. Não se podem, então, delimitar os dois polos, entre autor e réu. Na verdade, cidadãos, agentes, instituições gravitam todos em torno de um conflito multidimensional, concernente a necessidade de retirada de famílias de uma área pública e de risco em um quadro de violação a direitos fundamentais, concernentes às condições básicas para uma vida digna. Nesse ponto, cabe citação a Arenhart:

Com esses instrumentos, enfim, vence-se a visão dicotômica do processo tradicional, permitindo que a relação processual se desenvolva de maneira plúrima, multifacetária e não necessariamente na base do antagonismo entre polos. O processo comum, de cunho individual, trabalha sempre com a lógica de que há duas visões sobre o problema, que são necessariamente antagônicas: um quer cobrar, mas o outro não quer pagar; um quer a propriedade de bem que é contestada por outro etc. No ambiente das políticas públicas, porém, a visão deve ser diferente. De um lado, porque os processos envolverão, sem dúvidas, várias visões e vários interesses diferentes, que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos. Por outro lado, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum.⁵⁸⁶

No caso em apreço, há uma multiplicidade de interesses, que se organiza para deliberação em estrutura processual bem diversa da estrutura bipolar dos litígios comuns, que costumam visitar os foros, em que há posições bem definidas entre autor e réu.⁵⁸⁷ No litígio de interesse público, não há posições antagônicas e adversariais assumidas pelas partes, na condição de autor/réu. Há diversas posições assumidas dinamicamente pelas partes interessadas e pelas instituições, todas vetorizando interesses no sentido de efetivar direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo observando suas capacidades institucionais. Os antagonismos muitas vezes sequer se referem à questão de mérito em si, concernem mais a condições estruturais e a limitações institucionais, que estão a impedir a efetivação dos direitos sociais reivindicados.

⁵⁸⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão. **Revista de Processo Comparado**, 2016. p. 9. Disponível em: <revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018

⁵⁸⁷ “Una característica de esta controversia es que ella es representada en la litis como una controversia adversarial. En tal sentido, el reclamo de una posición jurídica, por parte de un actor, significa lógicamente la negación de la posición jurídica reclamada por el otro. En concordancia, los litigios bipolares nos ofrecerán un escenario, y una dinámica, indiscutiblemente adversarial. Ella exigirá de reglas de solución predominantemente inspiradas en la justicia conmutativa, retributiva y/o restaurativa.” Cf. PUGA, Mariela. El litigio estructural. **Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo**, ano 1, n. 2, nov. 2014. p. 49. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

Mostra-se complexo, com estrutura multipolar, o litígio de interesse público em que se busca garantir direito a uma moradia digna e adequada a famílias que ocupam há anos as faixas de rodovias federais, de domínio da União e, portanto, não edificantes. A partir do instante em que essas famílias tiveram de ser removidas compulsoriamente dessa área pública em que moravam e corriam toda sorte de riscos de acidentes, o sistema judicial teve de articular soluções conclamando a presença de instituições que sequer haviam sido chamadas ao processo judicial. Esse o caráter multipolar do litígio. Essas instituições foram chamadas para participar da construção das soluções porque tinham a responsabilidade constitucional ou administrativa de efetivar direitos sociais. A construção dessas soluções exigiu até a organização dos beneficiários, que foram estimulados a participarem de movimentos e de comissões.

Não é uma tarefa simples retirar famílias que vivem indevidamente em área pública, há muitos anos, sem condições básicas de dignidade, sem serviços públicos mínimos, sem que se lhes concedam alternativas de moradia. Essas famílias residem em trechos de rodovia pública que necessitavam de duplicação, melhoramentos e ampliação de capacidade e segurança de transporte. Vivem em situação de vulnerabilidade social e humana, ameaçadas de acidentes.

Aproveitou-se o momento de necessidade de retirada para se construir uma política pública de efetivação de direitos sociais de moradia. A elaboração dessa política pública no âmbito do sistema judicial não segue a lógica antagonista da estrutura bipolar, mas a lógica deliberativa e participativa, com a participação de todos os interessados.

A retirada dessas famílias da situação de risco e que de alguma forma estava obstaculizando a melhoria da estrutura viária para o transporte, exigiu um conjunto de articulações institucionais que resultassem em soluções práticas. As decisões a serem tomadas precisavam de planejamento, para ganharem consistência sistêmica, como também necessitavam da adesão dos beneficiários para ganharem legitimidade e aderência na realidade, esmaecendo eventuais resistências. Hoje, o programa conta até com sítio na Internet, para fazer com que a informação circule entre interessados e toda a comunidade, mantido por diversas instituições sociais e públicas.⁵⁸⁸

Quando foram judicializados os interesses que se mostravam conflitantes, interesse de melhoria do fluxo do trânsito na Rodovia Federal *versus* interesses de moradores na faixa da Rodovia pública, o sistema judicial teve de desenvolver estratégias processuais

⁵⁸⁸ Há um sítio na Internet, mantido por diversas instituições públicas e sociais. Há todas as informações mais importantes sobre o processo e sobre os atos mais importantes. Cf. **Concilia Br-381 e Anel**. Belo Horizonte, 2018, Disponível em: <<http://www.conciliabr381anel.com.br/acervo>>. Acesso em: 26 out 2018.

diferenciadas, envolvendo todas as partes interessadas, bem como trazendo outras instituições para o processo, para juntos construírem soluções pacíficas para harmonizar essa tensão, fazendo do litígio uma oportunidade para a elaboração de política pública capaz de efetivar o reassentamento das famílias envolvidas, em condições de moradia digna. A efetivação dos direitos sociais ao mesmo tempo possibilita a desobstrução de áreas da Rodovia BR 381, que promove o desenvolvimento econômico e social de toda a região. Vejam a complexidade desse conflito e a forma de encaminhamento de modo a harmonizar tantos interesses que estavam em conflito, e que graças às estratégias processuais permitiu-se a elaboração de soluções harmonizantes.

A construção das soluções, seus encaminhamentos no plano prático, exigem novas linguagens para as instituições, bem diferente da linguagem impositiva de direitos. Observe-se que o sistema judicial não assumiu o monopólio da verdade jurídica, apenas estabeleceu as condições para que houvessem deliberações participativas, de modo horizontal entre as partes, abrindo oportunidades para diálogos. Esses diálogos só são possíveis em ambientes processuais abertos, com predisposição a debates e deliberações, objetivando-se sempre a implementação dos direitos e a pacificação social.

Para responder a essas novas reivindicações por direitos sociais, de natureza política e de evidente complexidade, há a necessidade de ressignificação do próprio papel do Judiciário, ao assumir a responsabilidade por conflitos de natureza política e social, com o desenvolvimento de novas estratégias de atuação processual, em que se evidenciem a negociação, o compartilhamento de responsabilidade, a adoção de medidas e planos de ações a serem efetivados de modo concatenado, de modo gradativo no tempo.⁵⁸⁹

Pela natureza política das ações, as soluções não podem vir elaboradas sob uma lógica do tudo ou nada, decorrentes de um raciocínio em que a regra seja a premissa maior e os fatos a premissa menor.⁵⁹⁰ Como o discurso constitucional tem uma textura aberta, principiológica, a produção de sentidos se submeterá a um jogo de ponderações entre princípios, de razoabilidade, com uma narrativa coerente formada a partir das contribuições dos atores processuais.

Nessa prática de produção de sentido, a atuação judicial não pode se limitar a produção de decisões judiciais fechadas, como manifestações de certezas acerca de uma questão

⁵⁸⁹ ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>; Acesso em: 13 fev. 2017.

⁵⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

jurídica sobre o passado, passíveis de cumprimento em uma segunda etapa do processo, sem que haja a participação das partes interessadas. As respostas judiciais, porque precisam se efetivar no tempo, de modo programado, como plano de ações, com a participação e a colaboração das instituições envolvidas na consecução da política pública, vêm esculpidas de modo aberto, viabilizando a execução, sempre mais complexa que as ações por direitos individuais.

A solução para problemas de direitos sociais não é uma questão de anulação ou de revisão judicial da atuação política, nos moldes *check and balances*, mas concerne ao desenho de estruturas de serviços, que exigem a mobilização de recursos orçamentários, notadamente escasso, e de uma atuação mais cooperativa do sistema judicial com o desenho das soluções. Muitas vezes essas soluções são provisórias e experimentais, daí a necessidade de o Judiciário usar uma linguagem mais aberta para acomodar eventuais adaptações que se fizerem necessárias ao longo do processo.

Em razão da judicialização dos direitos sociais, levam-se ao sistema judicial problemas que em princípio estariam reservados ao sistema político. Sabe-se que a implementação de direitos prestacionais (oferecimento de bens e serviços) importam estruturas e logística de serviços, programação de custos, aquisição de insumos, despesas, em meio também a um quadro de limitação orçamentária. Essa organização dos sistemas prestações, então, deve estar sob a responsabilidade da atuação política, para onde se reserva um espectro mais largo de exercício da discricionariedade.

A judicialização dessa atuação pública, para reforma ou construção de estruturas, exige uma atuação diferenciada do sistema judicial, pois a margem de discricionariedade política exigida para o desenho das soluções, para programação de sua efetivação, de alguma forma permanece no processo judicial.

Registre-se o aspecto promocional e finalístico dos direitos sociais. O Judiciário não pode perder de vista esse aspecto pragmático dos direitos sociais, de construir vias sociais para a implementação das condições básicas e necessárias para uma vida digna. A dimensão transformadora dos direitos sociais torna o sistema judicial protagonista da questão social no Brasil,⁵⁹¹ a exigir atuação diferenciada na apreciação dessas demandas.

Pela natureza promocional dos direitos sociais, os litígios em torno de sua efetivação reclamam novos padrões de relacionamento do sistema judicial com todos os atores

⁵⁹¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. p. 41. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

envolvidos no conflito, menos impositivo e mais colaborativo, bem como uma visão mais prospectiva para a elaboração de soluções práticas, e não meramente retrospectiva, como nos litígios comuns, em que se apuram ilícitos e se especificam responsabilidades, no sentido de se restabelecer uma dada situação.

Nos litígios por efetivação de direitos sociais, classificados como litígios de interesse público⁵⁹², o processo judicial não pode seguir a mesma metodologia utilizada para os litígios comuns. Nos litígios comuns as partes procuram o Judiciário para que este emita um juízo de certeza acerca de fatos e direitos controvertidos entre réu e autor. De sua parte, nos litígios de interesse público, estruturais, o processo se desenvolve como espaço deliberativo de construção de soluções, na forma de planos de ação, que haverão de atuar sobre a realidade - transformando essa realidade - dado o caráter promocional da reivindicação, referendada pela gramática constitucional.

Em tema de direitos sociais, o sistema judicial agrega esses novos sentidos promocionais, com o propósito de transformar uma realidade. Assim, quando esses direitos são judicializados o sistema judicial deve estruturar o espaço deliberativo, convocando todas as instituições que possam colaborar para a construção das soluções. Estas decisões elaboradas nos diálogos institucionais são depois implementadas na forma de planos de ação, prevendo-se os atos a serem encaminhados por cada uma das instituições partícipes.

Há um outro exemplo de litígio estrutural, onde se observam estratégias processuais diferenciadas para a construção de soluções, com resultados relevantes para a melhoria dos serviços públicos de saúde. Na Justiça Federal no Piauí, tramitou um litígio estrutural bastante singular, em que o processo foi estruturado como espaço deliberativo, para a construção de soluções estruturais de oferecimento de serviços e bens relativos à saúde pública. Esse litígio, apresentado pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União, fora veiculado na ação civil pública nº 2008.40.00.002529-9.⁵⁹³

⁵⁹² Consideram-se litígios de interesse público (*public interest litigation*) aqueles apresentados por organização pública ou social com o propósito de promoverem mudanças sociais. São litígios que buscam transformações estruturais nas estruturas de Estado, para a efetivação de direitos e de valores democráticos constantes na constituição. Cf. BERGALLO, Paola. **Justice and Experimentalism: The Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina**. SELA (Seminário em Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 44. 2005. p. 1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3049992>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

⁵⁹³ As informações aqui trazidas acerca desse processo foram em parte colhidas em dissertação de Mestrado Acadêmico, em políticas públicas, de Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Piauí. Cf. ARAÚJO, Gilson Soares de. **Judiciário e políticas públicas: círculo de Conciliação em Políticas Públicas como espaço de discussão e instrumento concretizador das políticas públicas do estado do Piauí**. 2018. Dissertação de (mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Piauí, Teresina. UFPI. Disponível em: <http://repositorio.ufpi.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1323/Disserta%C3%A7%C3%A3o_GILSON%20SOARES%20DE%20ARA%C3%9AJO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2018.

Esse caso, com estrutura multipolar, com a participação de diversas instituições, afigura-se também exemplar para se conhecerem as estratégias dialógicas que o sistema judicial teve de desenvolver para construir soluções sustentáveis à justa da demanda formulada na ação coletiva.⁵⁹⁴

Apresenta-se aqui breve apresentação da tramitação, pois se mostra necessária para compreensão das estratégias diferenciadas utilizadas nos litígios estruturais. Na apresentação, podem-se pontuar aspectos e características singulares dos litígios estruturais, a exigirem também respostas judiciais diferenciadas, baseadas em diálogos institucionais, inclusive com a flexibilização e com a adaptação de procedimentos processuais.

A autoria veiculou pedido certo e determinado, no sentido de assegurar ao paciente/cidadão o direito ao adequado tratamento médico-hospitalar, condizente com sua patologia, independentemente de sua residência ser de outro Estado da federação. Descreveu-se, além da ineficiência da prestação de serviços oferecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, que vinha levando a óbito cidadãos brasileiros, um contexto de permanente e reiterada negativa de prestação de serviços de saúde pelo sistema de saúde no Estado do Piauí a cidadãos brasileiros com residência em outros Estados da Federação.

Segundo a inicial, o Sistema de Saúde de Teresina, seguindo protocolos burocráticos engendrados pelo Ministério da Saúde, acabava inviabilizando o acesso a saúde ao cidadão vindo de outros Estados, ao exigir do cidadão um conjunto de providências meramente protocolares, a serem desenvolvidos em seus Estados de origem. Essa burocracia consistia na necessidade de o paciente voltar ao Estado de origem (Maranhão, Pará, Tocantins, Ceará e outros), procurar a unidade de saúde e percorrer todo um fluxo de ações meramente burocráticas, que acabava inviabilizando o retorno do paciente a Teresina, levando muitas vezes o paciente ao óbito.⁵⁹⁵

Observe-se que o processo iniciou como litígio comum, com autor e réus identificados, posicionados pela estrutura bipolar em campos antagônicos. Apresentou-se um pedido certo e se levantou uma pretensão resistida por algumas instituições públicas. Nesse modelo simples de demanda, caberia ao juiz proferir uma decisão que resolvesse o conflito,

⁵⁹⁴ Na entrevista concedida pela juíza federal que conduziu e conduz o litígio, há informações sobre o processo. Cf. MENDES, Marina Rocha Cavalcanti Barros. [maio, 2016]. Teresina: **Primeira Região em Revista**, a. VI, n. 67, maio 2016. Entrevista concedida a Thainá Salviato. Disponível em: <portal.trf1.jus.br/data/files/A2/22/C2/8E/E856D510303F5EB5F42809C2/TRF%20em%20revista%20-%20entrevista.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

⁵⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde. **Portaria nº 39**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2006/prt0039_06_02_2006.html>. Acesso em: 27 out. 2018..

determinando a efetivação dos direitos reivindicados coletivamente. Poderia o juízo, segundo a inicial, inclusive deferir uma antecipação dos efeitos da tutela requerida.

Apesar de ajuizado em 2008, o processo passou longos anos sem atos importantes, salvo a denegação da antecipação de tutela requerida. À medida que as respostas dos apontados réus chegaram ao processo, percebeu-se que não havia propriamente uma pretensão resistida, mas uma impossibilidade material e estrutural de oferecimento de serviços de saúde pelo sistema de saúde municipal de Teresina, na forma e na extensão reivindicada pelo autor. Reconhecia-se que havia de fato um quadro de violação de direitos fundamentais, e que era necessário construir soluções práticas para superar esse contexto de restrição a direitos.

Muito importante para compreensão desse caso concreto, apontado como litígio estrutural, trazer as alegações dos apontados réus na inicial. Isso porque se observa a inexistência de pretensão resistida, sequer há dúvidas sobre a constitucionalidade da pretensão do Ministério Público Federal, autor da demanda. Com as respostas, daí a importância de trazê-las aqui as alegações, fica caracterizado o aspecto multipolar da demanda, em que diversas instituições estão envolvidas para a construção da solução à questão do sistema de saúde trazida no litígio. Havia a necessidade de articulação institucional, como também a necessidade de mais recursos orçamentários, para o encaminhamento de soluções.

A resistência dos apontados réus na inicial se baseou em razões exclusivamente estruturais. Não houve propriamente resistência em relação ao mérito do pedido, o direito de saúde assegurado a todos os brasileiros, independente da naturalidade e residência. Alegaram que empreendem todos os esforços, dentro de estrutura e limites orçamentários, para oferecer serviços de saúde eficiente, e que não conseguiriam atender a uma demanda imprevisível por tratamento de alta complexidade, que reclamam elevados recursos orçamentários.

No curso do processo coletivo, houve uma mudança de percepção dos atores em relação ao litígio. O sistema judicial foi percebendo, à medida que as manifestações das partes interessadas foram chegando aos autos, que o quadro de violação a direitos sociais pelo sistema municipal de saúde de Teresina decorria não da má vontade da institucionalidade pública, da resistência imotivada à pretensão da cidadania de efetivação de direitos sociais.

Na verdade, os direitos sociais estavam sendo negados em razão de falhas estruturais, de insipiência estrutural para atender demandas de tratamento médico-hospitalar de alta complexidade. Não havia propriamente uma pretensão resistida, uma lide, mas a patente impossibilidade de o sistema de saúde municipal atender à crescente demanda de usuários de saúde residentes em outros entre Estados da Federação. Não havia organização médico-

hospitalar, com serviços de diagnósticos e com recursos terapêuticos capazes de atender a essa demanda reivindicada pelo Ministério Público Federal.

A tramitação do processo judicial mostrou que a implementação do pedido no plano prático exigia um conjunto de ações, a depender de diversas instituições. Observou-se ao longo do processo que não havia má vontade da rede municipal de saúde em oferecer os serviços. Estava-se diante de absoluta falta de estrutura e de recursos orçamentários para atender a demanda crescente de cidadãos que acorriam de outros Estados da Federação, e sem que houvesse a devida compensação dos custos entre o Estado de origem e o sistema de saúde municipal de Teresina. Cuidava-se, portanto, de uma demanda complexa, típica dos litígios de interesse público, em que se reivindicavam direitos sociais em contextos de falhas estruturais.

A solução dependia da convergência de esforços de outras instituições, vinculadas a outras entidades federativas, sendo necessário o reforço na arquitetura organizacional da saúde municipal, para incorporar novos processos, aumento dos recursos humanos e aperfeiçoamento dos sistemas informacionais, que exigiam mais recursos orçamentários, que deveriam chegar de outras unidades federativas. Restou evidente ao longo da ação judicial que a solução dependia de decisão política a ser compartilhada por diversas instituições, para a qual o Município de Teresina não tinha suficiente força política para agregar todas as instituições.

Tratava-se, pois, de um litígio estrutural, de insuficiência da rede pública de saúde municipal para atender pacientes vindos de outros Estados da Federação. A Judicialização do conflito se mostrou imprescindível para a solução do problema prático. Sem a participação do sistema judicial na construção das soluções o problema permaneceria. A instauração do processo coletivo judicial permitiu ao Judiciário conclamar todas as instituições que eram responsáveis solidariamente, fazendo com elas participassem com interesse da construção de soluções.

