



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

THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND IMPLEMENTATION OF
PUBLIC POLICY IN THE BRAZILIAN SCENARIO:
THE ROLE OF THE JUDGE IN THE DEMOCRATIC PROCESS.

Angela de Araujo da Silveira Espindola

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra, Portugal sob a orientação do Prof. Dr. Castanheira Neves e Prof. Dr. Fernando Pinto Bronze. Mestre em Direito pela mesma IES. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Diretora Científica da Associação Brasileira do Ensino do Direito - ABEDI. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase nas disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direitos Humanos e História do Direito. Possui capacitação para Ensino à Distância (EaD). Atua principalmente nos seguintes temas: virtualização do judiciário, democracia eletrônica, jurisdição, crise do judiciário, inefetividade processual, processo coletivo, tratamento de conflitos, tutela preventiva, tutelas de urgência, cidadania, direitos humanos, direito constitucional, direito(s) e novas tecnologias, hermenêutica. Exerce a docência desde 2001. Advogada desde 1999. Lattes: lattes.cnpq.br/8242346710380248

Viviane Nery Viegas

É mestre em Direito Público pela Unisinos na área do Direito Constitucional e Direito Administrativo, com defesa da dissertação em maio de 2011. Possui pós-graduação em Direito Público, na linha do Direito Tributário e do Direito Econômico. É graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário. Teve aprovação com louvor - GRAU 10 - na monografia de Conclusão do Curso de Graduação, bem como na monografia do Curso de Pós-Graduação, ambas na área tributária. É Delegada de Polícia lotada no Departamento de Polícia Judiciária de Trânsito em Porto Alegre/RS. E-mail: viviane.viegas@gmail.com. Lattes: lattes.cnpq.br/1887399604241086

Resumo

A temática posta em investigação tem como foco central o exame do papel da jurisdição constitucional na concretização de direitos, em especial os sociais. A proposta, aqui, apresentada é buscar uma nova perspectiva para a atuação judicial, na medida da superação do paradigma racionalista-liberal, com o intuito de promover direitos fundamentais sociais, calcados em políticas públicas necessárias à realidade brasileira. A discussão centra-se no papel do juiz no processo democrático brasileiro, revisita-se o papel do juiz, compreendendo a atuação judicial e a sua esfera criativa, com o propósito de concretizar direitos. Da mesma forma, fomenta-se a necessidade de incluir o cidadão no processo democrático, através do processo jurisdicional, oportunizando a sua participação em tal cenário. Nesse passo, o objetivo geral é analisar as possibilidades e os limites da jurisdição constitucional, como forma de concretizar direitos fundamentais, em especial os sociais. E, ademais, em face do que, aqui, se chama de difícil diálogo entre o campo jurídico e o campo político, é compreender como ocorre (ou deveria ocorrer) a aproximação entre a sociedade e o Estado, através do Direito, na medida do processo de socialização no cenário brasileiro.

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

Abstract

The theme put into research focuses on examining the central role of constitutional jurisdiction in the realization of rights, especially social ones. The proposal here presented is to seek a new perspective for judicial action, as the overcoming of the liberal-rationalist paradigm, with the aim of promoting fundamental social rights, trampled in public policies necessary for the Brazilian reality. The discussion focuses on the judge's role in democratic Brazil, revisits the role of the judge, including judicial action and its creative sphere, with the purpose of realizing rights. Likewise, fosters the need to include citizens in the democratic process through the judicial proceedings, providing the opportunity to participate in such a scenario. In this step, the overall objective is to analyze the possibilities and limits of constitutional jurisdiction, as a way to achieve fundamental rights, especially social ones. And, moreover, in the face of it, here, is called a difficult dialogue between the legal and political field, is to understand as it is (or should occur) the rapprochement between the society and the state, through law, as the process of socialization in the Brazilian scene.

Keywords: constitutional jurisdiction - realization of social rights - public policy.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a relação entre o Direito e a moral e o Direito e a política é crescente no contexto do Estado Democrático de Direito. Todavia, parece haver uma apatia quanto à referência política, hoje, no Brasil. Na expressão de Martin (2005, p.54): “[...] de certo modo, nas sociedades sociais atuais, a participação política parece haver sido substituída por uma participação ética, como pode ser a colaboração com ONG’s, ou ecológica.”

Para a autora, uma das razões do desencanto a respeito da política é corolário do desencanto com as expectativas que se tinha com a democracia (MARTIN, 2005, p. 54). Nesse passo, a mudança de perspectiva focada na democracia participativa, exige uma revisão não só do modo de funcionamento das instituições perante o Estado Democrático de Direito, como a formação social dos cidadãos como atuantes na esfera política.

O modelo constitucional contemporâneo tem a nova missão de assegurar o equilíbrio entre o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e moral (APPIO, 2010, p. 25). A nova ordem proposta pela Constituição Federal de 1988 incorpora um sistema de valores em seus princípios constitucionais que insurgem conflitos entre os direitos individuais e os de concepção solidária. Nesse aspecto, o papel do juiz, em seu papel de decisor, contrapõe, em muitos casos, a vontade dos legisladores. E, assim, o juiz assume a tarefa de adequar a realidade social ao direito.

Esse fenômeno é descrito por Picardi (2008, p.03) como a transição de um Estado em que predomina o Poder Legislativo para outro em que prepondera o Poder Judiciário. Diante disso, o eixo central desta parte do presente estudo fixar-se-á no papel do juiz no processo de implementação de políticas públicas.

I. A DIMENSÃO JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para iniciar a exposição sobre as políticas públicas no Brasil é preciso identificar o objeto sobre o qual se está dissertando. Segundo Bucci (2006, p.11), as políticas públicas são expressas em suportes legais distintos, como dispositivos constitucionais, em leis ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias.

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

¹ Não se desconsidera o papel de todos os atores na construção de um processo democrático, no entanto o recorte da dissertação faz-se no sentido de discutir basicamente o papel do juiz neste contexto.

No Brasil, a partir da década de 90, foram instituídas diversas políticas de caráter setorial, como forma de concretizar os planos de ação previstos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, cita-se, como exemplo, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), o Plano Nacional de Aviação (Lei 5.917/73), entre outros (BUCCI, 2006, p.11-14). Tais medidas têm como escopo movimentar a máquina governamental por meio de um programa de medidas articuladas que levem a realização de um objetivo que, na ótica jurídica, é a concretização de um direito.

