



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS DE JACAREZINHO - PR
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

JUAN ROQUE ABILIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E EFETIVIDADE: um estudo acerca do necessário ativismo judicial dialógico e do processo estrutural no sistema jurídico-processual

**JACAREZINHO – PR
2022**

JUAN ROQUE ABILIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E EFETIVIDADE: um estudo acerca do necessário ativismo judicial dialógico e do processo estrutural no sistema jurídico-processual

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos César Botelho

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

A131d ABILIO, Juan Roque
Direitos fundamentais sociais e efetividade: um estudo acerca do necessário ativismo judicial dialógico e do processo estrutural no sistema jurídico processual / Juan Roque ABILIO; orientador Marcos César BOTELHO - Jacarezinho, 2022.
232 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2022.

1. Efetividade direitos fundamentais sociais. 2. Processo estrutural, dialógico e cooperativo. 3. Estado de bem-estar social. I. BOTELHO, Marcos César, orient. II. Título.

JUAN ROQUE ABILIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E EFETIVIDADE: um estudo acerca do necessário ativismo judicial dialógico e do processo estrutural no sistema jurídico-processual

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Data de aprovação: ___ / ___ / ___

Presidente: Professor Doutor Marcos César Botelho (UENP)

Membro 2: Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba (UENP)

Membro 3: Professora Doutora Adriana Timoteo dos Santos (UEPG)

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

**JACAREZINHO - PR
2022**

A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças.

(ARENDR, Hannah, 1999. O que é política?)

Dedico este trabalho a todos que ainda acreditam na Constituição de 1988 e que lutam pela justiça social.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus pelo dom da vida. Aos meus familiares, em especial ao meu falecido pai, Levi Abilio, que o amor me acompanha desde sempre, e à minha querida mãe, Cicera Maria Nunes Abilio, pelo apoio e incondicional amor.

Igualmente agradeço a minha amada e encantadora Francielle Gotardi, eterna enamorada, pela paciência em meus desvaneios, e por seus carinhos. Trazendo o conforto de sua companhia e a paixão de suas atitudes.

A todos, me desculpo pela ausência, mas a qual resultou neste trabalho. Sem o apoio, certamente não conseguiria finalizá-lo.

Ao meu querido amigo Guilherme Degraf, mestrando da UENP, que teve a vida prematuramente levada pela pandemia do COVID-19, que assolou nosso mundo. Em sua memória ficam meus eternos agradecimentos.

A todos meus colegas do programa de mestrado da UENP, que contribuíram para meu crescimento como pesquisador e pessoa. Especialmente ao Paulo Braga e Ronaldo Duarte, que como grandes amigos ajudaram na revisão deste texto e sempre estiveram em minha companhia.

Dirijo meus agradecimentos a todos(as) os(as) professores(as) da UENP, que ao longo desses anos compartilharam comigo seus conhecimentos e me ajudaram a crescer como pesquisador. Devo tudo a vocês.

Agradeço a Universidade, por me acolher e permitir chegar ao tão sonhado título de Mestre. Espero honrar essa titulação e trazer orgulho à UENP. Em especial, dirijo meus agradecimentos à Natalina, que sempre prestativa me auxiliou a todos os momentos.

Aos grupos de pesquisa do professor Valter Santin, Ilton Garcia e Gilberto Giacoia, bem como aos seus membros, que graças aos debates travados contribuíram para a reflexão das ideias desenvolvidas no trabalho.

Por ultimo, mas não menos importante, agradeço eternamente ao meu orientador, professor Marcos César Botelho, que diuturnamente se pôs à minha disposição, realizando debates, críticas, revisões, orientações, indicações, etc.. A você, querido professor e hoje amigo, agradeço especialmente por acreditar na potencialidade do trabalho, mesmo diante das minhas descrenças e inseguranças. Ao seu apoio incondicional sou eternamente grato.

ABILIO, Juan Roque. **DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E EFETIVIDADE: um estudo acerca do necessário ativismo judicial dialógico e do processo estrutural no sistema jurídico-processual**. 2022, 233 f. Dissertação (Mestrado - Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2022.

RESUMO

A presente dissertação investiga a necessidade do ativismo judicial dialógico e do processo estrutural visando efetivar os Direitos Fundamentais Sociais dentro da perspectiva do Estado de Bem-estar Social desenhado na Constituição de 1988. Possui como objetivo analisar as objeções e capacidades do Judiciário a implementar mudanças sociais diante da vinculação aos preceitos de Direitos Fundamentais Sociais na perspectiva objetiva. Teve-se como hipótese a viabilidade do uso do Judiciário como meio legítimo apto a trazer reformas sociais, desde que baseado no ativismo judicial dialógico. Para tanto se investigou os diversos mecanismos processuais aptos a servirem de instrumentos para a luta na realização das demandas sociais. Concluiu-se pela necessidade de redesenhar um novo tipo processual que seja Dialógico, Estrutural e Cooperativo. Notou-se diversos mecanismos importantes, que necessitam de aprofundamento, reformulação, ou melhor uso prático. Contudo, constatou a necessidade de um novo corpo legislativo prevendo o Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo. Como método de abordagem usou-se para o primeiro e segundo capítulo, e na conclusão, o Método Dedutivo, sendo que para o terceiro e quarto capítulo o Tipológico. Como procedimento se fez a pesquisa bibliográfica, com consultas em livros especializados, teses, dissertações, artigos científicos e na própria legislação.

Palavras-chave: Efetividade Direitos Fundamentais Sociais. Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo. Estado de Bem-estar Social.

ABILIO, Juan Roque. **FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS AND EFFECTIVENESS: a study about the necessary dialogic judicial activism and the structural process in the legal-procedural system.** 2022, 233 f. Dissertation (Master's - Stricto Sensu Post-Graduation in Legal Science) – State University of Northern Paraná, Jacarezinho, 2022.

ABSTRACT

The present dissertation investigates the need for dialogic judicial activism and the structural process aimed at realizing Fundamental Social Rights within the perspective of the Welfare State designed in the 1988 Constitution. Its objective is to analyze the objections and capacities of the Judiciary to implement social changes before the link to the precepts of Fundamental Social Rights in the objective perspective. The hypothesis was the feasibility of using the Judiciary as a legitimate means able to bring about social reforms, as long as it is based on dialogic judicial activism. In order to do so, the various procedural mechanisms capable of serving as instruments for the struggle in the realization of social demands were investigated. It was concluded by the need to redesign a new procedural type that is Dialogical, Structural and Cooperative. Several important mechanisms were noted, which need to be deepened, reformulated, or rather, practical use. However, it found the need for a new legislative body providing for the Dialogical, Structural and Cooperative Process. As a method of approach, the Deductive Method was used for the first and second chapters, and the Typological Method for the third and fourth chapters. As a procedure, a bibliographic research was carried out, with consultations in specialized books, theses, dissertations, scientific articles and in the legislation itself.

Keywords: Effectiveness Fundamental Social Rights. Structural, Dialogical and Cooperative Process. Welfare State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A RELAÇÃO SINLAGMÁTICA ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS (PUBLIC POLICY) E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA OBJETIVA	16
1.1 O <i>Welfare State</i> brasileiro como Política de Estado.....	18
1.2 A força normativa dos Direitos Fundamentais Sociais no constitucionalismo social brasileiro e a reserva do (sempre) possível.....	37
1.3 Políticas Públicas (<i>Public Policy</i>) como mecanismo de efetivação dos Direitos Fundamentais.	55
2 DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO.....	69
2.1 Influências do Neoconstitucionalismo e da Constituição Dirigente (ou Diretora) como base ao ativismo judicial	71
2.2 Neoprocessualismo (formalismo-valorativo): ativismo ou protagonismo judicial?	87
2.3 A legitimidade judicial em questões “macro”: a necessidade de um ativismo judicial dialógico	105
3 ENTRE DEMOCRACIA DELIBERATIVA E ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO: BASES PARA O PROCESSO ESTRUTURAL, DIALÓGICO E COOPERATIVO	115
3.1 A final, o que se entende por Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo?	122
3.2 Dos diversos mecanismos processuais existentes para a realização do Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo.....	131
3.2.1 Audiências Públicas	133
3.2.2 <i>Amici Curiae</i> (<i>Amicus Curiae</i>).....	138
3.2.3 Julgamento de casos repetitivos e a união de demandas.....	146
3.2.4 Perícias, Inspeção Judicial e das outras hipóteses de Intervenção de Terceiros que não o <i>Amicus Curiae</i>	148
3.3 Conclusões parciais.	150

3.3.1	<i>Quanto à abertura dialógica: um poder que usa de mecanismos dialógicos, mas que não se tornou dialógico</i>	150
3.3.2	<i>Quanto à possibilidade de um processo estrutural</i>	151
4.	O ESTADO DA ARTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	157
4.1	Análise das ações existentes para a luta por Direitos Fundamentais Sociais	157
4.1.1	<i>Das ações de controle de constitucionalidade concentrado com especial atenção à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</i>	158
4.1.2	<i>Das Ações Coletivas</i>	167
4.1.3	<i>Das Ações Civis Públicas</i>	172
4.1.4	<i>Das Ações Populares</i>	178
4.1.5	<i>Das Ações Individuais e Da Ação de Improbidade Administrativa</i>	182
4.1.6	<i>Do Mandado de Injunção</i>	186
4.1.7	<i>Do Mandado de Segurança Individual e Coletivo</i>	192
4.1.8	<i>Do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)</i>	194
4.2	Conclusões parciais quanto à (in)suficiência de mecanismos processuais hábeis à soluções dialógicas e estruturais, e análise quanto aos Projetos de Lei nº 14.624 de 2014 e 736 de 2015	201
	CONCLUSÃO	207
	REFERÊNCIAS	213

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, veio à esperança de mudanças, não só jurídicas, mas sociais. Traçaram-se, para tanto, diversos objetivos, obrigações e direitos a todos, Sociedade e Poder Público.

Da análise do texto constitucional, percebe-se a estruturação de diversas normas que buscam a alteração da realidade social, por isso chamadas por alguns de programáticas. Tais alterações, nada obstante encontrarem-se em um devir, são estruturadas como normas jurídicas cogentes e de aplicabilidade direta, eis que, se mostram como Direitos Fundamentais.

A percepção que se tem é que o texto constitucional quis ser instrumento de mudança social, prevendo, por este motivo, normas com aplicação direta. Para tanto, em sua estrutura, internaliza diversos Direitos Fundamentais Sociais, cujo titular é a pessoa individualmente considerada e a sociedade objetivamente considerada.

Mas a Constituição vai além, estrutura para o Estado brasileiro o modelo de Estado de Bem-estar Social, para isso, traça diversos objetivos, viabiliza a intervenção e socializa os Direitos Fundamentais, os quais se mostram justificados não em uma perspectiva meramente individual, mas coletiva/social.

Desse modo, viabiliza-se, em tese, a judicialização de diversos temas que em um primeiro momento estariam afetos à política, pois, sendo normas jurídicas cogentes e de aplicabilidade direta, tornam-se objeto de demandas judiciais. Especialmente se levar em consideração a abissal diferença entre realidade factual e abstração constitucional.

É neste cenário que o problema da presente pesquisa se debruça, como realizar/efetivar os Direitos Fundamentais Sociais no aspecto objetivo, tornando realidade o Estado de Bem-estar Social, de forma legítima, em uma concepção democrática, por meio do Judiciário que empodere a sociedade?

O tema e o corte temático se justificam diante de duas questões intrigantes. A primeira, que não obstante tanto o Estado Social, quanto os Direitos Fundamentais Sociais, serem normas jurídicas, quando judicializadas não possuem alta complexidade em seu conteúdo normativo. A segunda é que mesmo que o direito seja evidente, a complexidade não se encontra em sua declaração, mas em sua concretização, pois tais normas, por natureza, demandam alocação de recursos

(os quais são escassos), transformações sociais e econômicas, mudanças de conjecturas, reformas estruturais, etc., ou seja, sob um ponto de vista social, devem ser aptas a transformar o *status quo* da realidade social.

Mesmo sabendo que os Direitos Fundamentais Sociais podem se apresentar sob dois aspectos, como direito subjetivo (titulado por um indivíduo de forma individual) e como direito objetivo (titulado por toda sociedade em um aspecto coletivo), pretende-se estudar este último, eis que por sua abrangência, demanda reformas estruturais e fogem da tipologia tradicional de “crédito e débito” e passa a uma idealização de “métodos transformativos”.

Desde já, para espancar eventuais equívocos e reformulações teóricas maliciosas, deixa-se claro que não se está a defender a substituição da demanda subjetiva pela objetiva, tampouco, se busca defender a preferência de uma sobre a outra. Ambas são importantes e servem para a realização da justiça, seja a microjustiça (do caso concreto), seja a macrojustiça (dos casos futuros).

A politização da justiça e a judicialização da política já é realidade. O Poder Judiciário já está a desempenhar papel além do imaginado na clássica tripartição de funções. Não se busca inovar neste ponto.

O que se busca é coordenar intervenção com legitimidade, visando a melhor forma para se alcançar os objetivos constitucionais.

Usando-se dos métodos de abordagem Dedutivo e Tipológico e do procedimento de pesquisa bibliográfica, com consulta em livros especializados, teses, dissertações, artigos científicos e na legislação, procura-se investigar o tipo ideal de processo para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais em sua perspectiva objetiva e para a realização do Estado de Bem-estar Social desenhado pela Constituição de 1988.

A hipótese é a legitimidade do Poder Judiciário em tratar de tais questões, servindo de forte mecanismo de efetividade, desde que paute seu agir como moderador. Propõe, para tanto, um Processo e um Judiciário que sejam Dialógico, Estrutural e Cooperativo, servindo de mecanismo de empoderamento social e local público por excelência para o desenvolvimento da democracia direta, participativa e deliberativa.

A imagem criada pela hipótese é a de um sistema Judicial propenso à mediação e ao diálogo, comunicativo, ponderado e, sobretudo, que desempenhe um

papel que empodere a sociedade. Somente dessa forma se tornaria apto a servir de mecanismo transformativo sem quebra da legitimidade democrática.

Para tanto, os capítulos foram divididos com o fim de investigar as bases teóricas para responder o problema da pesquisa e verificar a consistência da hipótese. Os dois primeiros capítulos e a conclusão usaram do Método Dedutivo, já os dois últimos do Tipológico.

Por isso o primeiro capítulo busca investigar o dever de agir dos Poderes, especialmente diante dos Direitos Fundamentais Sociais, os quais, como normas jurídicas, são vinculantes. Mas até que ponto?

Neste capítulo, se questionou o modelo de Estado adotado pela Constituição, o qual, a depender traria justas expectativas de determinada ação/conduita dos Poderes.

Estas justas expectativas servem para se questionar o que legitimamente se poderia esperar do Poder Judiciário, o qual se imagina que esteja a serviço da sociedade.

E mais, quais os mecanismos dispostos pelo Estado para efetivar os Direitos Fundamentais Sociais e qual o grau de vinculação que existe?

As respostas, dessa forma, embasariam a justificativa para a realização da judicialização, sovando eventual argumento de discricionariedade como liberdade sem controles.

Realizada a investigação das bases teóricas da judicialização. Percorre-se no segundo capítulo o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário em tais demandas.

Desse modo, investiga-se o fenômeno comportamental do Ativismo e as bases legitimadores, especialmente do que vem a ser o neoconstitucionalismo e a teoria da constituição dirigente.

A força motriz de um texto constitucional que serve não somente de mecanismo de retórica moral, mas sim, de verdadeiro caminho de transformação da realidade social, levou a pesquisa a repensar a todo o momento as Funções dos Poderes, suas obrigações sociais e, sobretudo, seu dever em tornar o abstrado em real.

Iniciando a transição do Direito Constitucional para o Direito Processual, buscou-se compreender o papel social desenvolvido pelo Processo em demandas cujo objeto é a realização dos Direitos Fundamentais Sociais e do Estado de Bem-estar Social.

Estuda este capítulo, ainda, a transição entre o pensamento de um ativismo monológico a um ativismo dialógico, objetivando questionar sua legitimidade perante o sistema jurídico.

Já nesta parte da pesquisa sente-se a insuficiência do pensamento processual tradicional que se vocaciona à análise retrospectiva e que aplica o direito como uma subsunção entre fato e norma. Diante da impossibilidade de se negar o direito e ao mesmo tempo de efetivá-lo, começa-se a perceber dois caminhos possíveis, ou o Judiciário nega o direito, contrariando o texto constitucional, ou deve mudar seu modo de agir a fim de adaptar-se à Constituição de 1988.

O terceiro capítulo busca aprofundar as ideias do ativismo dialógico, vocacionando, primordialmente na idealização de um processo que seja harmônico aos Direitos Fundamentais Sociais (objetivo) e à realização do Estado de Bem-estar Social, bem como, que não seja dissonante com uma ordem jurídica democrática e constitucional.

A partir deste momento, o método de abordagem que até então estava sendo o dedutivo, passa para o tipológico, eis que, procura-se idealizar o tipo ideal de processo para este Estado Social.

Desse modo, traçam-se as formulações teóricas do Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, investigando os diversos mecanismos processuais existentes para a sua aplicabilidade.

No quarto capítulo, ainda sob a tipologia do processo ideal, estuda-se os tipos de processos que se encontram disponíveis para a sociedade na luta por direitos, realizando uma avaliação quanto ao tipo ideal.

Nesses dois últimos capítulos, buscou-se trazer contribuições para a adaptação e criação de um sistema processual apto a harmonizar a luta por direitos através do Poder Judiciário.

Centralmente a pesquisa se desenvolve coesa com a área de concentração do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, especialmente por servir de instrumento para luta social aos excluídos do sistema político, tendo no processo campo para suas lutas sociais.

Ao imaginar um Judiciário aberto às pretensões sociais, certamente a pesquisa busca contribuir com os estudos abordados pela Universidade no sentido de apontar as mazelas e injustiças sociais.

Pretendeu-se, modestamente, prosseguir com os estudos do orientador Dr. Marcos César Botelho, estruturando a visão de um Judiciário como espaço público e deliberativo por excelência, traçando críticas construtivas ao mesmo e ao sistema processual tradicional.

Como contributo, objetivou-se desenvolver um trabalho harmônico com os objetivos e valores constitucionais, cercados por uma realidade de limitação, exclusão e injustiças sociais.

1 A RELAÇÃO SINALAGMÁTICA ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS (*PUBLIC POLICY*) E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA OBJETIVA

É para o homem, na fugacidade de sua vida, mas na grandeza de sua singularidade no universo, que devem voltar-se as instituições da sociedade. Elas devem respeitá-lo e promover o crescimento de sua personalidade a partir do momento em que nasce. Isso significa lutar contra a vergonha que são as altas taxas de mortalidade infantil e prestar efetiva assistência às famílias. Tais providências não podem ser vistas com o velho espírito do paternalismo, como se o Estado fosse instituição apenas dos ricos e exercesse a caridade em favor dos pobres. A assistência do Estado é um serviço que ele presta aos cidadãos e estes, quando dela necessitem, não devem suplicá-la, mas, sim, exigí-la, como um direito irrecusável. Assistir não é amparar, nem proteger. É cumprir uma tarefa inerente ao Estado.

(Ulysses Guimarães, 1987).

As políticas públicas, vistas como um dos principais instrumentos do agir estatal vocacionado à concretização de direitos fundamentais¹, afloram-se em importância diante de sua necessidade social, que, diuturnamente solicita ação do Estado para a concretização de direitos e pretensões sociais. Este instrumento de

¹ Cumpre consignar que a natureza constitucional dos direitos sociais esparge a sua força contribuindo decisivamente para a forma como as políticas públicas são implementadas ao aparecer estas como o mais importante dos instrumentos de operacionalização dos deveres positivos de direitos fundamentais. De onde se extrai que é por meio das políticas públicas que o Estado concretiza os direitos fundamentais e, assim, protege, garante e promove o acesso individual aos bens jusfundamentais (CARVALHO, 2019, p. 783).

importância reconhecida se mostra exposto a diversas contingências, sejam econômicas, políticas, sociais, jurídicas e até mesmo judiciais. É essa a ligação feita por Osvaldo Ferreira de Carvalho, para quem:

(...) as políticas públicas constituem a base de um conjunto de atividades a ser realizadas pela Administração Pública, para que os fins consagrados no texto constitucional sejam cumpridos, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção (CARVALHO, 2019, p. 781).

Os recursos, em especial os públicos, são claramente limitados e as necessidades humanas são ilimitadas, o que eleva a necessidade de se racionalizar as tomadas de decisões e de buscar o máximo de eficiência a uma determinada política pública, para conseguir maior efetividade de um determinado direito fundamental.

A ligação umbilical entre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas ocorre no campo da factualidade, enquanto os primeiros estão previstos na Constituição, os segundos se mostram como atos concretos no mundo fenomênico. Os Direitos Fundamentais se concretizam perante a elaboração e a realização de Políticas Públicas, por outro lado, as Políticas Públicas encontram seu fundamento em um Direito Fundamental, realizando uma verdadeira relação sinalagmática.

O caráter normativo das Políticas Públicas acaba por levar em conta o papel desenvolvido pelos Direitos Fundamentais que se tornam “uma espécie de marco ou programa que guia ou orienta as políticas públicas dos Estados ao contribuir para as instituições democráticas” (CARVALHO, 2019, p. 774).

Os Direitos Fundamentais, historicamente conquistados e positivados no texto constitucional, mesmo diante de ocorrências ondulares, acabam por justificar o agir Estatal. Em outras palavras, as Políticas Públicas somente terão uma fundamentação juridicamente aceitável se vocacionadas à realização de algum Direito Fundamental. Este é o ponto desenvolvido por Osvaldo Ferreira de Carvalho (CARVALHO, 2019, p. 781) que ao identificar os Direitos Sociais como contidos nos Direitos Fundamentais, argumenta que tais direitos além de limites, atuam como fundamento das Políticas Públicas, num verdadeiro “marco de ação”.

Além do mais, a relação existente entre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas recai na avaliação da eficiência, podendo ser os primeiros um dos indicadores. Logo, um indicador de eficiência será a resposta de o quão efetivo se

tornou o Direito ou a cadeia de Direitos Fundamentais que fundamentaram a criação de determinada Política Pública.

Portanto, a primeira parte do presente trabalho investigará a relação existente entre Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. Que ao fundo é a investigação do ponto de intersecção entre as searas política e jurídica. Desse modo, investiga-se se o Estado brasileiro busca normativamente ser um Estado de Bem-estar Social, prevendo programas e metas para serem alcançadas pelo governo eleito; em um segundo momento será investigado a força normativa dos direitos sociais, ou seja, até que ponto esses direitos vinculam o atuar do legislativo, do executivo e do judiciário, contrapondo-o, especialmente, sobre a noção da denominada reserva do possível; no terceiro e último ponto o estudo se afunilará em relação ao desenvolvimento das Políticas Públicas, correlacionando-a com o controle dito judicial.

Finalizada a investigação vocacionada à teoria dos Direitos Fundamentais, cumpre tentar criar bases sólidas para uma análise quanto à sindicabilidade de intervenção judicial em Políticas Públicas, especialmente as macropolíticas, concedendo suporte à pesquisa para uma análise comportamental e metodológica apta a correlacionar participação popular, diálogo institucional, pretensões sociais e intervenção judicial. Desse modo, justifica-se o primeiro capítulo diante do necessário entendimento entre Direitos Fundamentais e relação jurídica objetiva, consistente no dever de agir estatal na promoção, efetivação e defesa desses direitos.

1.1 O *Welfare State* brasileiro como Política de Estado

Analisar se o Estado brasileiro é ou busca ser um Estado Social muito mais que uma dúvida, é pressuposto para se descortinar os deveres estatais perante a sociedade e, desse modo, começar a arguir a possível juridicidade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional por uma orientação política e econômica de Estado e não de governo.

Assim, como pressuposto necessário a trazer base para a presente pesquisa é entender se existe um dever fundamental do Estado em agir no sentido da efetividade dos direitos sociais e qual a sua linha limite. Para tanto, conseguir

entender a dosimetria desse dever é se questionar se o Estado brasileiro busca, ao menos normativamente, ser um Estado Social, no sentido de interferir na sociedade em busca de um bem-estar generalizado, ou se busca ser um Estado Liberal, que deixa nas mãos do livre-mercado questões de ordem econômica e social, ou até mesmo um Estado Socialista no qual se retira da iniciativa privada os bens de produção. No primeiro caso, se for um Estado Social, é factível, ao menos em tese, a pretensão jurídica da população a uma intervenção social e econômica, mesmo que através de políticas públicas. Se caso for adotado pelo texto constitucional o segundo modelo apresentado, Estado Liberal (ou Neoliberal), a pretensão jurídica da população irá se consubstanciar tão somente na garantia da liberdade formal do livre-mercado. Caso seja o terceiro modelo adotado, o Socialista, ao Estado caberá a busca do monopólio dos bens de produção.