Como essa negativa afrontada direitos federativos e direitos fundamentais, todos justiciáveis, o sistema judicial resolveu adotar estratégias processuais diferenciadas e dialógicas, desenvolvendo o processo como espaço deliberativo de construção de soluções práticas, com a participação de instituições que sequer estavam no início do processo. Então, as soluções foram sendo construídas por diálogos institucionais coordenados pelo sistema judicial.

Em 30 de julho de 2014, houve a primeira audiência pública de conciliação. Nessa audiência se fez menção a reunião extrajudicial entre Estados do Maranhão, Piauí, Municípios de Caxias, Timon, São Luís e Teresina, mas sem solução.

Com as tratativas extrajudiciais encaminhada, o caráter multipolar da demanda foi reconhecido processualmente. No dia 30 de outubro de 2014, na segunda audiência de conciliação, participaram, além das partes, outras instituições que sequer estavam nos autos. Vieram representantes de hospitais, do Ministério da Saúde, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público do Maranhão, da secretaria Estadual de Saúde do Maranhão, Secretários e gestores municipais.

Nessa audiência, restou também reconhecido que a demanda não poderia ser respondida com uma única tutela judicial. Em face da insuficiência da estrutura do sistema de saúde de Teresina, que se mostrava evidente, havia a necessidade de se incorporar ao processo judicial outras instituições, para que fosse elaborado, com a participação dos interessados, um plano de ação capaz de estruturar os serviços de saúde para receber os pacientes vindos de outros Estados da federação. Restou consensualizado que não havia propriamente uma questão de direito, mas uma questão estrutural que estava impedindo a implementação do direito social à saúde, e o encaminhamento de soluções dependia da colaboração e cooperação de diversas entidades.

As partes, então, concordaram em cumprir uma agenda de atividades, entre as quais: elaboração de diagnósticos das centrais de regulação dos Estados do Piauí e do Maranhão, apresentando-se medidas concretas para o pleno funcionamento e adequação às exigências do Sistema de Único de Saúde; formação de uma comissão, composta por representantes do Município de Teresina, Estado do Piauí e Ministério da Saúde, para elaboração de estudo da oferta e capacidade instalada do Estado do Piauí; possibilidade dos pagamentos parcelados do passivo serem efetuados pela União Federal ao Município de Teresina, com retomada imediata do atendimento dos pacientes do Maranhão.

Em 27 de janeiro de 2015, houve nova audiência de conciliação. Nesse momento, consignaram-se dois tipos de problemas: a) exame da deficiência dos processos de regulação de assistência à saúde a pacientes residentes em outras entidades federativas (documentação de capacidade instalada e de fluxos de pacientes e pagamentos); b) falta de estrutura de atendimento da demanda existente no Piauí e no Maranhão. Em face desses dois problemas classificados, as partes acordaram em cumprir uma agenda de ações, entre as quais: a) instalação de uma Câmara de Compensação pelos Estados do Piauí e do Maranhão; b) designação de nova audiência com “a finalidade de tratar da abertura do serviço de oncologia do Hospital Universitário”, ampliando-se a capacidade de atendimento do sistema aos pacientes oncológicos. Diversas instituições participaram dessa audiência.

Em 26 de fevereiro de 2015, na quarta audiência de conciliação, as partes fizeram novo acordo, constando os seguintes consensos: 1) Considerando-se que o Hospital Universitário é público, considerando-se que o *deficit* existente no tratamento dos pacientes oncológicos, considerando-se a previsão de serviço oncológico no plano operativo anual e no plano estratégico biênio 2015/2016 do Hospital Universitário da UFPI, as partes requereram a União o encaminhamento de um acelerador linear ao Hospital Universitário, comprometendo-se este Hospital a instalar o serviço de oncologia.

Em 3 de maio de 2016, houve a instalação da Unidade de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon), no Hospital Universitário da Universidade Federal do Piauí, com 25 leitos de internação, cinco de UTI e 12 poltronas de quimioterapia ambulatorial.

Mesmo com esse reforço na estrutura de serviços do sistema de saúde de Teresina, com a estruturação de serviços oncológicos, construído a partir das deliberações judiciais que abriram a oportunidade para diálogos institucionais, o problema estrutural trazido pelo processo judicial coletivo ainda não foi integralmente solucionado. A demanda permanece, com novas agendas, mostrando que os litígios estruturais não se encerram com uma única decisão, mas permanecem enquanto não forem resolvidos os problemas estruturais. Os diálogos abertos estimulam a construção de novas estruturas, para o enfrentamento da questão de saúde no Estado.

Ainda no início de 2018, em razão dos diálogos institucionais abertos pela atuação da Justiça Federal, o Hospital Universitário da Universidade Federal do Piauí (HU-UFPI), filiado à Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), estava recebendo aparelho de radioterapia – Acelerador Linear de Partículas. O equipamento vai melhorar o tratamento dos pacientes oncológicos no HU. As tratativas de aquisição se iniciaram ainda em 2015, “a partir de projeto de conciliação em Políticas Públicas desenvolvido pela Justiça Federal, que culminou, em maio de 2016, na instalação da Unidade de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon), local onde será instalado o aparelho.”⁵⁹⁶

Desse exemplo, observa-se que o juízo ao longo do processo passou a adotar estratégias diferenciadas, que arrefeceram antagonismos e propiciaram diálogos entres as partes, de modo a solucionar o problema trazido na demanda, a falta de universalidade no atendimento do Sistema de Saúde – SUS de Teresina. Com essa percepção, passou a adotar um conjunto de ações que criavam as condições de possibilidade para o emponderamento do sistema de saúde do Município, de capacitação e de estruturação das instituições envolvidas

⁵⁹⁶ HU-UFPI terá aparelho de radioterapia que permitirá cuidado integral do paciente oncológico. Disponível em: <www.ufpi.br/ultimas-noticias-ufpi/21821-hu-ufpi-tera-aparelho-de-radioterapia>. Acesso em: 1 nov. 2018.

para a realização de uma política pública de saúde. Os antagonismos trazidos foram convertidos em ações cooperativas e compartilhadas entre as instituições. Algumas dessas instituições sequer haviam sido apontadas como parte na inicial.

A atuação judicial dialógica mostrou-se eficaz e permitiu o desenvolvimento de soluções com a participação das instituições responsáveis.⁵⁹⁷ Isso imprime sustentabilidade às decisões que foram encaminhadas pelas partes, bem como legitima as decisões judiciais ao longo do processo, evitando-se a assunção de uma postura autocrática pelo sistema judicial de monopólio da verdade constitucional.

Como o objeto da demanda concernia a aferição de políticas públicas não cumpridas (no caso se questionava os entraves burocráticos levantados pela União, Estado e Município que estavam dificultando e também inviabilizando o atendimento pelo SUS no Estado do Piauí de usuários provenientes de outros Estados), o sistema judicial, ao invés de impor uma solução formal e normativa, operada sob a lógica do lícito/ilícito, do certo/errado, que reproduzisse abstratamente valores impregnados na ordem jurídica, estruturou espaços de

⁵⁹⁷ Na ficha de inscrição para o II Prêmio AJUFE: Boas Práticas de Gestão, a Juíza Federal Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes, Coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação da Seção Judiciária do Piauí inscreveu o Círculo de Conciliação em Políticas Públicas da Justiça Federal do Piauí. Na oportunidade a magistrada registrou: “Os processos judiciais que envolvem políticas públicas exigem um tratamento diferenciado pelo Judiciário, sob pena de não terem qualquer efetividade.” O Círculo segue os seguintes princípios: “construção participada da solução; esgotamento do conflito; respeito às considerações técnicas; enfrentamento das causas do problema; abertura para a construção de soluções alternativas; gradatividade de atuação; acompanhamento de resultados.” Registrou que essa estratégia processual dialógica “começou a ser praticado na audiência de conciliação da ação civil pública nº 2008.40.00.002529-9”. O Círculo “tem por objetivos: identificar a posição de cada uma das partes em relação ao pedido formulado pelo requerente; mapear o cenário e o histórico no bojo do qual a controvérsia se insere; apurar as limitações e possibilidades de cada um dos envolvidos; e fixar um cronograma de providências que, conjugadas, permitam a realização do objetivo da demanda. Fixado o cronograma, o Círculo acompanha seu cumprimento, por meio de audiências cadenciadas, em que são traçados os resultados gradativos a serem cumpridos até a audiência seguinte.” A magistrada citou exemplos bem sucedidos dessa prática processual: “A ação civil pública nº 2008.40.00.002529-9, a precursora deste método de trabalho, trata do atendimento médico-hospitalar na capital do Piauí de pacientes não residentes no Estado. Por meio da conciliação, foi instalada uma ala oncológica de alta complexidade no Hospital da Universidade Federal do Piauí, onde, até o final de março de 2017 (com menos de 1 ano de inauguração) foram realizadas 401 (quatrocentos e uma) consultas médicas, 301 (trezentos e uma) sessões de quimioterapia, 142 (cento e quarenta e duas) internações, além de exames, consultas multiprofissionais, sessões de hormonioterapia, aplicações de inibidor osteoclástico e demais atividades. As ações possessórias nº 2004.40.00.00137-0 e 2004.40.00.003776-1 tratam de reintegração de posse de imóvel pertencente à Universidade Federal invadido por 2.500 (duas mil e quinhentas) famílias. A União Federal e o Município de Teresina entraram em acordo nos seguintes termos: a União autorizará a regularização da área em nome das famílias carentes e, em troca, o Município de Teresina realizará obras para urbanizar e melhorar as condições de vida dos ocupantes da área. - Na ação nº 2009.40.00.007138-9, em que a Companhia Metropolitana de Transporte Públicos e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN disputam a prédio histórico da Estação Ferroviária, foi acordada a sua reforma e sua transformação em espaço de museu e exposição com abertura para o público. - Na ação civil pública nº 22371-35.2011.4.01.4000, em que o Ministério Público Federal pede a criação do Parque Nacional da Serra Vermelha, foi acordada a ampliação do Parque Nacional da Serra das Confusões, de forma a proteger a área da Serra Vermelha ameaçada por carvoarias. Há, ainda, um projeto piloto de implantação do “mecanismo de conversão”. Cf. Notícia veiculada no site da AJUFE – Associação Dos Juizes Federais Do Brasil. Disponível EM<<https://www.ajuferg.org.br/images/pdf/PremioAjuferBoasPraticas2017/15.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

diálogos, por meio de audiências com a participação plúrima de instituições, mediante reuniões extrajudiciais, elaboração de agendas e planejamento de ações, estimulando uma solução em que houvesse a contribuição e a colaboração de todos os entes envolvidos.

A adoção dessa estratégia processual dialógica, de valorização da cooperação e da solidariedade entre as instituições, acabou por propiciar o engajamento das instituições envolvidas na busca de uma solução para o caso. Todos foram ao longo do processo percebendo que não havia antagonismos entre as partes processuais. Pelos pronunciamentos, todos objetivavam o cumprimento integral da política pública de acesso universal à saúde. A falta de efetivação da política pública se devia a restrições estruturais e orçamentárias do sistema de atendimento de saúde, que poderiam ser vencidas com a cooperação de todos para a formação de um arranjo de serviços.

A experiência exitosa do diálogo institucional desenvolvida na ação civil pública criou reestruturações dentro do próprio sistema judicial, que percebeu a importância dos litígios estruturais e da necessidade de um tratamento diferenciado. No âmbito da Justiça Federal no Piauí, houve a instalação do Círculo de Conciliação em Políticas Públicas, sob a Coordenação da juíza federal Marina Rocha Cavalcanti Barros Mendes.

Também, registre-se, os efeitos dos diálogos transcenderam os limites daquele processo, para desenvolver outras ações estruturais. No mês de março de 2018, por exemplo, houve inspeção judicial no Hospital Getúlio Vargas (HGV), para se verificarem a estrutura do Hospital e a sua capacidade para a realização de cirurgias neurológicas. Na comissão de inspeção, a presença de representantes de diversas instituições, como Ministério Público, Defensoria Pública, Secretaria Estadual de Saúde (SESUD, Fundação Estatal Piauiense de Serviços Hospitalares (FEPISERH). A visita teve pretendido encaminhar soluções para a questão da sobrecarga de cirurgias neurológicas no SUS do Piauí. Ao final da inspeção restou conciliado que: o HGV apresentará um plano estratégico para a duplicação do número de neurocirurgias; a Fundação Municipal de Saúde informará a estrutura e serviços de outros hospitais em neurocirurgia.⁵⁹⁸

Como se observa a prática dialógica colheu resultados na Justiça Federal no Piauí e também provocou mudanças de comportamentos institucionais, estando as entidades mais abertas para a construção de soluções para implementação de direitos sociais. Vê-se, pois, que a estratégia processual adotada pelo juízo ao longo do processo se distanciou do modelo

⁵⁹⁸ Notícia: Círculo de Conciliação da SJPI realiza inspeção no setor de cirurgia neurológica do Hospital Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://www.universojus.com.br/circulo-de-conciliacao-da-sjpi-realiza-inspecao-no-setor-de-cirurgia-neurolgica-do-hospital-getulio-vargas/>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

processual moderno, dedicada mais a aferição de verdade. O juízo adotou práticas processuais objetivando não a definição de direitos, mas a elaboração cooperativa de soluções ao problema prático. O juízo assumiu um papel indutor, transformador, cooperativo com as instituições envolvidas no processo.⁵⁹⁹

Os gestos lançados pelo juízo ao longo do processo, bem como o modo de atuação das partes, a forma como estas recebiam as incumbências judiciais e as respondiam, terminaram por expressar um papel do Judiciário que difere em muito do sistema judicial concebido para o Estado Moderno. Ao invés de optar por proferir uma decisão e encerrar o processo, o que atenderia a uma lógica formal de gestão de processos, o juízo preferiu a gestão do conflito, a construção de soluções, mesmo sabendo que o problema estrutural permanece e que ainda necessita de atuação judicial no processo.

Como se observa nos casos trazidos, o papel do juiz, nas demandas por direitos promocionais, não se limita a controlar a atuação dos demais poderes, anulando-as ou corrigindo-as sob o pálio da revisão constitucional. Nos casos aqui lembrados, verifica-se a assunção de uma nova responsabilidade institucional pelo sistema judicial, concernente à promoção do catálogo de direitos fundamentais,⁶⁰⁰ recomendada pela realidade de assimetrias sociais que matizam o país.

A efetivação dos direitos promocionais reclama a conjugação da relevância social da reivindicação com os recursos disponibilizados no orçamento público para esse destino social desenhado por políticas públicas sociais. A intervenção judicial na execução de políticas públicas exige não apenas cautela e ponderação do Judiciário, mas, sobretudo, diálogo institucional, senso de participação e de colaboração com os demais poderes, para que enfim se possa efetivar o programa constitucional, transformando-se a grave realidade social do país.⁶⁰¹ O sistema judicial está vinculado ao programa constitucional.

⁵⁹⁹ LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. **Judicial Transformations: the rights revolution in the Courts of Europe.** Oxford: Oxford University Press, 2009, Capítulo 10, "Reassessment: Judicial Orders in Flux". p. 17.

⁶⁰⁰ CF, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁶⁰¹ Violações maciças e flagrantes dos direitos fundamentais no Brasil, expresso nos Índices de Desenvolvimento Humano e Social ostentados pelo Brasil. Cerca de 50 milhões de brasileiros, o equivalente a 25,4% da população, estão na linha de pobreza e reúnem renda familiar equivalente a R\$ 387,07 – ou US\$ 5,5 por dia, valor definido pelo Banco Mundial para reconhecer se uma pessoa é pobre. No país, 42% das crianças de 0 a 14 anos se enquadram nestas condições e sobrevivem com apenas US\$ 5,5 por dia. 39,6% dos trabalhadores ingressaram no mercado com até 14 anos. Este percentual cresce para o grupo de trabalhadores que tinha somente até o ensino fundamental incompleto, chegando a atingir 62,1% do total, enquanto que, para os que têm nível superior completo, o percentual despensa para 19,6%. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

Há outros exemplos que se tornaram referência para a efetivação dos direitos humanos, onde o Judiciário desenvolveu um papel ativo na efetivação de direitos sociais, mas manteve a primazia do sistema político. O exemplo dessa atuação judicial dialógica vem da Suprema Corte da África do Sul, no conhecido caso *Grootboom*. e o das Campanhas de Ação de Tratamento (AIDS).

No caso *Grootboom*, uma demanda ajuizada por 900 pessoas que viviam em condições de vulnerabilidade e de miséria social, habitando barracos, havia o requerimento por efetivação de direito de moradia. Em razão do contexto e do conflito por efetivação do direito à moradia, uma prestação positiva a ser oferecida pelo Estado, a referida Corte Sul Africana determinou que o Estado desenvolvesse um programa destinado a cumprir suas finalidades constitucionais, fazendo incluir medidas razoáveis para “prover alívio a pessoas que não tenham acesso à terra, carecem de teto sobre suas cabeças, e vivem em condições intoleráveis. ” No outro caso, das Campanhas de Ação de Tratamento, sobre um drama da AIDS na África do Sul, a Corte confirmou que os governantes deveriam “instituir (diseñar) e pôr em prática, levando em conta os recursos a sua disposição, um programa amplo e coordenado para implementar progressivamente o direitos de mulheres grávidas de ter acesso a serviços de saúde para combater a transmissão do HIV de mãe para filho”.⁶⁰²

Nessas ações por direitos sociais, há uma manifesta preocupação com os resultados práticos da atuação judicial, com as consequências de cada decisão tomada ao longo do processo, e ao mesmo tempo uma preocupação com a qualidade democrática do encaminhamento judicial. Nesses exemplos, o Judiciário fez com que as autoridades e a representação política recebessem e processassem a demanda social, promovendo a inclusão social dessas pessoas marginalizadas das deliberações públicas, sem determinar, contudo, o cumprimento dos pedidos demandados.⁶⁰³

As demandas por prestações materiais de natureza social e assistencial, sejam por saúde pública, por educação, por amparo social ou por outros direitos sociais constitucionalizados como direitos fundamentais, podem ser aviadas em meio a contextos de absoluta insuficiência da estrutura de serviços, para cuja implementação dos direitos vindicados

⁶⁰² GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220-221.

⁶⁰³ GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221.

se impõem muitas vezes mudanças institucionais na maquinaria de serviços, nos arranjos institucionais que oferecem os serviços ao cidadão.

Ainda que encontre quadro de escassez de recursos e de necessidade de implementação de serviços, o sistema judicial, em razão da finalidade promocional dos direitos sociais e da garantia do amplo acesso à justiça, não pode deixar de encaminhar as soluções práticas demandadas na ação judicial, sob argumento de que essas soluções importam custos e assim estariam sob a discricionariedade política dos demais poderes.

Há casos em que a atuação judicial se mostra crucial para a efetivação desses direitos sociais, muitas vezes porque o contexto exige o enriquecimento da deliberação pública, dadas a complexidade do ambiente de elaboração/efetivação de políticas públicas e a diversidade de atores. Nesses processos, mostra-se relevante a participação dos diversos agentes envolvidos com a problemática, como forma de se construírem medidas adequadas à efetivação dos direitos.⁶⁰⁴

Nos contextos de falhas das estruturas, de deficiência operacional da prestação de serviços pela administração pública, em razão de limitação estrutural e ou orçamentária, a efetivação dos direitos reivindicados exige do sistema judicial não apenas a definição de sentidos jurídicos e a arbitragem de conflitos entre partes que se contrapõem.