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

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

Assim sendo, Bucci afirma que, utilizando o critério normativo, as políticas públicas constitucionalizadas seriam “políticas de Estado” e as demais, de Governo. Ocorre que o critério é falho, na medida em que “engessaria” a governabilidade do país, ocupando o terreno da política para fins de projeções futuras.²

Na mesma linha, é falha a concepção de políticas públicas como norma. As leis, em geral, são caracterizadas pela generalidade e pela abstração, conferindo-lhes uma dimensão teleológica que, ao contrário das políticas, que são afeitas a um determinado objetivo explícito em seu texto, não possuem “endereço certo” (BUCCI, 2006, p.25-26). Assim delinea a autora:

As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico. (BUCCI, 2006, p.31).

Pode-se considerar que as políticas públicas são normas-objetivo, na expressão de Hart, caracterizando-se como planos pontuais, em que se questiona até que ponto podem ser exigidas judicialmente. Embora o texto constitucional registre que lei não

² “Não se pode desprezar o componente político e histórico indissociável de toda a experiência constitucional. Não há Constituições em abstrato; cada constituição é expressão de uma dada composição social e política e espelha tanto as tensões existentes no seio dessa sociedade, como os espaços e mecanismos concebidos para a harmonização desses conflitos.” In: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 20-21.

excluirá lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário, as políticas públicas só poderão sofrer controle judicial, na medida em que expressem direitos. Daí, a importância da discussão sobre a dimensão jurídica das políticas públicas e, na mesma linha, das formas e dos limites da atuação judicial sobre tal instituto.³

Na esteira do que se discutiu, o Relatório de 2006 do Banco Interamericano de Desenvolvimento BID trouxe dez mensagens importantes para o progresso econômico e social na América Latina. Dessas, algumas são mensagens-chaves para o contexto desse estudo, as quais serão, em continuidade, comentadas:

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

2. Os efeitos das instituições políticas nos processos de formulação de políticas públicas só podem ser compreendidos de maneira sistêmica. Os processos de formulação de políticas são muito complexos, devido à multiplicidade de atores que deles participam, com diferentes graus de poder, horizontes temporais e incentivos; à variedade de cenários em que atuam; e a grande diversidade de regras do jogo que podem repercutir sobre o modo como se atua. Atentar somente para algumas características institucionais (pó exemplo, se o sistema de governo é presidencial ou parlamentar, ou se as regras eleitorais são do tipo majoritário ou de representação proporcional) levará a um conhecimento bastante fragmentado e insatisfatório desses processos. Para compreendê-los melhor, é preciso examinar a estrutura institucional com uma abordagem sistêmica ou de “equilíbrio geral”. (*A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina*, 2007, p.07).

De tais premissas, é possível concluir que o processo de formulação das políticas públicas, entendido como arranjos complexos, deve atentar ao funcionamento de cada instituição política, buscando uma harmonia – o que se chamou de “equilíbrio geral”. Em que pese a existência de variáveis como o sistema de governo, a estrutura econômica e

³ “Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-os em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação. Até porque, nos termos do clássico princípio da legalidade, ao Estado só é facultado agir com base em habilitação legal. A realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro.” In: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 37.

o contexto social, os atores responsáveis pela formulação de políticas públicas devem cooperar uns com os outros a fim de facilitar acordos e transações.

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

Os processos políticos eficazes e melhores políticas públicas são facilitados pela existência de partidos políticos institucionalizados e programáticos, por legislativos que tenham uma sólida capacidade de elaborar políticas, por sistemas judiciários independentes e por burocracias fortes. (*A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina, 2007, p.07*).

A partir desses conceitos, a existência de partidos políticos institucionalizados, com orientação programática em nível nacional, possibilita a adoção de políticas de Estado de forma efetiva que tenham caráter intertemporal. Do mesmo modo, um legislativo sólido, capaz de elaborar políticas sem estar a mercê das iniciativas do Poder Executivo e um Poder Judiciário independente e eficaz são fatores imprescindíveis para assegurar que os compromissos assumidos sejam cumpridos e que não excedam os limites da lei.

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

Conforme aponta Bercovici (2004, p.78), numa democracia, o sufrágio universal deve ser igual, correspondendo à regra um homem, um voto, de modo que cada eleitor seja igual ao outro no ato de votar. No entanto:

A regra constante do artigo 45, § 1º, da Constituição é fonte das graves distorções do sistema representativo brasileiro. Com a fixação do número de deputados por Estado, não se encontra nenhum meio em que proporção atenda o princípio do voto com valor igual para todos, expresso no artigo 14, que é particular ao princípio democrático fundamental da igualdade em direitos de todos perante a lei. (BERCOVICI, 2004, p.79).

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

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

Conhecer, assim, os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e buscar alternativas para superá-los é fundamental, em nossa opinião, na (re)estruturação deste Estado para a promoção do desenvolvimento. E, em uma democracia, o ponto fundamental é entender o povo como sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular. Fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, neste sentido, é também, em nossa opinião, fortalecer (para não dizer instaurar) o regime republicano e democrático da soberania popular no Brasil. (2006, p. 161).

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

2. O PAPEL DO JUIZ E DO CIDADÃO⁴ NA CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA (E INCLUSIVA) VOLTADA PARA A FORMULAÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O DIÁLOGO NO PROCESSO.

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

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

A associação entre um extenso catálogo de princípios e direitos fundamentais e um complexo e abrangente sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis sinaliza para um modelo constitucional no qual o Poder Legislativo não goza de uma supremacia incontestável, nem é o representante de uma soberania popular absoluta e ilimitada e, por consequência, não dispõe de total liberdade

⁴ Não se desconsidera o papel de todos os atores na construção de um processo democrático, no entanto o recorte da dissertação faz-se no sentido de discutir basicamente o papel do juiz neste contexto.

na definição de fins e valores no plano legal. Por um lado, o exercício do Poder Legislativo é limitado e condicionado normativamente pelas normas constitucionais e, de outro, é limitado e controlado institucionalmente pelo exercício da jurisdição constitucional. Essa coexistência, no plano constitucional, entre regime democrático e órgãos e procedimentos de representação e exercício da soberania popular, com um catálogo amplo e generoso de direitos fundamentais normativamente vinculantes à legislatura e uma jurisdição constitucional extremamente abrangente está fadada a produzir sérios problemas de definição de limites entre as competências do domínio legislativo e as funções do domínio judicial. (2004, p. 175).

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

Na expressão de Castanheira Neves (2003, p. 93), o campo jurídico da modernidade mostrou-se no sentido contrário à lógica idealizada. Houve um distanciamento de qualquer concepção de justiça, aproximando o Direito do poder. E essa aproximação gerou o que o autor chama de “funcionalização do Direito”, razão pela qual, muitas teorias, como a de Dworkin, pretendem assegurar uma única resposta para os problemas práticos do Direito. O que, nas lições de Kaufmann (2007, p. 9-10), é traduzido como a tarefa do juiz: pronunciar a lei, contribuindo para dizer um Direito, que é linguagem, e que nunca será algo unívoco, mas sim análogo.