Desde já se pode afirmar que o Estado brasileiro está longe de pretender ser um Estado Socialista, pois, garante em diversos dispositivos constitucionais a liberdade de iniciativa (art. 1º, IV², art. 5º, XIII³, art. 170 “*caput*”⁴ e “parágrafo único”⁵, art. 199⁶, art. 209⁷, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88) (BRASIL, 1988), protege a propriedade (art. 5º, “*caput*”⁸, XXII⁹, XXV¹⁰, XXVI¹¹, XXIX¹², art. 170, II¹³, art. 185, I¹⁴, II¹⁵, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988), garante o direito de herança (art. 5º, XXX¹⁶, da CRFB/88) (BRASIL, 1988), deixa claro que a exploração pelo Estado de atividade econômica deve ocorrer de forma excepcional somente nas hipóteses de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da CRFB/88) (BRASIL, 1988) e valoriza a iniciativa privada, o que o torna incompatível com o monopólio pelo Estado dos bens de produção.

² Como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil se tem a livre iniciativa.

³ É reconhecido como direito fundamental a liberdade de qualquer trabalho, ofício ou profissão, garantindo-se a liberdade de escolha para a iniciativa privada.

⁴ A ordem econômica possui como fundamento a livre iniciativa.

⁵ O exercício de qualquer atividade econômica por regra é livre.

⁶ Permite-se a livre iniciativa no setor de saúde.

⁷ Permite-se a livre iniciativa no setor de educação.

⁸ É reconhecida a propriedade como direito fundamental.

⁹ É garantida, por força de um direito fundamental, a propriedade.

¹⁰ É assegurado o uso livre da propriedade, excepcionado somente quando há iminente perigo público, garantindo-se ao dono uma indenização ulterior.

¹¹ A pequena propriedade rural é protegida de penhora.

¹² Os inventos são protegidos pelo direito de propriedade de marcas.

¹³ A ordem econômica possui como princípio a propriedade privada.

¹⁴ Protege-se da reforma agrária a pequena e média propriedade rural.

¹⁵ Protege-se da reforma agrária a propriedade rural produtiva.

¹⁶ A herança é tida como um direito fundamental.

Tais preposições aproximam-se, não que sejam exclusivamente, dos ideias do Estado Liberal, ao passo que, nos artigos acima mencionados trazem limites ao poder estatal (COPETTI NETO; GARCIA, 2017, p. 143), bem como não só garante a proteção à concorrência, incentiva-a; aliás, ao longo do texto, há diversos direitos ligados à liberdade e livre iniciativa, o que traz uma brisa liberal na Constituição, como exemplo, pode-se mencionar os valores e nortes liberais mencionados por Donald Stewart Junior, os quais gravitam no ideal de liberdade e ausência de regulamentação.

Liberalismo é liberdade econômica, é liberdade de iniciativa, entendidas como o direito de entrada no mercado para produzir os bens e serviços que os consumidores, os usuários, desejam. É a liberdade de contrato representada pelo estabelecimento de preços, salários e juros sem restrições de qualquer natureza. É a aventura e o risco de alguém só ser bem-sucedido se produzir algo melhor e mais barato (STEWART JUNIOR, 1995, p. 73).

E continua:

Liberalismo é liberdade política; o que caracteriza a liberdade política, além da liberdade de expressão, de locomoção, de crença, de reunião, é a consciência de que deve haver liberdade para escolher as pessoas que irão exercer as funções de governo e que, portanto, irão deter o comando do aparato de coerção e compulsão. Para haver liberdade de escolha, é indispensável que haja eleições periódicas e que os indivíduos possam se organizar em torno de idéias e princípios que considerem mais adequados para a sociedade; que possam formar partidos políticos de qualquer natureza. Essa liberdade de escolha precisa estar protegida por salvaguardas, de forma a impedir que um partido político eventualmente no poder possa usar o aparato de coerção para suprimi-la. Uma eventual maioria política não pode ter o direito de suprimir eleições ou de impedir a formação e a atuação de partidos políticos (STEWART JUNIOR, 1995, p. 75).

Contudo, também não há como afirmar que a Constituição procura conceber um modelo de Estado Liberal, pois em diversos momentos prevê mecanismos de intervenção na ordem econômica (art. 139, VI, art. 149, art. 170, I, art. 185 “*caput*”, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988), estrutura os mais diversos direitos sociais (art. 6º e 7º da CRFB/88) (BRASIL, 1988), dentre eles os previdenciários em sua repartição tríplice¹⁷ (art. 194 da CRFB/88) (BRASIL, 1988), focaliza em questões de emancipação social como na erradicação da pobreza e da marginalização, bem

¹⁷ Seguro social, saúde e assistência social.

como objetiva reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º da CRFB/88) (BRASIL, 1988), busca garantir a educação para todos (art. 205 da CRFB/88) (BRASIL, 1988), erradicar o analfabetismo (art. 214, I, da CRFB/88) (BRASIL, 1988), apresenta como dever de todos os entes federativos proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (art. 23, V, da CRFB/88) (BRASIL, 1988), determina que cabe ao Município manter, com o auxílio do Estado e da União, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI, da CRFB/88) (BRASIL, 1988), prevê uma série de intervenção no domínio privado, como em contratos de trabalho (art. 7º da CRFB/88) (BRASIL, 1988), direito do consumidor (art. 5º, XXXII, art. 24, VIII, art. 150, § 5º, art. 170, V, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988), família (art. 226 da CRFB/88) (BRASIL, 1988), direito ambiental (art. 23, VI, art. 24, VI, VIII, art. 170, VI, art. 186, II, art. 225, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988), direito de concorrência (art. 146-A, art. 170, IV, art. 173, § 4º, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988) e condiciona o clássico direito liberal de propriedade a uma função social (art. 5º, XXIII, art. 170, III, art. 182, § 2º, art. 184, art. 186, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Em outras palavras, a Constituição brasileira se mostra extremamente ativa na esfera política, social e econômica; direcionando o agir estatal e predispondo de diversos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão.

A questão, ao que tudo faz aparentar, remete à imagem de um Estado Social de Direito, ao menos no plano constitucional, especialmente diante da previsão de direitos sociais e econômicos, sendo que alguns chegam até mesmo nomear a Constituição de “Constituição Econômica”.

Essa aparência de *Welfare State* se torna ainda mais pungente quando se analisa o Título VII da Constituição de 1988, que se chama exatamente “da ordem econômica e financeira” (BRASIL, 1988), mostrando que o Estado brasileiro exerce importante papel no direcionamento da economia.

Nota-se que os princípios norteadores da ordem econômica estampados no artigo 170 da CRFB/88 (BRASIL, 1988) colocam como primordial a função social em detrimento do individualismo econômico e da abstenção estatal. Não por menos, que a valorização do trabalho humano precede a livre concorrência.

O protagonismo e a incompatibilidade de abstenção do Estado, além de toda uma estrutura tributária com parte voltada para efeitos extrafiscais¹⁸, que busca exatamente intervir no mercado, demonstra que o Estado brasileiro está longe de ser um Estado Liberal. O art. 170, I, da CRFB/88 (BRASIL, 1988) exorta como o primeiro princípio a soberania nacional, tornando-o norte bussolar de toda ordem econômica e financeira, mostrando, desse modo, que o Estado brasileiro possui participação econômica. Do texto constitucional extrai também a condicionalidade da livre concorrência à valorização do trabalho; a finalidade de assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social; bem como condiciona a propriedade privada à sua função social.

Inclusive o meio ambiente e a defesa do consumidor se mostram como princípios norteadores da ordem econômica.

A função social também é extraível quando o texto constitucional afirma que se deve buscar a redução de desigualdades regionais e sociais, e que se busca o pleno emprego.

Ao Estado brasileiro, como agente normativo e regulador, cabe igualmente a função de fiscalizar, incentivar e planejar o mercado (art. 174 da CRFB/88) (BRASIL, 1988), mostrando, novamente, que não se trata de Estado mínimo que garante somente as bases negociais, mas a pretensão de um Estado que interfere em prol dos princípios emancipadores da ordem econômica e social.

Mas a análise tão somente jurídico-constitucional não será suficiente para identificar um *Welfare State* brasileiro, principalmente diante de que tal construção se presta a países de capitalismo avançado e não periférico ou emergente como no caso do Brasil. Isso não quer dizer que o modelo brasileiro deva ser colocado às margens teóricas, somente significa que a tentativa de se identificar uma experiência de *Welfare State* deve levar em considerações as peculiaridades típicas do Brasil,

¹⁸ Segundo a classificação em direito tributário quanto à finalidade dos tributos, há a existência de tributos fiscais (agregar recursos aos cofres públicos), extrafiscais (influir no comportamento social) e parafiscais (agregar recursos a terceiros). Nota-se que quando se correlaciona direito tributário e economia, se percebe que todo tributo interfere no domínio econômico, ao passo que, de forma indireta, até mesmo os tributos fiscais, recolhem dinheiro do particular para sustentar a máquina pública e as políticas públicas, contudo, existem contribuições exatamente com o intuito de regular o mercado como, por exemplo, a CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico) Combustível, as alíquotas de importação e exportação (que podem servir e interferir no consumo e produção de bens), entre outros tributos.

tanto jurídica, quanto econômicas e sociais. Para tanto, revisitar a literatura da ciência política e econômica ajudará a compreender o fenômeno jurídico.

Desse modo, para conseguir entender o que viria a ser a noção de Estado Social, deve-se compreender aquele a quem se busca superar, o Estado Liberal, que se consubstancia na ideologia de liberdade individual e respeito à propriedade privada.

O Estado liberal nasce como forte oposição ao Estado mercantilista e à monarquia, o qual conferia ao Estado poderes absolutos com intervenção direta nos meios de produção (BANDEIRA, 2013, p. 19).

Não por menos a remissão à ideia de liberdade formal e a expurgação de todo e qualquer privilégio rodeiam a noção do que vem a ser o liberalismo, pois, como forte opositor às castas do Estado absolutista, os liberais, entendem como injusto qualquer privilégio que o Estado venha a criar, o qual impediria o desenvolvimento e o bem-estar (econômico) social. Como pressuposto filosófico, o liberalismo parte da crença da vocação humana à cooperação mútua e desenvolvimento social natural (pessoas mais ricas, sociedade mais ricas, bem-estar [econômico] alcançado a todos), o qual seria alcançado por meio de indivíduos livres, com mercados livres, com economias livres. Por esta razão é que se traz como único dever do Estado o de manter as condições políticas e econômicas da liberdade, remetendo ao notório lema liberal da bandeira brasileira “ordem e progresso”, nesse sentido é o que explica o economista Marcos Antônio Dutra Bandeira:

O objetivo da ideologia liberal é o de manter as condições políticas e econômicas de liberdade, onde possa haver cooperação entre os indivíduos livres, de modo pacífico, sem restrições, com a finalidade de manter o ambiente jurídico de respeito às regras para manutenção da ordem institucional (BANDEIRA, 2013, p. 19).

A crença em um progresso individual e exterior das pessoas, e a busca de seu bem-estar econômico se mostra como foco do liberalismo (BANDEIRA, 2013, p. 20), ou seja, desenvolvimento e crescimento econômico acima de tudo, cabendo ao Estado apenas, como instituição, baixar ao máximo os custos de transação, este entendido como os riscos que uma negociação possa vir a ter (fraude, inadimplemento, variações, insegurança, etc.), garantindo “ordem” e certeza aos pactos entre os particulares (COSTA, 2012, p. 33).

Os privilégios, na visão do liberalismo, seria um embaraço ao desenvolvimento econômico, pois serviria como desestímulo ao crescimento individual, sendo o mercado o mecanismo que traria o bem-estar (econômico) social através de condutas individuais e cooperativas vocacionadas ao desenvolvimento econômico. O Estado deveria ser o mínimo possível, ter baixo custo e manter as condições políticas e econômicas da liberdade através da “manutenção da matriz legal para que os indivíduos e organizações pudessem empregar tempo e esforço aos seus interesses privados” (COSTA, 2012, p. 39).

Neste momento, existe uma tentativa de separação entre o aspecto econômico, político e social, reduzindo-se o Estado a um modelo contratualista no qual se reconhece pré-Estado à liberdade e a propriedade como forma de justificar a atuação do Estado vocacionado à proteção da liberdade e da propriedade.

Todavia, o ideal liberal se mostrou catastrófico socialmente, e se outrora haviam castas provindas do sangue, agora as castas são provindas da classe social. A opressão social muda de senhor, mostrando a insuficiência do sistema liberal para o bem-estar social generalizado, criando uma sociedade com profundas desigualdades sociais na qual se torna impossível a mudança social para a maioria da população, ao rico se torna mais rico e ao pobre mais pobre; e após a era industrial, as fissuras sociais se mostram insuperáveis pelo sistema liberal.

O ideal de liberdade se torna assim a própria opressão outrora combatida, pois, sendo o mercado totalmente livre, sofre a pessoa do fenômeno da mercadorização no sistema da mais valia. Esta é uma das grandes diferenças entre o Estado Liberal e o Estado Social, enquanto o primeiro busca a mercadorização do ser humano, o segundo busca sua desmercadorização, nas explicações de Gosta Esping-Andersen:

Nas sociedades pré-capitalistas, poucos trabalhadores eram propriamente mercadoria no sentido de que sua sobrevivência dependia da venda de sua força de trabalho. Quando os mercados se tornaram universais e hegemônicos é que o bem-estar dos indivíduos passou a depender inteiramente de relações monetárias. Despojar a sociedade das camadas institucionais que garantiam a reprodução social fora do contrato de trabalho significou a mercadorização das pessoas. A introdução dos direitos sociais modernos, por sua vez, implica um afrouxamento do status de pura mercadoria. A desmercadorização ocorre quando a prestação de um serviço é vista como uma questão de direito ou quando uma pessoa pode manter-se sem depender do mercado (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 102).

A acumulação de riqueza gera profundas desigualdades e estas por sua vez acabam por gerar fissuras sociais e diversos problemas sociais e econômicos que o liberalismo não consegue fazer frente.

Assim, ao se tornar um novo poder opressor, o liberalismo acaba por criar uma espécie de casta, agora dividida por classe social, na qual, a classe dominante se mantém no poder e no comando do Estado exigindo-o deste a abstenção necessária para fazer reinar a economia totalmente livre do Estado e de seus deveres sociais.

O egoísmo individual credita à pessoa todo o glamour de seus ganhos e toda culpa de seus fracassos, sendo o Estado uma entidade neutra em relações sociais e econômicas, servindo somente para a manutenção do *status quo*, ou seja, manutenção do estado atual.

Desse modo, após a Primeira Guerra Mundial, e a expansão da democracia, a sociedade percebe a necessidade de maior controle estatal sobre a economia cultivando o que depois seria chamado de Estado Social (BERCOVICI, 2013, p. 130). Deve-se entender a criação do *Welfare State* como uma reação do sistema capitalista que temendo sua substituição ao sistema socialista tenta tornar suportáveis as fissuras sociais, concedendo, para tanto, alguns direitos sociais aos menos afortunados¹⁹. Esse diálogo é o que acaba fazendo o alemão Hermann Heller entender o Estado Social como um caminho que em seu ápice acabaria no Estado Socialista (BERCOVICI, 2003, p. 143).

Contudo, como adianta Eros Grau, o Estado Social legitima o sistema capitalista, ao invés de substituí-lo ou superá-lo.

No desempenho do seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. Pois é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via da transição para o socialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre e no domínio econômico (GRAU, 2010, p. 43).

¹⁹ Neste sentido, tanto o trabalhador quanto o capitalista lucram, uma vez que quem trabalha tem atendidas suas reivindicações históricas e, aquele que se mantém com a propriedade privada, com a preservação do modo de produção, elimina a possibilidade de uma transformação social através da violência, com a desintegração do sistema capitalista e restrição à liberdade (BANDEIRA, 2013, p. 43).

Esping-Andersen em estudo de Heimann identifica a contradição ocorrida com o advento do Estado Social, que, inicialmente, temendo ser o capitalismo substituído pelo socialismo, concede benefícios com o intuito de reprimir as mobilizações dos trabalhadores. Contudo, o Estado Social, como instrumento de repressão, torna-se forte ponto emancipador da sociedade e reforça o renascimento do marxismo atual. Nas palavras do mencionado autor:

Segundo Heimann (1929), as reformas conservadoras podem não ter sido motivadas por nada além do desejo de reprimir a mobilização dos trabalhadores. Mas, depois de introduzidas, tornam-se contraditórias: o equilíbrio do poder de classe altera-se fundamentalmente quando os trabalhadores desfrutam de direitos sociais, pois o salário social reduz a dependência do trabalhador em relação ao mercado e aos empregadores e assim se transforma numa fonte potencial de poder. Para Heimann, a política social introduz um elemento de natureza diversa na economia política capitalista. É um cavalo de Tróia que pode transpor a fronteira entre capitalismo e socialismo. Essa posição intelectual está passando por um verdadeiro renascimento no marxismo atual (Offe, 1985; Bowles e Gintis, 1986) (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 89).

Veja que a expansão da democracia, concedendo voz aos que outrora não eram ouvidos, força o Estado na prestação de serviços, abrindo terreno para a mudança do Estado Liberal para o Social. Ao passo em que a democracia alcança as massas e abre caminho para sua representatividade, as agendas progressivamente tendem a mudar, criando debates acerca da função do Estado. Assim, se antes o poder estava somente nas mãos da classe que detinha o capital, cuja agenda era predominantemente para suas aspirações abstencionistas, agora os menos afortunados e oprimidos começam a ganhar força política suficiente para pugnar por uma reestruturação do Estado Liberal, lutando e ganhando agenda para questões sociais.

A hegemonia do pensamento liberal cede espaço para disputa de interesses nas constituições que positivam as mais diversas agendas, do mercado e da econômica, bem como, da sociedade e do indivíduo. Nos dizeres de Marcos Antônio Dutra Bandeira:

Esta transformação do Estado liberal dá-se na medida em que o Estado deixa de representar, por unicidade, a classe da burguesia, estendendo sua representação às demais classes. Assim, quando o Estado, por imposição e reivindicações das classes e a partir de normas constitucionais ou de políticas de governo, confere direitos sociais que até então eram privilégios à área de iniciativa privada, surge o Estado social (BANDEIRA, 2013, p. 42).

A abertura de agenda retira o monopólio da burguesia dos assuntos políticos, fazendo com que as discussões políticas e jurídicas passem não mais a contar com um único pensamento, mas a soma de interesses. Essa abertura faz com que o Estado perceba que não conseguiria continuar sem interferir em questões sociais e econômicas, e mais, que se quer há como criar uma única linha de pensamento. Desse modo, as disputas políticas são internalizadas nos textos jurídicos que não servem para apaziguá-las, mas para criar mecanismos de harmonização e apaniguamento das próprias disputas políticas, sociais e ideológicas, tudo em nome de um regime democrático de direito.

Verifica-se que no Brasil, a abertura democrática trazida pela Constituição de 1988 levou alguns autores a identificar a criação de um Estado Social, demonstrando a correlação entre Estado Social e Democracia, nesse sentido é Arnaldo Provasi Lanzara e Rodrigo Cantu:

É a partir desse período que as mudanças provocadas pelos processos de ampliação da participação política, junto aos avanços consagrados pela Constituição, começam a promover uma nova conjuntura crítica de consolidação de um Estado social mais redistributivo. Essa conjuntura, porém, é marcada por uma conturbada trajetória da seguridade social. Não resta dúvida que, nos últimos anos, a expressiva extensão da cobertura das políticas pertinentes à seguridade (saúde, previdência e assistência social), impactou positivamente as condições de vida da população. Mas essa mesma conjuntura vem sendo estrangida por um conjunto de propostas e iniciativas visando limitar a atuação do Estado no campo social, persistindo relevantes desafios para a consolidação da seguridade social no país (LANZARA; CANTU, 2013, p. 05).

A internalização da peleja do campo político nos textos jurídicos é sentida até mesmo na experiência constitucional brasileira. Nota-se, por exemplo, que o texto constitucional de 1988, ao mesmo tempo em que protege a propriedade em diversas passagens, traz com a mesma insistência o valor de sua função social; mostrando que a Constituição não busca uma única linha de pensamento, mas uma heterogeneidade de opiniões na disputa democrática.

A criação de um lugar para a luta de classe se torna típica característica de um Estado Social, nas palavras de Gilberto Bercovici:

O Estado Social fundamenta e consolida a unidade política materialmente, tornando-se o *locus* da luta de classes. Sua função, geralmente, é de mediador, tentando buscar a integração social com base em um mínimo de valores comuns. Não há, portanto, o desaparecimento da luta de classes,

mas a criação de meios que garantam que ela não irá, necessariamente, se degenerar em um confronto aberto (BERCOVICI, 2013, p. 137).

Mas não somente a mudança de agenda que caracteriza o Estado Social e identifica o Estado brasileiro como tal.

Hermann Heller, um dos primeiros autores sobre o Estado Social de Direito, buscava subordinar a economia capitalista de mercado a um comando jurídico-político nacional (BERCOVICI, 2013, p. 134). O Estado Social de Direito de Heller mesmo que se mostrava como um Estado Socialista – pois, ao não legitimar ou aperfeiçoar o capitalismo, mas ao submeter a economia ao Estado, na verdade teoriza um Estado Socialista (BERCOVICI, 2013, p. 135) – ajuda a demonstrar que o Estado Social possui papel de destaque na economia, e que deve rogar a si as responsabilidades sociais e econômicas.

Assim, pode-se compreender que a concepção de Estado Social é o resultado do aperfeiçoamento do sistema capitalista, na qual se põe o Estado equidistante da economia e da sociedade, tornando-o responsável pelo futuro da nação e de sua população na busca de um bem-estar generalizado. Não se confia somente na mão invisível do mercado, mas, sente-se a necessidade do Estado protagonizar as relações privadas, sem dominá-las, regulando a economia e atuando fortemente em direitos sociais, neste modelo, “todas as pessoas, independentemente da classe social, são submetidas a uma rede de proteção social” (BANDEIRA, 2013, p. 44).

No Brasil, inegavelmente não se abandona o capitalismo, e nem se tem a pretensão de uma substituição paulatina para o socialismo, se valoriza a propriedade privada, os bens de produção e se garante a liberdade – não que no socialismo não se garanta tais direitos –, mas traz diversos deveres, em especial o de efetivar direitos sociais, para o Estado e para os particulares, sem, contudo, trazer uma dominação total dos bens de produção pelo Estado.

Conforme explica Gilberto Bercovici, o Estado Social passa a estabelecer planejamento para o futuro, protagonizando a realização de Políticas Públicas vocacionadas a mudança social:

Com o advento do Estado Social, governar passou a não ser mais a gerência de fatos conjunturais, mas também, e sobretudo, o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas a médio e longo prazo. Com o Estado social, o *government by policies* vai além do mero *government by*

law do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar muitas vezes incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal (BERCOVICI, 2013, p.136).

De certo modo, ao se ler os Direitos Fundamentais Sociais, como do art. 6º da CRFB/88 (BRASIL, 1988) percebe-se verdadeiros planejamentos futuros que buscam mudanças sociais, como, por exemplo, toda a finalidade do salário mínimo em garantir as necessidades vitais básicas da pessoa e da sua família; a moradia; a alimentação; a educação; a saúde; o lazer; o vestuário; a higiene; o transporte; e a previdência social (art. 7º, IV, da CRFB/88) (BRASIL, 1988).

Nota-se, dessa forma, que o Estado Social (ou de bem-estar social) possui suas bases não na liberdade que exige o comportamento abstencionista do Estado, mas na promoção da igualdade social e na erradicação da pobreza que exige o comportamento ativo do Estado (BANDEIRA, 2013, p. 27). Nas palavras de Gosta Esping-Andersen “envolve responsabilidade estatal no sentido de garantir o bem-estar básico dos cidadãos” (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 98).

Desse modo, a realização de Políticas Públicas torna-se forte mecanismo do agir estatal, que não mais deverá garantir somente à liberdade e deixar o mercado regular as relações sociais; o Estado, como agente ativo e garantidor de um bem-estar, acaba por se responsabilizar pela consecução de um padrão de vida para a população, é neste sentido que Beatrice Webb fala de rede de proteção social do Estado Social consubstanciado na garantia suficiente de “alimentação e educação para os jovens, salário e tratamento de saúde em casos de doenças do trabalhador, bem como meios de subsistência aos incapacitados para o trabalho” (BANDEIRA, 2013, p. 46).