Exige algo a mais, sobretudo, uma atuação voltada para a construção de soluções práticas, que tenham sustentabilidade *tout court*. A efetivação de direitos nesses contextos reclama articulação institucional, planejamento, programa de ações, dentre outras medidas estratégicas de inovação contextual. Esses novos modelos de litigação, que reivindicam a efetivação de direitos fundamentais e que importam em transformações estruturais da organização burocrática e do próprio contexto institucional para que os serviços ou bens reivindicados sejam enfim disponibilizados, acabam por demandar respostas do sistema judicial bem diferenciadas e negociadas.⁶⁰⁵

As reivindicações judiciais por direitos sociais constituem litígios por interesse público que exigem respostas judiciais adequadas, efetivas e complexas, mediante o desenvolvimento de estratégias processuais bastante diferenciadas da litigância comum, não

⁶⁰⁴ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. p. 22. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

⁶⁰⁵ FISS, Owen. **The Social and Political Foundations of Adjudication**. Law and Human Behavior, vol.6, n.2, 1982. p. 121. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

desenhadas pelo processo civil tradicional.⁶⁰⁶ No processo civil desenhado para litígios comuns, em que o autor deduz pretensão resistida pelo réu, há uma mobilização de discursos pelas partes dedicada a um desfecho final correspondente a arbitragem de conflitos de interesses contrapostos entre as partes litigantes. No processo judicial dedicado às demandas comuns, o sistema judicial se limita a dizer com quem está o direito e, no máximo, estipular reparações.

Nos chamados litígios de interesse público, que emergem no processo de judicialização da política, a adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos.⁶⁰⁷ Nesse sentido, os litígios por efetivação de direitos sociais apresentam problemas, cuja solução importa mudanças estruturais nos serviços prestados pelo sistema político-administrativo, exigindo do sistema judicial esforços de articulação e de diálogos institucionais, para a construção de inovações institucional na estrutura/logística de serviços e de bens.

Ao contrário dos litígios comuns que demandam apenas arbitragens e mediações entre duas posições jurídicas contrapostas (uma representada pelo autor, e outra, pelo réu)⁶⁰⁸, os litígios por interesse público exigem acessos a diagnósticos, modificações em orçamentos públicos, diálogos multidisciplinares, plano de ações multilaterais, formação de redes institucionais e reprogramações funcionais, audiências públicas e de negociação, para construção de consensos ou de medidas judiciais adequadas e efetivas que se dispõem a modificações estruturais na vida administrativa e política, com amplo espaço para experimentações e inovações. Nesses litígios, os processos judiciais não se dedicam a aferição de verdades apresentadas pelas partes litigantes, acerca de eventuais ilícitos a serem apurados e reparados. Nessas ações, os processos judiciais se dedicam a efetivação do discurso constitucional mediante a construção de soluções práticas aos problemas apresentados pelas partes, que importam muitas vezes plano de ações para a estruturação ou a reprogramação das unidades administrativas de serviços.

Mediante estratégias processuais dialógicas coordenadas pelo sistema judicial, a arena processual pode transformar-se em um espaço em que atores processuais e agentes tematizam publicamente interpretações sobre os cenários institucionais, propondo mudanças institucionais para que se torne possível a implementação dos direitos sociais reivindicados.

⁶⁰⁶CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, 1976. p. 1284.

⁶⁰⁷FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004. p. 26.

⁶⁰⁸ARENHART, Sergio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista Eletrônica Processos Coletivos**, vol. 6, n.4. 2015. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

Nesse ambiente processual flexível, aberto ao diálogo público sobre práticas sociais e institucionais controvertidas, predisposto a negociações não hierarquizadas que estimulam e facilitam a formação de consenso sobre novas experiências e inovações institucionais, criam-se as condições para a emergência de soluções práticas aos problemas apresentados nas demandas, superando-se obstáculos, estabelecendo-se novos padrões de relacionamento entre partes, por meio de um discurso de caráter propositivo e aberto a inovações, capaz de compor decisões com a participação dos interessados, de olho no problema, na realidade a ser transformada.

Em políticas públicas, o olhar do juiz deve, então, se lançar, a partir do contexto do conflito, sobre o futuro, trazendo ao processo a possibilidade de deliberação entre demandantes e demandados, abrindo a possibilidade de diálogos cooperativos e construtivos de encaminhamentos e de planos de ações políticas. Esse olhar sobre o futuro remete o juiz a espaços de decisão e de escolhas, e não apenas a espaços cognitivos, de aferição de verdades, em que se mantêm as vistas unicamente sobre o objeto em análise.

Essa abertura aos espaços de decisão, que não estariam determinados pelo mero conhecimento e operação das leis, acaba por evidenciar a natureza política da atividade judicial nas reivindicações de direitos sociais. Afinal, política é a arte com que dialogamos com o tempo. E o tempo da política é o tempo em perspectiva de futuro, por meio do qual enredamos os demais tempos e construímos o mundo.

Na política fazemos escolhas, decidimos, programamos atos no tempo, com a perspectiva de encaminhar o tempo futuro. A perspectiva da política é bem diferente da perspectiva do campo científico,⁶⁰⁹ onde se tem a pretensão de fazer modelos descritivos da realidade, de modo extra-temporal e fixo⁶¹⁰, e nos miramos no conhecer. Na política há um juízo avaliativo, acerca de qual seria a melhor escolha. Na política, não apenas conhecemos, mas decidimos sobre o que seria melhor para os destinos da cidade. Essas escolhas envolvem escalas de valores.

A atuação dialógica desenvolvida pelo sistema judicial para as demandas com caráter prospectivo, em que se respondem a pedidos que se projetam no futuro, em nada lembram a atuação da matriz de Judiciário desenhada pelo racionalismo moderno, que cuidava tão somente de examinar os fatos passados e lhes reproduzir o sentido jurídico já impregnado em leis e estatutos pelos demais poderes.

⁶⁰⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Lisboa: Diffel, 1989. p.64.

⁶¹⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 234.

5.3 A matriz dialógica de Judiciário e o tratamento das demandas por efetivação de direitos sociais

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil vem testemunhando uma considerável expansão do sistema judicial, que passa a intervir em campos submetidos, outrora, à apreciação exclusiva do sistema político. A cidadania bate à porta do Judiciário não apenas para anular ou corrigir a atuação do sistema político, mas também para efetuar reformas sistêmicas de instituições ou de programas de Estado. Nesse diapasão, o sistema judicial de torna, muitas vezes, o principal espaço público, para grupos que se encontram insatisfeitos com a oferta de bens ou de serviços pela Estado.⁶¹¹

Para o catálogo de direitos substantivos, destinado a transformar a realidade social, a Constituição de 1988 disponibiliza arranjo institucional para efetivá-los. Há a previsão constitucional de um catálogo de direitos humanos, estabelecendo limites ao exercício dessa soberania política⁶¹², e também um conjunto de instituições disponibilizadas para a reivindicação de direitos sociais.

O amplo catálogo de direitos fundamentais consignados no texto constitucional, insculpido em modo principiológico, aberto e indeterminado, os diversos mecanismos processuais de acesso (individual ou coletivo) a estruturas de poder disponibilizadas para garantir a efetividade desse programa constitucional, em meio a uma realidade social e institucional matizada por assimetrias e por fragmentações que constroem as capacidades institucionais da representação política, potencializam no Brasil a intercessão do Judiciário no cotidiano político-administrativo, mostrando-se relevante temas sobre legitimidade, capacidade e independência institucional do sistema judicial.⁶¹³

Essa remessa ao sistema judicial, para tratar da pauta substantiva da Constituição, quando demandado, com a possibilidade de escrutínio da atuação política (omissiva/comissiva) pela revisão judicial, provoca um debate sobre o aspecto da legitimidade democrática da atuação do sistema judicial, em razão do aspecto contra majoritário do sistema judicial, de ter seus membros serem escolhidos fora do sistema político.⁶¹⁴

⁶¹¹ DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. *Virginia Law Review*, vol. 65, n. 1, Feb. 1979, pp. 43–106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1072646>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁶¹² GARGARELLA, Roberto. *Derecho constitucional*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 22.

⁶¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. In: *Oficina do CES*, n. 65, p. 3, 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

⁶¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. In: *Oficina do CES*, n. 65, p. 3, 1995.

Apontado por Hamilton, no artigo Federalista nº 78, como o mais fraco dos três poderes, “que, por isso mesmo, não pode atacar nenhum dos dois outros com boa esperança do resultado,”⁶¹⁵ o sistema judicial vem, de modo progressivo, atuando sobre temas que outrora estavam reservados a exclusividade da representação política majoritária. Esse deslizamento de poder da representação política para o sistema judicial tem sido apontado, por alguns, como antidemocrático,⁶¹⁶ sob acusação de que os juízes substituem a vontade do povo, representada pelo sistema político, pela vontade de uma aristocracia não eleita.⁶¹⁷

O discurso de supremacia constitucional e os mecanismos de controle judicial de constitucionalidade da atuação política⁶¹⁸ deslocam as deliberações do âmbito do sistema político para o Judiciário, que passa a decidir sobre temas eminentemente políticos. Nessa revisão judicial da atuação política, fica evidenciada uma tensão própria do constitucionalismo contemporâneo: a tensão entre constituição (direito, poder constituinte) e democracia (política, poder constituído).

Frank Michelman registrou que a teoria constitucional americana vive em busca eterna de harmonia entre essa tensão marcada por dois compromissos conflitantes. De um lado, o ideal de governo limitado por lei (“constitucionalismo”); de outro, o ideal de autogoverno do povo (“democracia”). “Democracia” a significar autogoverno político popular, com pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos das leis que organizam e regulam a associação política. “Constitucionalismo” a significar a contenção da tomada de decisão política popular por uma lei básica, a Constituição - uma “lei de criação de leis” - projetada para controlar quais outras leis podem ser elaboradas, por quem e por quais procedimentos. Para Michelman, é,

Disponível em: < <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

⁶¹⁵HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

⁶¹⁶ Tom Ginsburg e Tamir Moustafa registram, em pesquisa sobre o papel das cortes judiciais nos regimes autoritários, que os tribunais são usados para (1) estabelecer controle social e marginalizar opositores políticos, (2) reforçar a pretensão de legitimidade “legal” de um regime, (3) fortalecer o cumprimento administrativo dentro do próprio aparato burocrático do Estado e resolver problemas de coordenação entre grupos concorrentes dentro do regime, (4) facilitar o comércio e o investimento e (5) implementar políticas controversas de modo a permitir a distância política dos principais atores do regime. Cf. MOUSTAFA, Tamir; GINSBURG, Tom. Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics In: **Rule by law: The politics of courts in authoritarian regimes**. (org) Tom Ginsburg e Tamir Moustafa. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4. Disponível em: <<http://summit.sfu.ca/system/files/iritems1/15130/Rule%20by%20Law.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

⁶¹⁷ “a transferência de “grandes questões” controversas para tribunais ou outras instituições decisórias quase profissionais e semiautônomas, tanto domésticas quanto supranacionais, pode ser vista como parte de um processo maior pelo qual elites políticas e econômicas procuram proteger a elaboração de políticas públicas das vicissitudes da política democrática, ao mesmo tempo que manifestam apoio a uma concepção schumpeteriana (ou minimalista) de democracia.” Cf. HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251. p. 139-178, maio 2009. p. 167. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁶¹⁸ MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. Florianópolis: **Estudos Jurídicos e Políticos**, 2013, pp. 322. Florianópolis. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em: 7 out. 2018.

naturalmente, parte essencial da noção de constitucionalismo que a lei básica deve ser intocável pela política majoritária que ela pretende conter.⁶¹⁹

A intervenção do Judiciário em campos reservados à representação política majoritária reproduz a tensão abordada por Michelman: Em um polo, a constituição, com força normativa e supremacia garantidas pelo sistema judicial; em outro, a democracia, expressando a vontade soberana do povo, representada pelo sistema político. As referências democráticas se referem ao autogoverno do povo; os compromissos constitucionais concernem a ideia de limites, a serem respeitados e considerados pela soberania popular.⁶²⁰

As teorias constitucionais contemporâneas se desenvolvem a partir dessas tensões acima. Como sistemas de pensamento, analisam essas tensões, abordando os vínculos constitucionais estabelecidos entre direito e política. Pelo processo de jurisdição constitucional, o sistema judicial interfere sobre espaços reservados em princípio à representação política (poderes Legislativo, Executivo).⁶²¹

Essas teorias poderiam ser classificadas em três tendências. No primeiro grupo, as teorias que negam legitimidade ao judiciário para intervir no sistema político.⁶²² Para essas teorias, como os juízes não são eleitos e nem respondem por suas ações,⁶²³ o controle a ser exercido em caráter contra majoritário pelo sistema judicial sobre a atuação política reservada

⁶¹⁹ MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**, 1999, pp. 4/6. Disponível em: <assets.press.princeton.edu/chapters/s6759.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2018.

⁶²⁰ GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 3, 2015. p. 1991. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/bjv/libros/8/3876/11.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁶²¹ “Alexander Hamilton fue uno de los primeros pensadores que apoyaron este enfoque, en el cual la Constitución se considera como la “sede” principal y exclusiva de la voluntad popular. En el famoso documento núm. 78 de The Federalist Papers, Hamilton sostuvo que la voluntad genuina del pueblo residía en la Constitución, y no en las decisiones transitorias de la Legislatura. Por esa razón, él justificaba que los jueces, en ciertas circunstancias, ‘declarasen inválidos ciertos actos legislativos’. Desde su punto de vista, esta conclusión no implicaba suponer la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Por el contrario, agregaba, ello sólo asumía que el poder del pueblo era superior al de ambas ramas del gobierno y, ‘en caso de que la voluntad de la legislatura —tal como está declarada en las leyes— fuera opuesta a la del pueblo —tal como está declarada en la Constitución—, los jueces debían ser gobernados por la segunda, en lugar de por la primera’. De esta manera, Hamilton iniciaba una nueva forma de pensar las relaciones entre la Constitución, la democracia, y el poder judicial. Más tarde, el Juez Marshall transformó esta opinión en un dictamen judicial histórico.” Cf. GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. pp. 10/11. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018..

⁶²² TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999; KRAMER, Larry D. **The People Themselves Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: New York University, Law School Faculty, 2003; WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**, Yale Law Journal, n. 115, 2006.

⁶²³ HOGG, Peter W. ; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, 35.1, 1997. p. 77. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1612&context=ohlj>. Acesso em: 23 jul. 2018.

a representação política seria supostamente antidemocrático,⁶²⁴ para além das fronteiras definidas pelo princípio da separação dos poderes. À falta de legitimidade para remover a atuação da representação política, o controle de constitucionalidade da atuação política deveria estar sob a exclusividade da representação política ou do próprio povo.

No segundo grupo, estariam as teorias que remetem ao sistema judicial, composto por funcionários que exercem suas funções de modo independente da política partidária, a guardar da supremacia constitucional.⁶²⁵ Essas teorias confiam a sistema judicial a garantia de efetividade do programa constitucional. Como forma de legitimar as decisões judiciais no exercício do controle de constitucionalidade, essas teorias investem na elaboração de critérios de decisão e de interpretação, capaz de racionalmente justificar as decisões judiciais.⁶²⁶

No terceiro e último grupo, encontram-se as teorias dialógicas. Elas procuram manter a tensão entre constituição e democracia. Nesse sentido, não desautorizam o controle judicial, a pretexto de se prestigiar a democracia majoritária, tampouco autorizam o ilimitado controle judicial sobre a vida política, a pretexto de se elevar a constituição sobre a democracia. Pelas teorias dialógicas, deve haver um equilíbrio entre constituição e democracia.

Essas teorias se dedicam, então, a relacionar direito e política, mediante o desenho de processos deliberativos, na forma de diálogos entre institucionais e demais atores, como estratégia de legitimação da atuação judicial, para serem observados pelo sistema judicial nas demandas por efetivação do discursos constitucional.⁶²⁷ Para esse terceiro arranjo teórico, constituição e democracia constituem valores cuja tensão deve ser preservada, de modo que sejam valores que se complementem. Para essa terceira e última tendência teórica que aborda a relação entre constituição e democracia, os conflitos constitucionais devem ser tratados mediante práticas dialógicas entre as instituições, proporcionando procedimentos em que haja ganho epistemológico, mediante interação construtiva no desenvolvimento de soluções. As decisões elaboradas em processos deliberativos reúnem mais estabilidade e sustentabilidade.

As teorias dialógicas reconhecem ao Judiciário o papel de proteção da ordem constitucional. Todavia, com o propósito de equacionar o valor democrático na atuação juízes,

⁶²⁴ BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: The BOBBS-MERRILL Company. 1963. p. 16.

⁶²⁵ “A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo.” Cf. HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 460.

⁶²⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4.

⁶²⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 1, n. 71, 2006. p. 1010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

essas teorias sugerem a necessidade de promoção de diálogos institucionais pelo sistema judicial, especialmente quando este sistema se habilita para intervir na esfera política, na apreciação e na efetivação de direitos sociais,⁶²⁸ onde resta evidenciada a dimensão política da atuação judicial.

As teorias dialógicas se mostram idôneas para analisar o relacionamento do sistema judicial com as instituições do sistema político, nas hipóteses de intercessão do sistema judicial nas esferas políticas. Por essas teorias, admite-se que o Judiciário exerce a guarda da Constituição, mas precisa desenvolver processos deliberativos para enriquecer suas decisões.⁶²⁹ Em razão dos juízes não serem eleitos, a legitimidade de suas decisões decorre diretamente do procedimento aberto a iteração de todos os interessados, que se mostra idôneos para a construção de inovações e soluções adequadas. As teorias dialógicas conferem uma justificação razoável para o controle de constitucionalidade permanecer sob a guarda do sistema judicial.

Os processos deliberativos se constroem a partir de uma linguagem aberta à contribuição dos interessados. Abandonar o processo deliberativo, e assumir uma posição impositivo na proclamação dos sentidos constitucionais, pode produzir decisões divorciadas da realidade. A possibilidade de utilização de linguagem hermética pelo juízo, herdada das tradições forenses, de tratamento por metodologias formais infensas ao improviso e ao experimentalismo, o descompasso de visões e perspectivas institucionais entre o sistema judicial e a prática política, a falta de conhecimento e de experiência institucional acerca de contextos de decisões, podem travar a dinâmica inerente à vida política, prejudicando o desenvolvimento de inovações institucionais e a construção de soluções práticas, bem como afugentando a participação enriquecedora de interessados, com comprometimento pragmático, em razão do empobrecimento cognitivo da metodologia fechada a contribuições e cooperações de interessados, e com perda de qualidade democrática.

A apropriação da constituição pelo sistema judicial, mediante linguagem fechada e especializada, de baixa acessibilidade, cria as condições para processos decisórios autoritários, para a construção de sentidos constitucionais que não correspondem aos horizontes de expectativas da cidadania e, por isso, não democráticos. Esse modelo de apropriação e monopólio da construção de sentido faz do judiciário uma máquina de legitimação de relações de domínio.⁶³⁰

⁶²⁸ RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016. p. 415. Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/372/360>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶²⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

⁶³⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 10, n. 1, out. 2017, pp. 119/120. Disponível em: <faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_08.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

No Brasil o Judiciário ganhou centralidade política não imaginada..⁶³¹ As grandes questões nacionais estão judicializadas, e isso faz levantar debates acerca de sua legitimidade, em que se discute se a atuação judicial contra majoritária não prejudicaria a dinâmica democrática exercida pela representação política, a exemplo do que acusa parte da doutrina norte-americana.⁶³²

O tema do *deficit* democrático da revisão judicial sobre a atuação política, em contexto de crescente demanda para que o sistema judicial regule a tensão entre democracia e Constituição, torna-se relevante. Novas categorias analíticas passam a abordar o modo a Constituição podem proteger a ordem democrática, de ameaças, que surgem muitas vezes da própria experiência institucional.⁶³³

Nessa esteira, exsurtem abordagens teóricas da democracia propondo arrefecer a supremacia institucional do sistema judicial, exercida a pretexto de guardar os valores constitucionais pela manifestação da última palavra sobre o sentido da Constituição. Nessas novas abordagens, propõem-se, dentre outras estratégias de qualificação da vida democrática institucional, mecanismos de participação e de deliberação no âmbito do sistema judicial, trazendo-se até mesmo inovações e experimentos deliberativos mobilizados em outros países. O exercício da democracia no Brasil vem institucionalizando esses experimentos, transportando novos padrões de relacionamento entre a cidadania, o sistema judicial e o sistema político.