Nesse sentido, é pertinente a crítica de Baptista da Silva (2009, p. 9)⁵, tratando da chamada “fungibilização” do fático, uma vez que a separação entre a “norma” e o “fato” torna o caso concreto em um simples exemplar de uma seriação de fatos “idênticos” capazes de serem inseridos na norma.

Desse modo, a discussão sobre a teoria do Direito no mundo moderno passa pela nova dimensão das relações sociais no mundo globalizado, trazendo novas demandas a serem atendidas especialmente pela esfera da jurisdição constitucional. Ainda que seja frutífera a concepção que vê, no Judiciário, um último refúgio para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais de uma sociedade já desencantada pela omissão dos demais poderes, este espaço não pode estar vinculado somente aos demais poderes (executivo e legislativo), é necessário que a problemática posta em juízo (lide) atenda aos interesses da sociedade, propondo uma reaproximação da cidadania e das fontes de poder.

⁵ “Esta é mais uma causa determinante da formação do pensamento jurídico moderno, que se pode indicar como o ‘cientificismo’ que o permeia, impulsionado pela poderosa influência de Kant, dos dois mundos, o mundo do *ser* e o mundo *dever ser*, que não deverão comunicar-se entre si, causadora da separação entre ‘direito’ e ‘fato’, que é o leito de todos *normativismos* modernos.”

Consoante Kelsen (2006) o Direito não poderia ser separado da política, mas a política poderia ser separada do Direito, pois o Direito é uma das funções da política. Conforme destaca Baptista da Silva (2009, p.10), houve uma “instrumentalização” do jurídico pelo político.

Desse modo, ausente a autonomia do Direito, não há mais a individualidade do caso concreto, cada caso é apenas um exemplar de um gênero já delimitado. Como refere Castanheira Neves, o Direito distancia-se quando, no horizonte, se forjam outros reguladores sociais mais eficazes e mais dos dias atuais que o Direito: seja a política, com seu poder, seja a ciência-técnica ou a economia. (CASTANHEIRA NEVES, 2002, p. 13).

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

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

A função do Direito vai além da solução de conflitos, é preciso que o Judiciário se ponha a implementar os valores constitucionais postos. Nessa linha, Fiss (2004, p. 204-205), renomado jurista norte-americano, ao propor uma nova análise sobre o processo civil, entende que o Judiciário possui um papel importante na realização dos objetivos de justiça e de equidade social. O Direito, para Fiss, não pode se encerrar em normas procedimentais que se limitem a solucionar conflitos de caráter individualista. Assim, Carlos Alberto de Salles, ao comentar a tradução da obra de Owen Fiss, afirma:

Em sua análise do caso *Martin vs Wilks* (Capítulo VII), o autor deixa clara sua posição no sentido de admitir o ajuste de direitos processuais com o objetivo de emprestar um remédio efetivo à violação de direitos alheios, como aquele de ser livre de discriminações. O repúdio de Fiss a essa decisão da Suprema Corte não se deve ao fato de consagrar uma regra de devido processo legal, mas de fazê-lo com bases estritamente individualistas, em prejuízo de medidas judiciais de larga repercussão social, no caso as chamadas *injunctions* estruturais. (FISS, 2004, p. 12).

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

Quando se remete à ideia dessa nova face do Direito, surge uma nova etapa da evolução do Estado, o Estado Constitucional do Direito, de modo a conferir uma

concepção aberta do texto constitucional, conforme a tese do Direito dúctil de Zagrebelsky (1999). Para o autor, não se pode pensar a Constituição como algo pronto e acabado, ao contrário, como um conjunto de materiais com os quais a política constitucional deve trabalhar. (ZAGREBELSKY, 1999, p. 14)⁶.

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

No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. [...], ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. (STRECK, 2008, p. 23).

Nesse sentido, Streck (2008, p. 19) propõe que se reflita sobre a função do Estado e do Direito, levando em conta a onda neoliberal que predomina no Brasil, para buscar a construção de um discurso que aborde o papel do Direito, do discurso jurídico e a justificação do poder oficial por meio do discurso jurídico, tudo em face da problemática da relação Direito-Estado-Dogmática.

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

[...] esse Estado, também chamado de Estado Providência ou Social, foi a instituição política inventada nas sociedades capitalistas para compatibilizar as promessas da Modernidade com o desenvolvimento capitalista. (STRECK, 2008, p.20).

⁶ “Ya no puede pensarse en La Constitución como centro Del que todo derivaba por irradiación a través de La soberanía Del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre El que todo debe converger, es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La ‘política constitucional’ mediante La cual se persigue ese centro no ES ejecución de La Constitución, sino realización de La misma em uno de los cambiantes equilibrios em los que puede hacerse efectiva”

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

Não há como diminuir o que nunca foi suficientemente grande. A necessidade de políticas públicas no país aumenta a cada dia. Há necessidade de que sejam cumpridas as promessas da modernidade. Daí, o papel do Direito, no sentido de efetivar as promessas de uma Constituição democrática.

Nesse sentido, sustenta Sarlet (2004, p. 34-45) que a Constituição transforma-se, na expressão de Canotilho (1999) em autêntica “reserva de justiça” e que o fundamento de validade da constituição (legitimidade) é a dignidade de seu reconhecimento com ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca. Assim, bem destaca o Professor André Copetti (2011):

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

Nessa linha, as palavras da lei não podem ser entendidas com um sentido unívoco, ou seja, a produção de um sentido para a lei depende de sua historicidade. Como afirma Warat (1999, passim), a lei e o saber do Direito constituem um nível de relações simbólicas de poder, isto é, para superar esta crise é imperioso questionar o Direito, acrescentando a figura de um agente do Estado democrático. Igualmente, aponta Grau (2003, p.107) que:

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

O Estado (mais especificamente o seu papel político) evoluiu, ao longo dos anos, de forma diferente no Brasil, em comparação com os demais países da Europa. Por estas razões, a análise dos sistemas políticos no Brasil não pode ser a mesma do cenário europeu.⁷ Em vista disso, deve-se questionar como ficam os valores constitucionais, em especial os direitos fundamentais sociais, em um país em que não houve ainda um aperfeiçoamento do regime democrático e, como consequência, o engajamento social dos cidadãos necessário para a concretização dos direitos.