Nota-se que no caso brasileiro, ao menos desde a Constituição de 1934, o Estado tenta implementar políticas de estado vocacionadas ao social²⁰, garantindo, em um sentido normativo-constitucional, diversos direitos sociais. Essas observações que levam Paulo Bonavides a entender a construção de um Estado Social brasileiro, nas palavras do mencionado autor:

²⁰ BONAVIDES, 2004, p. 366

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo porém indissolivelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade. Mas esse Estado, em razão de abalos ideológicos e pressões não menos graves de interesses contraditórios ou hostis, conducentes a enfraquecer a eficácia e a juridicidade dos direitos sociais na esfera objetiva das concretizações, tem permanecido na maior parte de seus postulados constitucionais uma simples utopia. Não se deve porém diminuir a importância que ele já assumiu como força impulsora de modernização, trazendo às instituições um sopro claramente renovador. Dentro, é óbvio, das bases programadas nas estruturas da lei maior (BONAVIDES, 2004, p. 368).

Mesmo que o Estado brasileiro nunca chegou a ser um Estado keynesiano, ou um *Welfare State* social-democrata²¹, em diversos pontos sociais e econômicos busca atuar fortemente, fazendo com que se tenha um regime peculiar, por isso em se afirmar a impossibilidade de classificação ou unificação de regimes de bem-estar social; não existe um único regime de Estado Social, mas regimes de Estados Sociais²².

No caso brasileiro, por exemplo, o Estado nunca foi propriamente keynesiano, muito menos socialdemocrata, mas estendeu sua presença para quase todos os setores econômicos e sociais. Foi um Estado forte para disciplinar o trabalho e a cidadania, mas fraco perante o poder econômico privado. Por isto, sempre foi obrigado a promover uma “fuga para frente”, pelos caminhos de menor resistência, criando uma estrutura industrial desenvolvida, mas sem autonomia tecnológica e sustentação financeira (BERCOVICI, 2013, p. 143).

A linha mestra que identifica o Estado Social, ao menos no âmbito normativo, é a busca de emancipação social através da desmercadorização do ser

²¹ O terceiro e evidentemente o menor grupo de países com o mesmo regime compõe-se de nações onde os princípios de universalismo e desmercadorização dos direitos sociais estenderam-se também às novas classes médias. Podemos chamá-lo de regime “social-democrata” pois, nestas nações, a social-democracia foi claramente a força dominante por trás da reforma social. Em vez de tolerar um dualismo entre Estado e mercado, entre a classe trabalhadora e a classe média, os social-democratas buscaram um *welfare state* que promovesse a igualdade com os melhores padrões de qualidade, e não uma igualdade das necessidades mínimas, como se procurou realizar em toda a parte. Isso implicava, em primeiro lugar, que os serviços e benefícios fossem elevados a níveis compatíveis até mesmo com o gasto mais refinado das novas classes médias; e, em segundo lugar, que a igualdade fosse concedida garantindo-se aos trabalhadores pela participação na qualidade dos direitos desfrutados pelos mais ricos (ESPING-ANDERSEN, 1991, p. 109).

²² LANZARA; CANTU, 2013, p. 03.

humano, prevendo patamares mínimos de direitos sociais, como os da seguridade, bem como a presença equidistante do Estado nas relações econômicas e sociais.

Diante da gama de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988, bem como seu claro intuito vocacionado a um programa de emancipação social, e os diversos momentos em que o Estado se encontra presente socialmente e economicamente, pode-se identificar que em essência a Constituição de 1988 se trata de uma verdadeira Constituição Social, neste sentido é o que afirma Paulo Bonavides:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relação de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder (BONAVIDES, 2004, p. 371).

Não somente os direitos previstos são sinalização da existência de um Estado Social, mas também, de igual modo, a própria inexistência de uma economia totalmente livre, mas regulada, é indicativo do modelo de bem-estar social.

Esta consideração destaca a centralidade da economia nestes Estados, mas não uma economia de mercado livre como antes, mas, de certa forma, controlada e dirigida pelo "poder organizado". Essa modificação das forças de mercado devem se concentrar em três objetivos: garantir uma renda mínima, assistência individual e familiar para enfrentar "contingências sociais" e serviços universais com vista a alcançar o nível de vida mais elevado possível (PEDRO, 2001, p. 319/320).²³

Ora, mesmo que não haja uma afirmação expressa que o modelo adotado é o de bem-estar, a estrutura jurídico-normativa traz todas as bases de um Estado Social. É esta a contribuição de Eros Roberto Grau, ao identificar em diversos dispositivos o modelo social de Estado.

²³ Tradução livre: "Esta consideración pone de manifiesto la centralidad de la economía en estos Estados, pero una economía no de libre mercado como hasta entonces, sino, em cierto modo, controlada y dirigida por el "poder organizado". Esa modificación de las fuerzas de mercado debía enfocarse hacia tres objetivos: asegurar una renta mínima, una ayuda individual y familiar para afrontar "contingencias sociales" y unos servicios universales con vistas a lograr el nivel de vida más elevado posible" (PEDRO, 2001, p. 319/320).

Erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico. Considera-se também o princípio positivado no inciso IV deste art. 3º: promover o bem de todos; e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mais o assegurar a todos existência digna como fim da ordem econômica. O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias. (...) O programa que propõe não é senão o de instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do Welfare State (...) (GRAU, 2010, p. 220)

E continua:

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar (GRAU, 2010, p. 312).

José Joaquim Gomes Canotilho, também, identifica o Estado Social quando analisa o princípio da solidariedade, os direitos sociais e a intervenção na economia.

(1) o Estado Social é o tipo de Estado que coloca entre os seus princípios Fundantes e estruturantes o princípio da socialidade; (2) o princípio da socialidade postula o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais; e (3) a garantia dos direitos sociais pressupõe uma articulação do direito (de todo o direito, a começar pelo direito constitucional) com a economia intervencionista progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global (CANOTILHO, 2010, p. 18).

Ora, os pressupostos elencados por Canotilho, como demonstrado acima, estão preenchidos pela Constituição de 1988, mesmo que alguns são levados à afirmar que a Constituição consagra “uma ordem econômica aberta, não se deve

detectar nela um modelo econômico acabado” (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 892), tudo indica que, ao menos no plano normativo, há a previsão de um Estado de bem-estar social.

Mesmo que por vezes de fato não se esteja em um Estado Social, por lhe faltar concretude a determinados direitos e relações socioeconômicas, fato que ao identificar um modelo constitucional vocacionado para o modelo Social acaba por estatuir diversos deveres de ação por parte do Estado, criando verdadeiras agendas de Estado. É neste sentido que Eros Roberto Grau ao identificar na Constituição de 1988 um modelo econômico de bem-estar, diante da análise dos artigos 1º e 3º bem como do art. 170 da Constituição (GRAU, 2010, p. 45), afirma que não importa quem ocupa o cargo de Presidente da República, este deve se curvar ao modelo constitucional:

Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa (GRAU, 2010, p. 45).

Trata-se, como na visão de Paulo Bonavides, de verdadeiro compromisso para a realização da justiça social.

Desde a Carta de 1988, Estado social e nação se unificam na tradição brasileira, de duas décadas já vividas e atravessadas, numa sinopse axiológica que traduz a grandeza, a solidez e o vigor da solidariedade na alma do povo brasileiro, abraçado ao compromisso irrevogável de sua Carta Magna, dirigido à concretização da justiça social (BONAVIDES, 2008, p. 202).

Oswaldo Ferreira de Carvalho elucida os deveres que o Estado assume, por força da Constituição, que consiste em efetivar os direitos fundamentais a partir de políticas públicas, nas palavras do autor:

(...) o Estado assume um dever duplo no âmbito de todos os direitos fundamentais ao se traduzir na realização de políticas públicas de direitos sociais que serão materializadas tanto por atuações normativas como a aprovação de leis, como por atuações fáticas, ligadas normalmente à execução dessas leis. Por um lado, o Estado encontra-se jurídico-constitucionalmente comprometido com um dever de proteção dos direitos fundamentais e, por outro lado, com um dever de promoção desses mesmos direitos. É a consecução estatal destes dois deveres que corporiza normativamente as políticas públicas de direitos sociais (CARVALHO, 2019, p. 779).

Fato, o país com diversos programas de redistribuição de renda e de assistência social, como o Programa Bolsa Família (atualmente Auxílio-Brasil)²⁴, Auxílio-emergencial, Benefício de Prestação Continuada, Seguro Social, Auxílio Inclusão e demais benefícios do sistema de seguridade social, em especial a saúde, se mostra como caminho para o alcance factual de um Estado Social, contudo, como previsto por Arnaldo Provasi Lanzara e Rodrigo Cantu²⁵, a todo momento o Estado Social brasileiro se encontra em risco, como se viu com a Emenda Constitucional nº 103/2019 (Reforma da Previdência) com o esvaziamento do direito do seguro social, para não falar também da própria reforma trabalhista (Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017).

Assim, ao compreender que o Estado brasileiro busca, normativamente, ser um Estado Social de Direito²⁶ acaba por transformá-lo devedor de políticas públicas de Estado, na qual a efetividade dos direitos fundamentais (sejam sociais ou não)

²⁴ É inegável que o alcance da política de combate à pobreza, em termos de territorialidade e cobertura, vem auxiliando determinados grupos a superar problemas de ação coletiva. Nesse aspecto, o Estado brasileiro vem cumprindo um importante papel no sentido de conferir faticidade às aspirações e expectativas concernentes a uma efetiva participação daqueles grupos que apenas desempenhavam um papel passivo na vida política. Programas de transferência de renda, como o PBF, estão modificando o hiato através do qual os indivíduos e grupos percebem seus níveis de privação absoluta e relativa. Daí a razão de sua recente popularidade em sociedades como a brasileira. Em última instância, ativam um “limiar de sensibilidade social”, de percepção das desigualdades circundantes, nos grupos para os quais eles se destinam. Contudo, constituem-se em bases frágeis de construção da política social, sobretudo quando surgem desacoplados das dinâmicas de proteção pertinentes ao mundo do trabalho. É neste ponto que surge a encruzilhada do sistema de proteção social brasileiro, dando ensejo a novas questões sociais (LANZARA; CANTU, 2013, p. 15).

²⁵ Cabe alertar para o risco de uma redução contínua do orçamento da seguridade e, conseqüentemente, de uma “crise planejada” dos recursos da política social (LANZARA; CANTU, 2013, p. 14).

²⁶ Pode-se afirmar que, existe ao reconhecer um marco teórico consistente no modelo de Estado Democrático Social de Direito que encapa os direitos fundamentais (sejam individuais ou sociais), um objetivo e justificativa da existência do Estado, dessa forma, a influência do Estado Social sob o direito pátrio acaba por trazer a necessidade de uma justificação jurídica embasada nos direitos fundamentais para a existência e a realização de toda política pública, nesse sentido Osvaldo Ferreira de Carvalho afirma: “Pode-se, sem pretensão de precisão, afirmar que os objetivos mais importantes do Estado Social passam pela ajuda contra a necessidade e a pobreza, pela garantia de uma renda mínima que venha assegurar a dignidade da pessoa humana, pelo aumento da igualdade para a superação da dependência, pela segurança contra as vicissitudes da vida (risco social) e pela criação e ampliação de prosperidade. Esquemáticamente, impende destacar que, em geral, os objetivos do Estado Social passam a almejar: (a) a segurança econômica e social; (b) a redução das diversas desigualdades; e (c) a redução da pobreza. Aqui se vê facilmente a função própria que os direitos sociais assumem ao ser possível resumir a sua caracterização em quatro aspectos: (1º) a sua orientação em função do princípio da igualdade material; (2º) o seu vínculo com a satisfação de necessidades individuais; (3º) a intensificação do elemento público que atribui ao Estado a responsabilidade em matéria social; e (4º) a sua virtualidade como elementos que operam diante dos mecanismos do mercado” (CARVALHO, 2019, p. 776/777).

são agendas sempre presentes no palco político, possibilitando a judicialização caso os Poderes Executivo e Legislativo não a coloquem em prioridade.

Os riscos factuais de se acabar com o plano normativo; a tentativa de se tornar faticamente um Estado Social, faz aflorar a necessidade de criar mecanismos para a proteção da Constituição, dos Direitos Fundamentais e do modelo de Estado normativamente previsto.

Compreende, dessa forma, que o modelo de Estado Social constitucionalmente presente e os direitos fundamentais se mostram como verdadeiras agendas políticas a justificar a afirmação da existência de políticas públicas de estado e não de governo.

Esclarece que políticas de estado são programas constitucionalmente previstos, metas e objetivos, no qual não está sob a discricionariedade dos poderes, ou seja, diferentemente de políticas de governo, não há discricionariedade de se buscar a implementação e de se exigir um dever de agir em prol da concretização (conteúdo objetivo).

Destarte, não importa qual seja o governo eleito e seus programas, seja qual for, deve sempre se pautar no cumprimento das metas e deveres constitucionais, sob pena de se tornarem ilegítimos e inconstitucionais, mesmo que democraticamente eleitos.

Mesmo sabedor que aos poucos o movimento liberal toma forma com uma roupagem denominada neoliberal, com discursos de menos Estado, buscando “legitimar ideologicamente o mercado”, e em países de economia periférica atuando no sentido de:

desconstruir completamente todos os vestígios das políticas desenvolvimentistas e da soberania nacional; mercantilizar todas as áreas da vida social; redefinir o papel do Estado concebido como mero agente dos interesses do grande capital; privatizar, globalizar e desregular a economia; reduzir o custo da força de trabalho; expropriar a classe trabalhadora de direitos e políticas sociais; transformar o emprego em trabalho e a sociedade em negócio (FARIA; CHAIA, 2020, p. 1060).

Em outras palavras acabam por fazer com que as conquistas sociais retroajam, colocando-se em risco qualquer programa de Estado Social, e para tanto, conforme explicado por Ana Lúcia Barbosa Faria e Vera Lucia Michalany Chaia, atua fortemente em uma “doutrinação” em prol da proteção do ideal liberal e contra o ideal social, nas palavras das autoras:

O movimento político-ideológico liberal, estratégico e tático, articulado e planejado pedagogicamente em âmbito mundial para consolidar e preservar a hegemonia do livre mercado, teve início no Brasil com as organizações denominadas Institutos Liberais (ILs). Estes atuaram como polo aglutinador de diferentes frações da burguesia, com o objetivo de idealizar, materializar e sustentar o triunfo neoliberal no Brasil (FÁRIA; CHAIA, 2020, p. 1069).

E para tanto o neoliberalismo muito mais de uma política de Estado se torna uma verdadeira forma de vida, interferindo em todas as relações sociais e no próprio comportamento humano²⁷, as quatro dimensões do neoliberalismo acabam por desmantelar o Estado Social, ao passo que ao retornar ao Estado Liberal, destrói as conquistas e evoluções do Estado Social, nas palavras de Daniel Pereira Andrade:

A primeira dimensão é a econômica globalizada, definida por um regime de acumulação financeirizado, por reconfigurações geográficas da produção, por formas de acumulação por espoliação e pela centralização da tomada de decisão nas mãos de um número reduzido de agentes transnacionais capitalistas, colocando no centro do embate a luta de classes em âmbito internacional e as resistências às formas de espoliação. A segunda dimensão é a da luta antidisciplinar contra os modos de regulamentação e/ou dispositivos de governamentalidade, principalmente contra as formas de gestão derivadas da concorrência e da empresa privada, lutas que podem ser travadas tanto no âmbito local como nacional e que disputam as formas institucionais, o direito, a administração e as políticas públicas. A terceira dimensão é a teórica e a simbólica, a ser travada por intelectuais e ideólogos, alcançando níveis propagandísticos, de modo a desconstruir a hipótese do mercado eficiente e desfazer o valor da competitividade e da economização na política. Desafia-se assim a legitimidade das autoridades e das técnicas de avaliação e ranqueamento neoliberais em nome de valores substantivos como os da solidariedade, da igualdade, da participação democrática e da emancipação. A quarta dimensão é a das disposições subjetivas, definida em nível microssocial e intraindividual, na relação que o indivíduo estabelece consigo mesmo em conexão com os outros, de modo a buscar novo imaginário e novas práticas de si fora da lógica do capital humano, do empreendedorismo e da visão economicista de mundo (ANDRADE, 2019, p. 235/236).

²⁷ É nesse sentido que o neoliberalismo aparece não apenas como ideologia ou como política econômica, mas como “a forma da nossa existência, isto é, a forma pela qual somos pressionados a nos comportar e de nos reportar aos outros e a nós mesmos” (Dardot & Laval, 2009: 5). A ênfase recai, portanto, na racionalidade política que busca reconfigurar normativamente práticas e instituições. A norma de vida neoliberal é caracterizada pela lógica do mercado, caracterizada pelas dimensões da concorrência e da forma da empresa privada (Laval apud Andrade & Ota, 2015: 284). Não se trata exatamente da mercadorização de tudo, pois o mercado mantém sua limitação e singularidade, mas da difusão do modelo de mercado para além do próprio mercado, reformando o Estado, as políticas públicas, as instituições, a gestão e as subjetividades (Dardot & Laval, 2009: 5; Brown, 2003: 50). Nesse sentido, a norma neoliberal é caracterizada por sua transversalidade, podendo ser encontrada em diferentes níveis e em diferentes esferas da vida, o que explicaria a promiscuidade adjetiva que o termo neoliberal adquire, mas sem perder de vista suas características distintivas (Dardot & Laval, 2013: 6) (ANDRADE, 2019, p. 219).

Mesmo diante do fato de que muitos governos brasileiros acabam por possuir um declive neoliberal, deve-se ter em mente que a Constituição é uma Constituição Social e prevê, ao menos normativamente, um Estado Social, o qual pode ser considerado uma política de estado a condicionar a política de governo. Motivo pelo qual, qualquer governo que se proponha a ser neoliberal é “incompatível com os fundamentos do Brasil” (GRAU, 2010, p. 45), além de servirem como argumentos para a destruição do Estado de bem-estar (PEDRO, 2002, p. 385).

Desse modo, diante da existência de uma política de estado vocacionada ao Estado Social acaba por normatizar a Constituição tornando-a exigível e servindo como parâmetro de controle. Os direitos fundamentais são cogentes e vinculam a atuação de todos. Como verdadeiros programas de política de estado, o cumprimento das normas constitucionais não se encontra na esfera da discricionariedade dos poderes, a Constituição não se pode cumprir, deve ser cumprida.

1.2 A força normativa dos Direitos Fundamentais Sociais no constitucionalismo social brasileiro e a reserva do (sempre) possível

Após investigar se a Constituição de 1988 estampou normativamente um Estado Social, e como tal criou uma espécie de política de estado, vinculando todos na busca de determinados fins, a perquisição desta pesquisa passa a investigar até que ponto os direitos fundamentais, em especial modo os sociais, vinculariam o atuar dos agentes públicos e políticos, e se a teoria da reserva do possível deve ser interpretada como óbice à concretização desses direitos.

Pois bem, parte-se do pressuposto de que os direitos sociais são direitos fundamentais. Sobre o assunto Marcus Orione Gonçalves Correia (CORREIA, 2004, p. 311-313) elenca quatro argumentos para considera-los fundamentais: o primeiro diante do fato do Título II da Constituição de 1988 se referir de forma genérica a direitos e garantias fundamentais, não a direitos e garantias “individuais”, além do fato de que, levar a cabo a interpretação do Capítulo I que diz “direitos e deveres individuais e coletivos” traria uma incongruência, ao passo que um mesmo direito pode ser visto de forma individual e coletiva (e.g., direito à associação); o segundo argumento seria de que a interpretação deve ser teleológica e sistemática, dessa

forma se no Título I há a ideia de individualidade e sociabilidade, toda interpretação constitucional deve vocacionar por esses dois aspectos (individual e social); terceiro argumento se liga a própria evolução histórica dos direitos fundamentais que confere o mesmo *status* aos direitos individuais e sociais; quarto argumento recai na interpretação expansiva dos direitos fundamentais. Já Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2010, p. 263) afirma que a Constituição prevê os direitos sociais no Título II, que trata exatamente dos direitos e garantias fundamentais, e em nenhum momento realiza qualquer distinção entre direitos individuais ou sociais. Posiciona-se José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 385) sobre o assunto quando do estudo da Constituição Portuguesa de 1976 ao entender que direitos sociais por serem complementares aos individuais fundamentais também carregariam o mesmo adjetivo, além do mais, ante o fundamento de que esses direitos possuem um viés existencial-material que garante ao indivíduo o caráter humanamente digno, logo também são considerados fundamentais. Robert Alexy (ALEXY, 2006, p. 506) argumenta que quando se estrutura na Constituição um modelo de Estado Social (como na Alemanha, objeto de estudo do autor) se reconhece, através do princípio do Estado Social, os direitos sociais, além do mais há uma dependência do direito individual à liberdade jurídica com o da liberdade fática, a qual se efetiva através dos direitos sociais. Gustavo Amaral (AMARAL, 2010, p. 54) ao notar uma pretensão contra o estado de abstenção ou ação, vê nos direitos sociais o signo de fundamental. Drimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 52), entendem que os direitos sociais são fundamentais por garantir ao indivíduo condições materiais necessárias para o exercício da liberdade.

Além dos argumentos acima traçados, custa mencionar, que da mesma forma que na Constituição Portuguesa, a brasileira acabou por adotar a mesma identidade axiológica²⁸ entre os direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira dimensão, bem como há uma mesma identidade estrutural²⁹, o que eleva ao

²⁸ Nas palavras de Vasco Pereira da Silva “o da identidade axiológica de todos os direitos fundamentais. Pois, sejam eles da primeira, da segunda ou da terceira geração, os direitos fundamentais constituem a resposta jurídico-constitucional adequada ao problema da protecção da dignidade da pessoa humana, a qual vai evoluindo (no tempo e no espaço) em função de novas agressões e desafios colocados pela vida social” (SILVA, 2011, p. 29).

²⁹ Nas palavras do já mencionado autor, Vasco Pereira da Silva “o da identidade estrutural de todos os direitos fundamentais, pois todos eles se podem caracterizar, do ponto de vista jurídico, por

entendimento de que direitos sociais também são fundamentais. Vale lembrar que como exaustivamente estudado acima, o modelo de Estado Social adotado pela Constituição de 1988 traz consigo a característica de fundamental aos direitos sociais, tornando-os normas de caráter vinculante aptas à produzirem efeitos jurídicos diretamente.

Desse modo, sendo os direitos sociais “fundamentais”, acabam se submetendo ao mesmo regime jurídico que qualquer outro direito fundamental, tal qual o da aplicabilidade direta (art. 5º, §1º, da CRFB/88) (BRASIL, 1988); proteção à reforma, cláusula pétreia (art. 60, §4º, IV, da CRFB/88) (BRASIL, 1988); etc.

Desse modo, por força do §1º do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988) os direitos fundamentais sociais são diretamente aplicáveis. Mesmo diante da classificação das normas constitucionais de José Afonso da Silva (normas de eficácia plena³⁰, contida³¹, princípios³² e princípios programáticos³³), que tacha os direitos sociais muitas das vezes como normas programáticas, de eficácia contida ou limitada (normas princípios), a determinação disposta de aplicabilidade direta não se afasta. Portanto, o grau de normatividade, mesmo que conduza a inexorável necessidade de atuação legislativa e administrativa, não afasta a aplicabilidade direta via Constituição, a qual, em menor ou maior grau, poderá dotá-los de eficácia e efetividade.

Ainda sobre a aplicabilidade das normas em Direito Fundamental, são pertinentes as observações de Robert Alexy o qual enxerga nas normas de Direitos

apresentar simultaneamente uma vertente negativa e uma vertente positiva, assim como também uma dimensão subjectiva e objectiva” (SILVA, 2011, p. 29).

³⁰ Seriam normas que possuem toda carga normativa e plena aplicabilidade extraível diretamente Constituição, nas palavras de José Afonso da Silva “(...) disposições da constituição eram, por si mesmas, executórias” (SILVA, 2004, p. 88).

³¹ Seriam normas que em um primeiro momento possui completa carga normativa, mas uma legislação poderá reduzir sua carga eficaz, nas palavras de José Afonso da Silva “(...) a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico” (SILVA, 2004, p. 103).

³² Mais conhecida como norma de eficácia limitada, mesmo que não adotada a terminologia por José Afonso da Silva, trata-se de norma constitucional que para sua plena eficácia necessita de concretização legislativa, nas palavras do autor “(...) aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, 2004, p. 118).

³³ Como espécie das normas princípios, as normas programáticas seriam “(...) aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 2004, p. 138).

Fundamentais a possibilidade de serem regras (lógica do tudo ou nada) ou princípios (lógica da ponderação), ou até mesmo mesclando as duas formas, denominando este último fenómeno jurídico de “carácter duplo”.

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do carácter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo carácter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um carácter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos (ALEXY, 2006, p. 141).