Com a finalidade de evitar o ativismo judicial na apreciação de demandas eminentemente políticas e a apropriação pelo sistema judicial dos processos políticos, surgem as teorias dialógica. Por essas teorias, as cortes, além de respeitarem o princípio da publicidade, necessitam justificar suas decisões, colhendo-as de processos deliberativos demonstrem a razoabilidade e a fundamentação de suas decisões,⁶³⁴ tornando a revisão judicial da atuação

⁶³¹ Em 1968, Aliomar Baleeiro publicou “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”. O título desta obra clássica de nosso direito constitucional não poderia estar em maior descompasso com a proeminência do Supremo Tribunal Federal no cenário político atual. Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia (e como!) e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura. Na academia, por sua vez, multiplica-se o número de trabalhos destinados a analisar os diversos aspectos da vida e da atuação do Supremo, seja nas faculdades de direito, seja nos programas de ciência política, sociologia, história, etc. O tema da interpretação constitucional que, no passado, ocupava um espaço residual na preocupação dos nossos constitucionalistas, passou a ser o principal foco de atenção de uma nova geração de juristas. Ponderação de valores, princípios ou moralidade, tornaram-se temas comuns aos estudos de direito constitucional.” Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2), P. 441-464 | JUL-DEZ 2008, pp. 441/442. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

⁶³² BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New York: The BOBBS-MERRILL Company. 1963. p. 16.

⁶³³ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC **Davis Law Review** 189 (2013); FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646. p. 191. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 1 set. 2018.

⁶³⁴ GARRIDO DA SILVA, Alexandre; FERREIRA, Alexandre Ruan Espíndola. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

política em um mecanismo importante de qualificação da democracia, que abre para a cidadania a possibilidade de participar e de influenciar⁶³⁵ os processos de decisão política.⁶³⁶

Como há previsão constitucional de que as decisões judiciais são públicas e precisam de justificação e a Constituição prestigia a participação cívica perante as instâncias de decisão, conclui-se que houve o desenho de uma matriz judicial baseada na democracia deliberativa, estruturada pela razão dialógica.

Deve, então, o Judiciário desenvolver suas atribuições trazendo o diálogo institucional para a revisão judicial da atuação política,⁶³⁷ credenciando a democracia participativa, em que se vê valorizado o diálogo, como estratégica processual estruturante dos espaços de deliberação,⁶³⁸ como mecanismo de legitimação democrática

Em diversas passagens, a Constituição valoriza a participação na elaboração dos controles e das decisões de poder.⁶³⁹ Em seu preâmbulo, a Constituição valoriza a harmonia social,⁶⁴⁰ como também consigna a necessidade de harmonia entre os poderes,⁶⁴¹ a referendar a

⁶³⁵ O direito de participação e de influência nas decisões de poder se encontra na Constituição. “Art. 1º [...] Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶³⁶ “Em outras palavras, o crescente papel institucional das cortes constitucionais pode ser concebido não como ameaça à representação, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida” POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?**: política, direito e democracia no Brasil / Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 165.

⁶³⁷ HOGG, Peter W. ; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, 35.1, 1997. p. 80. Disponível em:

<<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1612&context=ohlj>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶³⁸ RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016. p. 415. Disponível em:

<<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/372/360>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁶³⁹ marcados por la crisis del control de constitucionalidad (revisar los casos de Ecuador, Brasil, Venezuela, Argentina y Bolivia), donde aparecen variados procesos conflictuales como: i) mayores disputas políticas de los jueces constitucionales con los actores político-partidarios; ii) entrecruzamientos permanentes de las decisiones judiciales en las políticas públicas y en gestión del Ejecutivo; y iii) la ascensión del poder judicial con su intervención constante en las políticas institucionales y sus frágiles límites”. Cf. VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, ano XXII, 2016. p. 258. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁴⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁶⁴¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

necessidade de diálogos institucionais para a formação das decisões e a solução pacífica dos conflitos.⁶⁴²

Segundo o constitucionalismo dialógico, as instâncias de poder devem promover mecanismos de participação na formação das decisões. Para isso, devem implementar procedimentos dialógicos e inclusivos, trazendo a participação e a colaboração de todos os interessados nos processos de decisão.

Por essa razão, o sistema judicial está atrelado a essa matriz dialógica desenhada na Constituição, e deve exercer as suas atribuições em consonância com o programa constitucional, promovendo o desenvolvimento humano e social, garantindo a dignidade humana como fonte de sentido do catálogo de valores constitucionais. Essa participação deve ser cooperativa com as demais instituições, e não impositiva e vertical.⁶⁴³

O exercício da democracia deliberativa no Brasil, a partir da Constituição de 1988, vem levando ao sistema judicial demandas sociais que lhe exigem uma reprogramação institucional, inspirada no constitucionalismo dialógico. O novo Código de Processo Civil de 2015 chega a prescrever a possibilidade de mudanças nos procedimentos pelas partes para adequá-lo às especificidades da causa. As reivindicações por direitos sociais, como visto nos exemplos trazidos, exigem reprogramação da atuação judicial, conferindo-se às partes o direito de contribuir com a produção de sentidos.⁶⁴⁴

Com a garantia de acesso à justiça, as reivindicações por justiça social passaram a tramitar no sistema judicial, a partir do programa constitucional vigente,⁶⁴⁵ e se depararam com uma programação processual envelhecida, sob a regência de institutos, aparatos conceituais e simbólicos antiquados e inapropriados para as novas responsabilidades institucionais demarcadas pela ordem constitucional. Essas ações encontraram um sistema judicial com estrutura e plataforma operacional defasadas para responderem com efetividade e legitimidade democrática às crescentes reivindicações da cidadania.

Esse anacronismo institucional do Judiciário para fazer frente a um amplo espectro de demandas que foram ajuizadas a partir de 1988 suscita um sentimento de

⁶⁴² “Art. 4º [...]VII - solução pacífica dos conflitos”

⁶⁴³ O novo CPC, atendendo aos valores do constitucionalismo dialógico, reduz a verticalização da relação entre juiz e partes. E estabelece a cooperação como estruturante da relação processual: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

⁶⁴⁴ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.”

⁶⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515.

insuficiência sistêmica, e abre espaços para processos de transformações no cenário institucional, mediante ressignificações de institutos e de práticas institucionais.

Nessa reprogramação dialógica do sistema judicial para atender funcionalmente a essas reivindicações por direitos sociais, há a ressignificação do próprio sistema judicial, com o desenvolvimento de novos códigos operacionais⁶⁴⁶ e de novas estruturas⁶⁴⁷, trazendo em seu bojo uma transição do próprio arranjo judicial desenhado pelo pensamento político moderno, para incorporar esse novo desafio.

No processo de expansão qualitativa do sistema judicial,⁶⁴⁸ mostra-se anacrônico e inadequado para as demandas por efetivação de direitos sociais a metodologia processual desenvolvida pelo cientificismo moderno, com regras e regimentos processuais divisados para determinados papéis judiciais, em que se exaltam a sua autonomia e a sua neutralidade diante dos demais sistemas sociais. Nessa expansão, incorporam-se novas estratégias de atuação judicial, com a estruturação de uma nova matriz judicial, formada a partir de uma nova função e de uma nova lógica institucional. A estratégia dialógica intensifica os níveis de articulação institucional e coloca limites e fronteiras a atuação do sistema judicial, evitando decisões judiciais autoritárias e surpreendentes.⁶⁴⁹

A estratégia dialógica opera para a construção de uma cidadania ativa e participativa, com o Judiciário mediando os conflitos, facilitando a estruturação das capacidades das instituições, debilitadas e fragmentadas pelo processo político partidário ou pela impossibilidade de gestão pelo executivo dos diversos fragmentos administrativos.

As deficiências e inaptidões da logística judicial moderna para processar com as novas demandas por direitos sociais se tornam manifestas, amplificando efeitos, impondo uma revisão na sacralidade⁶⁵⁰ que sempre guardou na sombra e sob colunas as insuficiências do sistema judicial.

⁶⁴⁶ Sucessivas reformas no antigo Código de Processo Civil, incorporando ao sistema judicial novos institutos, a exemplo da antecipação de tutela em 1994. A edição do Novo CPC.

⁶⁴⁷ Juizados Especiais Federais, estrutura incorporada por emenda Constitucional. Veja art. 165, do novo CPC. “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

⁶⁴⁸ TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 5.

⁶⁴⁹ VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, ano xxiI, 2016. p. 255. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁵⁰ “Por sagrado entende-se aqui uma qualidade do poder misterioso e temeroso, distinto do homem e todavia relacionado com ele, que se acredita residir em certos objetos da experiência.” (BERGER, Peter Ludwig. **O dossel sagrado**: elementos para uma teoria sociológica da religião. São Paulo: Paulinas, 1985. p. 38).

Há uma inadequação da logística processual moderna para processar as ações por direitos sociais,⁶⁵¹ que, em razão da evidenciada dimensão política, são bem diferentes das ações comuns.

Nos litígios comuns, o processo judicial é estruturado como uma metodologia científica de investigação, para apurar verdades. O trâmite processual ocorre na forma dialética platônica, em que autor e réu têm posições contrapostas bem definidas, e o processo constitui um caminhar em direção à verdade. Dessa forma, as partes costumam assumir posições adversárias e antagônicas, disputando interesses em conflito. Autor e réu, em posições bem demarcadas, desenvolvem narrativas que se contrapõem, que apontam ilícitos ou levantam defesas.

Nesses litígios individuais, o processo judicial se desenvolve dentro da lógica disciplinar, de apuração de verdades, em que a significação jurídica se estabelecerá no cotejo com a norma jurídica objetiva, entendida como esquema de interpretação dos fatos trazidos pelas partes aos autos, com apuração de culpas e especificação dos responsáveis por eventuais reparações. Como a norma jurídica, que empresta sentido à verdade dos fatos levantada no processo judicial, é produzida por outro ato jurídico (político), que por seu turno, recebe significação jurídica de outra norma,⁶⁵² a atuação judicial é atraída pela força gravitacional do sistema jurídico, assumindo um caráter reprodutivo desse sistema. Segundo essa lógica, o juízo está mais focado na reprodução do sistema do que propriamente no problema prático trazido pelas partes.

Esse *modus operandi* de investigação de ilícitos e de estipulação de reparações, próprio para os litígios comuns, reflete o programa desenhado para o Judiciário na modernidade, que se mostra agora inadequado para o tratamento das demandas por direitos sociais. No modelo clássico de sistema judicial, prevalece o princípio da separação dos poderes, como garantia de controle do arbítrio público, em favor da liberdade individual. Nessa visão, enquanto o legislador tinha a visão de futuro e impregnava nos estatutos essa perspectiva, o Judiciário deveria se ater ao passado, resgatando o sentido das leis para regulação dos fatos ocorridos no passado.⁶⁵³

⁶⁵¹ VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, ano xxiI, 2016. p. 254. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁶⁵² Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 3.

⁶⁵³ OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 189.

Nessa matriz clássica desenhada pela modernidade, de Estado das leis, o Poder Legislativo assume as rédeas da vida política, como centro de gravidade das decisões políticas, cuidando em dar direção aos encaminhamentos do Estado. O Poder Executivo recebe a missão de imprimir realidade material à vontade legislativa, cingindo-se apenas à garantia da liberdade individual. Ao Poder Judiciário compete o mister de resolver os conflitos individuais e sociais que lhe são encaminhados, com base na legalidade pronunciada pela representação política. O Poder Judiciário assume o papel de julgador desinteressado a se pronunciar sobre interesses das partes.

O sistema judicial moderno foi desenhado para atuar como uma burocracia reprodutora dos sentidos impregnados na legislação. Todavia, essa logística moderna vem-se mostrando inadequada para as reivindicações de direitos sociais, com evidenciada dimensão política. Nessas demandas, há a transferência para os tribunais das grandes questões políticas, incluindo questões de identidade coletiva que definem (e muitas vezes dividem) políticas inteiras,⁶⁵⁴ que exigem estratégias bem diferenciadas dos mecanismos processuais desenhados pela ciência processual moderna.

Observe-se que os códigos operacionais foram montados anteriormente para permitir ao sistema judicial investigar o passado (fatos) nas ações por direitos subjetivos. Verificados os fatos, o sistema promovia o cotejamento desses fatos com a norma jurídica, atribuindo-lhes os sentidos da lei, de modo mecânico, refletindo os sentidos da lei. Isso valia inclusive para os processos de controle de constitucionalidade dos atos legislativos, em que a jurisdição constitucional se limitava a fazer apenas o cotejamento da lei (ato normativo) com a constituição, mantendo-a ou anulando-a.⁶⁵⁵ O debate processual na jurisdição constitucional,

⁶⁵⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251. p. 139-178, maio 2009. p. 141. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 15 out. 2018.

⁶⁵⁵ “Porque precisamente o Parlamento e o governo é que devem ser, como órgãos participantes do processo legislativo, controlados pela jurisdição constitucional. Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas consequências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos.” Cf. Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 153.

fosse difusa ou concentrada, ocorria em torno da anulação ou não do ato normativo impugnado.⁶⁵⁶

Todavia, mesmo esse modelo judicial de controle de constitucionalidade se mostra inadequado para apreciar os litígios estruturais, onde há omissões inconstitucionais da representação política. Nesses litígios de interesse público, cabe ao judiciário não apenas examinar os fatos, mas instaurar um espaço de deliberação, estruturado a partir de diálogos institucionais, que propicie a construção de reformas estruturais para a superação do quadro de omissões e de violações a direitos fundamentais.

Pela tradição liberal herdada do constitucionalismo norte-americano, o sistema judicial se destinava a corrigir a atuação dos demais poderes. As instituições judiciais estariam nesse programa incumbidas de efetivar o sistema de *check and balance*, sistema este programado deliberadamente para equilibrar, de um lado, a separação e a independência dos poderes, e, do outro lado, o controle e o equilíbrio entre esses poderes,⁶⁵⁷ tornando presente o mandado constitucional.⁶⁵⁸

Esse modelo judicial, com poder revisional da atuação política sob o pálio da constituição, foi desenhado para operar sob a lógica do controle, em que o Judiciário exerce revisão da atuação da representação política, anulando ou corrigindo essa atuação, no modo desenvolvido pela democracia liberal americana.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ “[...] A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo.” ADIN nº 652-5, STF.Cf. DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 175.

⁶⁵⁷ FRIEDMAN, Barry. **The Politics of Judicial Review**. New York: New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 16, 2006. p. 260. Disponível em: < http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/16 >. Acesso em: 25 nov. 2017.

⁶⁵⁸ “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973).” Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro. [Syn]Thesis, vol.5, n.1, 2012. p. 26. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁵⁹ “Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum extemo ou intemo para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. A dependência em que o

Todavia, a nova missão institucional do sistema judicial, de efetivar uma pauta programática destinada à promoção do desenvolvimento humano e social,⁶⁶⁰ não se limita apenas a controlar a atuação política dos demais poderes. Não se restringe a anular ou a corrigir ato administrativo ou político. A nova designação institucional do sistema judicial concerne também a efetivação de direitos, a implementação de políticas públicas, em que há a necessidade de construção de novos cenários institucionais, novos protocolos e nova arquitetura burocrática de oferecimento de bens e serviços. Nesse sentido, o sistema judicial tem a designação constitucional, juntamente com toda a institucionalidade, de garantir a dignidade humana, promovendo o desenvolvimento humano e social. Não seria uma atuação corretiva, mas colaborativa com a construção de soluções institucionais que implementem os direitos no plano prático.

A nova missão do sistema judicial acaba por exigir novas estratégias processuais, diferenciadas dos códigos operacionais desenvolvidos para uma matriz judicial que se restringia à pesquisa retrospectiva do ilícito para apuração de culpas e responsabilidades, quando o direito se destinava tão somente a proteger a ordem e a segurança, sem qualquer finalidade promocional de desenvolvimento.

Outrora, o direito se apresentava apenas como padrão de comportamento e de referência para a ordem social. Os direitos sociais se apresentavam apenas como programa político, à disposição da representação política (Poderes Legislativo, Executivo). Esses direitos sociais eram considerados apenas programas políticos, desprovidos de juridicidade. Nesse modelo moderno, o sistema judicial se dedicava a referendar, anular ou corrigir atos jurídicos impugnados pelo demandante e, na heteronomia de terceira parte alheia ao interesse veiculado

governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência desse meio está demonstrada pela experiência.” Cf. HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 318.

⁶⁶⁰Veja-se, por exemplo, a ADI 5.581. Nesta ação constitucional ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) protocolou no Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade, juntamente com pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental, questionando a constitucionalidade de disposições da Lei 13.301/2016, que trata de providências de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, chikungunya e zika. A ação constitucional, além de requerer o controle de constitucionalidade da atuação política, impugnando dispositivos da respectiva lei, que impedem o acesso a direitos sociais, levanta omissões do poder público, questionando políticas públicas de saúde do Ministério da Saúde, que dificultam o acesso “a contraceptivos, especialmente à população pobre, e pela falta de políticas públicas sobre educação sexual integral e planejamento familiar.” A anadep levanta três omissões do Poder Público: acesso à informação, cuidados de planejamento familiar e aos serviços de saúde, além de omissão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas de saúde estatais para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zika. E pleiteia que o sistema judicial determine ao Poder Público a adoção de diversas políticas públicas visando sanar tais omissões. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=577576318&prcID=5037704#>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

no processo, o sistema judicial aparecia como entidade que não compunha propriamente o conflito, mantendo-se equidistante das partes litigantes.

Mesmo quando a impugnação se manifestasse contra atos do poder público, a ação judicial buscava, por meio de intervenção judicial neutra e imparcial, a prestação de contas com o passado, disposta a restabelecer/reparar uma situação vilipendiada pela atuação pública, da qual o Judiciário também não fazia parte, cabendo ao sistema judicial apenas restaurar a força normativa dos sentidos impregnados no ordenamento jurídico. E na verificação desses atos impugnados, a norma aparecia para o Judiciário como esquema de interpretação dos fatos (ocorridos no passado),⁶⁶¹ e não um horizonte de possibilidades para o futuro, como plano de ação política.

Para as demandas por implementação de direitos sociais, de caráter nitidamente promocional, que exige arranjo de serviços, inovações institucionais nas estruturas e logística de serviços, a serem disponibilizados em favor da cidadania, como promoção de justiça distributiva e não diretamente como afirmação do ordenamento jurídico, a atuação do sistema judicial ocorre dentro dos objetivos consignados nas constituições para a estrutura pública, e o sistema judicial de algum modo compõe a relação de vínculos que se impõem para as estruturas de poder, vetorizadas pelo discurso constitucional em favor do desenvolvimento humano e social.