Diante desse questionamento, e frente ao que já se viu nesse estudo, a realidade de desigualdades que assola países como o Brasil provocou a reformulação da jurisdição constitucional, tornando-a mais ativa e dirigente⁸. E os cidadãos vão buscar a tutela de seus direitos no Judiciário:

Os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção de direito e da nova concepção de estado, do qual constituem também, afinal de contas, um “ramo”. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas “finalidades e princípios”: o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar. (CAPELETTI, 1999, p. 42).

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

⁷ “No direito brasileiro, tanto na produção teórica como na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar das brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se pode denominar de ‘culto à legislação’, reduzindo-se o direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o direito inscrito na lei e a realidade social.” In: DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 98.

⁸ “É sabido que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito, as tarefas do magistrado e dos aparelhos administrativos se multiplicaram. Mas a ampliação desses aparelhos determinou, para além e contra as intenções, um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno resulta acelerado pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e a inatividade em outros. A característica da chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação de leis, mas também na desvalorização da lei.

Antes de tudo, multiplicação das disposições legislativas, não apenas e não tanto quantitativa, mas sobretudo qualitativa.” In: PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 5.

o papel do juiz dentro da democracia. (CAPELETTI, 1999, p. 42)⁹.

No mesmo sentido, Dallari reforça a ideia:

O juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo a convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter suas decisões. (DALLARI, D., 2002, p. 89).

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

Responsabilidade judicial pode significar tanto o poder dos juízes, quanto o seu dever de prestação de contas (“accountability”, “answerability”) no exercício de tal poder-responsabilidade. Ainda no seu primeiro significado, de resto, trata-se de um poder que é ao mesmo tempo um dever: o dever do juiz de exercer a função pública de julgar. E porque o exercício de tal função é disciplinado por regras e princípios, escritos ou não escritos, a óbvia consequência será uma responsabilidade no sentido ulterior de sujeições a sanções (“hability”) daqueles que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e/ou daqueles comprometidos com uma “responsabilidade substitutiva”, para o caso de tal violação. (CAPELETTI, 1989, p. 17).

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

⁹ “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo, e, enfim, a criatividade dos juízes.”

Ao formular políticas públicas que atendem suas prioridades pessoais, através da 'interpretação adequada da Constituição', os juízes se lançam em verdadeira aventura política, não possuindo real controle sobre suas conseqüências no processo, do que resultam graves impasses constitucionais. A fixação de limites à própria jurisdição representa, nesse contexto, uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário. A busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do delicado equilíbrio necessário a democracia. Um governo de juízes, neste sentido, em nada difere de um governo aristocrático, pois o regime democrático não se coaduna com a concentração extremada de um poder político junto a um único órgão. (APPIO, 2010, p. 71).

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

De acordo com os argumentos já apresentadas nesse estudo, é certo que a Constituição deve estar de acordo com o contexto histórico e cultural de seu país, sob pena de se tornar mera folha de papel¹⁰. Desse modo, o texto constitucional não pode estar dissociado do meio social, ou seja, a Constituição deve estar aberta para conteúdos e preceitos internacionais, como é o caso do Brasil.

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

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

Observa-se que, para manter o equilíbrio social, é necessário um processo integrador, entre o Estado, opinião pública e Constituição. Somente quando se consegue a primazia da sociedade sobre o Estado, convertendo-o em agente da sociedade é que será possível o império pleno da Constituição, como alternativa para equilibrar a atuação dos vários atores sociais e dos vários centros de poder. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 28).

¹⁰ A expressão é de LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002, p. 48.

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

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

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

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

No entanto, é preciso que se mobilizem novos meios de aproximação entre a sociedade civil e o Estado. Nessa linha, a classificação, segundo a teoria do *status* de Georg Jellinek (1851-1911), considera, de forma simples, uma teoria analítica das situações do indivíduo perante o Estado. Jellinek elencou quatro situações: o *status subiectiones* (passivo), correspondente à situação de absoluta submissão dos indivíduos ao Estado, em razão dos deveres que lhes são impostos; o *status negativus* (*status libertatis*), estado de liberdade natural, esfera de liberdade individual, em que não se permite intervenção do Estado; o *status positivus* ou *status civitatis* que consiste na capacidade de exigir do Estado prestações positivas conforme o interesse individual e, em complemento, o *status* de cidadania ativa, consistente na capacidade de votar leis, de integrar órgãos públicos e de participar na formação da vontade estatal. (BRUGGER; HENNING LEAL, 2007).

Häberle (1997) acrescentou à teoria do *status* de Jellinek, o *status activus processualis*, um reforço dado à liberdade individual frente aos interesses coletivos. Os direitos fundamentais, de acordo com Häberle, pressupõem, antes de tudo, o direito à participação dos cidadãos.

A partir da ideia de que a cidadania deve participar da seara política de seu Estado, é que Häberle vai postular a noção de Constituição como *res publica*, como tarefa de todos, abrindo-se para a concepção de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição". Trata-se de uma democratização da tarefa interpretativa. (HENNING LEAL, 2007, p. 114).

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

3. A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E A DISSEMINAÇÃO DAS TUTELAS COLETIVAS

Quando se trata sobre a questão dos direitos sociais, é inevitável sobre o tema da justiça. E, nessa linha, a justiciabilidade dos direitos ainda merece atenção dos doutrinadores contemporâneos. Nesse sentido, Sérge-Christophe Kolm (2000, p. 200) insere o problema da teoria da justiça, apresentando dois debates essenciais: (i) uma completa introdução à teoria da Justiça e à solução de seus problemas principais; (ii) uma apresentação e uma avaliação racionais das várias teorias, princípios, critérios particulares de justiça. Ao presente trabalho, no entanto, interessa somente a primeira parte da obra.

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

Posto isto, Kolm inicia a sua exposição, aduzindo que justiça é justificação, é racionalidade (no sentido normal do termo), ou seja, dá-se por uma razão válida ou justificada. Explica Kolm (2000, p. 09) que:

A racionalidade, contudo, exclui totalmente o intuicionismo moral, o emotivismo e o esteticismo, isto é, as opiniões baseadas em pontos de vista apriorísticos da solução, em emoções como a indignação, e na satisfação propiciada pela beleza, ainda que todas possam sinalizar a existência de um problema. (KOLM, 2000, p.09).

E segue, firmando o seu posicionamento:

O progresso ético na justiça consiste na substituição de pontos de vista irracionais por pontos de vista racionais, na substituição das racionalidades fracas pelas fortes e, em especial, do preconceito pelo julgamento, da justeza pela justificação, e da emoção e intuição pela razão. (KOLM, 2000, p. 10).