Mesmo diante de uma aparente dicotomia normativa, entre regras e princípios, há que se notar que quando se está a falar de direitos fundamentais, eles por possuírem uma natureza complexa, o que Alexy vai chamar de “carácter duplo”, ou “dupla natureza” como nominado por Vasco Pereira da Silva, acabam por se apresentarem tanto como princípios (regras de ponderação), quanto como regras (lógica do tudo ou nada).

Nesse sentido Vasco Pereira da Silva entende que estando os direitos fundamentais em um regime jurídico unitário, a todos são aplicáveis tanto a lógica dos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, mandamentos de otimização, extraível da lógica dos direitos económicos, sociais e culturais, bem como a lógica das regras extraível dos direitos de liberdades e garantias.

Em suma, todos os direitos fundamentais gozam, em face da Constituição portuguesa, de um regime jurídico unitário, devendo por isso ser-lhes aplicadas as regras do regime dito dos direitos, liberdades e garantias, na medida em que constituam direitos subjectivos, e o regime dos direitos económicos, sociais e culturais, na medida da respectiva dimensão objectiva, enquanto princípios fundamentais da ordem jurídica (SILVA, 2011, p. 49).

O mesmo autor entende que os direitos fundamentais (sociais ou não), quando objeto da lógica de direitos subjectivos se aplica como regra, já quando submetido à lógica de direito objetivo trata-se de verdadeiro princípio.

A dupla natureza dos direitos fundamentais implica a sua consideração tanto como direitos subjectivos como enquanto princípios estruturantes do ordenamento jurídico ou estruturas objectivas da sociedade. Trata-se, neste último caso, da consagração pelas normas constitucionais de tarefas públicas, de vinculações objectivas ou de princípios jurídicos de actuação, que se encontram funcionalizadas ao reconhecimento de um direito

fundamental, e que funcionam como padrões de actuação e critérios de controlo dos poderes públicos (SILVA, 2011, p. 42).

Do carácter principiológico dos direitos fundamentais faz com que se traga, a *priori*, vinculação de actuação para toda ordem jurídica que deve atuar no sentido de concretizar os ditos direitos, na mesmíssima ideia de mandamentos de otimização.

Em segundo lugar, os direitos fundamentais possuem a natureza de princípios jurídicos que obrigam e enformam toda a ordem jurídica, vinculando os poderes públicos a actuar no sentido da sua concretização e funcionando como critério de interpretação e de integração de lacunas das normas jurídicas (SILVA, 2011, p. 43).

André Rufino do Vale por não conseguir delimitar uma demarcação forte o suficiente para afirmar a existência de uma dicotomia excludente nos direitos fundamentais, de serem ou regra ou princípios, advoga a tese de uma identificação unitária na qual as normas de direito fundamental seriam ao mesmo tempo regras e princípios.

No entanto, a tese da demarcação forte é insustentável. Regras e princípios não podem ser divididos em categorias bem definidas e inconciliáveis. Certas propriedades normativas podem ser encontradas em ambos os tipos de normas, o que revela uma fundada dúvida sobre a real possibilidade de se separar e catalogar as normas entre regras, por um lado, e princípios, por outro. Assim, a tarefa de distinguir as regras dos princípios encontra um obstáculo difícil de ser superado: a constatação de que certas características estruturais e funcionais supostamente exclusivas das regras podem ser achadas nos princípios e determinadas propriedades normativas supostamente encontradas apenas nos princípios podem ser também atribuídas às regras (VALE, 2006, p. 246/247).

Diante disso resulta no fato de que quando se está a falar em direitos fundamentais, sempre haverá a consistência das regras e a ponderações de princípios. Consequentemente, por sua estrutura principiológica, como mandamento de otimização, todo direito fundamental pugna por máxima aplicabilidade e efetividade.

Até mesmo quando se analisa eventuais limites normativos tem-se que somente direitos de mesma hierarquia poderiam de algum modo limitá-las. Estando as normas de direito fundamental em hierarquia constitucional, conclui-se, em um primeiro momento, que somente normas constitucionais seriam aptas a trazerem limitações, salvo se a própria Constituição delegasse a limitação expressamente para a legislação infraconstitucional.

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais (ALEXY, 2006, p. 286).

Já dizia Robert Alexy que “direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade” (ALEXY, 2006, p. 296). Diante da estrutura normativa-constitucional que se encontram os direitos fundamentais, especialmente a elevação como cláusula pétrea, a aplicabilidade direta, o princípio da dignidade da pessoa humana, o próprio Estado Social de Direito, conclui-se que somente é jurídica uma limitação a direito fundamental se basear em outro direito fundamental de mesma envergadura jurídica, tendo sempre como pressuposto a máxima aplicabilidade e efetividade das normas de direitos fundamentais (sociais ou não).

Segundo pressuposto que se adota é de que todo agir para ser juridicamente aceitável deve estar em consonância, ou no mínimo em respeito, com as normas constitucionais, as quais, como base de fundamentação, outorgam legalidade, constitucionalidade e legitimidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade (...) e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2006, p. 49). Não obstante a vinculação geral de todas as normas constitucionais, quando se tem como parâmetro os direitos fundamentais (sociais ou não), a vinculação se torna ainda mais acentuada devido à sua característica fundamental para o desenvolvimento do ser humano, bem como diante da aplicabilidade imediata que trata §1º do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

Certamente, que toda norma constitucional a depender da forma pela qual foi concebida possui diferentes cargas eficácia diante da sua maior ou menor normatividade, regra que não foge aos direitos fundamentais. Todavia, deve-se concordar com Ingo Sarlet de que “inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia” (SARLET, 2010, p. 251), tornando-a, mesmo que a menor medida, parâmetro vinculativo do agir estatal. Essa vinculação e dever de motivação ocorre até mesmo na hipótese de restrição a um direito fundamental, sua base jurídica-normativa deve ser para a garantia de outro direito fundamental ou de seu acesso universal.

A regra geral aplicável a todas as normas constitucionais de que possuem certa eficácia, por menor que seja, combinado com o fato determinante de que normas de direitos fundamentais possuem aplicabilidade direta, somados com a natureza jurídica dessas normas em estarem elevadas por sua fundamentalidade, faz do exegeta e aplicador do direito partir sempre do pressuposto da maximização dos preceitos em direitos fundamentais, característica principiológica dos direitos fundamentais como mandamento de otimização.

Esta maximização não ignora a discricionariedade e o poder de conformação dos Poderes Legislativo e Executivo, todavia, torna todo ato vinculativo (ou vocacionado) à concretização dos direitos fundamentais, sejam eles legislativos, administrativos (vinculados, discricionários ou políticos) e até mesmo judicial. Logo, inexistindo total liberdade, acaba por viabilizar o controle, judicial ou não.

Quando do controle, deve-se levar em conta, além da estrutura da norma quanto à sua normatividade, o pressuposto de elevado grau de eficácia e vinculação aos poderes públicos (e aos particulares). É este o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet que sem ignorar a natureza da norma quanto à normatividade e o grau de aplicabilidade e eficácia, advoga por um efeito privilegiado e sempre ciente de que em maior ou menor medida as normas de direitos fundamentais possuem eficácia e aplicabilidade não se tratando de mera vinculação moral, mas jurídica apta a ser parâmetro de controle e ocasionar mudanças sociais:

(...) os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia, o que, por outro lado (consoante já assinalado), não significa que mesmo dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha. Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade (SARLET, 2010, p. 272).

Certamente quando se está diante de uma norma de direito fundamental individual (em sua faceta de direito de abstenção ou de *status negativo*) o problema da aplicabilidade e eficácia direta não se mostra muito complexo, pois, estas normas normalmente se encontram positivadas com carga eficaz suficiente para aplicação de seu preceito (ou na classificação de José Afonso da Silva, norma de eficácia plena), tendo seu conteúdo facilmente identificável com o direito previsto. Segundo ponto, os direitos de primeira dimensão quando comparados com os direitos sociais

(na sua face de direito de prestação ou de *status positivo*), normalmente exigem dever de abstenção, por isto chamados de liberdades individuais ou direitos de defesa, o que acaba por exigir menor esforço financeiro por parte do Estado. Por esta razão encontrar parâmetro de controle ou fundamentos de extração dos direitos prestacionais de pretensão ao menos objetiva torna o problema de pesquisa um desafio a ser superado, ao passo que inviável afirmar que normas de segunda dimensão são meras exortações morais destituídas de qualquer força normativo-vinculativa.

Quando se advoga a aparente falta de eficácia dos direitos fundamentais sociais são pelos seguintes argumentos: primeiro pelo fato de normalmente tais direitos não terem suficientemente carga normativa a dispensar a interposição *legislatoris* ou atuação administrativa; segundo, as decisões quanto a sua efetivação exigem maior esforço financeiro, logo alocação de recursos que por sua natureza são escassos.

Contudo, ao se analisar por um ângulo que se harmoniza entre natureza das normas e pressupostos constitucionais-fundamentais de aplicabilidade máxima e direta chega-se ao ponto de intersecção.

Certamente, dispensar totalmente da necessária conformação legislativa e administrativa da norma é um excesso normativo que beira à utopia, especialmente, diante da enorme quantidade de preceitos sociais que a Constituição de 1988 prevê. Nenhum país, ou poucos, conseguiriam exaurir todo conteúdo normativo e social dessas normas. Certamente o Brasil não possui essa capacidade financeira. Basta pensar, no direito social à moradia (art. 6º da CRFB/88) (BRASIL, 1988), ao pleno emprego (art. 170, VIII, da CRFB/88) (BRASIL, 1988) e no próprio preceito do salário mínimo (art. 7º, IV, da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Jamais o Estado brasileiro conseguiria garantir a todos uma casa, mesmo que frugal, e ao mesmo tempo manter todos os outros direitos fundamentais garantidos; o mesmo se diz com o pleno emprego que depende não somente de atuação estatal, mas de sorte de uma conjectura econômica e da iniciativa privada, aliás, se quer o Estado conseguiria criar e manter postos de trabalho a todos... e quanto ao direito ao salário mínimo que sem o devido cuidado econômico e interação social com a iniciativa privada desregularia o mercado e a economia, inflacionando o país.

Em perspectiva contrária, abdicar de qualquer vinculação normativa ou força transformadora é elevar a Constituição à mera exortação moral, negando seu caráter

jurídico, tornando-a mera carta de intenções, o que corresponderia à própria negação de sua existência como norma jurídica. Essa negação seria um paradoxo, pois, como a *mater* de todo ordenamento jurídico seria ela destituída de força normativa (?).

Dessa forma, estando equivocada tanto a compreensão da Constituição como texto autossuficiente a dispensar o trabalho legislativo e administrativo; quanto à ideia de ausência de força normativa ao ponto de transformá-la em mera exortação moral, o que se deve investigar é o ponto de equilíbrio apto a criar uma teoria sólida a basear todo e qualquer controle.

Fato que o pressuposto constitucional possui dois pontos, o primeiro é que a Constituição necessita da atuação dos Poderes para se tornar real e influir socialmente, segundo é o fato de que mesmo diante da omissão dos Poderes ela não perde sua força normativa e transformadora. Tanto é verdade que o próprio texto constitucional traz mecanismos que atentam contra as omissões inconstitucionais, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 102, I, "a" e art. 103, §2º, todos da CRFB/88) (BRASIL, 1988), o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB/88) (BRASIL, 1988) e o próprio controle difuso de constitucionalidade (art. 5º, XXXV, da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Tais medidas judiciais demonstram duas verdades: a primeira é que a Constituição por si só é incapaz de trazer mudanças e realizar, no plano material, os direitos abstratamente previstos; o segundo é que a mesma Constituição possui mecanismos para obrigar os destinatários da norma a realizar os direitos constitucionalmente previstos e as Políticas Públicas de Estado inserto na tipologia de Estado Social normativamente constituído no texto de 1988.

Fato, tanto ações inconstitucionais, quanto as omissões, são atos atentatórios à Constituição, e como tal aptos a deflagrar demandas visando exatamente à conformação ao texto constitucional. Desse modo, toda ação que de algum modo atinja as normas constitucionais são tidas como inconstitucional e como tal desafiam nulidade através de ações do controle concentrado (Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) ou do controle difuso (Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, ações ordinárias, etc.) e as omissões, na mesma medida, a atingem e irrompem ações vocacionadas à concretização no plano material.

Dessa forma, mesmo as normas com menor normatividade (como as denominadas de princípios programáticos) “no mínimo estabelece alguns parâmetros para o legislador, no exercício de sua competência concretizadora” (SARLET, 2010, p. 245), tornando-a fundamento jurídico para atuação. Além do mais, exige-se do legislador um agir, desse modo, especialmente diante da matriz social da Constituição (SARLET, 2010, p. 246), não há uma faculdade dos Poderes em efetivar as normas de Direito Fundamental Social, mas sim um dever de agir em prol da sua efetivação.

Se por um lado há o pressuposto de vinculação aos direitos fundamentais e se advoga pela busca da plena efetividade de tais direitos, também há que se convir que inexistente norma fundamental “completamente imune a toda e qualquer limitação” (SARLET, 2010, p. 251). As limitações são diversas e fazem parte da dinâmica jurídica, sendo que a insuficiência de recursos e a falta de vontade política são, sem dúvidas, obstáculos a todo e qualquer direito fundamental, seja de primeira, segunda ou terceira dimensão.

A vontade do destinatário da norma, nunca discricionária, sempre vinculada à Constituição, não exclui o elemento volitivo, na exata medida da escolha de conformidade, especialmente quando se verifica a reprovabilidade ou aceitabilidade da população em determinada política pública. Em especial modo quando se está a estudar os direitos sociais, Miguel Carbonell elenca que para poder realiza-los na prática deve-se ter certo modelo de organização estatal e uma série de pré-condições morais, na qual se teria a vinculação moral do dever de ajudar as necessidades do próximo (CARBONELL, 2008, p. 44).

No item anterior deste trabalho admitiu-se que o Estado brasileiro, ao menos em sede constitucional, propugna um Estado Social, e por este motivo tornou-se “condição essencial para a existência de seus próprios direitos sociais”³⁴ (CARBONELL, 2008, p. 45). Desse modo, possui-se toda justificativa jurídica de vinculação constitucional para proteção social do indivíduo, o que não dispensa o atuar do Legislativo e Executivo.

Partindo desse pressuposto, os limites fáticos, que não são insuperáveis, mesmo que de alguma forma impeçam a concretização dos direitos

³⁴ Tradução livre: “*condición esencial para la existencia de los propios derechos sociales*” (CARBONELL, 2008, p. 45).

constitucionalmente previstos, não obstam o controle jurídico e social, tampouco, dispensam a criação de diálogos institucionais sempre que o governo se afaste do ideário do Estado Social brasileiro ou se omita de forma inconstitucional na realização dos direitos fundamentais.

Assim, reconhecer força normativa aos direitos fundamentais é possibilitar sua exigibilidade em Juízo, seja como direito objetivo, seja como subjetivo.

A *priori*, quando se analisa o primeiro limite lógico da atuação do Poder Judiciário, em se tratando de direitos sociais que demandam a elaboração de políticas públicas, deriva da primazia do legislador e do administrador em realizar a concretização desses direitos, isto não significa destituí-la de força normativa, somente ressaltar a inexorável importância dos Poderes Legislativo e Executivo em sua concretização. Nesse viés, Fernando Gomes de Andrade elucida que a defesa dos direitos sociais cabe, por primeiro, ao Legislativo e Executivo, tomando frente o Judiciário como mecanismo de coibir abusos da atuação ou da omissão, em um segundo momento, veja-se:

É corrente na doutrina a defesa que os direitos sociais primeiro precisam de concretização legislativa e, depois de editada a lei, caberá à atuação da Administração no sentido de realizar os atos concernentes à prática do serviço conforme a disciplina legal e para conter os abusos provenientes dessa atuação (ou de sua omissão) encontra-se o Judiciário no controle da legalidade e da constitucionalidade com atuação bem mais reduzida que as demais funções do poder estatal que são legitimadas pelo voto popular. Portanto, em sede de concretização dos direitos sociais, o Legislativo é o primeiro órgão convocado a tutelar essa categoria de direitos, pois cabe-lhe regulamentar tais direitos sociais, respeitando os limites impostos pela Constituição, para que a posteriori sejam implementados pela Administração (ANDRADE, 2008, p. 63/64).

Além do limite imposto ao Poder Judiciário quanto a prioridade de atuação do Legislativo e do Executivo, ou seja, em relação aos elementos estruturais da própria norma, outro ponto evidenciado é o elemento fático que se denomina de reserva do possível, isto é, a possibilidade/impossibilidade financeira do Estado em concretizar os direitos constitucionalmente proclamados. Não obstante, normativamente, todos os direitos fundamentais pugnam pela máxima aplicabilidade e efetividade, questões de ordem financeira, ou melhor, a falta de recursos, é um elemento indissociável para a efetividade desses direitos. Assim, mesmo que em uma primeira interpretação deve-se entender como juridicamente plausível a exigibilidade de máxima efetividade dos direitos fundamentais,

denominada de “natureza de direito *prima facie*”, o esgotamento de recursos financeiros é um impeditivo para a realização de todo e qualquer direito, não só os prestacionais. Robert Alexy já qualificava a reserva do possível como aquilo que “o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, mas entendia que jamais poderia levar a uma interpretação de “esvaziamento do direito” (ALEXY, 2006, p. 515), o que leva a crer que mesmo diante desse argumento não poderia servir como mecanismo de não se concretizar o direito. Para Ingo Wolfgang Sarlet quando da alegação desse impedimento fático em Juízo faz com que se traga ônus argumentativo à administração para que se comprove a efetiva “indisponibilidade total ou parcial de recursos”, bem como, “do não desperdícios dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET, 2010, p. 356).

Desse modo, a falta de recursos, mesmo que um argumento possível, deve ser levado com ponderação, não podendo servir de escusa ou subterfúgio para que o Estado descumpra os mandamentos constitucionais.

A harmonização da máxima efetividade em direitos prestacionais com seus limites jurídicos e fáticos, em especial quando do esvaziamento financeiro dos cofres públicos, se coaduna com dever de agir por parte do administrador público e do legislador. Ambos, devem se pautar na ideia de compromisso, moral e jurídico, com a realização progressiva dos Direitos Fundamentais Sociais, que se denomina de princípio da progressividade, bem como manter a lisura e consonância com o denominado direito fundamental a boa-administração.

Desse modo, o princípio da progressividade dos Direitos Fundamentais Sociais atua no sentido de determinar ao poder público um compromisso em, na medida do possível e quando for possível, buscar concretizar a maior quantidade e ao máximo os Direitos Fundamentais Sociais.

Alguns autores como Gabriel Prado Leal (LEAL, 2016, p. 161) entendem que o princípio da progressividade não pode ser compreendido como “uma marcha sempre em frente”, pois estariam esses direitos, tal como outros, sujeitos às conjecturas fáticas e à realidade econômica, as quais não são uma crescente constantes, mas sofrem várias variações. Porém, por força da vedação ao retrocesso social, mesmo que se admita, de forma provisória e passageira, o retrocesso aos direitos fundamentais por conta de momentos de crise, e neste momento a progressão encontra-se em risco, o compromisso emancipatório ainda deve permear o poder público que não se desincumbe de seguir a Constituição, que

como dito algures, institui uma verdadeira pauta de Estado Social de Direito. Dessa forma, o princípio da progressividade em Direitos Fundamentais Sociais, mesmo em tempos de recessão, ainda possui força vinculativa, no sentido de trazer provisoriedade e compromisso jurídico em se buscar a máxima efetividade aos direitos e retornar no ponto que se retrocedeu, para após avançar na luta da concretização progressiva dos Direitos Sociais.

Neste aspecto, Vladimir Brega Filho, ao estudar a Constituição, Doutrina e Jurisprudência de Portugal sobre o tema, delimita o modo de aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social, afirmando, inicialmente que não se trata de uma decorrência do poder discricionário, necessitando de fundamento legítimo, além de inexistir alternativas, bem como o retrocesso, quando necessário, tem que ser transitório e excepcional; devendo respeitar o interesse público e veda-se, em qualquer hipótese, colocar em risco o mínimo para uma existência condigna.

Como bem destacou a corte, o princípio da proibição do retrocesso não é absoluto, ou seja, em algumas situações, excepcionais, é possível retroceder os direitos sociais. O retrocesso, contudo, não decorre de um ato de discricionariedade. Ele deve estar baseado em um “fundamento legítimo”. Existindo alternativas ao retrocesso, elas devem ser aplicadas. O retrocesso só deve ocorrer quando todas as outras medidas já foram tentadas, sem sucesso, ou ainda quando nenhuma medida se mostra eficaz para a consecução dos objetivos do Estado, entre os quais sua própria sobrevivência. Ademais, o retrocesso deve ter um caráter transitório e excepcional. Atingidos os objetivos propostos, o Estado deve agir no sentido de retomar os padrões anteriormente atingidos. De tudo isso, é possível dizer que a corte constitucional portuguesa reconhece a existência do princípio da proibição do retrocesso social baseado no princípio da confiança, mas não o entende como princípio absoluto. Eventual violação deve ser analisada no caso concreto, só sendo admitida quando o interesse público justificar. Eventual retrocesso também não poderá colocar em risco o mínimo a uma existência condigna, sendo importante destacar que as reduções devem ser analisadas sob a ótica da excecionalidade (BREGA FILHO, 2013, p. 116).

O reconhecimento jurídico do princípio da progressividade consta em acordos internacionais no qual o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (Decreto nº 591/1992) (BRASIL, 1992) que em seu artigo 2º, 1, informa que os Estados-Partes se comprometem assegurar de forma progressiva, “até o máximo de seus recursos”, o pleno exercício dos direitos previstos pelo pacto, de forma ainda mais específica determina que a educação secundária, técnica e profissional, deve progressivamente tornar-se gratuita (art. 13, 2, b), bem como o ensino superior (art.

13, 2, c). Usando dos mesmos argumentos o artigo 1 e o artigo 13, 3, “b” e “c” do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador” de 1988 (Decreto nº 3.321/1999) (BRASIL, 1999), também positiva o princípio da progressividade. No mesmo sentido a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (Decreto nº 678 de 1992) (BRASIL, 1992) no artigo 26 determina que os Estados-Partes devem buscar implementar progressivamente a “plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura” através de medidas “legislativas ou por outros meios apropriados”.

Ao comentar o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Flávia Piovesan identifica no princípio da progressividade a proibição do retrocesso social, da inação estatal e da insuficiência, demonstrando assim o dever jurídico internacional do Estado em agir na promoção dos Direitos Fundamentais Sociais:

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a demandar dos Estados que aloquem o máximo de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, decorre a proibição do retrocesso social e a proibição da inação estatal. A censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode, ademais, fundamentar-se no princípio da proporcionalidade, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência (PIOVESAN, 2011, p. 120).

Desse modo, há um compromisso não só moral, mas jurídico do Estado, e seus dirigentes, em ter um atuar vocacionado à concretização de direitos sociais. Como dito algures, trata-se de verdadeira política de estado, e não de governo, cuja obrigatoriedade não se encontra na esfera da discricionariedade do governante. A atuação é impositiva e o descumprimento é verdadeiro ilícito jurídico. Mesmo que haja falta de recursos, o compromisso para a concretização não deve cessar.

Ainda quando se está a falar de reserva do possível, denota-se que se ganha protagonismo o chamado direito fundamental à boa-administração, que na identificação de Renee do Ó Souza, Valter Foleto Santin e Antonio Sergio Cordeiro Piedade (SOUZA; SANTIN; PIEDADE, 2018, p. 33), condiz com um governo honesto, pautado pelo respeito aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, participação popular, resolução de conflitos, devido

processo legal, contraditório, ampla defesa, atuação proba, sujeição ao controle interno e externo e a observação ao desenvolvimento sustentável. Juarez Freitas (FREITAS, 2015, p. 119-120), em estudo de Martelli e Rangone, entende que o bom administrador deverá seguir os seguintes preceitos em sua decisão: a) administração transparente, que seria aquela na qual assegura o acesso às informações em especial no que toca ao processo de tomadas de decisão que afetem direitos, salvo quando necessário o sigilo; b) administração sustentável, seria aquela que traz preponderância aos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos, bem como que busca propiciar o bem-estar multidimensional das presentes gerações sem por em risco as futuras; c) administração dialógica, ou seja, que respeite o contraditório e ao justo processo; d) administração imparcial, salvo nos casos de discriminações inversas ou positivas (ações afirmativas); e) administração proba, seria a honesta; f) administração da legalidade temperada, é aquela em que pondera a aplicação da legislação; g) administração preventiva, precavida e eficaz, somada a um monitoramento.