No constitucionalismo contemporâneo⁶⁶², os direitos sociais têm um sentido transformador da realidade e são destinados a promoção da justiça distributiva. Suas normas não se reduzem ao mero papel de referenciar a ordem e a segurança social, para conferir previsibilidade ao comportamento humano. Na atualidade, segundo a arquitetura de Estado desenhada pelas constituições contemporâneas, os direitos sociais constituem verdadeiros projetos que implicam o desenvolvimento humano e social, e assim vetorizam a atuação de toda a estrutura de poder, inclusive do Poder Judiciário. O sistema judicial tem compromissos

⁶⁶¹“O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação.” Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 3.

⁶⁶²“O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.” Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro. [Syn]Thesis, vol.5, n.1, 2012. p. 28. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

institucionais com a efetivação dos direitos constitucionais e, portanto, tem uma atuação interessada nos conflitos sobre implementação de políticas públicas.

Resta evidente a inadequação funcional da lógica processual clássica - com seus códigos operacionais desenhados para anular e para revisar atuação política por um terceiro imparcial (sistema judicial). Essa lógica processual clássica não se presta a desenhar soluções práticas e inovadoras, que exigem a participação cooperativa do sistema judicial e não a participação meramente revisional e controladora.

Como se observa no preâmbulo constitucional acima transcrito, a Constituição abraçou o modelo de Estado Democrático de Direito e não de Estado Constitucional de Direito. Ao fazê-lo, pretendeu enfatizar a dimensão democrática do controle da supremacia constitucional perante as instituições. Não reservou a uma Corte Constitucional o monopólio da última palavra sobre a Constituição, preferindo agregar a dimensão democrática e participativa para preservação dos valores constitucionais.⁶⁶³ Para tanto, consagrou o amplo acesso à justiça como garantia fundamental, desenhou estruturas institucionais, conferindo-lhe legitimidade para a defesa dos valores democráticos, dos interesses difusos e coletivos, estendendo essa legitimidade para instituições sociais.

O sistema judicial não pode perder o sentido do Estado Democrático de Direito, como delineado na Constituição. O Judiciário precisa se reinventar e abandonar práticas que podem sugerir autoritarismo institucional. Lembre-se que embora não disponha da bolsa e nem da espada⁶⁶⁴, o Judiciário, ao decidir sobre a interpretação definitiva da Constituição, aferindo a legitimidade da atuação da representação política, acaba por interceder e influenciar na vida política.

⁶⁶³ “La incorporación de derechos fundamentales en una Constitución no basta. La pregunta decisiva consiste en saber quién controla la observancia de los derechos fundamentales por parte del legislador. Existen dos respuestas fundamentales: el proceso democrático o un tribunal constitucional. Quien vota a favor de que el legislador deba ser controlado exclusivamente mediante el proceso democrático, opta por un Estado democrático de derecho. Quien, además, defiende un control por un tribunal constitucional, interviene en favor de un Estado constitucional democrático. La relación entre el Estado democrático de derecho y el Estado constitucional democrático no es de estricta alternativa, sino de complementación. Mi tesis dice que tanto el Estado democrático de derecho como el Estado formal de derecho son una condición necesaria para la institucionalización de los derechos humanos, pero son insuficientes. Deben ser complementados con una jurisdicción constitucional hacia un Estado constitucional democrático.” Cf. ALEXY, Robert. **Derechos y Libertades**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. V (8) (Ene-jun 2000), pp. 37/38. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1372/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁶⁶⁴ “O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem força e sem vontade, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo.” Cf. HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 458.

Há um quadro de imobilidade do sistema político, que suscita e favorece a intervenção judicial, e esta intercessão do sistema judicial deve acontecer respeitando-se a direção democrática anunciada na Constituição. Eis o quadro do sistema político apresentado por Matthew Taylor, que limita a capacidade decisória:

1) um Congresso fraco, em que a representação desproporcional fortalece os Estados pequenos, enquanto os frágeis mecanismos de *accountability* eleitoral – resultado do sistema de representação proporcional com lista aberta – favorecem grupos de interesse organizados e facilitam a constante troca partidária; 2) um sistema partidário fraco, que permite a existência de um grande número de partidos fragmentados, instáveis e regionalizados; 3) a fraqueza do gabinete presidencial cujos ministérios são utilizados em parte como um instrumento para assegurar a manutenção das coalizões legislativas; 4) a natureza do Estado e, especialmente, dos servidores públicos, que tendem a lutar veementemente pela preservação de seus privilégios dentro da burocracia estatal; 5) um Senado com poderes sem paralelo para interferir em muitas questões políticas; e 6) o federalismo e, em particular, os poderosos governadores, especialmente o impacto deles nas discussões sobre assuntos fiscais da federação.⁶⁶⁵

Nesse contexto de fragilidade na formação de consensos hegemônicos no sistema político⁶⁶⁶, em meio a um processo de expansão da regulação da vida política, de transferência de funções - anteriormente exclusiva dos poderes executivo e legislativo - para o sistema judicial⁶⁶⁷, são instauradas demandas judiciais por efetivação de direitos sociais,⁶⁶⁸ de caráter prestacional, pleiteando, por vezes, um conjunto de ações materiais do Estado, que reclamando sistema judicial não apenas a proclamação de significados jurídicos e a arbitragem de conflitos, mas importam despesas e reprogramações das instituições, com mudanças na própria dinâmica organizacional da burocracia - para oferecimento de serviços e bens -, que exigem a mobilização de recursos e de estratégias de construção de consensos, mediante mesas de negociação.

⁶⁶⁵ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Dados [online]. 2007, vol.50, n.2, pp.229-257. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 fev. 2018.

⁶⁶⁶ “O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais.” Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro. [Syn]Thesis, vol.5, n.1, 2012. p. 27. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁶⁷ TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power** / editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, 1995. p. 28.

⁶⁶⁸ STF, MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.11.1991; MI 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 27.03.1992; MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Celso de Mello, DJ de 26.06.1992; MI 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 24.05.2002; MI 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17.12.2002; e MI 562/DF, Rel.^a Min. Ellen Gracie, DJ de 20.06.2003. Cf. CALDO, Diego Santiago y. **O Ideal Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e o Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: **Revista síntese direito civil e processual civil**, volume 13, n.97, set./out. 2015. p. 513. Disponível em: <www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2097_miolo.pdf>. Acesso em: 117 jun. 2018

Nas últimas décadas, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal deliberou acerca de diversos temas, tais como políticas governamentais, mediação entre poderes para demarcação de limites de atuação do executivo e legislativo, proteção a direitos fundamentais, produção normativa em mandado de injunção, políticas públicas.⁶⁶⁹

A possibilidade de revisão pelo sistema judicial das decisões políticas, com base nos direitos fundamentais, em contexto marcado por fragmentações político-partidárias e administrativas, e por uma paisagem com profundas assimetrias e distorções sociais herdadas no processo histórico (que expressa um enorme *deficit* social), tem sido marcante e recorrente, com grandes repercussões na vida política nacional, exigindo a necessidade de adequação estrutural e processual do sistema judicial, de modo a compatibilizar o exercício judicial com os marcos do Estado Democrático de Direito.⁶⁷⁰

Em face das referências democráticas, o Judiciário deve ser capaz de estimular a participação e o emponderamento das instituições envolvidas, promovendo a autoregulação dos conflitos, mediante processos que se construam como espaços de deliberação, sem que o Judiciário assuma protagonismos e ativismos nas decisões. Para isso, deverá convocar instituições que possam contribuir para a concretização do programa jurídico político estabelecido na Constituição e, mediante diálogos, propor e construir um conjunto de ações que deverão ser desenvolvidas no tempo, de modo concatenado e orquestrado, com um plano de execução, buscando os recursos necessários, ainda que tenha de ser incluídos em orçamentos futuros.⁶⁷¹

O desenvolvimento da democracia propicia a judicialização de conflitos e o surgimento, como corolário, de um novo programa institucional para o Judiciário fazer frente

⁶⁶⁹ Reforma da Previdência, Reforma do Judiciário (Criação do Conselho Nacional de Justiça); limites das Comissões Parlamentares de Inquérito/quebras de sigilos e decretação de prisão, atuação do Ministério Público na investigação criminal); limites à liberdade de expressão (Caso Elwanger), progressão de regime para os condenados; aplicação ao servidores públicos do regime jurídico das greves no setor privado; melhoria do sistema carcerário, fornecimento de medicamentos. Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro. [Syn]Thesis, vol.5, n.1, 2012. p. 28. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

⁶⁷⁰ “Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetenz*) e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.” Cf. NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas** – Edição Especial – 2008. p. 27. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

⁶⁷¹ ABRAMOVICH, Víctor. Acesso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 16. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018

ao fenômeno da Judicialização da política.⁶⁷² E essa reconfiguração precisa ganhar sintonia com o Estado Democrático de Direito, prescrito na Constituição, evitando-se uma hipertrofia dos poderes do juiz,⁶⁷³ bem como para efetivar o conjunto de direitos fundamentais consignados como núcleo da ordem constitucional.⁶⁷⁴

A transformação do sistema judicial em espaço de deliberação da vida política levanta uma questão fundamental quanto a legitimidade democrática da atuação judicial. Afinal, o sistema judicial, nas demandas por direitos sociais, acaba interferindo na discricionariedade do sistema político.

Para essas reivindicações, em que se pretende a efetivação de direitos sociais negados pelo sistema político, o Judiciário vem assumindo novos papéis institucionais, para além do papel de decididor. Nesses conflitos sociais e políticos, há de se examinarem as fronteiras do sistema judicial e a forma como esse sistema interage com os demais sistemas sociais e políticos. À medida que o Judiciário vem ganhando importância decisória nas esferas sociais e políticas, vem-se tornando visível a necessidade de atualização de suas práticas, em sintonia com as disposições que inspiram o Estado Democrático de Direito.⁶⁷⁵

Os questionamentos quanto à legitimidade democrática do sistema judicial, bem como em relação a eficácia e adequação da resposta judicial ao problema apresentado na demanda vêm propiciando novas experiências judiciais, com a utilização de mecanismos processuais sintonizados com o Estado Democrático de Direito, capazes de ensejar as condições de possibilidade de efetivação dos direitos sociais demandados, de modo participativo, colaborativo e inovador, bem diferenciado do perfil autoritário e interventivo levado a efeito pelo ativismo judicial, quando o Judiciário assume papel de protagonista nas decisões políticas e substitui totalmente a representação política. Somente em circunstâncias muito especiais, em razão da gravidade das violações a direitos fundamentais, quando faltar completa colaboração

⁶⁷² HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007. p. 211.

⁶⁷³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Forense, Rio de Janeiro, 2008. p. 27.

⁶⁷⁴ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002. p. 25.

⁶⁷⁵ “O magistrado passa a deter maior interferência no processo, que decorre da relevância dos direitos tutelados e também do papel juiz no processo civil contemporâneo³⁵. Além de orientar as partes durante a tramitação do feito, parece oportuno franquear ao juiz ampla possibilidade de transformar o “contraditório adversarial”, que se limita a uma dinâmica de tese e antítese, em um “contraditório dialogal”, no qual as partes colaboram entre si³⁶ e com o juiz para, por meio do processo, encontrar a melhor forma de criar ou reformular a política pública objeto de litígio³⁷. Esse amplo contexto dialogal permite ao magistrado até mesmo lançar mão de métodos alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, se assim permitirem as questões em debate.” Cf. CALDO, Diego Santiago y. O Ideal Controle Jurisdicional de Políticas Públicas e o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista **síntese direito civil e processual civil**, volume 13, n. 97, set./out. 2015. p. 516. Disponível em: <www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2097_miolo.pdf>. Acesso em: 117 jun. 2018.

dos poderes políticos, os juízes estariam autorizados para avançarem, expedindo medidas, segundo seus critérios, para proteger direitos.⁶⁷⁶

Na atuação judicial em demandas por efetivação de direitos sociais que exigem recursos e prestações materiais da Administração Pública, que importam mudanças na distribuição orçamentária e, portanto, escolhas concernentes à vida política, em contextos marcados por fragmentações, deficiências estrutural e funcional das instituições demandadas, há um amplo espaço para discricionariedade judicial.

A mobilização de conceitos e de normas jurídicas abertas pelos atores nas demandas por efetivação de direitos sociais acaba por vicejar espaço para discricionariedade judicial e, como corolário, exsurtem questionamentos em relação à legitimidade democrática do Poder Judiciário e a sua capacidade operacional para regulação, definição e implementação de políticas públicas.

O protagonismo do Judiciário na arena política exige mecanismos de acomodação e de estabilização com os sistemas políticos, mediante protocolos de atuação que consensualizem as decisões dentro da demanda judicializada, a partir do diálogo interativo e participativo entre os interessados na decisão judicial. Para tanto, o sistema judicial deve abandonar a postura autoritária, advinda de uma leitura equivocada da Constituição em remeter ao Judiciário o monopólio da *última palavra* sobre a interpretação constitucional.

Quando o sistema judicial se arvora na titularidade exclusiva da *última palavra* sobre a Constituição, o exercício do controle judicial de constitucionalidade acaba sobrevivendo inexoravelmente de posições autocráticas. Daí resulta a necessidade de o Judiciário reprogramar-se, com novas estruturas e códigos operacionais que privilegiem a mediação, a eficácia e a sustentabilidade das decisões, construídas a partir de interações dialógicas e cooperativas.

Não lhe cabe assumir a posição do Executivo e do Legislativo, passando a definir políticas públicas, estabelecendo mecanismos de efetivação, como manifestação do *jus imperio*. Além de essa assunção de responsabilidades alheias se mostrar autoritária, confrontando-se com o Estado Democrático de Direito, a substituição de atividades próprias dos demais poderes, pelo sistema judicial, pode não trazer a solução mais adequada para o conflito trazido na demanda, de caráter coletivo.

⁶⁷⁶ ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. p. 17. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 26 maio 2018

O sistema judicial deve, em obediência ao princípio da separação dos poderes, atentar aos mecanismos de funcionamento dos demais poderes públicos, a sua dinâmica estrutural⁶⁷⁷ e a seus papéis, propiciando-lhes as condições para afirmação de suas capacidades institucionais, para que possam se auto regular, sob pena de desequilíbrio institucional. A atuação do Judiciário deve ser cooperativa no emponderamento e reforço das capacidades institucionais, podendo, nesse sentido, promover remanejamentos orçamentários, para qualificar os processos de elaboração ou de implementação de políticas públicas. Os resultados da atuação judicial devem ser monitorados, como avaliação de eficiência, podendo medidas e procedimentos serem revistos.⁶⁷⁸ Há nesse ponto um experimentalismo na atuação judicial e uma certa flexibilidade, pois em litígios estruturais o sistema judicial não opera sob a lógica de verdades, mas de resultado.

As respostas judiciais, porque incrementam prestações materiais a serem cumpridas por outras instituições, devem ser precedidas de amplos debates e deliberações abertas às instituições envolvidas, aferindo-se as capacidades institucionais, as restrições orçamentárias, a complexidade dos contextos. Essas respostas judiciais importam modificação de leis orçamentárias, mudanças estruturais e de logísticas administrativas, que exigem alocação de recursos, adequação fiscal e, portanto, escolhas políticas, em princípio de exclusividade da representação política e das instituições administrativas.

O Judiciário não pode transformar um fenômeno político contemporâneo, a regulação pelo direito dos processos políticos, que propicia a judicialização da política, em ativismo judicial, apropriando-se das responsabilidades políticas de outras instituições, substituindo a vontade dessas instituições, da representação política, de modo autoritário e em grave confronto com as balizas do Estado Democrático de Direito.

Pode-se caracterizar ativismo judicial a assunção pelo Judiciário, de modo solitário, das definições de políticas públicas, substituindo as decisões políticas (próprias da representação política) por suas decisões judiciais, a partir de uma argumentação retórica que reduz o universo político à dominação técnico-científica, absorvendo a atuação da representação política. Nas palavras do ministro Roberto Barroso, o ativismo judicial seria uma expansão deliberada do papel do Judiciário, “mediante o uso da interpretação constitucional

⁶⁷⁷ HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 119.

⁶⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 27 set. 2018.

para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.”⁶⁷⁹

Ronald Dworkin expressa bem o necessário cuidado com eventual manifestação autoritária de poder, trazendo também a noção de ativismo judicial. Veja-se:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.⁶⁸⁰

Quanto menos negociadas e discutidas essas respostas judiciais com as instituições envolvidas, menos legítima, menos provável a eficácia das decisões judiciais e mais suscetíveis a produzir efeitos colaterais perversos nos sistemas de direitos, podendo, inclusive, inviabilizar a fruição de outros direitos, em razão de desequilíbrios produzidos no sistema de efetivação de direitos. Uma liminar deferida que interceda em sistemas de prestações sociais ou em sistemas econômicos, por exemplo, pode romper equilíbrios sistêmicos ou orçamentários ou podem ser descumpridas por absoluta inexecutabilidade da decisão, em face da absoluta ausência de estruturação técnica ou de outros recursos estruturais e logísticos das instituições responsáveis.

As práticas institucionais dialógicas que passam a ser desenvolvidas pelo sistema judicial, abrindo no processo judicial espaços de deliberação sensíveis à contribuição e à cooperação dos atores interessados na decisão, constitui uma adequação sistêmica para responder funcionalmente às demandas por justiça social. Novos padrões de relacionamento processual com os sistemas administrativos e legislativos são incorporados à prática processual, mesmo em contexto de fragmentação social e político-partidária.

Há novos sentidos institucionais lançados pela ordem constitucional para o Judiciário, especialmente em relação a efetivação do discurso dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais. Impõem-se ao sistema judicial novos papéis, não propriamente de formulador e de reprodutor de regras do sistema, mas de indutor, de facilitador de soluções a serem elaboradas ao longo do processo judicial. Nesses casos, o sistema judicial deixa de ser o formulador de regras, e passa a coordenar a estruturação de espaços de inovações, suscitando nas partes a convergência para mudanças estruturais, mediante um discurso que estimula a

⁶⁷⁹BARROSO, Luiz Roberto Barroso. **A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário**. Conjur. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 03.mar.2017.

⁶⁸⁰DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

cooperação entre as partes, propiciando a eclosão de soluções para campos institucionais restritivos e problemáticos.

Essa habilidade para encaminhamento de soluções reclama capacidade de inovação, de diálogos, de produção de consensos e de proposição de alternativas. O sistema judicial quando instado, diante de um quadro de ineficácia de direitos sociais, deve aglutinar os vetores sociais, econômicos, políticos em torno da demanda trazida ao processo, transformado em espaço de deliberação.

Com disposição de catalisar ações articuladas entre instituições, o sistema judicial deve assumir a coordenação das deliberações. Com imaginação, criatividade, o juiz pode tracionar a interação entre instituições no campo processual, favorecendo o desenho de novas estruturas e de padrões de relacionamento institucional, permitindo o compartilhamento de informações e o desenvolvimento de sentimentos de cumplicidade e de responsabilidade conjunta entre as instituições.

Pela matriz dialógica prescrita na Constituição, o juiz, por estratégias discursivas e pela mobilização de recursos simbólicos e materiais, pode transformar sentimentos, demandas, ideias, em programa comum. Para a construção dessas interações e coalizões institucionais, o juiz pode se referenciar na matriz dialógica desenhada na Constituição para o sistema judicial e transformar o processo em espaço público, suscitando entre todos os participantes, por meio da cooperação, o compartilhamento de estruturas, de logística e de recursos. Desse modo, pode-se construir o processo deliberativo, evidenciando que o compartilhamento de objetivos e de ações se mostra imprescindível para a promoção dos interesses comuns das instituições e para otimização do processo de efetivação dos direitos sociais demandados, sendo uma estratégia autorizada pela Constituição e relevante para a produção de resultados práticos.