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

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

As afirmações universais simplistas e reducionistas configuram um dogmatismo injustificado e impossível. Às vezes o trabalho, outras vezes a necessidade, determina o que cada pessoa deve receber (no caso do trabalho, a razão é às vezes moral e não somente tem em vista o incentivo). A igualdade ideal às vezes é de liberdade de troca, outras vezes de rendas satisfatórias, outras, ainda de satisfação. A justiça, portanto, é necessariamente poliarquia moral e racional circunscrita. Somente o método de justiça como justeza e justificação é universal. (KOLM, 2000, p. 12).

Defendida a tese de que justiça é justificação, Kolm destaca que é necessário distinguir os conceitos de *macrojustiça*, *mesojustiça* e *microjustiça*. A primeira diz respeito aos princípios mais gerais de justiça em uma sociedade, especialmente quando se trata de justiça distributiva geral da alocação de recursos. Já a *microjustiça* cuida das questões de justiça específica de cada localidade. Da mesma forma, a *mesojustiça* refere-se às questões específicas que, no entanto, são suficientemente relevantes para terem um impacto global.

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

Por exemplo, nas sociedades desenvolvidas modernas, a maior parcela é para a liberdade de processo (com ressalva no que diz respeito à transmissão de herança e, particularmente, à educação para obtenção de certa “igualdade de oportunidade”, e aos “contratos sociais liberais” para deficiências de mercado); vem, então, a equalização parcial e eficiente de rendas; o atendimento público das necessidades básicas e do sofrimento profundo está em último lugar em volume de transferências, mas não na sua importância intrínseca. Nos países mais pobres, a questão das necessidades básicas deve mobilizar uma parcela maior da redistribuição por meios tradicionais ou modernos. (KOLM, 2000, p. 584).

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

Com base nas premissas expostas, compreende-se melhor a ideia de Kolm (2000, p. 37) quando introduz o conceito de justiça: “A justiça é simples, mas o mundo é complicado; por isso, a aplicação da justiça no mundo encerra algumas dificuldades”. Para solucionar tal problema, o autor propõe que se estabeleçam estruturas básicas necessárias ao exame da justiça e de sua ética social.

Tais estruturas foram analisadas na parte três do Capítulo I da obra (2000, p. 37), concentrando-se nas questões mais importantes da justiça distributiva e econômica: as alocações dos benefícios decorrentes dos recursos ou das faculdades humanas, compreendendo a liberdade natural ou solidariedade, o liberalismo de processo pleno (endosso de toda a alocação natural das capacidades) e a justiça prática e as desigualdades menores em consumo ou rendas; a superequidade eficiente e a equiparação de renda de duração fixa.

Posto isto, Kolm define justiça como:

[...] o julgamento ético sobre a correlação em determinado momento entre entidades sociais referente ao valor da situação para cada uma dessas entidades sociais (possivelmente do modo como é avaliada pela própria entidade, mas, a priori, não necessariamente assim), e, principalmente, quando tais correlações decorrem dos bens da sociedade. (KOLM, 2000, p.38).

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

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

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

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

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

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

Esse “estranhamento recíproco” tem implicado um reduzido universo de demandas submetidas ao Poder Judiciário a respeito dos direitos humanos. Para a formação de uma jurisprudência protetora dos direitos humanos, bem como para a consolidação do Poder Judiciário como um locus de afirmação de direitos, é fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá um Judiciário mais aberto, próximo e com responsabilidade social e política. Só assim haverá maior transparência e accountability dos deveres do Estado no tocante à implementação dos direitos à saúde e à educação. (PIOVESAN, 2010, p. 69).

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

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

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

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

É inquestionável o poder que estas ações civis públicas têm para determinar alterações em condutas daqueles que, eventualmente, são postos no pólo passivo desta espécie de demanda. Nos Estados Unidos, relata-se que o volume de ações coletivas causou em várias empresas, a determinação de alterar sua política financeira e de emprego, ocasionando, por vezes, efeitos positivos nas decisões sobre as políticas de produção. Aliás, é mesmo natural que assim seja, já que estas ações discutem um litígio em seu plano total, visando a raiz da questão, o que torna a decisão daí resultante uma verdadeira alteração na condução da empresa. (ARENHART, 2009).

Igualmente, quando estas ações são dirigidas contra o Poder Público, haverá inevitavelmente uma intervenção na esfera política, o que será demandado, em última análise, pelo Poder Judiciário. Nesses casos, é certo que os interesses são relevantes e

merecem apreço cuidadoso pelo juiz, na medida em que a decisão judicial, por vezes, caracteriza uma opção política feita pelo Judiciário.

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

Em princípio, a estrutura do Poder Judiciário é relativamente inadequada para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas. O Terceiro Poder carece de meios compulsórios para a execução de sentenças que condenam o Estado a cumprir uma tarefa ou efetuar uma prestação omitida; não há meios jurídicos para constranger o legislador a cumprir a obrigação de legislar (KRELL, 2002, p. 85)

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

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

Por tal razão, a análise, aqui, procedida deter-se-á nas ações coletivas propriamente ditas, as quais têm sido frequentemente utilizadas para a implementação de direitos fundamentais sociais.

Conforme já mencionado, dependendo da escolha do processo a ser manejado: individual ou coletivo, o resultado da demanda será diverso. Assim posto, conforme anota Salles (SALLES, 2009, p. 791), na medida em que haverá respostas judiciais qualitativamente diferentes, devem ser avaliadas as vantagens de se ajuizar uma demanda coletiva, em detrimento de uma demanda individual, quando se trata da exigibilidade de direitos sociais. Além disso, deve-se avaliar quais os remédios judiciais mais adequados para tutelar tais direitos, é o que o autor chama de medidas compensatórias e específicas.

Em relação à primeira temática, Macedo (2008, p. 73) sustenta que, à vista do processo de resgate da cidadania, o importante é que o cidadão seja beneficiado com a representatividade processual, já que a substituição processual ínsita das demandas coletivas atende aos direitos subjetivos a que se postula. A partir de tal inferência, a autora denota os objetivos das ações coletivas, analisando, de forma específica, esse mecanismo posto a disposição da cidadania. Três são os objetivos mais visados pelas ações coletivas: (I) economia processual; (II) acesso à justiça e (III) aplicação voluntária e autoritativa do direito material. (MACEDO, 2008, p. 74-75).