Freitas identifica que tais critérios são verdadeiros “*standard mínimo*”, logo, pode-se adicionar o critério da vinculação do ato do administrador e do legislador ao conceito constitucional e à política de estado estampado nos preceitos de Estado de bem-estar como trabalhado algures. Dessa forma:

(...) as escolhas públicas serão legítimas se resultarem (a) sistematicamente eficazes; (b) sustentáveis; (c) motivadas; (d) proporcionais; (e) transparentes; (f) razoavelmente desviesadas; (g) incentivadoras de participação social, (h) da moralidade pública; e (i) da devida responsabilização por ações e omissões (FREITAS, 2015, p. 120).

Assim, Juarez Freitas identifica, ainda, diversos vícios à discricionariedade, tanto na ação, através do excesso e abuso, quanto na omissão, no deixar de agir em prol das escolhas esperadas.

Consoante esse prisma, eis os principais vícios no exercício da discricionariedade administrativa: (a) o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) – hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em base válida. Ou quando a atuação administrativa se encontra, por algum motivo, destinada (desvio de prioridades constitucionais e/ou legais, por preferências corrompidas ou simplesmente mal concebidas); (b) o vício da discricionariedade omissiva (arbitrariedade por omissão) – hipótese em que o agente público deixa de exercer a escolha esperada pelo sistema ou a exerce com inoperância,

faltando com os deveres de prevenção e precaução. Nessa modalidade igualmente patológica, as omissões costumam ser prestacionais, regulatórias, de polícia administrativa “stricto sensu”, de fomento ou, ainda, do próprio controle, todas aptas a causar danos certos, especiais e anormais (FREITAS, 2015, p. 121).

Ora, se o é esperado por parte do administrador e do legislador que ajam na escolha de respeito à ordem constitucional posta, ao Estado de bem-estar social e aos direitos fundamentais, todo não agir em função da progressividade e concretização dos direitos fundamentais sociais será viciada. Na mesma medida, todo agir que de alguma forma afronte os direitos fundamentais e ao Estado Social o será de igual modo viciada. Em ambos os casos, a sindicabilidade de controle será aberta.

Certo que o uso correto e racional dos recursos públicos, a evitar desperdícios e proporcionar o máximo de eficiência, torna-se o dever extraível da limitação fática. Limitação esta que deve ser entendida como anômala aos direitos fundamentais prestacionais, pois toda interpretação *prima facie* deve considerar os Direitos Fundamentais plenamente e diretamente aplicáveis por força do art. 5º, §1º, da CRFB/88 (BRASIL, 1988). É neste sentido que Fernando Gomes de Andrade verifica que ao administrador, sob a reserva do possível, lhe ocasiona um ônus de progressividade, devendo-se levar em consideração questões de ordem factual e a conjectura econômica do país:

Por isso, os direitos sociais devem ser progressivamente concretizados, é o que dispõe o princípio da progressividade. Tal princípio deve ser considerado levando-se em conta o desenvolvimento econômico e os recursos financeiros do Estado; tal princípio portanto, apresenta um viés emancipatório dos direitos sociais à chamada “reserva do possível” haja vista estar totalmente desautorizada e desprovida da mínima lógica jurídica a paralisia ou não concretização paulatina progressiva de tais direitos utilizando como alibi a “reserva do possível”. Mas entendemos também que considerando o princípio da progressividade e a escassez de recursos, deve-se concluir que a concretização dos direitos sociais será diferente nos países desenvolvidos e nos subdesenvolvidos posto que depende da situação econômico-financeira do Estado (ANDRADE, 2008, p. 112).

Logo, a reserva do possível não se trata de argumento que por si só deve obstar a realização dos direitos. Pode até ser um limite, mas não um argumento para a inação do Estado. Na esteira de Alexy, usa-se a reserva do possível como um dos argumentos para a ponderação.

Desse modo, os limites impostos pela reserva do possível aos direitos fundamentais devem ser fáticos e reais, oriundos do esgotamento, ou do risco, dos recursos financeiros disponíveis pelo Estado. Logo, sendo externo à vontade do governo, não há como se justificar a reserva do possível quando as limitações são impostas pela própria lei orçamentária. Limitar direitos com cofres cheios é antijurídico e não reserva do possível.

Dessa forma, a análise perscrutada sobre as leis orçamentárias e quanto às prioridades elencadas nelas é método indispensável para a correta análise quanto à alegação da reserva do possível. Deve-se ter em mente que os Direitos Fundamentais Sociais, juntamente com o tipo idealizado de Estado pela Constituição, exercem influência para o poder público em elencar como absoluta prioridade a realização, na medida do possível, progressiva, desses direitos.

A reserva do possível somente se coaduna no Estado Social de Direito com uma análise que parta do pressuposto de efetividade plena dos Direitos Fundamentais Sociais, sendo exceção à regra, aplicável desde que exista a observância quanto ao princípio da boa-administração e o compromisso de progressividade.

Barcelos, afirma, contudo, que a utilização do argumento da reserva do possível como defesa-padrão dos órgãos públicos diante da não concretização dos direitos sociais, acaba, no contexto brasileiro, por fragilizar o argumento de exaurimento de recursos.

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática de tal forma que o jurista pode até prosseguir confiante, quilômetros de distância, até olhar para trás e para os lados e perceber que está sozinho. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição (BARCELLOS, 2011, p. 287).

Desse modo, como afirmado por Oliveira e Ferreira, a reserva do possível não é justificativa para não se cumprir a Constituição e os direitos fundamentais (sociais) nela previsto.

O Estado não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos fundamentais, sob pena de comprometer a integridade da ordem constitucional. Nem mesmo poderá invocar arbitrariamente a cláusula da reserva do possível para fins de se eximir, injustificadamente, da missão que lhe compete na tutela dos direitos fundamentais (OLIVEIRA; FERREIRA, 2017, p. 195).

Superado o argumento da reserva do possível, é interessante observar que quando se está a tratar de direitos fundamentais sociais, o protagonismo dos outros poderes que não o Judiciário é factual. Todavia, possuir protagonismo não é o mesmo que afirmar que há escolha em se concretizar ou não um direito. O dever é vinculativo como exaustivamente exposto neste trabalho e mais, como observado por Brega Filho, quando da concretização infraconstitucional de um direito social este se torna verdadeiro direito de defesa, abarcando no patrimônio jurídico da sociedade.

Por outro lado, toda a legislação recepcionada pela Constituição e as normas editadas de acordo com ela passam a definir o conteúdo dos direitos sociais, e por consequência passam a constituir limites ao legislador, que não poderá, sem alternativas ou compensações, eliminar esses direitos (BREGA FILHO, 2013, p. 106).

O mesmo autor observa que há o princípio da cumulatividade, fazendo com que os direitos fundamentais sociais não sejam excludentes, mas sim acumuláveis, o que eleva ainda mais a sua característica de patrimônio jurídico social.

Os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, que não pode ser suprimido. Fala-se, então, que o estágio de concretização dos direitos sociais não pode retroceder, reconhecendo-se a existência do princípio da proibição do retrocesso, também conhecido por proibição da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais (BREGA FILHO, 2013, p. 104-105).

Dessa forma, todo instituto jurídico, diante da vinculação expressa aos direitos fundamentais, devem se vocacionar à sua proteção e efetivação, logo, ao falar em reserva do possível, esta somente será jurídica se estiver vocacionada a proteger outros direitos de seu esgotamento, servindo somente direito fundamental para limitar direito fundamental.

Ademais, a própria vinculação faz com que se exija do Judiciário atuação tendente a fiscalizar os demais poderes, desde que provocado, no sentido se estão

respeitando essa vinculação, podendo, até mesmo, se necessário, proceder com intervenções radicais como no orçamento público. Contudo, não se quer dizer que deve o Poder Judiciário se fazer substituir pelo legislador e administrador, deve, antes de tudo, se ater no que já está previsto e concretizado, e tomar uma conduta cooperativa e dialógica.

Assim, todos os poderes encontram-se vinculados na busca da concretização dos direitos fundamentais, inexistindo, dessa forma, ato totalmente discricionário. Desse modo, todo agir juridicamente adequado deve ser vinculativo a um direito fundamental, social ou não, o qual possui aplicabilidade direta, ou seja, independentemente de qualquer ato ou norma concretizadora. Essa primeira vinculação encontra-se, destarte, na fundamentação do agir estatal.

No especial caso dos Direitos Fundamentais Sociais, nota-se um dever incessante de agir do Estado na busca de sua realização e maximização. Destarte, surge, como vinculação uma relação objetiva, consistente no dever de agir em prol dos Direitos Fundamentais Sociais.

Como aspecto negativo, nota-se que os Direitos Fundamentais Sociais também acabam por servirem de proteção a todo ato que de alguma forma venha a querer infringir os direitos.

Por fim, a reserva do possível em releitura por um filtro em direitos fundamentais, torna-se verdadeira reserva do sempre possível, na medida em que há um compromisso jurídico na realização dos direitos fundamentais a toda população. Para tanto, o Poder Judiciário, diante de suas características, como o da inércia, deve servir à sociedade como um dos instrumentos para luta de efetividade.

1.3 Políticas Públicas (*Public Policy*) como mecanismo de efetivação dos Direitos Fundamentais.

Precipuamente, deve-se compreender que o termo adotado na pesquisa “política pública” corresponde à sentença em inglês “*public policy*”. Isto remete ao entendimento de que o vocábulo “política” em “política pública” se liga à noção de *policy*, ou seja, agir orientado “para a decisão e ação” e não a expressão *politics* que seria a forma de “exercício do poder sobre o homem” (SECCHI, 2013, p. 1).

Ainda como corte epistemológico, não obstante o termo política pública ter conotação multicêntrica, podendo ser promoventes dela diversos atores que não o Estado, na pesquisa será analisado somente no que toca à realização de políticas públicas pelo Estado.

Outra delimitação necessária a se realizar, devido à extensão e verticalização dos estudos, é o enfoque no instrumental de política pública. Será privilegiada a análise no tocante à prestação de serviços públicos e em atos que em geral produzam, em menor ou maior medida, gastos aos cofres públicos. Ao longo do trabalho, também será referendado diversas formas de se realizar políticas públicas, contudo, o enfoque será relacionado às reformas estruturais.

Pois bem, fato que a mera previsão de um direito no texto constitucional não o faz realizável imediatamente no mundo fenomênico. Para a concretização, sociedade e Estado devem realizar atos vocacionados à efetuação prática dos direitos abstratamente previstos. Recapitulando os tópicos anteriores, a normatividade dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo, somados ao *welfare state* constitucional, provoca um dever de agir, em especial, ao Poder Público. Desse modo, uma das formas, se não a única, de se garantir os direitos fundamentais, em especial os sociais, que são cogentes e orientam o atuar dos poderes, é na realização de políticas públicas. Essas se externam de diversas formas, tais como políticas públicas regulatórias (criação de regras ou restrições), desregulamentação (descriminalização de condutas e atividades), *enforcement* (fortalecimento dos instrumentos regulatórios), tributação (desincentivos econômicos-tributário), subsídio e incentivo fiscal (incentivo econômico), prestação direta de serviço público, terceirização de serviço público, prestação pública de serviço público de mercado, prestação privada de serviço público de mercado, informação ao público, campanhas, mobilização, seguros governamentais, transferência de renda, discriminação seletiva positiva (ações afirmativas), prêmios, concursos, certificados e selos (SECCHI, 2013, p. 59).

Com efeito, a primeira consequência, oriunda da estrutura jurídico-constitucional, é o dever de efetivar ao (e o) máximo possível os direitos fundamentais previstos no texto constitucional (dimensão objetiva), tornando-os marcos de ação para a realização, avaliação e controle de políticas públicas.

A interligação existente faz com que se compreendam as políticas públicas como instrumentos de agir estatal, as quais devem estar fundamentadas em algum

direito fundamental, sob pena de sê-la ilegítima e inconstitucional. Desse modo, a discricionariedade, que não se nega, é válida na medida em que os motivos também o são, caso assim não ocorra, transmuda-se de poder discricionário para arbitrário. Como menciona Luis Manuel Fonseca Pires o poder deve ser compreendido como um “feixe de competências” e “apenas como instrumento necessário à satisfação dos deveres atribuídos ao Estado”, que a final de contas é o “interesse coletivo” (PIRES, 2009, p. 136). Como mencionado por Andréia Regina Schneider Nunes Carvalhaes “conveniência e oportunidade jamais podem ser convertidas em inércia do Estado” (CARVALHAES, 2018, p. 61).

É neste passo que Eduardo Cambi verifica a existência da ligação entre Políticas Públicas e os Direitos Fundamentais Sociais, sendo as primeiras verdadeiras condições de existência das últimas.

Ademais, os direitos fundamentais sociais, para serem efetivados, dependem de políticas públicas. No campo desses direitos, a efetividade não se apresenta como condição ulterior do direito, mas antes como condição de existência do próprio direito. Não basta, pois, o reconhecimento formal dos direitos fundamentais; imprescindível existir meios para concretizá-los. Os direitos fundamentais (sociais) são realizados a partir de um conjunto de atividades – denominado de políticas públicas – que devem ser realizados pela Administração Pública, para que os fins previstos na Constituição sejam cumpridos. Em sentido amplo, o termo políticas públicas abrange a coordenação dos meios à disposição do Estado, para a harmonização das atividades estatais e privadas, nas quais se incluem a prestação de serviços e a atuação normativa, reguladora e de fomento, para a realização de objetivos politicamente determinados e socialmente relevantes. Enfim, políticas públicas são metas políticas conscientes ou programas de ação governamental, voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (CAMBI, 2013, p. 190/191).

Devendo todo agir estatal estar vocacionado à proteção e promoção dos direitos fundamentais, o agir em contrário (ação) ou o não agir (abstenção ou inação) são tidos como uma forma de “abuso de poder” ou irregular exercício de direito, portanto, vedado pelo ordenamento jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em estudo de Rudolf von Laun, menciona como a legitimidade extraível da Constituição se torna ao invés de direito-poder um dever-poder para todas as funções do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário). Destarte, eventual “discricionariedade”, deve ser sempre orientada à concretização de direitos:

Para o legislador ordinário, ao qual cabe produzir a primeira posituação derivada, sua percepção é parte jurídica, naquilo que a Constituição já a definiu, e parte política, no amplo campo de opções que lhe está aberto, resultando uma ilegalidade sempre que for violada direta ou indiretamente a norma constitucional (*Interessenvertretung*, para Laun). Para o juiz, ao qual cabe aplicar a lei para solucionar conflitos de interesses, a legitimidade está integralmente contida na legalidade; sua percepção é apenas jurídica (*Objektivität*, para Laun). Para o administrador, por fim, ao qual cabe aplicar a lei para promover os interesses públicos confiados ao Estado, a legitimidade tanto poderá estar integralmente contida na legalidade, cabendo-lhe, tão-somente, praticar atos vinculados, como apenas parcialmente nela contida, necessitando praticar atos em que lhe caberá fazer, abstrata ou concretamente, opções legítimas (*Interessenvertretung*, para Laun) (MOREIRA NETO, 1998, p. 25-26).

Não obstante a compreensão restrita do mencionado autor quanto à função do Poder Judiciário se resumir somente em solucionar conflitos de interesses. Neste trabalho se compreende também como função, além da simples aplicação da legislação como antes o era concebido no Estado Liberal, a de agente participante e coordenador, cooperativo e dialógico na concretização dos direitos fundamentais, tal como concebido no modelo de Estado Social. Todavia, o autor acima mencionado tem o mérito de demonstrar a inexistência de liberdade total de qualquer poder. A liberdade para se tornar legítima tem que estar consubstanciada nos ditames constitucionais, em especial modo, no respeito aos direitos fundamentais.

Já dizia Juarez Freitas, ao tratar dos atos administrativo discricionários, que somente há “liberdade para emitir juízos decisórios, no encaço de promover a máxima concretização possível dos direitos fundamentais” (FREITAS, 2009, p. 386), em arremate afirma o mencionado autor:

A discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade proibida e minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação, a saber, racional característica fundante do Direito (FREITAS, 2009, p. 388-389).

Sobre o tema da discricionariedade, Valter Foleto Santin evidencia a inexistência de “liberdade pura de escolha” sendo que para o ato ter legitimidade deve estar em “conformidade com os princípios constitucionais, na busca do bem de todos, de forma que todo ato administrativo é vinculado, em maior ou menor porção” (SANTIN, 2013, p. 143). Esses mesmos argumentos, de igual modo, não se limitam somente ao ato administrativo, mas também ao legislativo e judicial.

Quando do trato de políticas públicas, estas além de estarem condicionadas aos direitos fundamentais, têm nos direitos sociais, conforme elucida Osvaldo Ferreira de Carvalho, marcos de consagração e não apenas limites de atuação:

Em nosso entender os direitos fundamentais ao abranger os direitos sociais, a partir da sua consagração jurídico-constitucional, apresentam-se não apenas como limites, mas também como fundamento das políticas públicas de desenvolvimento e interessa-nos a visão que enquadra os direitos sociais como marco de ação das políticas públicas. Além disso, as políticas públicas constituem a base de um conjunto de atividades a ser realizadas pela Administração Pública, para que os fins consagrados no texto constitucional sejam cumpridos, sobretudo no que se refere aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção (CARVALHO, 2019, p. 781).

A compreensão desse instrumento como método de concretização de direitos fundamentais faz com que a análise do pesquisador em direito, deva se orientar através de um diálogo com a Ciência Política, Sociologia, Economia e Administração Pública, criando uma percepção com maior qualidade. Dessa forma, ao estudar direitos fundamentais pensa-se inegavelmente em políticas públicas, estas orientadas por aqueles direitos.

Assim, torna-se crucial compreender o chamado processo de elaboração de políticas públicas, mais conhecido como ciclo de políticas públicas. O ciclo corresponde, mesmo que de forma não linear, nas seguintes fases: 1) identificação do problema, 2) formação da agenda, 3) formulação de alternativas, 4) tomada de decisão, 5) implementação, 6) avaliação, 7) extinção.

Mesmo ciente de que “o ciclo de políticas públicas raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública” e que “as fases geralmente se apresentam misturadas” e “as sequências se alternam” (SECCHI, 2013, p. 43), a sua compreensão tem o mérito de facilitar o estudo e o pensamento crítico sobre o assunto.

Segundo o ciclo, primeiro há a identificação do problema, que deve ser qualificado de “público”, nas palavras de Leonardo Secchi seria um problema “coletivamente relevante” (SECCHI, 2013, p. 2). O que não quer dizer que todo problema, mesmo que afete muitas pessoas (problemas sociais), deva ser considerado “público” (VÁZQUEZ; DELAPLACE, 2011, p. 37). Mas, somente aquele que consegue transpor de casos particulares para coletivos (LANÇA, 2012, p. 121), ultrapassando questões individuais. Em arremate, o “problema público é a diferença

entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública” (SECCHI, 2013, p. 44).

Certamente, a falta de concretização de um direito fundamental é um problema público, pois existe “a discrepância entre o *status quo* e uma situação ideal possível” (SECCHI, 2013, p. 44).

Identificado o problema, o passo seguinte, em uma análise racionalista, seria a chamada formação de agenda, que nada mais é que a seleção para o debate de algum problema público. Ademais, a formulação de agenda também serve para tornar e tachar um problema como “público”.

Para se conseguir colocar um problema na agenda precisa-se de momentos propícios, o que a doutrina denomina de “janela de oportunidade”. Segundo estudos de Kingdon sobre a agenda dos Estados Unidos, existem três variáveis: os fluxos dos problemas (problemas qualificados como públicos), as políticas públicas (análise de soluções para os problemas públicos) e a política (questões relacionadas com o clamor popular, pensamento político, etc.). Os referidos fluxos atuam em trajetórias diferentes, contudo, quando há o cruzamento dos três abrem-se as chamadas “janelas políticas” (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 115), ou “janelas de oportunidade”.

Segundo classificação de Xun Wu, Michael Ramesh, Michael Howlett e Scott Fritzen (WU; RAMESH; HOWLETT; FRITZEN, 2014, p. 37) existem quatro tipos de janelas, as rotineiras (o que são habitualmente abertas, como na elaboração das leis orçamentárias), discricionárias (são oriundas do próprio comportamento individual do político), aleatórias (acontece com acontecimentos imprevistos) e induzidas (questões são atraídas de forma indiretas).

Malgrado houver diversos problemas que poderiam ser chamados de públicos, é da natureza da agenda não tratar de todos, mas somente de alguns, diante das “limitações de recursos e tempo” (WU; RAMESH; HOWLETT; FRITZEN, 2014, p. 38).

Nota-se desde já que o Judiciário, através de sua atuação poderá criar compromissos significativos aptos a abrir a “janela de oportunidade”, colocando em pauta a discussão de um problema que outrora não estava no debate político. De mais a mais, o próprio judiciário poderá auxiliar na escolha de quais problemas seriam “públicos”, empoderando a sociedade que possui o poder de petição.

Realizada a agenda, o próximo passo é a formulação de alternativas de solução dos problemas encontrados e postos na agenda. Após segue-se para a tomada de decisão, ou seja, das soluções encontradas quais ou qual será posta em prática, avançando para a implementação, com a devida avaliação e, por fim a extinção, que ocorrerá por ter sido resolvido o problema, por não ser efetiva a política pública, por falta de vontade política em mantê-la, etc.

Nota-se que o método apresentado se mostra como “ordenado e racional”³⁵, todavia na realidade “evidenciam o contrário”³⁶, visto que “as políticas públicas como um processo muito complexo, sem começo nem fim e cujos limites permanecem muito incertos”³⁷ (LINDBLOM, 1991, p. 13). Em outras palavras, o modelo de ciclo de políticas públicas, mesmo que se apresente como racional (fases sequenciais), na prática não ocorre de forma linear e ordenada, servindo, na realidade, como auxílio para a compreensão e aprimoramento do estudo.

Todavia, mesmo não havendo a viabilidade de se exigir que se siga o ciclo, a pesquisa em políticas públicas demonstra o quanto o tema é complexo. Assim, a criação e avaliação de políticas públicas é assunto que requer cuidado, especialmente por parte do operador do direito, ao passo que toda política pública exige, em menor ou maior medida, esforço financeiro por parte do Estado³⁸, e tendo este recursos limitados, em contrapartida de pretensões sociais ilimitadas, a escolha de alocação em matéria orçamentária e econômica, no Estado Democrático, deve se orientar por escolhas coletivas, diga-se, democráticas.

Portanto, a criação, avaliação, modificação ou extinção de uma política pública, além de abalar economicamente o Estado, deve levar em conta o fato insofismável de recursos limitados, o que ocasiona as chamadas escolhas trágicas de alocação de recursos e prioridades. Decidir para “a” as vezes é não destinar recursos a “b”. Tais escolhas, como ponderado por Taís Dórea de Carvalho Santos, longe de serem uma “desculpa para a não efetivação de um direito, mas da completa impossibilidade de atendimento a todas as demandas para todos” (SANTOS, 2015, p.73).

³⁵ Tradução livre: “ordenado y racional” (LINDBLOM, 1991, p. 13).

³⁶ Tradução livre: “evidencian lo contrario” (LINDBLOM, 1991, p. 13).

³⁷ Tradução livre: “las políticas públicas como un proceso muy complejo sin principio ni fin y cuyos limites permanecen muy inciertos” (LINDBLOM, 1991, p. 13).

³⁸ Nas palavras de Flávio Galdino “todos os direitos fundamentais são, afinal, positivos – no sentido de que demandam prestações estatais positivas” (GALDINO, 2005, p. 225).

A limitação de recursos é uma realidade que a todo momento, quando se está a tratar de direitos fundamentais, deve ser levado em consideração. É neste sentido que Amana Kauling Stringari demonstra a necessária multidisciplinariedade entre o Direito e outras áreas como a Economia.

A admissão de que os direitos possuem, de fato, custos, e que estes custos podem limitar sua efetivação, bem como de que a escolha trágica de quais direitos (e direitos de quem?) serão efetivados deriva da escassez de recursos, demonstram a necessária e constante interação entre o Direito e a Economia, especialmente no âmbito da Administração Pública (STRINGARI, 2015, p. 135).

Argumenta ainda a mencionada autora de como o emprego de determinado recurso sempre é uma escolha em não se aplicar em outra destinação.

A decisão de estender benefícios sociais a grupos e/ou faixas etárias não antes contemplados têm efeito imediato na vida dos beneficiários. Mas os recursos ali empregados deverão ter fonte indicada e não estarão disponíveis para outras políticas sociais. De igual forma, a alteração, inclusão ou supressão de medicamentos constantes da tabela do Sistema Único de Saúde afeta positiva ou negativamente a vida de pacientes crônicos que deles necessitam (STRINGARI, 2015, p. 134).