O tratamento dialógico dos conflitos de interesses provenientes de políticas públicas permite o planejamento de ações, de modo que as soluções desenhadas e deliberadas ganhem integridade e sustentabilidade em sistemas de serviços, ainda quando a demanda for individual. A atuação estruturante do sistema judicial, através do diálogo e da articulação entre instituições, pode criar as condições de possibilidade de realização de políticas públicas pelas próprias entidades responsáveis, mediante processos que capacitem e emponderem, através do diálogo, os atores e as instituições responsáveis, quando todos se convencem e reconhecem que conflitos judicializado decorre de distorções sociais, para cuja superação se exige a cooperação de todos. Não deve expropriar dessas entidades os serviços demandados, substituindo-as com

sua vontade funções próprias da representação política, pelo exercício de um ativismo judicial autocrático e contraproducente.

Nessas demandas, formuladas em contextos de fragmentações, de limitações das capacidades institucionais, a atuação judicial, de modo pragmático, deve avaliar o conflito de maneira sistêmica, e não de forma isolada. Só assim, poderá criar as condições para a elaboração de soluções, mediante mudanças institucionais, com a participação e colaboração das partes interessadas.

Nessa esteira, pode-se afirmar a mudança de sentido institucional do Judiciário, advindo da proclamação do Estado Democrático de Direito. O papel que recebeu de guardião da força normativa e da supremacia de uma Constituição dedicada a transformar a realidade política e social brasileira impõe consequências a atuação judicial e a sua significação perante o arranjo institucional brasileiro.

O Judiciário assume o papel de mediador dos grandes temas humanos, cívicos e sociais, cadenciando a forma como esses temas podem ser articulados nos espaços públicos de deliberação. O Judiciário passa a desenvolver funções institucionais reservadas outrora, no pensamento político moderno, exclusivamente a instituições do sistema político.⁶⁸¹

A complexidade das causas que agora batem às portas da Justiça, a natureza social e política dos conflitos, as novas coletividades amalgamadas no processo social, uma mudança de sentido institucional do próprio Judiciário, que passa a assumir novos papéis no quadro da institucionalidade brasileira. Esse deslocamento de sentido institucional do sistema judicial implica atualização e ressignificação dos conceitos, dos institutos, dos estatutos procedimentais, dos provimentos e medidas judiciais.

Os novos sentidos institucionais do sistema judicial estão referenciados na Constituição. E não se deve interpretar o texto constitucional, compreendê-lo em toda a sua significação política, senão com olhos e sentidos atentos ao amplo programa cívico e democrático que culminou com a Constituição.

O sistema judicial está se programando para entender essa nova responsabilidade institucional. Nem é sem razão que o Conselho da Justiça Federal criou o Centro Nacional de Inteligência da Justiça Federal, com o objetivo de monitorar os litígios estruturais. Segundo o atual corregedor-geral da Justiça Federal, ministro Raul Araújo, as demandas estruturais reclamam o planejamento de ações, “envolvendo valores sociais que atinjam não somente as

⁶⁸¹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann e SALLES, Paula Martins . **Dezessete anos de judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 3 out. 2016.

partes do litígio, mas um conjunto de pessoas que se encontram em situações idênticas ou assemelhadas.”⁶⁸²

Há uma preocupação de se compreender o modelo judicial na concepção de Estado Democrático de Direito. Como se viu ao longo do trabalho, há uma relação entre concepções de Estado e modelos de jurisdição. Para cada modelo de Estado, têm-se metodologias, estratégias processuais e finalidades institucionais adequadas para a jurisdição. No Estado liberal dos séculos XVIII e XIX, por exemplo, estruturado para a guarda das liberdades, há o desenho de Judiciário delineado para a garantia das liberdades. Por essa lógica, o papel do Estado era mínimo, limitado ao de tutor e ao de garante da ordem pública interna, através do direito e da jurisdição penal, e ao de tutor e ao garante da certeza dos contratos, através do direito e da jurisdição civil. Nesse papel, a jurisdição, quando demandada, estava destinada a verificar o passado. Na jurisdição civil, essa verificação do passado constituía o requisito para a reparação de ilícitos. Na jurisdição penal, a apuração do passado era o passo necessário para atribuição de castigos por ilícitos praticados.⁶⁸³

A garantia de efetivação de direitos fundamentais em instâncias independentes do sistema político, no sistema judicial, pelo discurso da supremacia constitucional, trouxe, de outra parte, uma dimensão deliberativa no trato das políticas públicas, que agora podem ser levadas a controle judicial, e submetidas a mecanismos aferição estruturados pela razão. Essa razão, contudo, não se dispõem a pesquisar verdades, senão a avaliar atuações públicas desenvolvidas pelo universo político. Por isso, essa razão tem um conteúdo prático, concernente às escolhas humanas e políticas, e deve presidir os processos de deliberação judicial, respeitando-se os valores da democracia participativa.

A democracia agora transporta um componente substantivo que não havia no Estado liberal. Esse componente substantivo transportado pelo direito se destina a proteger interesses de minorias e a criar as condições básicas para uma vida digna. Além do aspecto limitador da atuação pública, concernente a garantia de interesses de minorias, há um aspecto promocional e transformador nesse modelo de Estado Democrático de Direito, que passa a acrescentar a responsabilidade de as instituições promoverem o desenvolvimento humano e social. No quadro desse modelo de Estado, que expande os seus papéis institucionais, o direito

⁶⁸² Disponível em: <https://www.trf5.jus.br/?option=com_noticia_rss&view=main&article-id=aHR0cDovL3d3dy50cmY1Lmp1cy5ici9ub3RpY2lhcY8zMjAyNzA=>>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁶⁸³ FERRAJOLI, Luigi e ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 87/88.

aparece como mecanismo estratégico também de promoção de justiça social e de desenvolvimento humano.

Há a previsão constitucional de um catálogo de direitos humanos, estabelecendo limites ao exercício dessa soberania política⁶⁸⁴, e também um conjunto de instituições disponibilizadas para a reivindicação de direitos, considerados fundamentais para a cidadania plena.

Essa engenharia institucional, desenhada para a efetivação do discurso constitucional, que se expande por todo o sistema jurídico, promove uma mudança no paradigma jurídico, que agora passa a aferir a legitimidade da atuação política. Pelo constitucionalismo contemporâneo, que imprimiu força constitucional ao programa constitucional, a primazia e a onipotência da política, encartadas no princípio positivista de Hobbes *auctoritas non veritas facit legems*, que legitimava ideologicamente a produção jurídica da representação política, submetendo a validade das leis à sua vigência, tornaram-se suscetível ao controle judicial de validade constitucional. Essa submissão da atuação da representação política aos limites formais e materiais da constituição transformaram o sistema judicial em garantidor dos direitos fundamentais.⁶⁸⁵

A expansão da atuação judicial para alcançar campos políticos, outrora imunes a sindicância judicial, decorre diretamente da expansão do Estado Democrático de Direito, que agrega a pauta promocional da justiça social, com democracia deliberativa. Quando essa dimensão promocional é demandada no sistema judicial, sua garantia corresponde ao oferecimento de bens e serviços pelo Estado, devendo o sistema judicial criar as condições deliberativas, para que os diálogos institucionais elaborem soluções estruturais sustentáveis. A forma como o judiciário deve, então, tratar essas demandas não pode ser a mesma dos litígios estruturados a partir de direitos liberal do século XVIII e XIX, onde a processualística se referenciava em um programa de pesquisa sobre o passado, e cabia ao sistema judicial emitir não um juízo de valor propriamente, mas um juízo de certeza, de estabilidade sobre o passado.

No Estado Democrático de Direito, com a pauta substantiva incorporada ao direito, a atuação pública pretende não apenas certificar o passado, mas sobretudo melhorar e qualificar as condições de vida. O olhar está lançado para o futuro, para intervir na vida do outro, e, por essa razão, o outro precisa ser consultado, para que trazendo os seus planos

⁶⁸⁴ GARGARELLA, Roberto. **Derecho constitucional**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 22.

⁶⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi e ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2005. p. 93.

singulares de vida contribua com a elaboração de planos coletivos estruturados pela solidariedade social, qualificando a decisão coletiva.

O Estado Democrático de Direito não deve promover esse conteúdo material de modo autoritário e impositivo, como faziam os Estados sociais da primeira metade do século XX. A promoção do desenvolvimento humano e social deve ocorrer dentro dos marcos da democracia participativa, fazendo com que as decisões deliberadas ganhem sustentabilidade material e simbólica, com a adesão dos interessados na construção das soluções.

O Judiciário, quando demandado para efetivar essa pauta substantiva do programa constitucional em quadro de graves violações a direitos fundamentais, também deve operar dentro da lógica democrática. A representação funcional exercida pelo sistema judicial como garantia de efetividade do discurso constitucional não pode ser espelho a refletir exclusivamente as concepções de bem do julgador. O Judiciário constitui um canal de realização da democracia no mundo contemporâneo e deve caminhar, de modo cooperativo com a demais instituições, para realização prática do discurso constitucional.

Como se registrou ao longo da tese, a dimensão substantiva, promocional e dirigente do programa constitucional vem consignada por meio de uma linguagem aberta no texto constitucional. Os sentidos jurídicos não trazidos de forma absoluta, em uma lógica do tudo ou nada, mas através de uma linguagem principiológica, aberta à produção de sentidos nos processos históricos. A concretização dos sentidos constitucionais ocorre, pois, dentro da dinâmica institucional, na concretude dos conflitos, e o sistema judicial deve qualificar democraticamente os espaços de deliberação, trazendo a contribuição das diversas vozes, incluindo a participação de todos os interessados nas decisões.

A matriz dialógica desenhada para o sistema judicial na Constituição de 1988 pode servir de referência para o tratamento de demandas por direitos sociais, mediante processos deliberativos que enriqueçam e qualifiquem a construção das soluções estruturais, imprimindo-lhe sustentabilidade material e simbólica. A atuação judicial eficaz e democraticamente legítima torna as cortes judiciais confiantes para a cidadania.⁶⁸⁶

⁶⁸⁶ POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Faculty Scholarship Series. Paper 169. 2007, P. 374. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers>. Acesso em: 10 fev. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defende-se na presente tese que há um modelo dialógico desenhado pela Constituição de 1988 para o sistema judicial brasileiro. Essa matriz vem sendo experimentada na prática judicial brasileira, tratando demandas por direitos sociais de modo dialógico; abandonando o perfil de executor da lei, de controlador dos sentidos constitucionais; passando, a partir da construção cooperada de soluções, a desenvolver estratégias processuais mais flexíveis e abertas a diálogos institucionais.

Foram aqui examinados os aspectos normativos da matriz dialógica desenhada na Constituição para o sistema judicial, sua relação com a construção da cidadania no Brasil, as estratégias processuais que o Judiciário pode desenvolver nas demandas por direitos sociais.

No estudo, observou-se que o direito se transformou em mecanismo de promoção social, incorporando valores substantivos a serem garantidos pelos arranjos institucionais. Pelo direito, o Estado organiza e a planeja a vida social. Esse sentido promocional do direito repercute nos sentidos das instituições, que passam a gravitar em torno das estratégias de implementação desses fins sociais.

Ao analisar-se a Constituição de 1988, constatando-se o sentido promocional projetado em seu programa, defendeu-se que, em razão da justiciabilidade dos direitos sociais, caberia ao Judiciário, uma vez mobilizado pela cidadania, cooperar com os arranjos institucionais na realização prática do discurso libertário e emancipador da Constituição.

A configuração institucional, com a positivação do discurso de direitos humanos e a estruturação de um arranjo judicial aberto à cidadania para garantir a efetividade desse discurso, vem permitindo o escrutínio judicial da atuação política, transformando o sistema judicial em importante espaço de deliberação de política públicas.

Nesta investigação, foi constatado que, pelo desenho constitucional de 1988, o sistema judicial deixou a condição de mero controlador neutro de legalidades para assumir a condição de partícipe engajado na promoção do bem-estar e na garantia da dignidade humana. Por essa razão, o sistema judicial, quando demandado por direitos sociais, não atua apenas como mediador político, mas tem também a missão de cooperar na realização desses direitos, que interessam a toda a coletividade.

No trabalho, restou verificado que, em determinados contextos estruturais, a atuação judicial se mostra crucial para a efetivação dos direitos sociais. A depender da complexidade da questão social, o sistema político não consegue formar consensos hegemônicos, tendo dificuldade de encaminhar soluções apropriadas e oportunas, em razão de fragmentações partidárias e institucionais (pluralidade de órgãos, de agências, de entidades).

Para fazer face a esse quadro de fragmentação do sistema político, o Judiciário pode desenvolver um papel relevante, a partir de uma atuação que aglutine as forças sociais e políticas, promovendo interações e diálogos entre atores interessados para a elaboração de soluções. Observou-se que a colaboração da deliberação pública, garantida pelo sistema judicial, pode enriquecer os debates e produzir consensos que tornam viáveis e sustentáveis as soluções deliberadas.

A teoria dialógica de Gargarella se mostrou adequada para a compreensão do relacionamento do sistema judicial com as instituições do sistema político, na produção de sentidos concretos e na elaboração de soluções práticas nas demandas por direitos sociais.

Ao longo do trabalho, justifica-se a defesa de que o sistema judicial, por não ter os seus membros sido escolhidos pelo voto popular, precisa, quando demandado por direitos sociais, desenvolver estratégias processuais dialógicas com os diversos segmentos de poder. Esse modo dialógico de tratar essas demandas de natureza política, mediante a estruturação de espaço deliberativo, propicia a colaboração e a inclusão de todos os interessados na solução da demanda.

Nessas demandas por direitos sociais, o Judiciário acaba por assumir a coordenação das mudanças estruturais, intercedendo em campos reservados, em princípio, aos demais poderes da representação política, e as questões atinentes à legitimidade democrática dessa intercessão do Judiciário passam a ter enorme relevância para a eficácia e sustentabilidade da decisão.

Na falta, na paralisia do sistema político, na incapacidade de a burocracia administrativa assegurar os direitos genérica e abstratamente declarados, a cidadania tem reivindicado no sistema judicial, sob a guarda do princípio do amplo acesso à justiça, demandas por efetivação de direitos sociais. Ao argumento de omissão constitucional e de violação a direitos fundamentais, a cidadania tem requerido no sistema judicial o controle de constitucionalidade da atuação político-administrativa, visando a implementação de direitos sociais.

Os encaminhamentos dessas demandas por direitos sociais, concernentes a problemas da vida social e política, que em princípio estariam reservados à responsabilidade ao

sistema político, necessitam de coordenação complexa e sofisticada pelo sistema judicial. Nessas demandas, a pesquisa leva a constatação de que o sistema judicial pode desenvolver certo experimentalismo na construção coletiva e dialogada dessas decisões, concitando aos interessados a participação e a cooperação na construção dessas soluções.

Com a investigação, concluiu-se que, para bem responder às demandas por direitos sociais, o sistema judicial precisa desenvolver o processo como espaço deliberativo, trazendo a participação de todos os afetados, mobilizando estratégias discursivas que despertam novos sentidos e significados a serem compartilhados entre as partes, produzindo entendimentos e consensos entre as partes.

A estruturação desse espaço processual vocacionado a deliberação pública, a construção de diálogo sobre os sentidos institucionais advindo de interpretações da Constituição, dispõem-se a efetivar o programa constitucional, mediante atuação judicial eficaz e democraticamente legítima, o que torna as cortes judiciais confiantes para a cidadania, como referenciado no desfecho do último capítulo.

Ao invés de trazer para si a exclusividade da interpretação do direito, monopolizando autoritária e discricionariamente os critérios de decisão de poder, o sistema judicial, quando assume papel mais interativo, acaba por estruturar ambientes mais propícios a inovações e a criatividade, que favorecem mudanças institucionais exigidas para a efetivação dos direitos sociais pleiteados nas demandas, em especial quando esses direitos importam prestações materiais, com repercussões na execução orçamentária, nos sistemas logísticos e burocráticos de prestações de serviços.

Observou-se que a mobilização de recursos dialógicos pelo sistema judicial pode sensibilizar os atores em torno de ideias, para implementação de mudanças nos contextos, fazendo do processo judicial não uma metodologia para apuração de culpas e de responsabilidades, mas um campo de interações promocionais.

Nesse sentido, as estratégias processuais dialógicas viabilizam a estruturação de espaços de deliberação, a motivação dos atores para mudanças e inovações estruturais, que permitem o emponderamento e a capacitação das entidades demandadas, necessários para a construção de consensos em torno de soluções aos problemas levantados pelos sujeitos processuais.

Pelo presente empreendimento teórico, referenciado em revisão bibliográfica e em experiências judiciais, analisou-se o modo dialógico desenhado na Constituição para o tratamento judicial das demandas por direitos sociais. Para tanto, verificou-se o programa constitucional de 1988, como ruptura com a tradição autoritária da institucionalidade brasileira;

analisou-se a repercussão do programa democrático desenhado na Constituição sobre o sistema judicial; examinou-se a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil, i.e., a possibilidade de esses direitos serem reivindicados e efetivados perante o sistema judicial; e se analisou o modo dialógico desenhado na Constituição para o sistema judicial.

Ao longo da pesquisa, destacou-se que as estratégias dialógicas utilizadas pelo sistema judicial são bastante diferenciadas da metodologia processual desenhada pelo constitucionalismo liberal para a matriz judicial. Nessa matriz liberal, o sistema judicial se restringe a pesquisa de ilícitos, a identificação de culpados e a estipulação de responsabilidades.

A reprodução da lógica processual certificadora de verdades, incorporada à máquina judicial pela experiência institucional nos litígios comuns, quando aplicada a litígios estruturais por direitos sociais, pode abrir espaços para o sistema judicial assumir comportamentos institucionais autoritários. A adoção de modelo científico autoritário pelo sistema judicial pode trazer respostas judiciais inexequíveis e insustentáveis, que, por reproduzirem quase sempre apenas o horizonte cultural do juiz, podem gerar conclusões epistemicamente empobrecidas, cuja execução impacta os demais sistemas de serviços e no equilíbrio orçamentário.

Destacou-se, então, que a matriz dialógica de Judiciário se afasta do modelo intervencionista e ativista, de perfil tecnocrático e autoritário. Ao contrário do viés autocrático dessa matriz ativista, o perfil de Judiciário dialógico investe na mediação de interesses, estimulando entre as partes a criação de pontes entre universos fragmentados da política, propiciando negociações entre as instituições envolvidas e prestigiando o emponderamento dessas instituições.

O perfil dialógico não representa absenteísmo judicial, diante das demandas por direitos sociais. A autocontenção é utilizada como estratégia para que as instituições entrem em concertação e harmonia, criando pontes de diálogos. E, havendo necessidade de decisão judicial, ainda que interventiva, para viabilizar o exercício de uma capacidade institucional, a matriz dialógica está autorizada a fazê-lo.

Foram trazidos exemplos práticos e relevantes desse modelo dialógico. Nas ações coletivas apresentadas, puderam-se verificar o desenvolvimento do perfil dialógico, com novos papéis assumidos pelo sistema judicial, novos procedimentos, novas formas de respostas judiciais, que em muito diferem dos padrões desenvolvidos pela matriz moderna de Judiciário, matriz essa estruturada a partir da lógica autor/réu, pedido/defesa, crédito/débito, da contraposição de interesses entre o autor da demanda e o réu.

Nesses litígios estruturais trazidos, foi observado que a atuação judicial passa a ser mais concentrada em atos de execução, do que propriamente em atos de declaração de direitos. Isso tem repercussão na prática judicial. Como a execução dos direitos sociais reclama um conjunto de ações a serem desenvolvidas no tempo, de modo concertado e compartilhado entre instituições diversas, a atuação judicial não pode operar sob uma lógica do tudo ou nada, do lícito e do ilícito, sem que institua mecanismos de negociação.