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

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

Advindas do Estado liberal, as medidas compensatórias, de regras, formalizadas através de valores pecuniários, têm por função atender ao caso concreto através de meios patrimoniais, ou seja, na esteira do Estado mínimo, não deve o Estado-juiz intervir na esfera da autonomia da vontade dos cidadãos. De outro lado, as medidas específicas representam a prestação em espécie, é um fazer ou um deixar de fazer uma conduta, a fim de atender o que reclamado em juízo. (SALLES, 2009, p. 794).

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

Salles (2009, p. 795) ressalta:

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

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

4. O STF NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A PRÁTICA DIALÓGICA NO PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

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

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

Mapeado o leque de teorias erigidas a partir do pressuposto de cooperação indispensáveis a um constitucionalismo voltado ao Século XXI, cumpre agora enfrentar duas indagações: se essa elaboração teórica pode ser utilizada para compreender e aperfeiçoar o sistema brasileiro de jurisdição constitucional; e se é possível apontar em nossa prática de *judicial review*, a presença de institutos ou estratégias de construção decisória que revelam a presença do traço dialógico. (VIEIRA, 2010, p. 113).

Como forma de explicar esse diálogo, aborda-se dois mecanismos utilizados pelo STF: as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*. As audiências públicas, previstas na Lei 9.868/99, em seu artigo 9º, parágrafo 1º¹¹, representam uma forma de abertura do diálogo com o Poder Judiciário, em temas relevantes que demandem esclarecimentos sobre a matéria.

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

A abertura trazida pelas audiências públicas pode ser entendida como uma ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, de modo que o juiz possa dialogar com o maior número de intérpretes possível. (HÄRBERLE, 1997, p. 11-18). Isso, na esteira do que leciona Häberle, quando compreende que o círculo de intérpretes do

¹¹ Artigo 9º, § 1º da Lei 9.868/99: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria". Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

processo judicial deve ser ampliado, mediante a participação da sociedade.

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

Exemplo disso, é o julgamento da ADI nº 3510 (Fonte: Sistema Push de notícias, 23.03.2007 e 17.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal) ajuizada pela Procuradoria Geral da República contra dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). O tema foi objeto de debate em audiência pública realizada, no dia 20.04.2007, quando foram reunidos mais de dezessete especialistas sobre a matéria para que se discutissem as informações científicas e sociais que circundavam a futura decisão.

Na época, em entrevista concedida à imprensa, o Ministro Relator do feito, Carlos Ayres Britto, afirmou que, do ponto de vista democrático, a audiência pública foi um passo pioneiro do Supremo Tribunal Federal, ainda mais por se tratar de um tema multidisciplinar e que exige a aferição de critérios técnicos e científicos (Fonte: Sistema Push de notícias, 23.03.2007 e 17.04.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal).

Outro caso ocorreu em setembro de 2009, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a audiência pública para debater sobre o fornecimento de medicamentos pelo Poder Judiciário (Fonte: Sistema Push de notícias, 19.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal). Nessa audiência, a pretensão era fixar pontos fundamentais em relação ao direito à saúde, no sentido de definir critérios seguros para as decisões judiciais.

Um dos principais focos da audiência foi a possibilidade do Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos que não estão abarcados pelo SUS. Assim, bem denotou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Fonte: Sistema Push de notícias, 19.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal.):

Segundo o ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. 'Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente', entendeu Mendes.

De acordo com o presidente do STF, 'se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação'. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Por fim, deve-se acrescentar a audiência pública sobre o tema das ações afirmativas reservando “cotas” raciais no ensino superior, que reuniu trinta e oito especialistas de diversas áreas para debater sobre o tema (Fonte: Sistema Push de notícias, 19.09.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Site do Supremo Tribunal Federal).

Na mesma linha, o instituto do *amicus curiae* também pode ser considerado uma forma de participação democrática do cidadão no processo jurisdicional. Embora já utilizado há algum tempo no ordenamento jurídico brasileiro, este instituto só ganhou relevo com a sua introdução no controle de constitucionalidade.¹²

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

Uma das mais relevantes experiências em que se empregou o instituto do *amicus curiae* foi o julgamento do HC – no 82.424/RS -Fonte: Sistema Push de notícias, 17.09.2003,< www.stf.jus.gov.br> Site do Supremo Tribunal Federal -, no Supremo Tribunal Federal, envolvendo crime de racismo e anti-semitismo, em que figurava, como paciente, o editor Siegfried Ellwanger e, a autoridade co-autora, o Superior Tribunal de Justiça. Os Ministros do STF, incorporando os argumentos contidos no parecer (admitido como *amicus curiae*) elaborado pelo professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), na sessão plenária realizada em 17 de setembro de 2003, decidiram, por maioria de sete votos a três, negar o remédio constitucional impetrado pelo citado editor. Esse caso foi talvez um dos mais emblemáticos, dentre todos aqueles já julgados pelo STF, desde a promulgação da Constituição brasileira de 1988, e servirá de paradigma para os futuros julgamentos de crimes de racismo no Brasil. Apesar de o ponto central da discussão, em plenário, ter sido o alcance da expressão “racismo”, contida no inciso XLII do art. 5º, da Constituição (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), o julgamento pelo STF foi muito mais além. Os fundamentos dos votos dos ministros superaram o conceito biológico de raça, para dar lugar ao pertencimento étnico-racial trazido pela antropologia, pela sociologia e outras disciplinas das ciências sociais.

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

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

¹² Artigo 7º, par. 2º, da Lei 9.868/99: “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.”

No tocante à aplicabilidade, no cenário nacional, do arcabouço teórico identificado com o diálogo, a objeção apresentada, de pronto, é a suposta incompatibilidade com o nosso modelo, seja pela enunciação literal da regra da supremacia do Judiciário, seja pela ausência de uma estrutura política ou prática de mesma natureza mais afeita à supremacia do Parlamento. (VIEIRA, 2010, p. 113-114).

Em que pese o artigo 102, *caput* da Constituição Federal de 1988¹², confira ao Supremo Tribunal Federal a competência precípua da guarda da Constituição, é preciso perquirir quanto aos mecanismos institucionais que permitem esse dever e como se procede a relação dialógica entre o Poder Judiciário e as demais instituições sociais.

Embora, inexistam, no Brasil, uma cultura mais afeita ao Parlamentarismo, não há dúvida de que é possível estabelecer um diálogo entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), como forma de explicitar as escolhas de cada poder, dentro do jogo democrático.

Tal diálogo, conforme alerta José Ribas Vieira (2010, p. 114-115), pode ocorrer formal ou informalmente, onde o diálogo se estabelece pela prática das relações institucionais de cada poder.

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

[...] na construção da interpretação conforme, o STF traduz a única interpretação compatível com a carta fundamental – e disso pode decorrer, de parte do Legislativo uma reação institucional de modificação do mesmo texto, de molde a atrair outra exegese mais compatível com as finalidades pretendidas com aquela regra legal. (VIEIRA, 2010, p. 115).