Conseqüentemente, a falta de concretização de um direito pode possuir diversas causas, o que levará o julgador, quando da judicialização, a necessidade de cautelosa investigação e diálogo institucional. Entretanto, é inegável que a inação estatal ou ação deficiente é antijurídica. Questões de ordem fática são variáveis que devem ser levadas a sério, mas não podem servir de argumentos para afastar o controle jurisdicional. Não basta declarar direitos, mas na mesma medida tem que torna-los efetivos. Essa afirmação leva Andréia Regina Schneider Nunes Carvalhaes a demonstrar que o papel do juiz já não é mais declarar direito, mas, sobretudo, “realizar os direitos fundamentais prometidos pela Constituição Federal” (CARVALHAES, 2018, p. 60).

Neste sentido, há controvérsia acerca da viabilidade de se franquear amplo controle jurisdicional, ao passo que, prioritariamente, políticas públicas, de especial modo aquelas que exijam maior esforço financeiro pelo Estado, devem ser realizadas exclusivamente pelos Poderes Executivo e Legislativo. Os principais argumentos pela neutralização política do Judiciário, em especial decorrente da separação de funções, são resquícios do pensamento do Estado Liberal. No entanto, com o advento do pensamento Social se amplia os poderes-dever do

Judiciário como verdadeiro baluarte da sociedade para a luta da concretização dos direitos abstratamente previstos no texto constitucional.

O contraponto ao argumento da violação de funções é o fato de que em análise perfunctória percebe-se que sua origem e finalidade é justamente a proteção aos direitos fundamentais. Servindo a separação de funções como óbice à proteção aos direitos fundamentais, em especial os sociais, não terá sentido sua invocação. Logo, não se pode invocar esse princípio “contra o objetivo de tutela desses direitos” (CAMBI, 2013, p. 194), ou seja, contra a proteção dos direitos fundamentais (sociais).

Eduardo Cambi ao analisar os pensamentos do Estado Liberal e de Bem-Estar Social, em especial, na função em que o Poder Judiciário exerce em cada modelo, verifica a mudança do protagonismo judicial, saindo de uma atitude neutralizada para uma conduta marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais.

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social a exploração de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos constitucionais. A luta por saúde, educação, moradia, segurança social, entre outros direitos, instrumentalizada em demandas individuais e sobretudo coletivas, promoveu a juridificação da justiça distributiva. O Judiciário foi chamado a enfrentar a gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social. O desempenho judicial adquiriu maior relevância social, mas também começou a ser mais questionado pelos meios de controle social (especialmente, pela imprensa), tornando-se objeto de controvérsia pública e política (CAMBI, 2013, p. 178/179).

Serve, assim, o Poder Judiciário como recôndito de lutas sociais vocacionado à concretização de direitos fundamentais, esta possibilidade nada mais é que o resultado do Estado de Bem-Estar Social adotado pela Constituição de 1988, a qual permite que se pugne em Juízo diversas pretensões sociais contra o Estado. Possui, assim, verdadeira função socioterapêutica, devendo buscar corrigir os desvios cometidos pelos outros poderes, tendo sempre como foco os direitos fundamentais e o Estado de Bem-Estar Social.

O Poder Judiciário é chamado a exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social. O conceito de juiz social é

consecutório de uma teoria material da Constituição e da legitimidade do Estado Social, fundadas em postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CAMBI, 2013, p. 196).

Logo, atualmente, ao Judiciário não cabe apenas declarar e realizar a subsunção do fato à norma, mas de igual medida servir de caminho para a concretização das finalidades do Estado, dentre das quais a realização dos direitos fundamentais (sociais).

Com isso, é alterada a função do Poder Judiciário, que não apenas se restringe a tarefa de subsunção do fato à letra da lei, ou seja, não basta dizer o que é certo ou errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas, principalmente, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz) (CAMBI, 2013, p. 195).

Assim, há inegavelmente a legitimidade do Poder Judiciário em realizar controle judicial das políticas públicas, pois, sendo estas instrumentos de promoção aos direitos fundamentais, e estes últimos vinculando a ação e omissão de todos os poderes, tem o Judiciário o dever de auxiliar a sociedade na luta de concretização dos ditames e objetivos constitucionais. Mesmo que se admita que ao Poder Legislativo e Executivo se possua, e se espera, prioridade na formulação e implementação das políticas públicas, quando da sua omissão ou atuação deficiente, caberá ao Poder Judiciário legitimidade para atuar.

(...) omissa o Poder Legislativo na regulamentação e definição das diretrizes, ou inerte o Poder Executivo na execução das políticas públicas, propicia a fiscalização e o controle judicial da efetivação dos direitos sociais, cujos limites de sua atuação serão avaliados na sequência (CARVALHAES, 2018, p. 62).

Eduardo Cambi, quando da análise das formas pelas quais o Poder Judiciário poderá realizar o controle judicial de Políticas Públicas, fixa cinco modos de sua ocorrência: 1) na fixação de metas e prioridades; 2) resultado final esperado; 3) quantidade de recursos a ser investido; 4) na concretização das metas; 5) no grau de eficiência.

Sendo as políticas públicas promotoras de direitos fundamentais, o controle judicial pode recair sobre cinco objetos distintos: a) a fixação de metas e prioridades, por parte do Poder Público, em matéria de direitos

fundamentais; b) o resultado final esperado das políticas públicas; c) a quantidade de recursos a serem investidos na consecução das políticas públicas (seja quando a Constituição impõe, especificamente, quais sejam os percentuais mínimos, como ocorre com saúde e educação, nos art. 198, §2º, e 212, seja quando o Poder Público aplica mal o dinheiro público, em detrimento do mínimo essencial, promovendo gastos abusivos, como, por exemplo, em propaganda ou eventos culturais); d) a concretização das metas traçadas pelo Poder Público (v.g., arts. 74, I, e 84, XI e XXIV da CF/1988), por intermédio das políticas públicas; e) a eficiência mínima (isto é, a economicidade ou a relação custo-benefício), decorrente da aplicação do princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da CF/1988), na aplicação dos recursos públicos, o que impõe ao administrador público otimizar o emprego dos recursos públicos disponíveis para obter os melhores e mais relevantes resultados possíveis para promover o interesse público (v.g., seria inconcebível que o poder público construísse uma escola pelo dobro do preço que a mesma construção teria se realizada pelo particular) (CAMBI, 2013, p. 198).

Observa-se que seguindo as observações de Eduardo Cambi quanto às formas que poderá ocorrer intervenção judicial nas políticas públicas, pode-se correlacioná-las ao outrora estudado ciclo de políticas públicas. Assim a fixação de metas e prioridades corresponde a uma intervenção na “agenda”, o julgamento quanto ao resultado final esperado se aproxima na “identificação do problema”, já no que toca à quantidade de recursos a ser investido encontra-se na seara da “formulação de alternativas”, quando da busca na concretização das metas é o mesmo que o momento denominado no ciclo de “implementação” e por fim quanto à avaliação do grau de eficiência seria a fase de “avaliação”.

Assim, a todo o momento poderá o Judiciário possuir forte atuação, indo desde a definição à implantação de políticas públicas. Motivo pelo qual Carvalhaes aponta que a definição e implementação de políticas públicas perpassa pelos três Poderes.

Isso porque o processo de definição e implementação de políticas públicas deve perpassar pelos três Poderes, desde a fase de identificação dos problemas e de prioridades, a formulação de propostas, a implementação propriamente dita em conformidade ao aparato administrativo, à dotação orçamentária e ao processo legislativo, a avaliação dos resultados e do impacto da política pública, e, por fim, a fiscalização e controle da execução da política pública mediante a atuação da sociedade (controle social), dos Tribunais de Contas e, judicialmente, pelo Poder Judiciário (CARVALHAES, 2018, p. 61).

Deixa-se claro que o Judiciário possui ampla legitimidade de intervenção no ciclo das políticas públicas, o que oportuniza ser um instrumento social para a busca de efetivação dos direitos fundamentais, tornando-o potencial baluarte de lutas

sociais, ao passo que, ao decidir um caso posto à Juízo poderá provocar “pressões sociais próprias da sociedade democrática” (ALONSO, 2012, p. 150).

Ricardo Pinha Alonso estuda três hipóteses de intervenção judicial em Políticas Públicas, a depender do grau da densidade normativa constitucional. A primeira quando a norma possui densidade normativa suficiente para se identificar com clareza as prestações materiais a serem realizadas, nesta hipótese o judiciário deverá determinar a “implementação das tarefas materiais necessárias à consecução do fim inserido no texto constitucional” (ALONSO, 2012, p. 141), exemplificando o mencionado autor a hipótese do direito à saúde, educação básica, atendimento educacional especializada às pessoas com deficiência, educação infantil. A segunda hipótese incide nos direitos com densidade normativa menor, que demandariam intermediação legislativa, neste caso verifica o autor que demandas individuais não seriam adequadas, contudo o próprio texto constitucional traz diversos mecanismos para corrigir a falta de densidade normativa, como ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Por fim, também há possibilidade de intervenção quando as políticas públicas são insuficientes.

Observa-se que diante da complexidade do tema tratado, especialmente da multidisciplinariedade necessária para a boa análise, bem como diante de decisões alocativas de recursos finitos, há a necessidade de buscar mecanismos e condutas vocacionadas ao diálogo institucional.

Justamente por isso o diálogo entre os Poderes Públicos e a sociedade, se presente em todas as etapas, é fundamental para a viabilização plena dos direitos sociais e ao cumprimento dos fins constitucionais do Estado Social (CARVALHAES, 2018, p. 61).

O que se defende é uma atuação coordenada do Judiciário e não substitutiva. Esta última, que não decorreria do simples controle, não encontra base constitucional-democrática para lhe conceder sustentação. Aliás, como exposto por Eduardo Fernando Appio a substituição do legislador ou administrador pelo juiz se mostraria ilegítima, pois juízes não foram eleitos, não possuem aparato técnico, contradiz com sua atividade-fim de revisão dos atos, desgasta o Poder Judiciário, e o torna um superpoder.

A substituição do legislador/Administrador Público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o Administrador

Público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial de administração”. A discricionariedade do Administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir esta atividade, a título de fiscalizar sua escorreta execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal (APPIO, 2004, p. 235-237).

Mesmo com ressalvas a tais críticas, como o fato de que a falta de legitimidade democrática se compensa com o diálogo processual, a falta de aparato técnico se afasta com o auxílio de pesquisadores (utilizando, por exemplo, entidades com renomado conhecimento na figura de *amicus curiae*), assistentes técnicos das partes e peritos, a atividade-fim do Judiciário também não é somente declarar direitos, mas na mesma medida efetivá-los, o desgaste social não pode ser impeditivo à sua atuação por vezes contramajoritária, e a falta de atuação *ex officio* por conta do princípio da inércia não o faz se tornar um superpoder.

Fato é que é indefensável uma substituição completa dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário. Todavia, diante da vinculação que se encontram todos os poderes em função dos direitos fundamentais e da política de estado proclamado pelo Estado de Bem-Estar Social Constitucional, a atuação desses poderes se torna cada vez menos delimitado. Assim, o que faz legítimo a atuação judicial é através de uma fiscalização dialógica, por meio do qual, se garanta, em especial à sociedade, mecanismos de controle e concretização dos mandamentos constitucionais.

A título de conclusão parcial, nota-se que o Estado Social constitucionalmente adotado e os direitos fundamentais determinam um atuar vocacionado à emancipação social. Este atuar se concretiza através da realização

de políticas públicas, as quais, os poderes não possuem plena liberdade, na medida em que a normatividade constitucional impõe no mínimo objetivos a serem alcançados. Desse modo, sendo as políticas públicas a externalidade fático-normativa do texto constitucional, o controle judicial é cabível, contudo, deve-se ter em mente que ao tratar de políticas públicas se encontrará sempre em um cenário de recursos limitados, o que acaba por necessitar de tomadas de decisões democráticas. Assim sendo, a conduta judicial deve ser orientada para além dos direitos, mas também ao diálogo institucional, buscando legitimidade no procedimento que crie formas dialógicas e cooperativas, levando as pretensões sociais ao nível do debate político, para exatamente garantir esses direitos.

2 DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO

Nosso povo cresceu, assumiu o seu destino, juntou-se em multidões, reclamou a restauração democrática, a justiça social e a dignidade do Estado. Estamos aqui para dar a essa vontade indomável o sacramento da lei. A Constituição deve ser - e será - o instrumento jurídico para o exercício da liberdade e da plena realização do homem brasileiro. Do homem brasileiro como ser concreto, e não do homem abstrato, entre imaginário que habita as estatísticas e os compêndios acadêmicos. Do homem homem, acossado pela miséria, que cumpre extinguir, e com toda a sua potencialidade interior, que deve receber o estímulo da sociedade, para realizar-se na alegria de fazer e na recompensa do bem-estar.

(Ulysses Guimarães, 1987)

O primeiro capítulo trouxe a noção de que há forte vinculação de todas as funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária) à efetivação e concretização dos direitos fundamentais, sejam sociais ou não.

Notou-se que esses direitos devem ser pautas permanentes na política estatal, havendo o dever de agir em razão deles, concretizando-os ao máximo possível. Ao mesmo tempo, por se tratar de normas jurídicas, quando da sua judicialização, teve-se a impressão da incapacidade do texto puro e simplesmente, bem como da eventual ordem judicial meramente declaratória ou condenatória, realizar transformações significativas na estrutura social. Nisto, apresentou-se como necessário a realização de atos concretos e estruturais no mundo fenomênico vocacionados à criação e aperfeiçoamento de políticas públicas, um dos principais mecanismos para a efetividade dos direitos abstratamente previstos.

O maior aprendizado do capítulo antecedente foi o de constatar uma pauta permanente que deve estar vocacionada à realização de mudanças na realidade social, no exato sentido de pugnar por uma efetivação sempre presente dos direitos fundamentais, em especial os sociais. O problema que se iniciou, e que neste capítulo se faz central, é o de como o Poder Judiciário deverá agir quando do manejo de direitos que necessitam realizar mudança na estrutura do manto social para se concretizar.

Propõe-se, em arrimo aos pressupostos já levantados, uma nova teoria da decisão judicial vocacionada a não somente declarar o direito, mas de igual maneira modificar a realidade social, levando-se em conta, especialmente, os limites de ordem fática e a necessidade de harmonia entre os poderes e deles com a própria sociedade. Sem buscar propor utopias, pretende-se neste capítulo tratar de forma séria e realista as teorias que podem embasar um modelo de agir vocacionado ao diálogo democrático e institucional, imputando o dever de agir vocacionado à mudança social, mas de forma dialógica a fim de modificar realidades inconstitucionais.

Ponderando entre os dois extremos da chamada vedação ao excesso, e da proibição à insuficiência, buscou-se um caminho que seja harmônico entre dever constitucional de agir e as limitações factuais.

O estudo, doravante delimitado no agir do Poder Judiciário, focará no que se convencionou chamar de ativismo judicial, propondo, ao final, a realização do ativismo judicial dialógico, o qual se entende como o ponto de equilíbrio entre dever constitucional de agir e limitações factuais. Longe de um Judiciário indiferente aos problemas sociais, mas também distante de um Judiciário que domina toda a estrutura política e social, deve se encontrar um Judiciário que sirva de protagonista responsável com a ideia de democracia participativa.

Para tanto, a fim de manter um texto coeso, como forma de complementar o primeiro capítulo, inicia-se o estudo deste na nova visão constitucional denominada de Neoconstitucionalismo, bem como da teoria denominada de Constituição Dirigente, ambas, como aprofundamento do primeiro capítulo, o que acabou por trazer algumas bases para o chamado ativismo judicial. No segundo tópico, buscou-se compreender essa influência constitucional no sistema processual, vocacionando a investigação no chamado Neoprocessualismo; aqui se compreendeu sobre o fenômeno denominado judicialização da política e estudou o comportamento binário

do Judiciário, ativismo e autocontenção. Na última parte deste capítulo, tentou-se encontrar um ponto de convergência entre a necessidade de agir e a harmonização dos poderes, deflagrando a ideia do que se chama de ativismo judicial dialógico.

2.1 Influências do Neoconstitucionalismo e da Constituição Dirigente (ou Diretora) como base ao ativismo judicial

Sabe-se que a Constituição invade todo ordenamento jurídico, nela se tem regras aplicáveis a todo e qualquer campo do direito. Não só; por meio dela é que se realiza verdadeira luz interpretativa, servindo como parâmetro de interpretação de todo o ordenamento jurídico, fato este oriundo da força normativa que a Constituição possui.

No primeiro capítulo estudou a vinculação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) aos ditames constitucionais, os quais criaram verdadeiro dever de tornar factual o que abstratamente está previsto no texto constitucional. Agora se estuda a influência da constitucionalização do direito, principalmente no movimento denominado neoconstitucionalismo e neoprocessualismo (próximo tópico). Investiga-se, dessa forma, como deve ocorrer o comportamento do Poder Judiciário. Parte-se do pressuposto de que somado com o modelo de Estado Social e com a força normativa dos direitos fundamentais, deve o Poder Judiciário atuar no sentido vocacionado à emancipação social.

Aliás, somente é possível empreender a tarefa aqui proposta, estudar o denominado neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, devido, inexoravelmente, à mudança de modelo de Estado que passa do Liberal ao Social, no qual, sai de uma Constituição impregnada de deveres de abstenção a uma Constituição que emana normatividade e regula condutas. São essas as observações feitas por Amélia do Carmo Sampaio Rossi, para quem:

O constitucionalismo moderno, como se esboçou anteriormente, nasce liberal e evolui ao longo do tempo, sofrendo alterações e acréscimos em relação ao próprio conceito de Constituição e sua estrutura. Essa evolução guarda, necessariamente, íntima relação, como já se percebeu, com as mudanças modélicas de Estado. É possível afirmar que o moderno constitucionalismo liberal esteve atrelado a um contexto histórico, político, econômico e ideológico de desenvolvimento do modelo liberal de Estado e, por isso mesmo, o papel ainda secundário desempenhado pela

Constituição, entendida como Carta Política, diante do desenvolvimento central das grandes codificações do direito privado, o apego ao legalismo (a conseqüente ascensão do Poder Legislativo em relação aos demais Poderes instituídos) e o incipiente positivismo. A transformação do Modelo Liberal de Estado de Direito para um modelo de Estado Social de Direito, nas suas mais variadas vertentes, inclusive a socialista, traz mudanças também na compreensão do papel desempenhado pela Constituição. Esta passa a ter reconhecida uma normatividade superior em relação às demais leis, não apenas no tocante à forma, mas também em relação ao seu conteúdo. O próprio princípio democrático se desenvolve com a evolução do constitucionalismo a tal ponto que hoje seria impensável imaginar o constitucionalismo por meio de uma Constituição que não garanta ou instrumentalize a estrutura democrática. Isso nos mostra que o constitucionalismo contemporâneo faz adesão a determinados valores políticos que passam a orientá-lo (ROSSI, 2011, p. 155).

As bases dadas no primeiro capítulo demonstraram a legitimidade do Judiciário em interferir em temas típicos dos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente no tocante ao ciclo de políticas públicas. O momento, agora, é trazer a continuidade dos estudos quanto ao fundamento constitucional da atitude do Judiciário, bem como começar a traçar caminhos e limites à atuação desse mesmo Poder através do que irá se denominar de ativismo judicial dialógico.

A perspectiva deste tópico leva em consideração o fato de que a Constituição ao tratar amplamente de diversas áreas do direito acaba por influir diretamente na postura do julgador que deve, no mínimo, verificar a compatibilidade da legislação posta com o texto constitucional. A mudança comportamental também se extrai do fato de que ao julgar deve-se ter em mente a preponderância dos direitos fundamentais em toda e qualquer disputa judicial, realizando o sopesamento (ponderação) se necessário nos casos de conflito desses direitos.

Pois bem. Sabe-se que a ideia de constitucionalismo consiste basicamente na criação de um texto no qual se haveria a limitação dos poderes³⁹, texto esse denominado de Constituição, cria-se, dessa forma, o “princípio do governo limitado” tudo com uma finalidade garantista, “no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, 2003, p. 51). Todo poder é limitado e este limite encontra-se na lei das leis, a Constituição. Para

³⁹ (...) o constitucionalismo como teoria ou movimento doutrinário que estabeleceu a necessidade e garantiu a existência de limites jurídicos ao exercício do poder político, e, conseqüentemente, estruturas de garantia da liberdade por meio de técnicas e mecanismos de limitação do poder (ROSSI, 2011, p. 141).

tanto a Constituição possui três características: 1) normatividade e imperatividade; 2) superioridade; 3) centralidade (BARCELLOS, 2005, p. 84).

O movimento denominado de neoconstitucionalismo não abandona a ideia de governo e poder limitado. Contudo, não se presta somente a trazer limites de atuação, mas também visa garantir valores e fins a serem alcançados. Conforme Ana Paula de Barcellos enuncia, o “neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica [normatividade, superioridade e centralidade], cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito” (BARCELLOS, 2005, p. 84). Demonstra assim, que o neoconstitucionalismo longe de abandonar o constitucionalismo ou superá-lo, trata-se na realidade de verdadeiro aprofundamento, por esta razão que Esteban Buriticá Aragon e Kennier Garay Harazo afirmam que “o neoconstitucionalismo valoriza positivamente as mudanças políticas e jurídicas do processo de constitucionalização”⁴⁰ (ARANGO; HERAZO, 2020, p. 34), em especial a criação de “uma Constituição rígida que incorpora direitos fundamentais e atribua poderes aos juízes para exercer o controle de constitucionalidade das leis”⁴¹ (ARANGO; HERAZO, 2020, p. 34). Tem-se como principais autores do movimento neoconstitucional Alexy, Ferrajoli, Dworkin, Niño, Zagrebelsky, Pérez Luño, Prieto Sanchis, Peces-Barba, Ollero, etc. (VIGO, 2008, p. 3-4).

Enquanto no constitucionalismo se havia como base filosófica o chamado positivismo jurídico, ou seja, o governo das leis, no neoconstitucionalismo se tem o chamado pós-positivismo jurídico, o qual sem abandonar as bases positivistas traz uma aproximação às bases do jusnaturalismo⁴², buscando ir “além da legalidade

⁴⁰ Tradução livre: el neoconstitucionalismo valora positivamente los cambios políticos y jurídicos del proceso de constitucionalización (ARANGO; HERAZO, 2020, p. 34).

⁴¹ Tradução livre: Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y atribuya competencias a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes (ARANGO; HERAZO, 2020, p. 34).

⁴² Não se trata, portanto, de afirmar equivocadamente, o abandono do direito positivo, mas sim, o abandono da mentalidade que estruturou o desenvolvimento jurídico do positivismo. O abandono da prevalência da forma em relação ao conteúdo, da prevalência da descrição em detrimento da prescrição, da ideia de que o que o “*direito é*” é diferente do que o “*direito deve ser*”, sem ter que para isso abrir-se mão da possibilidade de crítica ao direito. O abandono, enfim, da condição de isolamento da ciência do direito para com os demais saberes e, em especial, para com a filosofia, a ideologia e a política. A compreensão da exigência de neutralidade científica ficou, definitivamente no século XIX. Hoje a necessidade é a de que exista uma ciência comprometida com a realização de determinados fins de concreção dos direitos fundamentais, ou seja, uma ciência comprometida com uma prática de

estrita”, contudo sem desprezar “o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2006, p. 47). Em outras palavras, realiza-se no ordenamento jurídico uma leitura baseada por uma “teoria de justiça”, mas sem “comportar voluntarismos ou personalismos” (BARROSO, 2006, p. 47).