Verificou-se no trabalho que a judicialização da política não constitui propriamente uma falha da democracia, mas um mecanismo de qualificação das decisões políticas. Mediante a judicialização, podem-se estabelecer processos deliberativos que, além de propiciarem a *accountability* e a participação da cidadania nos processos políticos, permitem a interação e a articulação entre instituições, de modo que se possa construir arranjos que superem contextos de fragmentações e clivagens político partidárias.

Ao servir-se de estratégias processuais diferenciadas, abertas à construção coletiva de sentidos, com a participação efetiva de interessados, o sistema judicial legitima as suas decisões e, em razão do ganho epistêmico advindo da contribuição de diversas vozes, as decisões judiciais resultam são mais adequadas e sustentáveis.

No trabalho, defende-se que a matriz dialógica de Judiciário, desenhada na Constituição, vem sendo experimentada nas demandas que intercedem na vida político-administrativa.

Afigura-se, pois, oportuno o estudo desse modelo institucional. Há demandas por direitos sociais judicializadas, de caráter estrutural, que se mostram relevantes para o desenvolvimento humano e social no País. A construção de ferramentas teóricas que viabilizem a análise da matriz dialógica desenhada para o sistema judicial na Constituição permite divisar o sentido do Judiciário, no quadro institucional brasileiro. A compreensão desse modelo se mostra fundamental para transformar o processo judicial em espaço de deliberação pública, permitindo-se, com a cooperação de todos, o desenho e a implementação de soluções adequadas, democraticamente legítimas e exequíveis aos problemas apresentados nas demandas por direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AB´SABER, Aziz N. A época colonial: administração, economia, sociedade. In: **História geral da civilização brasileira**. v. 2. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____. A época colonial: do descobrimento à expansão colonial. In: **História geral da civilização brasileira**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

ABEL, Oliver. **Paul Ricouer: a promessa e a regra**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

ABRAMOVICH, Víctor. Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 9, n. spe, Dec. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S012405792007000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría Editores, 2009.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e política: pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático** 01/04/2011 196 f. Doutorado em Direito Constitucional Instituição de Ensino: Universidade de Fortaleza, Fortaleza Biblioteca Depositária: Unifor, Ufc.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

ALEXY, Robert. **Balancing, constitutional review, and representation**. New York: Oxford University Press. New York University School of Law 2005, 572, Volume 3, Number 4, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/moi040>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Rio de Janeiro. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. El principio de igualdad y la diferencia de género. In: CRUZ, P. J. A., & VÁZQUEZ, R. **Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres**. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/igualdad/libros/documento/2016-12/2Debatesconstitucionales_0.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

_____. **La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático**. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1372/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 out. 2018.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares. O Estado no Brasil contemporâneo: um passeio pela história. In: **A democracia brasileira. Balanços e perspectivas para o século 21**. Carlos Ranulfo Melo, Manuel Alcântara Sáez (organizadores). Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AMARAL, Maria Lúcia. A protecção da confiança. In: **V encontro dos professores portugueses de direito público**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. **Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ARANGO, Rodolfo. Fundamento filosófico de los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Los Derechos Económicos, sociales y culturales** /Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung. São Paulo: Unesp, 2007.

ARAÚJO, Gilson Soares de. **Judiciário e políticas públicas: círculo de Conciliação em Políticas Públicas como espaço de discussão e instrumento concretizador das políticas públicas do estado do Piauí**. 2018. Dissertação de (mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Piauí, Teresina. UFPI. Disponível em: <http://repositorio.ufpi.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1323/Disserta%C3%A7%C3%A3o_GILSON%20SOARES%20DE%20ARA%C3%9AJAJO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2018.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial – existem constrangimentos eficazes?** 17/02/2016 260 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Pernambuco, Recife Biblioteca Depositária: Biblioteca Central/UFPE.

ARENHART, Sergio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/68-volume-6-numero-4-trimestre-01-10-2015-a-31-12-2015/1668-decisoes-estruturais-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão**. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2018.

_____. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da acp do carvão**. Disponível em: <[revistadeprocessocomparado.com.br/wp-](http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Decisoes-estruturais.pdf)

content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

_____. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARIZA, Santiago Sastre. **Hacia una teoría exigente de los derechos sociales**. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46584>>. Acesso em: 02 out. 2018.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, June 2004. p. 17. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 nov. 2018.

ARTURI, Carlos S. **O debate teórico sobre mudança de regime político: o caso brasileiro**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 set. 2018.

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

_____. **Derechos sociales, socialismo y contrato social**. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA14_Atria_CV_Sp.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

AVRITZER, Leonardo. Reforma política e participação no Brasil. In: **Reforma política no Brasil** / Leonardo Avritzer, Fátima Anastasia (organizadores). – Belo Horizonte: UFMG, 2006.

_____. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Revista Opinião Pública**, Campinas, v. 18, n. 2, 2012.

_____. **Teoria democrática e deliberação pública**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264452000000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. In: **Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação**. Organizador: Roberto Rocha C. Pires. Brasília: Ipea, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livro_dialogosdesenvol07.pdf>. Acesso em 09 nov. 2018.

_____; PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela. Democracia e instituições híbridas. In: **Teoria e sociedade**. Belo Horizonte: Revista dos Departamentos de Ciência Política e de Sociologia e Antropologia /UFMG, número especial, maio de 2005.

Audiência na Justiça Federal decide sobre homologação de TAC quase 3 anos após rompimento de Fundão. **G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2018/08/08/audiencia-na-justica-federal-decide-sobre-homologacao-de-tac-quase-3-anos-apos-rompimento-de-fundao.ghtml>> Acesso em: 25 nov. 2018.

BACHUR, João Paulo. **O Estado de bem-estar em Hayek e Luhman**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BARROSO, Luiz R. B. A ascensão política das Supremas Cortes e do Judiciário. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/luis-roberto-barroso-ascensao-politica-supremas-cortes-judiciario>>. Acesso em: 03 mar.2017.

_____. **A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria**.

Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180/pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. **Judicialização ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BARROSO, Luiz Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/30806/21752>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 1, n. 71, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Scott Lash. **Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP. 1995.

BENEITEZ, María José Bernuz. **Infancia y adolescência en conflicto con la norma**. Zaragoza: Universidade de Zaragoza, 1998.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossange Frères, 1825.

BERCOVICI, Gilberto. Brasília: A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, 1999. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em jul. 2018.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, 2004.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 nov. 2018.

BERGALLO, Paola. **Justice and experimentalism: the Judiciary's Remedial Function in Public Interest Litigation in Argentina**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3049992>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

BERGER, Peter L. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 1985.

_____. **O dossel sagrado:** elementos para uma teoria sociológica da religião. São Paulo: Paulinas, 1985, p. 38.

BERNAL PULIDO, Carlos. **Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales:** una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd50z4>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BETHELL, Leslie. **História de America Latina.** Barcelona: Editorial Crítica, 1990.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics.** New York: The BOBBS-MERRILL Company. 1963.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. Sobre os fundamentos dos direitos do homem. In: **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia de direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Universidade de Brasília, 6. ed., 1995.

_____. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007.

BOHMAN, James. Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy. **The Journal of Political Philosophy:** Volume 6, Number 4, 1998, p. 400. Disponível em: <https://pages.uoregon.edu/koopman/courses_readings/phil123-net/publicness/bohman_delib_dmc.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta:** temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAT, Debora. **Judicialização da política e participação popular:** um exame da repercussão geral nos recursos extraordinários julgados pelo supremo tribunal federal e o incremento da participação' 14/10/2014 135 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: BCE - BIB. CENTRAL UnB

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Lisboa: Diffel, 1989.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do Imperio do Brasil.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 12 maio 2018.

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 19 jun. 2018.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 03 maio 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 592.581/ RS**. Tribunal Pleno. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Reclamado: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2637302>>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS+MEDIDAS+ESTRUTURAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaasohl9>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 45**. Args: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>>. Acesso em: 28 out. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 580252/MS**. Tribunal Pleno. Requerente: Anderson Nunes Da Silva – Procurador: Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso Do Sul, Requerido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno. Relator: Alexandre de Moraes. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 2 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 4**. Tribunal Pleno. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Interessado: Presidente da República. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 02 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 347**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Interessado: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28DIREITOS+SOCIAIS+MEDIDAS+ESTRUTURAIS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yaasohl9>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **RE 20552 / DF**. Primeira Turma. Recorrente: Demerval Martins. Recorrido: Gastão Rodrigues. Relator: Min. Barros Barreto.

Brasília, 12 de maio de 1952. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pregime_miaгинadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=122005> Acesso em: 02.mar.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 2010 MC / DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000018002&base=base_Acordaos>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 5170/DF**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Interessados: Congresso Nacional e Presidente da República, Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4655662>. Acesso em: 2 nov. 2018.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 abr. 2012.

_____. **Lei nº 12.435, de 6 de julho de 2011**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 28 outubro 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. **Lei nº 13.134, de 16 de junho de 2015**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. **Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

_____. Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde. **Portaria nº 39**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2006/prt0039_06_02_2006.html>. Acesso em: 27 out. 2018..

BULCOURF, Pablo; DUFOUR, Gustavo. Guillermo O'Donnell e sua contribuição para o desenvolvimento da ciência política Latino-Americana. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 55, n. 1, 2012.

CABRAL, Antonio de Passos. **Pelas asas de Hermes**: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45149/44793>>. Acesso em: 12 set. 2018.

CALDO, Diego Santiago y. **O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo código de processo civil**. Disponível em: <www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDC%2097_miolo.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CALVO GARCIA, Manuel. **Teoría del derecho**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

_____. Transformaciones del derecho civil. In: **Estudios de derecho civil en homenaje al Prof. Lacruz Berdejo**. Barcelona: Editorial Bosch. 1993.

_____. **Transformaciones jurídicas y teoría del derecho**. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3985277.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

CAMINHA, Pero Vaz de. Carta ao Rei Dom Manuel, noticiando a descoberta do Brasil. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02449430878811831754491/p0000001.htm#I_1_>. Acesso em: 10 de abril de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 27 set. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estado de direito**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. **Juizes legisladores?** Trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del processo civil**, volumen 1. Buenos Aires: Jurídicas Europa-America, 1950.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000, v.1. p.93.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, n. 23, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

_____. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 23. p. 176-207, Abril. 2010. p. 177. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 abr. 2018.

CARVALHO E, SANTOS M, GOMES-NETO J, BARBOSA L. Judicialización de la Política y Grupos de Presión en Brasil: intereses, estrategias y resultados. **América Latina Hoy** [Internet]. 30 Abr 2016. p. 61. Disponível em: <<http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/9426>>. Acesso em: 10 abr. 2018

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **A formação das almas: o imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. Fundamentos da política e da sociedade brasileiras. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**, organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Unesp, 2007.

CASSIN, René. **Viente anos de evolucion de los derechos humanos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.

CASTRO, Guglielmo Marconi Soares de. **Litigância de interesse público: adequação e efetividade da tutela jurisdicional no âmbito do controle judicial de políticas públicas**. 17/06/2016 undefined f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte, Natal Biblioteca Depositária: undefined. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

CASTRO, Marcos Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CELANO, Bruno. **Derecho, planes y racionalidad práctica**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/15.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

CERAR, Miro. The Relationship Between Law and Politics. **Annual Survey of International & Comparative Law**, v. 15, Iss. 1, Article 3. 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol15/iss1/3>>. Acesso em: 3 maio 2018.
CÉSAR, Rodríguez Garavito; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó e desplazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, 2010.

CHAYES, Adam. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, p. 1281-1316, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho processual civil**. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002.

CLARK, Helen. **Relatório do desenvolvimento humano 2015**. Disponível em: <http://pnud.org.br/HDR/arquivos/RDHglobais/hdr2015_ptBR.pdf>. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito constitucional e internacional**, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

_____. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, 2003. p. 294. Disponível em: <<http://clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/2003-O-desafio-da-efetividade-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. **Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

Concilia Br-381 e Anel. Belo Horizonte, 2018, Disponível em: <<http://www.conciliabr381anel.com.br/acervo>>. Acesso em: 26 out 2018.

CRUZ JÚNIOR, Ademar Seabra da. **Constituinte e democratização no Brasil: o impacto das mudanças do sistema internacional**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a08n88.pdf>>. Acesso em 01 nov. 2017

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e evolução do Estado brasileiro**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66800/69410>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVIS, Kevin E.; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas *versus* céticos. **Revista Direito Gv**, São Paulo, 5(1) | P. 217-268 | jan-jun 2009. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a12v5n1.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2018.

DE BUEN LOZANO, Néstor. **Derecho del trabajo**. 16. ed. México: Editorial Porrúa, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Notas sobre as decisões estruturantes**. Disponível em: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2017/08/zaneti-didier-cpr-2017_notas-sobre-ad-decisoes-estruturantes.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

DIMAGGIO, Paul J. e POWELL, Walter W. The iron cage revisited: institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. **American Sociological Review**, Volume 48, Issue 2, 1983. p.148. Disponível em: <<https://www.ics.uci.edu/~corps/phaseii/DiMaggioPowell-IronCageRevisited-ASR.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, v I., 2013.

DIVER, Colin S. The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions. **Virginia Law Review**, vol. 65, nº , No. 1, Feb. 1979, pp. 43–106. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1072646>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

DOUZINAS, Costa. **O “fim” dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://unisinos.br/blogs/ndh/2015/06/08/o-fim-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

DOUZINAS, Costa. **Os paradoxos dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.cienciassociais.ufg.br/up/106/o/ConferenciaAberturax.pdf?1350490879/>>. Acesso em: 12 maio. 2017.

DRIMOULIS, Dimitri. **Resiliência constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. /...[et al.]. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 13.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Edital de Intimação. TRF1 - Seção Judiciária de Minas Gerais | TRF1-SJMG. **Escavador**, 2018. Disponível em: <<https://www.escavador.com/diarios/685376/TRF1-SJMG/judicial/2018-07-27?page=70>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo, direito e política**. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, nº 62, 2002.

FAORO, Raymundo: **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3.ed. Porto Alegre: Globo, 2001.

FARHI, Maryse; PRATES, Daniela Magalhães; FREITAS, Maria Cristina Penido de; MACEDO, Marcos Antonio. **A crise e os desafios para a nova arquitetura financeira internacional**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica e reforma constitucional**. Disponível em: <https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/Jos%C3%A9_Eduardo_Faria.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

FEITOSA, Enoque. Forma jurídica e método dialético: a crítica marxista ao direito. In: **Marxismo, realismo e direitos humanos** / Lorena Freitas, Enoque Feitosa (organizadores). João Pessoa: Universitária da UFPB, 2012. p. 153.

FEITOSA, Enoque. Direito, marxismo e crítica jurídica. In: **Crítica Jurídica na América Latina**. / Wolkmer, Antonio Carlos; Correias, Oscar. **Aguascalientes**. CENEJUS, 2013.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. **Journal of Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1258&context=lcp>>. Acesso em: 05 nov. 2018..

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

_____. Prólogo. In: Abramovich, Víctor y Christian Courtis. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Sobre los derechos fundamentales: cuestiones constitucionales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. Jueces y política. Derechos y libertades. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Año nº 4, Nº 7, 1999, pp. 66\67. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1333/DyL-1999-IV-7-Ferrajoli.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. **Juspositivismo crítico y democracia constitucional**. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182002000100007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 07 jul. 2018.

_____; ATIENZA, Manuel. **Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho**. México: Universidade Nacional Autônoma de México, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito e Cidadania na Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

_____. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26931>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46407/46734>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Indiana: Indiana University Press, 1978.

_____. The Forms of Justice. **Faculty Scholarship Series**. Paper 1220. 1979. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 12 fev. 2017.

_____. **The Social and Political Foundations of Adjudication**. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/the_social_and_political_foundations_of_adjudication.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **The Allure of Individualism**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2307&context=fss_papers>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: RT, 2004.

FLEURY, Sonia. **Seguridade social – um novo patamar civilizatório**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-seguridade-social-um-novo-patamar-civilizatorio/at_download/file>. Acesso em: 01 set. 2018.

FLORES, Joaquin Herrera. **La reinención de los derechos humanos**. Disponível em: <<http://www.ceapedi.com.ar/imagenes/biblioteca/libros/137.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2017.

FONSECA, Juliana Ponde. **O (Des)Controle do Estado no Judiciário Brasileiro: direito e política em processo**. 17/08/2015 317 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal do Paraná, Curitiba Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFPR

FREITAS, Lorena. Uma análise pragmática dos direitos humanos. In: Lorena Freitas, Enoque Feitosa (Org). **Marxismo, realismo e direitos humanos**. João Pessoa: Universitária da UFPB, 2012.

FRIEDMAN, Barry. **The Politics of Judicial Review**. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/16>. Acesso em: 25 nov. 2017.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 22. ed. São Paulo: Nacional, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. **O problema da consciência histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1999.

GARGARELLA, Roberto. **Recuperar los derechos sociales**. Disponível em: <https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=2781&t=articulos>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. ¿Por qué nos importa el diálogo? "La cláusula del 'no-obstante'", "compromiso significativo" y audiencias públicas un análisis empático pero crítico. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Disponível em: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/archivos/calendario_actividades/08_GARGARELLA_REVISTA_CEC_SCJN_NUM_5-179-211.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?. **Perfiles latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9-32, dic. 2006. p. 10/11. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532006000200001&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Constitución y democracia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**, v. 3, 2015. p. 1991. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/11.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 220-221.

_____. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

_____. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010). **Gaceta Constitucional**, n. 48, 2011.

_____. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Disponível em: <http://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10615/RATJ_V14N2_Gargarella.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Justiça dialógica e constitucionalismo latino-americano entrevista com o prof. roberto gargarella. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, v. 2, n. 3, 2015, pp. 199-206. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/124/43>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

_____. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas Entre lo viejo y lo nuevo. **Nueva Sociedad**, n. 257, julio-agosto de 2015. p. 96. Disponível em: <http://nuso.org/media/articles/downloads/5.TC_Gargarella_258.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

_____; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. **CEPAL - Serie Políticas sociales**, nº 153. Santiago: Naciones Unidas, 2009. p.31. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6162/S0900774_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 dez. 2017.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre; FERREIRA, Alexandre Ruan Espíndola. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____; GLOPPEN, Siri; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary: the accountability function of courts in new democracies**. In: Taylor & Francis e-Library, 2005.

_____; PÁDUA, Thiago; DUEDES, Jefferson. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da constituição**. Universitas Jus, vol. 27, 2016.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____; VERSTEEG, Mila. **Why do countries adopt constitutional review?** Disponível em: <https://law.utexas.edu/wp-content/uploads/sites/25/versteeg_why_do_countries_adopt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018.

GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. **Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial** 11/02/2016 290 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: UERJ/REDE SÍRIUS/BIBLIOTECA CCS/C.

GODINHO, Robson Renault. Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional.” In: **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial** / Coordenação de Eduardo Ferreira Jordão, Fredie Souza Didier Jr. – Salvador: JusPodivm, 2007.

GREMAUD, Amaury Patrick.. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Mexico: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001.

GUERRA Filho, Wills Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

GUIMARÃES, Ulisses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277--INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULISSES-GUIMARAES-%2810-23%29.html>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

_____. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

_____. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jünger. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 1993.

_____. **Direito e Democracia**: entre Faticidade e Validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Derechos humanos y soberanía popular**: las concepciones liberal y republicana. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/1496>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

HALL, Peter. A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 50. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58>. Acesso em 10 nov. 2018.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HESPANHA, Antônio Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese do milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESSE, Conrad. **A força normativa da constituição (Die normative kraft der verfassung)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. Artigo: A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: Luiz Moreira (Org). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 16 out. 2018.