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

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

¹³ Artigo 102, *caput* da Constituição Federal de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”

se determine a dotação orçamentária para tal fim.

Nesse passo, o juiz teria condições de indicar a fonte de custeio da referida decisão, podendo somente invadir a esfera de competência do Poder Legislativo para apreciar a Lei Orçamentária Anual e fazer os ajustes necessários. Tal decisão implicaria uma invasão na esfera de poder do Legislativo. (APPIO, 2010, p. 156).¹⁴

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

Todavia, o diálogo institucional, que normalmente é provocado pelo Poder Judiciário, merece estar dentro das balizas constitucionais. Assim, bem esclarece José Ribas Vieira (2010, p. 115):

[...] na construção da interpretação conforme, o STF traduz a única interpretação compatível com a carta fundamental – e disso pode decorrer, de parte do Legislativo uma reação institucional de modificação do mesmo texto, de molde a atrair outra exegese mais compatível com as finalidades pretendidas com aquela regra legal. (VIEIRA, 2010, p. 115).

Um dos importantes exemplos trazidos por José Ribas Vieira (2010, p. 117), para explicitar a relação dialógica existente entre as instituições, cuida do RE 197.917-8 – Município de Mira Estrela. O Ministério Público do estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública com intuito de reduzir o número de vereadores do município de Mira Estrela para nove, sendo que eram onze vereadores anteriormente.

Em que pese o número de vereadores não ferisse a previsão constitucional, a demanda se baseava em um critério matemático que estabelecia a proporcionalidade de acordo com o número de habitantes do município. A questão veio ao STF pela via difusa, onde o Ministro Relator Maurício Corrêa votou no sentido de que deveria prevalecer a regra constitucional que prevê a aplicação da proporcionalidade do número de vereadores ao número de habitantes. De outro lado, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator, ressalvando, porém, que, uma vez que os vereadores já haviam assumido seus mandatos, era preciso modular os efeitos da decisão para o futuro, o que foi acompanhado pelos demais julgadores, exceto pelo voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence.

¹⁴ “A determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções do legislativa, executiva e judicial, convertendo-o em um ‘superpoder’.”

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

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

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

Nesse sentido, José Ribas Vieira (2010, p. 121) afirma:

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

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

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos.

(HOLANDA, 1995, p. 160.)

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

Nesse passo, está a importância de rever o debate entre o Direito e a política. Por certo, em um país como o Brasil, o desencanto com a política é comum entre a população. A corrupção na política e a crescente desigualdade social tornam os cidadãos cépticos quanto à esfera política.

Diante desse desencanto da cidadania, o Poder Judiciário torna-se uma forma de concretizar direitos, cumprindo o seu papel de guardião das promessas constitucionais. Assim, a terceira parte do trabalho teve por escopo discutir o papel do juiz e do cidadão no processo democrático brasileiro, fomentando a necessidade de incluir o cidadão no mencionado processo através da via jurisdicional.

O fenômeno descrito por Nicola Picardi situa-se na transição do Estado liberal, em que predominava o Poder Legislativo, para o Estado Social, em que o Poder Judiciário ganha relevância. Nesse passo, o modelo constitucional contemporâneo tem a nova missão de assegurar o equilíbrio entre o princípio democrático e uma concepção substancial de justiça, ou seja, entre o Direito e moral.

No Brasil, de acordo com a nova ordem proposta pela Constituição Federal de 1988 – constitucionalismo dirigente – passa-se a incorporar um sistema de valores em seus princípios constitucionais que insurgem conflitos entre os direitos individuais e os de concepção solidária.

De tal premissa, pode-se aferir que a esfera judicial deve ganhar um viés solidário e não mais de mero solucionador de conflitos. Sob a ótica comunitarista, para que o juiz possa influir na formulação, no controle e na implementação de políticas públicas, as demandas individuais devem dar lugar às demandas coletivas, nas quais há uma maior repercussão na esfera política.

As políticas públicas, por sua vez, são arranjos complexos que envolvem matérias afeitas ao Direito, à Ciência Política e à Ciência da Administração, de modo que devem ser formuladas de maneira a atender às condições reais de possibilidade de sua implementação.

Assim, a importância de distinguir políticas públicas de governo e de Estado, na medida em que as primeiras se referem a um determinado governo que se encontra no poder e as políticas públicas de Estado são aquelas que ultrapassam os limites de um governo. Desse modo, as variáveis de governo e de ideologias não são tão determinantes para a projeção e a execução de políticas públicas, em especial as prestacionais. Todavia, inexistindo uma atuação política coerente com as necessidades sociais, é fundamental ter-se um Poder Judiciário independente e eficaz que seja capaz

de promover o controle das políticas públicas.

A grande crítica da modernidade, no entanto, refere-se à autonomia do Direito que, na expressão de Castanheira Neves, chama-se de “funcionalização do Direito”. Houve um distanciamento de qualquer concepção de justiça, aproximando o Direito do poder. Ou seja, o Direito deve estar conectado à política, todavia, deve ser independente dela. As decisões judiciais devem decorrer de um processo hermenêutico e não apenas de uma escolha, de uma vontade política.

A crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva é extremamente pertinente quando trata da chamada “fungibilização” do fático, uma vez que a separação entre a “norma” e o “fato”. O Direito passa a ser apenas um amontoado de leis que determinam uma escolha política a ser inserida no caso concreto que se encaixe na norma. Há uma escolha política que se repete em todos os casos que se consideram “idênticos”.

Na dimensão do mundo globalizado, em que, como já observado, as relações humanas estão em constante processo de transformação, não há como propor uma resposta correta apenas para o caso concreto. Cabe ao juiz solucionar conflitos, mas também implementar as disposições constitucionais, sob a ótica da justiça e da equidade. Conforme a tese do Direito dúctil de Gustavo Zagrebelsky, deve-se conferir uma concepção aberta ao texto constitucional.

Sob tal compreensão, o texto constitucional não é algo pronto e acabado, é realizado na medida da construção histórica de uma sociedade. As palavras da lei não podem ser entendidas com um sentido unívoco, ou seja, a produção de um sentido para a lei depende de sua historicidade.

De outro lado, a aproximação da sociedade e do Estado também possui papel importante nesse processo. Peter Häberle acrescentou à teoria do status de Jellinek, o status *activus processualis*, um reforço dado à liberdade individual frente aos interesses coletivos. Os direitos fundamentais, em Häberle, pressupõem, antes de tudo, o direito à participação dos cidadãos.