Assim, características metafísicas como justiça encontram-se incrustadas no texto Constitucional, que não admite somente a limitação do poder, mas também moraliza o direito e determina um dever de agir orientado valorativamente aos ditames inseridos nos direitos fundamentais. É esta correlação que Susanna Pozzolo faz entre direito e moral, ao verificar a conexão nos níveis interpretativo e justificativo, ou seja, se interpreta o direito moralmente, bem como este se encontra vinculado a um valor moral, nesse sentido diz a autora:

Isso leva a sustentar, em diferentes níveis, a conexão necessária entre direito e moral. A conexão é verificada no nível interpretativo. Atribuindo significado aos padrões chamados de 'princípios', o operador deve primeiro atribuir significado aos valores moral subjacente; É necessário, portanto, que ofereça uma leitura moral deles (e não literal). Do ponto de vista da mera análise linguística, os princípios nada teriam. O que quer dizer, eles perderiam seu valor prescritivo; pelo contrário, eles são compreendidos por meio de seus ethos. O produto da interpretação, no final de várias etapas de avaliação exigidas, é uma norma que pode justificar uma decisão na medida em que apresenta uma origem moral. A conexão entre o direito e a moralidade verifica-se, portanto, também no plano justificativo, pois apenas por meio dela (a moral) a decisão judicial poderia ser justificada. A partir daí, a doutrina do neoconstitucionalismo defende a prevalência do ponto de vista interno, do ponto de vista do participante, em relação ao observador desinteressado. Apenas da perspectiva do participante a decisão justificada é identificável. O observador, sem compartilhar o substrato moral dos participantes, não poderia identificar a justificativa efetiva do direito. Isso tenderia a fornecer uma descrição falaciosa, desde o retorno da norma em questão à norma que a justifica, e assim construindo sucessivamente a cadeia de competência, alcançará a última norma positivo do sistema, por exemplo, para a constituição, mas além deste ponto não estará em condições para identificar normas válidas, mas apenas a prescrição de alguma autoridade, por exemplo, a assembleia constituinte, e considerará, então, que a justificativa das decisões residem, em última instância, nos fatos que levaram à existência dos padrões aplicados. Mas, como já foi dito, a justificativa de uma norma reside sempre em outra regra e não nos fatos que lhe deram origem. Portanto, em suma, o observador não será capaz de

racionalidade científica na resolução dos problemas concretos que se apresentam na comunidade para, neles e a partir deles, realizar a afirmação constante dos direitos fundamentais. A ciência com a consciência da permanente tensão constitutiva e produtiva entre a esfera do sujeito *versus* esfera do objeto, razão *versus* paixão, o público *versus* privado, liberdade *versus* igualdade, forma *versus* conteúdo, substancialismo *versus* procedimentalismo (ROSSI, 2011, p. 201).

identificar a justificativa "real" para as decisões judiciais (POZZOLO, 1998, p. 343/344)⁴³.

Dessa forma, identifica Barcellos que do ponto de vista material o neoconstitucionalismo (1) incorpora explicitamente valores e opções políticas, em especial quanto à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, (2) traz para dentro do sistema constitucional os conflitos específicos e gerais das opções normativas e filosóficas (BARCELLOS, 2005, p. 85).

Em arremate Rodolfo Luis Vigo traça algumas características centrais do movimento neoconstitucional, que sem abandonar o constitucionalismo, aprofunda-o e se diferencia nas seguintes questões:

(...) (a) o direito deixar de ser um conjunto sistemático de normas autorizativas para compreender valores e princípios disponíveis para as respostas jurídicas dos operadores; (b) na epistemologia jurídica, já não se defende tanto um saber meramente descritivo e sistematizador, senão que se reclama prescrição e valoração; (c) a aplicação deixa de assimilar-se à decisão irracional ou volitiva, como em Kelsen, ou de fácil desentranhamento da solução contida na norma, para requerer da razão prática ponderações e argumentos que a validem ou justifiquem; (d) o direito, em maior ou menor medida, judicializa-se superando a distinção entre criação e aplicação; (e) a validade das normas, incluídas as legais, amplia-se aos conteúdos, especialmente constitucionais que potencializam o papel do Poder Judiciário; (f) reconhece-se uma juridicidade indisponível ou limitadora do direito posto as autoridades; e (g) a distinção contundente entre direito e moral se fragiliza, e o jurista deve enfrentar exigências de moral crítica (VIGO, 2008, p. 6).

⁴³ Tradução livre: Esto lleva a sostener, a distintos niveles, la conexión necesaria entre derecho y La conexión se verifica a nivel interpretativo. Al atribuir significado a los estándares denominados «principios», el operador debe primero atribuir significado a los valores morales subyacentes; es preciso, pues, que ofrezca una lectura moral de los mismos (y no literal). Desde el punto de vista del mero análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir, perderían su valor prescriptivo; por el contrario, se comprenden a través de su ethos. El producto de la interpretación, al final de varios pasos valorativos requeridos, es una norma que pueda justificar una decisión en cuanto presenta un origen moral. La conexión entre derecho y moral se verifica, pues, también a nivel justificativo, ya que sólo mediante esa vía la decisión jurídica podría justificarse. A partir de ahí, la doctrina del neoconstitucionalismo sostiene la prevalencia del punto de vista interno, del punto de vista del participante, en relación con el del observador desinteresado. Sólo desde la perspectiva del participante es identificable la decisión justificada. El observador, sin compartir el sustrato moral de los participantes, no podría identificar la efectiva justificación del derecho. Tendería a proveer una descripción falaz, puesto que remontándose de la norma en cuestión hasta la norma que la justifica y así sucesivamente construyendo la cadena de competencia, llegará hasta la última norma positiva del sistema, por ejemplo, a la constitución, pero más allá de este punto no estará en condiciones de identificar normas válidas, sino sólo la prescripción de alguna autoridad, por ejemplo, la asamblea constituyente, y considerará, entonces, que la justificación de las decisiones reside, en última instancia, en los hechos que han llevado a la existencia de las normas aplicadas. Pero, como se ha dicho, la justificación de una norma reside siempre en otra norma y no en los hechos en los que ha tenido su origen. Por tanto, en definitiva, el observador no podrá identificar la «real» justificación de las decisiones jurídicas (PAZZOLO, 1998, p. 343/344).

O autor acima mencionado reconhece diversos riscos do movimento neoconstitucional como a sobreconstitucionalização (pretender que todas as soluções jurídicas se encontrem na Constituição), o enfraquecimento do Poder Legislativo (e da própria lei), a possibilidade de debilitar a democracia, criar um novo juspositivismo ideológico constitucional, desnORMATIZAR o direito (por conta do uso excessivo dos princípios), hipermoralizar o direito, renunciar o silogismo dedutivo judicial, renunciar a ciência jurídica, abalar a segurança jurídica, ter na jurisprudência a única fonte do direito, suprimir ou enfraquecer o Estado, o direito ser absorvido por toda ética social, tornar o direito hiper-realista, politizar demasiadamente o Judiciário, criar um etnocentrismo cultural judicial, entre outros (VIGO, 2008). Contudo, aponta Vigo algumas soluções para evitar seus temores como melhorar a técnica legislativa, criar legislações mais modestas (que não tentam prever todos os acontecimentos sociais, mas que seja aberta para possibilitar ao jurista maior interpretação a abarcar novas hipóteses não previstas), maior argumentação para justificação das normas, mais estudos e controle sobre a jurisprudência, mais cultura constitucional, mais filosofia jurídica, entre outros (VIGO, 2008). Mesmo diante dos temores do autor, que em resumo se caracterizaria por uma hipertrofia do Poder Judiciário que o levaria à casuística e ao subjetivismo, ou nas palavras de Vilian Bollmann “arbitrariedade travestida de racionalidade” (BOLLMANN, 2009, p. 187)⁴⁴ fato que o movimento neoconstitucional traz diversas vantagens ao buscar moralizar o direito, em especial ao trazer valores e fazer com que haja um compromisso significativo em favor dos direitos fundamentais. Aos temores de uma dominação judicial se contrapõe o modo de agir dialógico, como será aprofundado em momento oportuno deste trabalho.

Com as premissas-bases do movimento neoconstitucional anunciado acima, no caso brasileiro se verifica que o neoconstitucionalismo surge com a Constituição de 1988, que além de trazer diversos valores, influi em todo o ordenamento jurídico,

⁴⁴ O mesmo autor refere-se à ideia de arbitrariedade de diversas formas, como por exemplo, quando do controle de constitucionalidade “quando alguém discute se a norma ‘X’ ofende a Constituição, ele discute se a norma ‘X’ ofende aquilo que ele acha que é a Constituição” (BOLLMANN, 2009, p. 204) ou quando da aplicação do princípio da proporcionalidade, que para o autor na realidade seria “aparente e pretendida objetividade do postulado da proporcionalidade esconde a subjetividade existente no sopesamento de valores” (BOLLMANN, 2009, p. 206). O autor traz em arremate a necessidade de se criar mecanismos de controle das decisões judiciais, as quais devem ser claras e explícitas em suas fundamentações explicando os “valores embutidos nas decisões judiciais” (BOLLMANN, 2009, p. 228).

acarretando em seu texto obrigações a todos (os poderes) no sentido de efetivar os direitos fundamentais. A grande diferença das constituições anteriores está exatamente neste ponto, de não ser a Constituição de 1988 “repositórios de promessas vagas e de exortação ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2006, p. 49), é neste ponto que a conduta do judiciário ganha um dever fundamental, pois caberá ao Juízo “na maior medida possível, fazer tornarem-se realidade os sonhos constitucionais” (DE FILIPPO, 2010, p. 69), o que adiante será afirmado como as bases do chamado neoprocessualismo.

A normatividade e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais são grande marca do neoconstitucionalismo. Logo, há: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (BARROSO, 2006, p. 48). Seriam essas as três marcas do neoconstitucionalismo, em outras palavras, “a relevância aos princípios, a constitucionalização do direito e a grande importância do Judiciário” (DE FILIPPO, 2010, p. 54).

É acertada, assim, a afirmação de Luís Roberto Barroso, para quem a Constituição de 1988 passa da “desimportância ao apogeu” (BARROSO, 2006, p. 46). Certamente, o texto constitucional constitui o epicentro de todo ordenamento jurídico, trazendo não somente limites, mas valores morais e filosóficos, bem como, determinando ações a serem desenvolvidas (caráter objetivo dos direitos fundamentais).

Barroso analisa exatamente a influência da constituição sobre os poderes, tendo como base o movimento neoconstitucional, afirmando que:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais (BARROSO, 2006, p. 58).

Tudo passa pelo texto constitucional, no mínimo, a Constituição é lente interpretativa na qual toda e qualquer interpretação deve estar direcionada; ao texto e valores estampados nele⁴⁵.

Desse modo, ao trazer objetivos e estatuir uma sociedade ideal, moralmente influenciada por valores do neoconstitucionalismo, que a teoria do chamado constitucionalismo dirigente se mostra um ponto interessante para o estudo.

O constitucionalismo dirigente propugna a ideia de que a Constituição é mecanismo de mudanças sociais e não somente espelhamento da realidade da vida social, ou seja, a Constituição não se contenta com o *status quo*, muito pelo contrário, busca trazer diversas transformações sociais, seja por meio de programas revolucionários ou reformistas (MOREIRA, 2009, p. 58) trazendo “metas comportamentais sugeridas tanto para o Estado quanto para a sociedade” (MOREIRA, 2009, p. 69). Em outras palavras, “a Constituição Dirigente fixa objetivos a serem alcançados pela sociedade” e traz uma verdadeira “intervenção estatal no âmbito social, cultural, político e econômico” (STRAPASSON, 2019, p. 593). Assim, “não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro” (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771).

Nesta ideia nota-se uma desconfiança no legislador, motivo pelo qual, busca-se de algum modo vinculá-lo de forma positiva (dever de agir) ou negativa (dever de não agir) (MOREIRA, 2009, p. 62). Sendo que as normas constitucionais “limitam a direção do poder político e consubstanciam uma imposição de atuação para o legislador, sendo a Constituição um plano de direção para o futuro” (STRAPASSON, 2019, p. 593).

Esta “desconfiança” encontra-se nas metas traçadas previamente que aspiram um dever de se realizar os programas previstos no texto magno. Tal vinculação muito mais que exercer influência somente no legislador, ultrapassa barreiras para atingir a todos, os quais devem respeito ao texto constitucional e possuem o dever na busca da concretização das mudanças sociais que a Constituição Dirigente

⁴⁵ Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si com a sua ordem, unidade e harmonia mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma constitucional (BARROSO, 2006, p. 68).

prevê. Isto acaba por trazer uma ideia de legitimação material, cuja base e origem é o próprio texto constitucional. Nas palavras de Nelson Camatta Moreira:

Trata-se de uma proposta de legitimação material da constituição pelas finalidades e atribuições contidas no próprio texto constitucional. Assim, o problema apresentado por Canotilho sobre a Constituição dirigente consiste num problema de legitimação, cujo principal objetivo é ofertar subsídios jurídicos e força para a mudança social, na medida em que esse modelo de constituição busca a racionalização da política, incorporando, ainda, uma esfera materialmente legitimadora, ao estabelecer ao fundamentar constitucionalmente a política (MOREIRA, 2009, p. 62).

O que reverbera as afirmações tecidas desde o primeiro capítulo, de que todo ato para ser legitimamente constitucional deve delegar respeito às normas e objetivos constitucionais, seja ele praticado pelo executivo, seja pelo legislativo, seja pelo judiciário. Inexistindo, assim, discricionariedade pura, ao passo em que todo agir deve estar constitucionalmente vinculado.

Em resumo, a ideia de Constituição Dirigente consiste na criação de um “bloco de normas constitucionais no qual os fins e as tarefas do Estado são definidas, bem como são estabelecidas as suas diretivas e estatuídas as suas imposições” (MOREIRA, 2009, p. 62).

Dessa forma, tendo suas características estatuídas acima, importante verificar se a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição Dirigente, ao menos sob o ponto de vista normativo.

Observa-se, desde o início, que em diversos dispositivos a Constituição busca traçar metas e objetivos a serem alcançados, como no artigo 3º que estatui como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); que busque o desenvolvimento (inciso II); na qual se erradique a pobreza, a marginalização e se reduza a desigualdade (inciso III); que se promova o bem para todos (inciso IV) (BRASIL, 1988). Mas não somente, o próprio dispositivo que prevê a abrangência do salário mínimo também se mostra como um objetivo constitucional (art. 7º, V) (BRASIL, 1988). De forma específica, quando se fala do direito à educação, nota-se que o art. 208 garante programas e objetivos como a educação básica gratuita (inciso I) e a progressiva universalização do ensino médio gratuito (inciso II) (BRASIL, 1988). O próprio artigo 219 prevê proteção ao mercado interno ao considera-lo parte do patrimônio nacional, determinando que o incentive de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, bem como o bem-estar da

população (BRASIL, 1988). O próprio direcionamento da ordem econômica previsto no artigo 170 também é indicativo da criação normativa de uma constituição dirigente, ao passo que se valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, sendo que toda ordem econômica deve buscar assegurar a todos existência digna em observância aos ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

Dessa forma, entende-se que a Constituição de 1988 é uma Constituição Dirigente, em especial diante do artigo 3º, o qual traz diversas diretrizes para a transformação social (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771; STRAPASSON, 2019, p. 593; MOREIRA, 2008, p. 99), tendo a Constituição brasileira clara inspiração nas de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978 (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771). Destarte, em uma análise sistêmica, acaba-se por observar que existem “contradições brasileiras juntamente com o desejo de mudança” (MOREIRA, 2008, p. 99), o que lhe traz como característica normativa o ideal de uma Constituição Dirigente.

Kamila Maria Strapasson ao identificar que a Constituição de 1988 é uma Constituição Dirigente, vê nela o importante papel emancipatório do povo brasileiro, vocacionado à superação do subdesenvolvimento.

Ademais, a Constituição de 1988, como constituição Dirigente tem um papel emancipatório no Brasil, em que o Estado possui uma função relevante para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, cabendo a Constituição vincular o legislador, impedindo retrocessos e denunciar desafios ainda enfrentados pela sociedade. Assim, a Constituição Dirigente no Brasil está ligada a um projeto emancipatório, que inclui no texto constitucional as tarefas necessárias para superação do subdesenvolvimento (STRAPASSON, 2019, p. 594).

É este o sentido também encontrado por Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, os quais, verificando o ímpeto para a mudança social, não afasta a importância da política que não pode se ver substituída, sendo que, a Constituição Dirigente é uma verdadeira Constituição tanto estatal quanto social.

Para a Teoria da Constituição Dirigente, a constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a constituição dirigente é uma Constituição estatal e social. No fundo, a concepção de constituição dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da constituição dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a

mudança social. A constituição dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1771).

Essa não substituição do político se traduz em uma verdadeira orientação, como afirmado por Kamila Maria Strapasson ao dizer que o art. 3º “evidencia a ligação entre o jurídico e o político, orientando a realização de políticas públicas, o exercício da atividade legislativa e dos demais poderes constituídos” (STRAPASSON, 2019, p. 594), submetendo “os futuros governos e a sociedade à realização de princípios constitucionalmente aventados para a transformação da realidade social” (MOREIRA, 2008, p. 100). Essa é a orientação de Gilberto Bercovici, para quem:

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substitui a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal (BERCOVICI, 1999, p. 40).

Diversas críticas são aventadas ao constitucionalismo dirigente, tais como ingovernabilidade, déficit público, crise econômica, etc., todavia, autores como Enzo Bello, Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima veem com certa ressalva tais críticas, ao passo que diante de políticas de estabilização e supremacia do orçamento monetário em relação às despesas sociais, que na mesma medida, também vinculam o legislador, não afrontariam os interesses do país, em outras palavras:

(...) a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade” (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1773).

Diante da inversão de valores do constitucionalismo dirigente, no qual em detrimento do social se beneficia o capital, cria-se a chamada constituição dirigente invertida, que, em apertada síntese, inspirada em políticas neoliberais⁴⁶, seria a Constituição que privilegiaria o sistema capitalista em detrimento de uma estrutura social e emancipadora, ou seja, vincularia o Estado ao incumprimento dos direitos sociais e a manutenção das bases da desigualdade e da acumulação⁴⁷ de capital⁴⁸.

A constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada (Bercovici & Massonetto, 2006) (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1773).

Deve-se observar, ainda, o fato de que o próprio idealizador da teoria da Constituição Dirigente, Canotilho⁴⁹, direcionou duras críticas, a justificar uma nova noção denominada de Constituição Juridicamente Adequada ou Constituição Reflexiva⁵⁰. Todavia, mesmo diante das críticas, não se deve abandonar a ideia da

⁴⁶ Interessante notar que alguns autores, a exemplo de Nelson Camatta Moreira, encontra como obstáculo à implementação das promessas constitucionais as práticas neoliberais advindas com a globalização. Nesse sentido: “Todavia a implementação das promessas da modernidade, por meio de um Estado Democrático de Direito, interage com outros fatores complicadores. Dentre estes, destaca-se o fenômeno recente, das últimas décadas, cuja análise se torna inafastável quando o assunto é atuação estatal e efetivação de direitos. Trata-se da globalização neoliberal que impactou e segue impactando o Estado na modernidade, impedindo, inclusive, a efetivação de direitos sociais, prejudicando, conseqüentemente, o outro pilar do Estado Democrático de Direito, que é a democracia” (MOREIRA, 2008, p. 102).

⁴⁷ Portanto, a constituição dirigente invertida em sua finalidade vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada (BAZZANELLA; ALBUQUERQUE, 2019, p. 90).

⁴⁸ Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida. Assim, nesta etapa, o direito financeiro, na organização do espaço político-econômico da acumulação, passa a servir a uma nova função do Estado – a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados, a partir da alocação de garantias estatais ao processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 69).

⁴⁹ As principais críticas feitas por Canotilho à Constituição Dirigente, dizem respeito: a) ao desaparecimento de seu caráter revolucionário e transformador, no caso português; b) ao fato de as Constituições Dirigentes não considerarem a complexidade da sociedade moderna; c) a transferência do aspecto programático da Constituição, especialmente no cenário português, para União Europeia. Todavia, a nova abordagem de Canotilho não significa que o dirigismo constitucional tenha sido completamente rejeitado pelo autor, sua teoria não teria atingido um declínio fatal, mas sim evoluído e atingido novos patamares conceituais (STRAPASSON, 2019, p. 595).

⁵⁰ Revendo posições anteriores, Canotilho defende que a Constituição deve evitar converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa. Afirma que os textos constitucionais de cunho dirigente (como a Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988) perderam a

Constituição como marco revolucionário, especialmente em países de capitalismo periférico⁵¹ como o Brasil. Em outras palavras, na sociedade brasileira, marcada por profundas desigualdades⁵² sociais⁵³, há, ainda, a necessidade de extrair força emancipatória social apta a construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, II, da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Nesse diapasão, deve-se buscar conquistar um sentimento constitucional no povo brasileiro para que se implemente verdadeiros compromissos a se ver vinculado todos os poderes na consecução dos fins constitucionais⁵⁴.

capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva. As constituições dirigentes padeceriam de uma “crise de reflexividade”, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade. A eficácia das constituições é cada vez mais contestada, podendo fazer com que passem a ser consideradas meramente como “constituições simbólicas” (BERCOVICI, 1999, p. 41).

⁵¹ As críticas de Canotilho à Constituição dirigente devem ser interpretadas com cautela quando se busca inseri-las no contexto brasileiro, na medida em que se direcionam sobretudo ao contexto de Portugal, nas décadas posteriores a 1980. A Constituição de 1988 apesar de marcar a passagem de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito, não tem o mesmo caráter revolucionário do texto inicial da Constituição portuguesa de 1976. Ademais, a visão de Canotilho no sentido de que as disposições constitucionais não podem ter a pretensão de estabelecer finalidades amplas, tendo em vista a crescente complexidade social, também não pode ser aplicada acriticamente à realidade brasileira. Isso porque, em países periféricos como o Brasil, em que não há uma fruição ampla e adequada dos direitos civis e políticos, o constitucionalismo dirigente ainda é necessário para impedir retrocessos sociais (STRAPASSON, 2019, p. 595-596).

⁵² Nesse sentido, o relatório anual da OXFAM publicado em janeiro de 2019 aponta para o aprofundamento do fosso entre ricos e pobres no mundo. Conforme o relatório, a desigualdade está fora de controle, de modo que (i) “a riqueza dos mais ricos do mundo continuou crescendo rapidamente no ano passado” (2018); (ii) “o ritmo de redução da pobreza extrema caiu pela metade, e ela está aumentando na África subsaariana”, e (iii) “a desigualdade entre ricos e pobres se traduz em desigualdade em educação e saúde – os pobres têm muito menos oportunidades educacionais e vidas muito mais curtas” (OXFAM, 2019, p. 28). Os dados são alarmantes: quase metade da população mundial, ou seja, 3,4 bilhões de pessoas vivem com menos de US\$ 5,5 dólares por dia ao passo que nunca existiram tantos bilionários no mundo (2.208 segundo os dados da organização). (OXFAM, 2019, p. 32). Conforme a organização, “à medida que quantidade cada vez maior de renda e riqueza vão para quem está no topo, não são apenas os mais pobres que estão perdendo, mas também a classe média. Nos países ricos, é comum a renda delas estagnar” (OXFAM, 2019, p. 32) (BAZZANELLA; ALBUQUERQUE, 2019, p. 87).

⁵³ Nelson Camatta Moreira denomina de “cidadanias precárias” o fato de que diversas pessoas da população brasileira (que ele denomina de civilização periférica) encontram-se sem os mais básicos direitos e reconhecimento social, necessitando da Constituição Dirigente para que haja “intervenções estatais básicas” a fim de trazer efetividade aos “direitos sociais”, os quais necessitam do Estado para sua efetivação (MOREIRA, 2008, p. 116).

⁵⁴ Por isso, retornando-se à relação que deve se manter inexorável entre cidadania e atuação estatal dirigida pela Constituição, assume-se a tese de que, tão importante quanto a atuação da jurisdição constitucional – referida alhures –, é o fomento de uma tradição hermenêutico-social de um sentimento constitucional, para a implementação dos “compromissos modernos” do Estado brasileiro, materializados nas promessas de garantias dos direitos sociais e nos objetivos expostos no texto constitucional (MOREIRA, 2008, p. 116).

Admite-se, contudo, que é um equívoco compreender que por si só o texto constitucional é suficiente⁵⁵ para transformar a realidade social, pensamento que se denominou de instrumentalismo constitucional. Ora, ao se prever no texto constitucional que todos têm direito à saúde, isso não tornará as pessoas, por simples força constitucional, saudáveis; visto que, para que haja melhoria na qualidade do serviço público de saúde a ser prestado para toda população se fazem necessárias ações governamentais, bem como de particulares, em prol da concretização desse direito, por exemplo.

A fragilidade da teoria da constituição dirigente se mostra no exato ponto em que se verifica um isolamento do pensamento constitucional, como se a Constituição fosse o único, e autossuficiente, mecanismo apto a trazer mudanças sociais, fazendo com que alguns denominassem esse pensamento autossuficiente de ingênuo⁵⁶, ao passo que se ignora a atuação do Estado e da política (MOREIRA, 2009, p. 74).

Realmente, o pensamento da Constituição Dirigente não pode levar ao isolamento, todavia, na realidade brasileira não se pode abandonar a ideia de objetivos constitucionais, vinculação e dirigismo constitucional. Os motivos são variados, mas principalmente se extrai da falta de sentimento constitucional, da desigualdade social⁵⁷ e do fato de que ainda o Estado de Bem-estar Social é muito

⁵⁵ A grande ilusão que a teoria da constituição dirigente trouxe ao constitucionalismo pós 1988 foi a do instrumentalismo constitucional. A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria “auto suficiente” da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A teoria da constituição dirigente, portanto, é uma teoria da constituição sem teoria do Estado e sem política. E o paradoxal é que a constituição só pode ser concretizada por meio da política e do Estado (Bercovici: 2003b) (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019, p. 1773).