_____. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007.

_____. The political origins of the new constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 11, Iss. 1, Article 4, 2004. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=ijgls>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOGG, Peter W. ; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, 35.1, 1997. Disponível em: <<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1612&context=ohlj>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 11, n. 1, jan./jun. 2017.

HUNT , E. K.; SHERMAN , Howard J. **História do pensamento econômico**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

HUNTINGTON, Samuel P. **El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial**. Buenos Aires. Paidós, 2001.

JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

JABER, Renata de Marins. **Mandado de injunção como instrumento de um constitucionalismo dialógico**. 18/12/2015 131 f. Mestrado em DIREITO. Instituição de Ensino: Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: Biblioteca Setorial Menezes Côrte. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

JOBIM, Marco Felix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro. **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. Hermes Zaneti Jr. (coord.). Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **As Medidas Estruturantes e a Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal para sua Implementação**. 01/12/2012 301 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da PUCRS. Disponível em: <<http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

Judiciário, Políticas Públicas e Limites de Atuação: questões sobre ativismo e o papel do STJ, 2017. Disponível em: <[www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Judiciário, políticas-públicas-e-limites-de-atuação:-questões-sobre-ativismo-e-o-papel-do-STJ](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Notícias/Judiciário,_políticas-públicas-e-limites-de-atuação:-questões-sobre-ativismo-e-o-papel-do-STJ)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. p. 73. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 01 Out. 2018.

KANT, Immanuel. **Resposta à questão: o que é esclarecimento?** Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/download/11661/8392>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

KELSEN, **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

KENNEDY, Duncan. **Three globalizations of Law and legal thought: 1850-2000**.

Disponível em:

<<http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Three%20Globalizations%20of%20Law%20and%20Legal%20Thought.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

KINZO, Maria D’Alva G. **A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição**. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 dez. 2017.

KRAMER, Larry D. **The people themselves popular constitutionalism and judicial review**. New York: New York University, Law School Faculty, 2003.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em 21 jan. 2018.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KRENNERICH, Michael; MERA, Manuel Eduardo Góngora. **Los derechos sociales en América Latina: desafíos en justicia, política y economía**. Disponível em:

<<http://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2009/09/DESC.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2018.

LACAMBRA, Luiz Legaz y. **Estructuras sociales y formas de saber juridico**. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180568/000345016.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. In: **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

LASSER, Mitchel de S.-O.-L’E. **Judicial Transformations: the rights revolution in the Courts of Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro**: a falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político 01/02/2011 280 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal De Santa Catarina, Florianópolis Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFSC.

LIMA, Newton de Oliveira. **O estado de direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LIMA, Vinicius de Melo. **Uma teoria hermenêutica da responsabilidade**: os direitos sociais entre o ativismo judicial e a decisão jurídica democrática' 11/12/2015 407 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 182, 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 02 nov. 2018

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitucion**. Madrid: Editorial Ariel, 1979.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: **Fundamentos de história do direito**. Org. Antônio Carlos Wolkmer. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUNARDI, Giovani Mendonça. **A fundamentação moral dos direitos humanos**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/07.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo democrático na América Latina e a superação da modernidade europeia. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 10, n. 1, out. 2017. Disponível em: <faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_08.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

MAIA, Clarissa Fonseca; LEMOS, Maite Dame Teixeira. **Controle jurisdicional de políticas públicas**: o direito cooperativo de Peter Häberle como fundamento para uma noção de cooperação entre os poderes e para a atuação do judiciário como um “novo” ator no âmbito das políticas públicas 26/02/2015 275 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul Biblioteca Depositária: UNISC.

MANIN, Bernard. **Los principios del gobierno representativo**. Disponível em: <http://lavraiedemocratie.fr/IMG/pdf/bernard_manin__los_principios_del_gobierno_representativo.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____.; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, 2006.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil comentado**. (org) Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 3ª ed. Rer, atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 283.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Altas, 2014.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS NETO, João dos Passos; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. **Do estado de direito ao estado de justiça**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em: 07 out. 2018.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **A lei moderna e a crise paradigmática no Direito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22033/a-lei-moderna-e-a-crise-paradigmatica-no-direito>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

MPF/MG: acordo garante assentamento definitivo para 264 famílias do anel rodoviário de Belo Horizonte. **MPF**, 2017. Disponível em: <www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-mg-acordo-garante-assentamento-definitivo-para-264-familias-do-anel-rodoviario-de-bh>. Acesso em: 24 out. 2018.

MELO, Marcus C. **Constitucionalismo e ação racional**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Marina Rocha Cavalcanti Barros. [maio, 2016]. Teresina: **Primeira Região em Revista**, a. VI, n. 67, maio 2016. Entrevista concedida a Thainá Salviato. Disponível em: <portal.trf1.jus.br/data/files/A2/22/C2/8E/E856D510303F5EB5F42809C2/TRF%20em%20revista%20-%20entrevista.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. Brasília: Senado Federal. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/47/188/ril_v47_n188_p23.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOTTA, Dayse Starling. **Remoções forçadas decorrentes de projetos de moradia digna**. 2016. Dissertação (mestrado em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez–Arana. **Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales**. Disponível em:

<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16858/AD_2015_19_art_6.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 09 out. 2018.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. **Estado e sociedade no Brasil: novos padrões de relacionamento?** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de derecho constitucional**: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013.

_____. **La constitución de la democracia deliberativa**. Buenos Aires: Gedisa, 1997.

_____. Sobre los derechos sociales. In: CARBONEL, Miguel et al (comp.). **Derechos Sociales Y Derechos de las Minorías**. Cidade Del México: Universidad Autónoma de México, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra/Portugal: Coimbra, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**: por um processualismo constitucional democrático. Disponível em:

<<https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/e6e2f27a187cdf92f1b8300b4dc8a8a4.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2018.

O'DONNELL, Guillermo. **El estado burocrático e autoritário**: triunfos, derrotas y crisis. Buenos Aires: Fundación Editorial de Belgrano, 1996.

_____; SCHMITTER, Philippe. **Transitions from Authoritarian Rule**: tentative conclusions about uncertain democracies. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **Moralidade, Jurisdição e Democracia**: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas'01/02/2006 219 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da UFSC.

Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopiladas por Mandado d'el Rei D. Filipe o primeiro. 12. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858. Apud SALDANHA, Nelson. **História das ideias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1052/ideias_politicas.pdf?sequence=9>. Acesso em: 05 nov. 2018

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PAIM, Antônio: Oliveira Viana e o pensamento autoritário no Brasil. In: **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: UnB: FINATEC, 2008.

PARREIRAS, Mateus. Advogado britânico fala ao EM sobre ação de 5 bilhões de libras pela tragédia de Mariana. **Em.com.br Gerais**, 2018. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/09/24/interna_gerais,991127/advogado-britanico-fala-ao-em-sobre-processo-pela-tragedia-de-mariana.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Função social do processo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo>, 2002. p. 2.>. Acesso em: 12 maio 2018.

PASTANA, Débora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Unesp, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Os limites da "abertura" e a sociedade civil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003475901983000400001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 Out. 2018.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional**. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not13.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

_____. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. UNED. **Teoría y realidad constitucional**, n. 20, 2007. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/not/not13.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

PÉREZ, Benito. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1983.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. **Supremacia Judicial**: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais 01/05/2011 452 f. Doutorado em DIREITO. Instituição de Ensino: Universidade Do Estado Do Rio De Janeiro, Rio De Janeiro Biblioteca Depositária: CBC/C.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2008.

PIERRO, Bruno de. **Demandas crescentes**. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf>. Acesso em: 05 de mar. 2018.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no o brasil**: desafios e perspectivas. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, v. 8, n. 15. 2006.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 out. 2018.

POSNER, Richard. **What has pragmatism to offer law**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2823&context=journal_articles>. Acesso em: 08 set. 2018.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1168&context=fss_papers>. Acesso em: 10 fev. 2018.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil** / Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165.

Programa Concilia BR 381 e Anel entrega os primeiros registros de propriedade aos reassentados. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/544344341/institucional-programa-concilia-br-381-e-anel-entrega-os-primeiros-registros-de-propriedade-aos-reassentados?ref=serp>>. Acesso em: 27 out. 20

PRZEWORSKI, Adam. **A social-democracia como fenômeno histórico**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2017.

PUGA, Mariela. **El litigio estructural**. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

RABOTNIKOF, Nora. El espacio público: caraterizaciones teóricas y expectativas políticas. In: QUESADA, F. **Filosofia política I: ideas políticas, movimientos sociales**. Madrid: Trotta, 1997.

RAGONE, Álvaro Pérez; SALGADO, José María. **Revista de la maestría em Derecho Procesal**. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/download/19696/19778>>. Acesso em: 12 jul 2018.

REICHERT, Vanessa. **As medidas estruturantes no direito à saúde no Brasil**. 07/07/2015 119 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade Do Vale Do Rio Dos Sinos, São Leopoldo Biblioteca Depositária: Biblioteca da Unisinos.

RELATO DE ATIVIDADES 2016. **Fundação Renova**, 2016. Disponível em: <<https://www.fundacaorenova.org/wp-content/themes/fundacao-2016/arquivos/relatorioatividades.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016. p. 415. Disponível em: <<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/372/360>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

RESNIK, Judith, "Managerial Judges" (1982). **Faculty Scholarship Series**. Paper 951, p. 376. Disponível em:

<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1974&context=fss_papers>. Acesso em: 02 nov. 2018.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Petrópolis: Vozes. 2008.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. **Derechos humanos como límite a la democracia:**

Análisis de la ley de justicia y paz. Disponível em:

<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/derechos_humanos_como_l__mite.pdf>.

Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. **Derechos sociales**. Disponível em:

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/27.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

RODRIGUES, Alberto Tosi. **Ciclos de mobilização política e mudança institucional no Brasil**. Curitiba: Revista de Sociologia e política, nº 17, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROLAND, Manoela Carneiro *et al.* Negociação em contextos de violações de Direitos Humanos por empresas: uma breve análise dos mecanismos de solução negociada à luz do caso do rompimento da barragem de Fundão. **Versos**, 2018, v.2, n. 1, p. 12/13.

Disponível em: <www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/RPRD-2018-Dossiê-TAC-Governança-versos.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ROMANO, Ruggiero; TENENTI, Alberto. **Los Fundamentos del mundo moderno: Edad Media tardía, Reforma, Renacimiento**. Madrid: Siglo XXI, 1980.

ROSANVALLON, Pierre. **La nueva cuestión social: repensar el Estado providencia**.

Buenos Aires: Manantial, 2007.

ROSENFELD, Michel. **The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy**.

Disponível:

em:<<https://pdfs.semanticscholar.org/5051/52a584c8e61e40ba7d958f713efcc9cc04f0.pdf>>.

Acesso em: 16 fev. 2018.

ROSTBØLL, Christian F. **On deliberative democracy**. Disponível em:

<<https://www.researchgate.net/publication/312243114>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ROULEAU, Paul S; SHERMAN, Linsey. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? **The Honourable Ottawa Law Review**, 2009, p. 178. Disponível em:

<https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/files/11_41ottawalrev1712009-2010.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2018.

ROZAS, Arturo Fernandez Margarita. **Políticas sociales y trabajo Social**. Buenos Aires: Editorial Hvmánitas, 1988.

RUIZ, Ramón Ruiz; GÓMEZ, Clara Viviana Plazas. **La exigibilidad de los derechos**

sociales: el caso de colombia. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n14/14-02.pdf>>.

Acesso em: 23 ago. 2018.

RUSSOMANO, Victor Mozart. **A organização sindical e a futura constituição**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/93696/021_russomano.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 ago. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANCHIS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 24, n. 71, Mayo-Agosto 2004. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/viewFile/48325/29792>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador: el estado y el derecho en la Constitución de 2008**. Quito: Abya-Yala, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e democracia. In: José Manuel Pureza, Antônio Casimiro Ferreira (orgs). **A teia global: movimentos sociais e instituições**, v. 4 de Sociedade Portuguesa Perante os Desafios da Globalização. Porto: Afrontamento, 2001.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista de Ciências Sociais**, Coimbra, nº 48, jun.de 1997.

_____. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização: fatalidade ou utopia?** Porto: Afrontamento, 2001.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____.; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. In: **Oficina do CES**, n. 65, 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

_____. A pós-revolução brasileira. In: **Brasil, sociedade democrática**. Jaguaribe, Hélio et al. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1985.

_____. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

SANTOS, Luana Carola; MAYORGA, Claudia. Entre as fronteiras do morar e o direito de decidir: uma etnografia das famílias removidas da vil a da paz na cidade de belo horizonte. **Revista de Direito da Cidade**, v. 9, n. 1. pp. 233-275. .2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/26790/19541>>. Acesso em: 26 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **O papel do poder judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) sócio ambientais**. Lisboa: Direito Público Sem Fronteiras. 2011.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton: Princeton University Press, 1998.

SCHLANGER, Margo. **Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation**. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1093&context=reviews>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 20.
SILVA, Fabio de Souza. **Judicialização cooperativa: equilíbrio interinstitucional no controle judicial de políticas públicas**. 27/03/2015 220 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro Biblioteca Depositária: UERJ.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial: a suprema corte da Bahia e seus Juizes: 1609-1751**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas. Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SJMG: Realizadas audiências do projeto de desocupação humanizada da BR 381 e do Anel Rodoviário de Belo Horizonte/MG durante semana da conciliação. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/noticias/220535612/sjmg-realizadas-audiencias-do-projeto-de-desocupacao-humanizada-da-br-381-e-do-anel-rodoviario-de-belo-horizonte-mg-durante-semana-da-conciliacao>>. Acesso em: 23 out 2018.

SEN, Amartya. Democracy as a Universal Value. **Journal of Democracy** 10.3 (1999) 3-17. Disponível em: <https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Democracy_as_a_Universal_Value.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

SHAPIRO, Scott J. **Legalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Teoria do discurso, construtivismo filosófico e razão prática**. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/discurso-construtivismo-filosofico-58965996>>. Acesso em: 07 out. 2018.

SILVA, Erica Barbosa e. **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____.; TARTUCE, Fernanda. Previsões sobre a via extrajudicial no novo CPC. In: Pedro Miranda de Oliveira; Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Estado democrático de direito**. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126>. Acesso em: 02 jun. 2018.

SILVA, Maurício Ferreira da. Burocracia e autoritarismo no Brasil: o caso do regime militar. Teoria & Pesquisa: **Revista de Ciência Política**. v. 21, n. 1, jan./jun. 2012, p. 123.

SILVA, Ovidio A. Baptista. **Curso de processo civil**. V.1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Suylan de Almeida Midlej e. **Democracia participativa e processo decisório de políticas públicas**: a influência da campanha contra a Alca. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 maio 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded. **Law and Social Inquiry, Forthcoming**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1133620>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

SILVEIRA, Ramais de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo'** 29/03/2016 486 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: Universidade de Brasília, Brasília Biblioteca Depositária: BCE – UnB.

SOARES, Gabriel. Desdobramentos jurídicos do caso Samarco é tema do “USP Analisa”. **Jornal da USP**, 2017. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/radio-usp/radioagencia-usp/desdobramentos-juridicos-do-caso-samarco-e-tema-do-usp-analisa/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515.

_____. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Jessé (org). **A invisibilidade da desigualdade brasileira**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

_____. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

_____. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 54, fevereiro/2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

SPECTOR, Horácio. **Derechos humanos**. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/23.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A racionalidade positivista e a interpretação negada: uma análise necessária sobre a atual crise da jurisdição**. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5135/2387>>. Acesso em 05 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais - sociais no Brasil**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>>. Acesso em: 04 out. 2018.

SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. New York, Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power** / editado por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

_____.; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista Dados*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 09 fev. 2018.

TEMER, Michel. **Mensagem lida na abertura do Ano Legislativo 2017**. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/releases/2017/02/em-carta-ao-congresso-temer-defende-aprovacao-de-reformas-para-tirar-o-pais-da-crise>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

TEIXEIRA, Solange Maria. **Descentralização e participação social: o novo desenho das políticas sociais**. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rk/v10n2/a03v10n2>. Acesso em: 04 maio 2018.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: afinal, do que se trata?** Belo Horizonte: UFMG, 2006.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**' 24/10/2013 126 f. Doutorado em FILOSOFIA Instituição de Ensino: Universidade de São Paulo, São Paulo Biblioteca Depositária: Biblioteca Central da FFLCH/USP.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 08 jul. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Seminário direitos humanos das mulheres: a proteção internacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 02 maio 2018.

TRUBEK, David M. Law and Development: 40 Years after Scholars in Self Estrangement. University of Wisconsin-Madison. **Legal Studies Research Paper**, Series Paper n. 1255. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2435190_code546503.pdf?abstractid=2435190&mirid=1> Acesso em: 13 mar. 2018.

TUCÍDIDES. **História da Guerra do Peloponeso**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

KRAMER, Larry D. **The people themselves popular constitutionalism and judicial review**. New York: New York University, Law School Faculty, 2003.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, Yale n. 115, 2006.

VALLE, Vanice. Dialogical constitutionalism manifestations in the brazilian judicial review. **Revista de Investigações**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2644394>>. Acesso em 17 nov. 2017.

VALLINDER, Torbjörn. **The judicialization of politics: a world-wide phenomenon: introduction**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1601557?newaccount=true&readnow=1&seq=2#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 mar. 2018.

VERDI, Pedro Garcia. **A aplicação de decisões estruturantes nas ações relativas a interesses transindividuais**. 29/03/2016 135 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre Biblioteca Depositária: Biblioteca Central Irmão José Othão.

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

_____. **A crise e a realidade política**. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jun. 2018.

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

_____; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002

_____. **A busca por conhecimento e participação política**: o combustível das manifestações. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/521147-a-busca-por-reconhecimento-e-participacao-politica-o-combustivel-das-manifestacoes-entrevista-especial-com-verneck-vianna->>. Acesso em 10 de abril de 2016.

_____. **O ativismo judicial mal compreendido**. O ativismo judicial mal compreendido. **Boletim CEDES** [on-line], Rio de Janeiro, julho e agosto de 2008, p. 04. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/08julho%20agosto/Microsoft%20Word%20-%20ativismo%20judicial%20_formatado_.doc.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. **Revista Direito GV**, São Paulo, 4(2), P. 441-464 | JUL-DEZ 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2018.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VINUEZA, Paúl Córdova. Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, Bogotá, ano XXII, 2016. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuarioderechoconstitucional/article/viewFile/32788/29754>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 40, n. 247, p. 353-384, set. 2015. Disponível em: <www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.14.PDF>. Acesso em: 03 nov. 2018.

WEBER, Max. **Ensaaios de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WHITTINGTON, Keith E. Originalism: A Critical Introduction, 82, **Fordham L. Rev.** 375, 2013. p. 378 Disponível em: <Available at: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss2/2>>. Acesso em: 2 nov. 2018.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme. Conceptualising Social and Economic Regulation: Implications for Modern Regulators and Regulatory Activity. **Monash University Law Review**, v. 38, n. 2. 2012. Disponível em: <Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2215334>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

YAKSIC, Nicolás Espejo. ¿Quién debería creer en los DESC? In: Los Derechos Económicos, sociales y culturales. **Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea**. – México: Secretaría de Relaciones Exteriores: Programa de Cooperación sobre Derechos humanos México – Comisión Europea, 2005.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 03 mar. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 11. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER, Fredie e outros. **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: Forvm, 2012.