No entanto, defendeu-se a utilização do processo coletivo como meio de postular direitos na esfera judicial. Além de ser mais eficaz, o processo coletivo possui maior impacto sobre a realidade econômica, política e social, levando a uma maior efetividade do direito implementado.

Por seu turno, o primado do que Kolm chama de macrojustiça, busca solucionar a questão da justiça distributiva global, mediante a combinação de três elementos racionais dos direitos e obrigações relativas às capacidades: a liberdade de processo, a equalização parcial de renda por meios eficientes, bem como a satisfação das necessidades básicas e o alívio do sofrimento profundo, as quais dependeram sempre do Estado.

Tal concepção de justiça toma forma, no Brasil, como a justiciabilidade das demandas sociais, especialmente nos casos relativos à saúde (fornecimento de medicamentos, cirurgias etc.), onde se entende a via do processo coletivo como mais adequada em relação às demandas individuais. Mesmo porque, dependendo da escolha do processo a ser manejado: individual ou coletivo, o resultado da demanda

será qualitativamente diverso. Ademais, as demandas coletivas facilitam o acesso à justiça, possibilitam a economia processual e representam um impacto bem maior do que a demanda individual.

Na mesma linha, observou-se que, dentre os mecanismos de exigibilidade dos direitos sociais, as medidas compensatórias, de viés liberal, estão perdendo espaço para as medidas específicas, nas quais se confere ao jurisdicionado um fazer ou um não fazer.

A discussão entre os remédios judiciais mais adequados novamente confirma a adequabilidade das medidas específicas, em primeiro plano, na condição em que a implementação de políticas públicas, no caso dos direitos sociais, seja pela via do mandado de injunção, do controle abstrato de constitucionalidade ou pelo processo coletivo, a forma mais afeita à concepção de justiça distributiva que deve permear as decisões judiciais do país.

Dentro dessa perspectiva, como forma de ilustrar o que foi desenvolvido durante esse estudo, foram apontados dois institutos utilizados na prática judicial do Supremo Tribunal Federal: as audiências públicas e o *amicus curiae*. Ambos representam a introdução do modelo de abertura democrática da jurisdição constitucional à sociedade, significando um grande avanço no sentido de promover uma cidadania politicamente ativa que participe das decisões, especialmente no que se refere à concretização de direitos e à implementação de políticas públicas.

A adoção das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda que limitada a temas relevantes, foi um grande avanço não só no sentido de promover a coleta de informações técnicas e científicas a respeito da matéria a ser julgada – o que é fundamental para que se profira a decisão mais adequada -, mas também como forma de aproximação entre a sociedade e o Estado (Estado-juiz).

Embora, algumas vezes, o diálogo ocorra apenas formalmente, ou seja, sem que haja uma reação política efetiva quanto ao ponto de provocação, a iniciativa judicial, no sentido de ampliar os espaços da cidadania revela um novo caminho a ser trilhado pela própria cidadania brasileira. O diálogo torna-se um meio de compreender as intenções do poder político, de modo a facilitar o levante de debates e manifestações acerca de matérias relevantes como são os direitos sociais.

Na mesma linha, a figura do *amicus curiae* amplia o espaço de discussão no contexto do processo constitucional, trazendo à baila não só argumentos técnicos, como também argumentos éticos, filosóficos, afetivos entre outros.

Da mesma forma, os diálogos institucionais promovidos, de regra, por provocação do próprio Poder Judiciário, tem uma função política, na medida em que uma determinada decisão judicial, dependendo dos termos em que for proferida, pode influenciar no jogo político, “forçando” os demais órgãos a promoverem as medidas necessárias para aplicá-la ou superá-la.

Assim, acredita-se que a judicialização da política é uma consequência natural do processo de democratização do país, acrescida da tentativa de dar o máximo de efetividade à Constituição Federal. O poder interventivo do Judiciário não deve ser visto

como uma afronta à democracia, mas como realização desta, na medida em que os ditames constitucionais sejam preservados.

Só o comprometimento mútuo dos poderes instituídos, com o objetivo de ampliar os espaços de participação popular e de garantir a máxima efetivação dos direitos, é que podem concretizar o regime democrático no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na mundialização: A nova revolução do Direito. Lisboa: Piaget, 2005.

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

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

BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição e previdência em tempos de crise de solidariedade (alguns pressupostos para uma prestação jurisdicional adequada). Revista de Direito Social, Porto Alegre: Nota Dez, ano VII, n. 25, p. 11108, jan./mar. 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Epistemologia das Ciências Culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

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

_____. Dilemas do Estado federal brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do direito social aos interesses transindividuais: O Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. Do Estado Social das “carências ao Estado Social dos “riscos”. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: _____; STRECK, Lênio Luiz. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos nº 4, 2007.

_____; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Constitucionalismo e Cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; STRECK, Lênio Luiz. Ciência Política e Teoria do Estado. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

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

_____. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

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

_____. Crise do poder judiciário. Anais da XIII Conferência Nacional da OAB, 1990.

_____. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____. O Estado Garantidor: Claros e Escuros de um conceito. In: AVELÃS NUNES, Antônio José; MIRANDA, Jacinto Nélson de. (coord.). O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

CAPELETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. Juízes Legisladores? Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. A crise actual da filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. A revolução e o Direito: a situação de crise e o sentido do Direito no actual processo revolucionário. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976 - Sep. de: Revista da Ordem dos Advogados.

_____. O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Piaget, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

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

CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Unijuí, 2006.

COSTA, Marli M.M. da. (coord.). Direito e políticas públicas II. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

_____; MARTÍN, Nuria Belloso. Diálogos Jurídicos entre o Brasil e Espanha: da exclusão social aos Direitos sociais. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Traduzido por Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2003, 5ª edição.

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

_____. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Traduzido por Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

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

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

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

KAUFMANN, Athur. *Hermenêutica y Derecho*. Colección filosofía, derecho e sociedad. Tradução de Andrés Ollero y Jose Antonio dos Santos. Granada: Comares, 2007.

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

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andreas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos fundamentais sociais. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

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

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

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

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 1, 2001, p. 18. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10.02.2011.

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

_____. (org.). *Os processos de globalização*. In: _____. *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. (org.). Os Tribunais na sociedade contemporânea. Revista Brasileira de Ciências Sociais – ANPOCS n. 30, fev. 1996.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do ontological turn. Anuário do programa de pós-graduação da universidade do rio dos sinos, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Verdade e Consenso. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

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

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

WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa ômega, 1994.

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

_____. Historia y constitución. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

Recebido em 30.11.2011
Aprovado em 05.05.2012