⁵⁶ Por outro lado, não se pode deixar de mencionar, sob pena de se negar um complexo aspecto da concretização do discurso constitucional dirigente, que há críticas em relação a algumas ideias acerca do Constitucionalismo Dirigente, seja em função de uma certa “ingenuidade” de um discurso jurídico normativista fechado em si mesmo (autosuficiente), seja pela ausência de uma visão crítica sobre a atuação do Estado, materializada por seus Poderes (MOREIRA, 2009, p. 74).

⁵⁷ Por outro lado, nas sociedades periféricas, ver-se-á mais detidamente, o fato da igualdade nunca efetivamente existiu como fonte (imaginária) da Constituição da comunidade. Jamais atuou como elemento capaz de gerar sentimentos, de sugerir práticas, de fundamentar a origem das instituições, e muito menos de modificar tudo aquilo que fosse contrário ao seu reconhecimento universal. De maneira oposta, o que há de fato nestas sociedades é a prevalência das hierarquias, das relações personalistas e de parentesco, da apropriação privada do público, da lei como expressão de privilégios, afinal da “naturalização da desigualdade” e da “construção social da subcidadania” (MOREIRA, 2009, p. 96).

mais teórico do que real⁵⁸. Como afirmado desde o primeiro capítulo, normativamente o Brasil prevê um Estado de Bem-estar Social⁵⁹, destaca-se normativamente.

A assim chamada naturalização da desigualdade e a construção da subcidadania⁶⁰ devem ser combatidas com a criação de um sentimento constitucional⁶¹ que somente se construirá através do auxílio de um dirigismo constitucional⁶², mesmo que a Constituição não seja ou pretenda ser autossuficiente.

Todo este problema de concretização da Constituição Dirigente e sua necessidade para países como o Brasil é retratado por Nelson Camatta Moreira, ao concluir que:

a) Com o advento da Constituição de 1988, inaugura-se um novo momento do constitucionalismo no Brasil, na medida em que, em face do conteúdo altamente comprometido com os ideais democráticos e com a defesa dos direitos humanos, promove-se uma verdadeira revolução no campo jurídico brasileiro. Essa revolução pode ser resumida na proposta de um resgate ético do direito como um todo, capitaneado pelo direito constitucional. b) A partir do Estado Democrático de Direito sugerido pelo texto supracitado, a cidadania no Brasil deve ser reestruturada, principalmente à luz dos ideais transformadores desse modelo de Estado, que sugerem, principalmente, a

⁵⁸ Como visto alhures, a desigualdade na distribuição de recursos materiais mínimos, que assola a triste realidade social brasileira, associada ao inexistente/inoperante Estado Social do século XX, no Brasil, deixaram marcas negativas indelévelis na tentativa de concretização de um projeto de nação e por isso há, cada vez mais viva, a premente necessidade da existência de uma Constituição Dirigente (MOREIRA, 2009, p. 74).

⁵⁹ No caso do Estado brasileiro, entende-se que a modernidade (além de tardia) foi um simulacro na medida em que se detecta a sua desfuncionalidade enquanto modelo Social, cuja postura intervencionista serviu para aumentar ainda mais as desigualdades; parcela expressiva dos mínimos direitos sociais não vem sendo cumprida; o projeto constitucional tão bem arquitetado em 1988 segue ineficaz em decorrência de uma “baixa constitucionalidade”; os preceitos fundamentais que apontam para o acesso à justiça continuam ineficazes (MOREIRA, 2009, p. 113).

⁶⁰ A ausência desse ethos moderno, capaz de cimentar as suas próprias práticas e instituições, constitui o pano de fundo para a explicação acerca do fenômeno da naturalização da desigualdade nas sociedades da nova periferia, como a brasileira. Assim como a ordem competitiva dos países centrais apresenta um discurso legitimador da desigualdade, internalizado sob o manto da legalidade e da igualdade formal, a ordem competitiva da sociedade brasileira “também tem a ‘sua hierarquia’, ainda que implícita, opaca e intransparente aos atores, e é com base nela, e não em qualquer ‘resíduo’ de épocas passadas, que tanto negros quanto brancos, sem qualificação adequada, são desclassificados e marginalizados de forma permanente” (MOREIRA, 2009, p. 99).

⁶¹ Por isso, retornando-se à relação que deve se manter inexorável entre cidadania e atuação estatal dirigida pela Constituição, assume-se a tese de que, tão importante quanto a atuação da jurisdição constitucional – referida alhures -, é o fomento de uma tradição hermenêutico social de um sentimento constitucional, para a implementação dos “compromissos modernos” do Estado brasileiro, materializados nas promessas de garantias dos direitos sociais e nos objetivos expostos na normatividade constitucional (MOREIRA, 2009, p. 146).

⁶² No caso do Brasil, além da noção da sua força normativa - legado da tradição constitucional europeia do século XX (pós-II Guerra) -, a compreensão da Constituição como dirigente, programática e compromissária é fundamental para se atribuir sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade (MOREIRA, 2009, p. 155).

melhoria das condições sociais no Brasil. Para tanto, a Carta assume uma postura compromissária-dirigente, com metas bem definidas, principalmente a favor daqueles que sempre se viram aliados de qualquer possibilidade de participação materialmente democrática no Estado e na sociedade. c) Todavia há dificuldades para a materialização da democracia num modelo de sociedade em que boa parte dos “cidadãos” não são reconhecidos como integrantes do jogo democrático. Como conseqüência disso, percebe-se que falta no Brasil um sentimento constitucional que, inevitavelmente, acaba por comprometer a efetivação da própria Constituição dirigente, na medida em que este texto depende diretamente de uma cidadania ativista, capaz de, ao lado da própria Jurisdição constitucional, implementar as promessas descumpridas da modernidade. d) Por fim, como proposta diferenciada para a leitura da problemática exposta acima, sugere-se, no presente texto, uma leitura hermenêutica das ações políticas que viabilize sair-se dos impasses deixados pelas concepções filosóficas de cunho hegemônico, no que se refere à identidade dos agentes morais e políticos (MOREIRA, 2008, p. 117/118).

Em outras palavras, substituir a Constituição Dirigente somente é possível na medida em que se tenha um sentimento de “responsabilidade social” e “consciência global”, o que para Gilberto Bercovici, seria igualmente utópico.

Esse modelo do direito reflexivo não está livre de críticas. Destacaremos apenas uma, que diz respeito ao fato de que, para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Ou seja, critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que os vários sistemas agirão coordenados pela idéia de “responsabilidade social” (BERCOVICI, 1999, p. 41).

Desse modo nota-se que a modernidade brasileira é repleta de fissuras sociais⁶³, não dispensando o dirigismo constitucional, necessário para a superação das três violências para a transformação social: segurança/liberdade, igualdade e combate à pobreza⁶⁴. Assim, deve-se combater o dirigismo financeiro em favor de um dirigismo social, como, constitucionalmente previsto.

⁶³ No transcurso histórico da modernidade brasileira, portanto, a disseminação massiva do habitus precário constitui o pano de fundo consensual que institucionaliza e legitima as práticas e as instituições modernas na sociedade brasileira, introduzindo uma perversa dinâmica de invisibilidade pública e humilhação social, na medida em que naturaliza posições de desigualdade, prevalência de privilégios, indiferenças cortantes em relação a inúmeros sujeitos e grupos sociais, estigmatizações e desumanizações permanentes, desfigurando de forma gritante tanto o sentido quanto a eficácia e incidência dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade humana (MOREIRA, 2009, p. 101).

⁶⁴ A transformação do status quo passa pela superação de três violências geradas pela modernidade política, cujas respostas estão numa constituição dirigente compromissária: a) falta de segurança e de liberdade (necessidade de imposição de ordem e de direito – o Estado de direito contra a violência

A guisa de conclusão do presente tópico compreendeu-se que a teoria do neoconstitucionalismo propugna valores morais aos textos jurídicos, trazendo a Constituição para a centralidade do ordenamento jurídico, unido com a ideia de uma constituição dirigente, que se vocaciona para a mudança da realidade social, tem-se aqui as bases sólidas para um ativismo judicial, ou seja, um agir vocacionado à efetivação direta da Constituição com decisões por vezes criativas e imersivas na esfera de atuação dos outros Poderes e atores sociais. Logo, o ativismo só é defensável quando vocacionado à concretização da Constituição. Para melhor adequar o processo ao movimento neoconstitucional, passa-se ao estudo do que veio a denominar de neoprocessualismo.

2.2 Neoprocessualismo (formalismo-valorativo): ativismo ou protagonismo judicial?

O processo influenciado por toda a perspectiva constitucional envolve-se em nova etapa vocacionada à efetividade⁶⁵, ao acesso à ordem jurídica justa⁶⁶ e à harmonização e coordenação com os demais ramos do direito (PINTO; ALVES, 2018, p. 355)⁶⁷ em especial com o direito material, numa verdadeira relação circular⁶⁸, pugnano por técnicas processuais “adequada às necessidades do direito material” (CAMBI, 2012, p. 87).

Esta adequação processual ao direito material fez com que alguns direitos fundamentais, como os sociais, provocassem uma “revisão do (...) conceito de tutela condenatória, pois (...) determinados direitos (...) carecem de técnica processual

física e o arbítrio); b) resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); c) combate à pobreza, mediante esquemas de socialidade (MOREIRA, 2009, p. 69/70).

⁶⁵ Verifica-se, portanto, que nessa análise teórica a que nos referimos, identificamos na questão da efetividade o ponto nodal do arcabouço teórico a ser desenvolvido (...) (SANTOS; MARCONDES; ALVES; ZANFERDINI, 2012, p. 238).

⁶⁶ O neoprocessualismo é um método de concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (art. 5º, incs. XXV e LXXVIII, CF) (CAMBI, 2012, p. 87).

⁶⁷ O Neoprocessualismo também busca maior efetividade para o direito processual por meio da concretização de princípios como o do acesso à justiça, da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo, os quais servem para promover os novos métodos de resoluções de conflitos (CAMBI; CORRALES, 2018, p. 85).

⁶⁸ Assim, afirma-se que a relação estabelecida entre o direito material e o direito processual é circular porque tanto o direito processual quanto o direito material são simultaneamente servidos por eles mesmos (...) objetivo maior, que é a plena realização da promessa contida atrás do direito material titularizado pelo demandante, a quem foi reconhecida a pretensão (PINTO; ALVES, 2018, p. 357).

mais adequada na sua implementação” (PINTO; ALVES, 2018, p. 353). Vislumbra-se, destarte e doravante, o processo como mecanismo de efetividade de direitos, em especial os fundamentais⁶⁹, devendo considerar o processo “como direito constitucional aplicado” (LOURENÇO, 2012, p. 209).

Todo este pensamento sobre a nova perspectiva da processualística a doutrina denominou de neoprocessualismo, que nada mais é que a versão processual da teoria denominada de neoconstitucionalismo (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 35; SANTOS; MARCONDES; ALVES; ZANFERDINI, 2012, p. 231), estudada no tópico precedente, que, como visto, foi um verdadeiro aprofundamento do constitucionalismo.

Quando se contrapõe Processo e Constituição se nota a ligação existente, principalmente, em dois prismas: primeiro a Constituição incorpora em seu texto algumas normas de caráter processual; segundo, todo pensamento processual sofre filtragem constitucional, em outras palavras, toda norma processual é relida para tornar viável a democracia e se concretizar as promessas fundamentais constitucionais (PINTO; ALVES, 2018, p. 363).

Por consequência, devido à perspectiva neoprocessual, acaba se valorizando a atividade jurisdicional⁷⁰ no (e em) sentido de ser um mecanismo apto a servir aos conflitos (e anseios) sociais em especial modo na busca da concretude ao texto constitucional, o qual, como norma jurídica, tornou-se dirigente⁷¹, no sentido de

⁶⁹ O direito processual deve ser um instrumento para a realização dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. O direito ao justo processo é uma conquista civilizatória que compreende a dinâmica garantia dos meios e dos resultados. Isto é, ao se assegurar o devido processo legal, busca-se a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais (CAMBI, 2012, p. 87).

⁷⁰ A vertente processual desse novo modelo de Direito Constitucional, o neoprocessualismo, também apresenta um novo paradigma conceitual da prestação da atividade jurisdicional, agora calcada fortemente na força normativa da Constituição, na hermenêutica constitucional e no novo papel a ser desempenhado pelo juiz na resolução do conflito. Esse novo papel, na realidade, decorre da própria mudança teórica proposta pelo neoconstitucionalismo, visto que um dado conflito poderá encerrar o confronto de dois ou mais princípios jurídicos, ambos de envergadura constitucional, cabendo ao juiz o desenvolvimento de uma hermenêutica que fundamente a preponderância de um sobre outro, naquele dado caso (...). Ora, se na perspectiva do neoconstitucionalismo a solução do conflito passa da mera dedução de uma única solução juridicamente válida e possível para a explicitação do conteúdo normativo das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico apresenta-se aberto, vê-se que a possibilidade de conflito de princípios é, também, inerente a esse paradigma, cabendo ao juiz ponderar esses princípios, dado que eles contam com dimensões de peso ou importância. É dizer, ao intérprete cabe optar por um dos princípios quando entre eles há tensão, procurando adequada solução ao caso concreto (SANTOS; MARCONDES; ALVES; ZANFERDINI, 2012, p. 237).

⁷¹ O processo civil, para ser democrático, deve ser efetivo: - só assim as promessas constitucionais, levadas ao Judiciário, deixaram de ser meras aspirações morais. A Constituição não é, meramente, simbólica. Logo, a realização do mínimo existencial, notadamente em países de modernidade tardia,

pugnar por uma transformação do *status quo*. Como sequencia lógica pré-ordenada de atos, o direito processual tem como *telos* a concretização dos direitos fundamentais, sendo, nesta medida, instrumento vocacionado a serviço da Constituição.

Esta centralidade das normas constitucionais, sua força vinculante e seu caráter eminentemente principiológico, viabilizou a chamada judicialização da política, caminho que na visão de Cambi e Dworkin abre a possibilidade para que os menos privilegiados tenham no judiciário o seu último refúgio. É o que afirma Thadeu Augimeri de Goes Lima ao enxergar no Judiciário, mesmo com suas falhas, o último reduto aos mais necessitados que tenham seus Direitos Fundamentais negados e suas pretensões ignoradas pelos demais poderes:

Têm razão RONALD DWORKIN (2001, p. 30-32) e EDUARDO CAMBI (2009, p. 246-247) ao asseverarem que a transferência de poder político ao Judiciário certamente fará com que a maioria dos cidadãos, notadamente aquela imensa parcela destituída de privilégios, ganhe mais do que perca. De fato, conquanto o aparato judicial se mostre imperfeito, em muitos casos será o último refúgio para a exigência de satisfação dos direitos fundamentais dos excluídos, não raras vezes completamente ignorada pelo Legislativo e pelo Executivo. Essa pretensão, deduzida perante os órgãos jurisdicionais, ao menos será analisada e receberá decisão fundamentada, ainda que contrária à sua tutela. Portanto, a singela possibilidade da minoria de acessar o Poder Judiciário em busca de proteção aos seus interesses jurídicos já consubstancia um eficaz instrumento para impedir a ditadura da maioria. A jurisdição constitucional, assim, é capaz de estabelecer um compromisso constante entre a maioria e a minoria, em favor da paz social. Outrossim, a sua intervenção não é irrestrita, dependendo, além da provocação dos legitimados, da constatação da infringência de preceitos da Lei Maior, mormente daqueles que consagram direitos fundamentais, hipótese em que não poderá se eximir de tutelá-los (LIMA, 2012, p. 57).

Segundo alguns autores, como Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos, o desmanche fático do Estado Social estudo alhures, o esvaziamento das instituições da vida republicana e associativa acaba por “canalizar para o interior do Judiciário as demandas reprimidas por direitos” (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 781)

Mas não somente como último refúgio o Poder Judiciário poderá se apresentar. Na mesma medida, serve como mecanismo de mobilização social, mostrando aos demais poderes as necessidades sociais da população, ou de camada da população (KOERNER, 2013, p. 77).

como o Brasil, depende de um direito processual orientado para a efetivação dos direitos fundamentais sociais (CAMBI, 2012, p. 88).

Portanto, uma vez que se concedam maiores atribuições decorrentes do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo⁷², o Juízo acaba por atrair para si maiores responsabilidades sociais⁷³. Doravante, o dever de exercer a jurisdição deve ser vislumbrado como parte de uma função socioterapêutica, na exata medida em que busca corrigir os desvios entre realidade e abstração constitucional⁷⁴. Desse modo, o Judiciário acaba por integrar o “papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, co-participante do papel de produção do direito” (LOURENÇO, 2012, p. 209)⁷⁵. Conforme elucida Teixeira, o ato de decidir não é somente o de dar resposta a um caso concreto, mas também considerar as eventuais omissões dos demais Poderes e analisar os impactos e efeitos que a decisão irá produzir na realidade material; e se de alguma forma funcionará como instrumento a serviço dos direitos e garantias fundamentais (TEIXEIRA, 2012, p. 50).

Com o fim de exercer de forma esmerada a função socioterapêutica, o Judiciário deve observar o que Eduardo Cambi denominou de “protagonismo judiciário responsável”, que seria o ponto de equilíbrio entre “o positivismo jurídico exegético sem cair nos voluntarismos ou decisionismos, próprios do ativismo judiciário irresponsável” (CAMBI, 2012, p. 84)⁷⁶, motivo pelo qual, há a necessidade de:

⁷² O neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo trazem, como consequência, a expansão da jurisdição constitucional (CAMBI, 2012, p. 88).

⁷³ Perceba-se que tal teoria não pretende fomentar a discricionariedade judicial ou deixar que o juiz esteja completamente livre para julgar conforme a sua consciência, o que abriria espaço para os decisionismos. Princípios jurídicos não podem ser utilizados, aleatoriamente, sem nenhum critério, como se bastassem, por si só, para legitimarem a decisão judicial. Afinal, tal modelo conduziria ao panprincipiologismo que não deixa de ser uma modalidade mais moderna do positivismo jurídico, já que permitiria ao juízes concretizar os princípios ou erigir novos princípios como melhor entendessem (CAMBI, 2012, p. 93).

⁷⁴ Judiciário exercer, ainda que excepcionalmente, uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a gestão da tensão entre a igualdade formal e a justiça social (CAMBI, 2012, p. 93).

⁷⁵ Frisada a filiação de nossa Lei Maior ao *paradigma substancial*, conclui-se que incumbe à jurisdição constitucional brasileira não somente o zelo pelas estruturas procedimentais democráticas político-deliberativas nela sedimentadas, como também a tutela das imposições constitucionais (positivas ou negativas) de cunho material, em especial as referentes aos direitos fundamentais. O controle da *compatibilidade vertical* dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, a cargo do Poder Judiciário, assume dessa maneira feição bastante ampla, o que desperta inevitavelmente a atenção para as questões de sua legitimidade democrática, da virtual tensão entre os âmbitos das funções estatais e dos riscos do chamado *ativismo judicial* (LIMA, 2012, p. 48).

⁷⁶ Em estudo de Eduardo Cambi, Thadeu Augimeri de Goes Lima afirma que: “Em suma, trata-se da defesa de um *ativismo judicial responsável*, comprometido com a implementação das disposições constitucionais e com a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social componentes do *mínimo existencial*, todavia ciente das limitações institucionais e técnicas inerentes ao Poder Judiciário e da necessidade de respeitar o jogo democrático e de motivar consistentemente

(...) ampliação das técnicas capazes de promover a democracia participativa, como a admissibilidade de *amicus curiae* nos processos coletivos ou individuais repetitivos, bem como da institucionalização de audiências públicas, no curso do inquérito civil ou dos procedimentos anteriores à propositura de ações civis públicas complexas (CAMBI, 2012, p. 94).

Essa tendência de abertura dialógica do processo vocacionada a trazer discussões democráticas no âmbito processual, é o ponto de intersecção entre Estado de Direito e efetividade constitucional; entre abstrações teóricas e realidade factual.

Desse modo, sob o ímpeto do neoprocessualismo se encara o processo como verdadeiro “fórum da argumentação jurídica, voltado a extrair do ordenamento jurídico a melhor resposta constitucional para os problemas sociais” (CAMBI, 2012, p. 92). Esse diálogo que deve ocorrer no “fórum da argumentação jurídica” também possui como fundamento jurídico a noção do princípio da cooperação previsto, por exemplo, no art. 6º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), que por força do art. 15 (BRASIL, 2015) pode ser aplicado a todos os ramos processuais. Mas não somente no âmbito infraconstitucional se encontra o princípio da cooperação, Vicente de Paula Ataíde Junior também o verifica do aprofundamento do princípio da isonomia e do contraditório⁷⁷.

Por esta razão que alguns autores, como Henrique Alves Pinto e Giselle Borges Alves, observam que o neoprocessualismo, ao trazer valores morais e éticos

as decisões que impliquem censura aos atos comissivos ou omissivos dos outros Poderes Públicos (CAMBI, 2009, p. 312). Dentro desse *modelo ideal* que se preconiza, algumas diretrizes merecem nortear o comportamento do juiz constitucional: 1) ele só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; 2) deve guardar deferência relativamente às decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; e 3) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação haverá, na medida do possível, que estar em sintonia com o sentimento social, porém sem resvalar para o *populismo*, posto que a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, são condição para o funcionamento do constitucionalismo democrático (BARROSO, 2012, p. 14)” (LIMA, 2012, p. 58).

⁷⁷ Esse modelo cooperacional é encontrado na própria Constituição, a partir, sobretudo, de uma densificação interpretativa dos princípios da isonomia e do contraditório. A relação processual é redimensionada, buscando limitar o arbítrio judicial e ampliar, mais substancialmente, o poder de influência das partes na construção das decisões. O juiz deve sair do tablado para se sentar à mesa com as partes e seus procuradores, ouvindo e dialogando mais abertamente, de maneira que suas decisões tenham autoridade, mas não sejam autoritárias. Com isso, suprimem-se as surpresas e os fundamentos do acaso. Cada sentença e cada decisão contém fundamentos previamente debatidos com todos aqueles que serão diretamente afetados por elas: o juiz é paritário no diálogo e assimétrico na decisão (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 36).

para o processo, acabou por nortear a processualística no princípio da cooperação, boa-fé objetiva, etc. tudo vocacionado para a mudança da realidade social, enxergando-o sob a ótica da solidariedade (PINTO; ALVES, 2018, p. 363).

Os supracitados autores informam ainda que somente será possível a realização da cooperação caso se tenha como fio condutor a ideia de normatividade dos direitos fundamentais e respeito às bases democráticas (PINTO; ALVES, 2018, p. 365).

Desse modo, a colaboração⁷⁸ orienta a ideia de que tanto as partes quanto o Juízo devem estar “em um mesmo plano, conjugando entre eles um intenso diálogo a respeito de quais serão os caminhos seguidos pelo processo” (PINTO; ALVES, 2018, p. 366), sendo esta, ademais, a ideia de acesso à ordem jurídica justa, que dentre suas características se encontra a ideia de diálogo e dialética.

Sob a linha do pensamento neoconstitucional e neoprocessual, Eduardo Cambi e Eluane de Lima Corrales entendem o acesso à ordem jurídica justa mais do que um mero direito de ação, ou seja, a possibilidade de ingressar em Juízo, mas de igual modo:

(...) i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos); vi) amplos meios de autocomposição do litígio para, inclusive, inibirem a judicialização de demandas (CAMBI; CORRALES, 2018, p. 89).

Portanto, ao magistrado cria-se diversos deveres para com as partes, tais como de “esclarecimento, de consulta, de prevenção e de auxílio para com os litigantes” (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 36). Assim, sob o auspício do neoprocessualismo e do neoconstitucionalismo, acesso à ordem jurídica justa é verdadeiro sinônimo de “tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada” (LOURENÇO, 2012, p. 217), devendo lembrar que o processo deve ser compreendido como ferramenta finalista, ou seja, serve a uma finalidade que é a

⁷⁸ Para imantar o formalismo processual com os princípios constitucionais e di-reitos e garantias fundamentais, o neoprocessualismo se concentra na ideia de co-laboração processual, reorganizando o papel das partes e do juiz na conformação do processo, visando a alcançar a decisão justa (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 35).

“realização da justiça material” (LOURENÇO, 2012, p. 226), esta devendo ser compreendida não somente na concretização do direito material posto em causa, mas, sobretudo, dos valores e do próprio texto constitucional. Em resumo, Ataíde Junior sintetiza o neoprocessualismo com as seguintes características e origens:

(...) a) constitucionalismo: o processo é revisto a partir dos princípios constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais; b) formalismo: há um retorno ao formalismo processual, ou seja, o processo é novamente visualizado por um ângulo interno, desta vez objetivando reestruturá-lo de acordo com o direito constitucional; c) o processo é a fonte metodológica primária: a cooperação intersubjetiva é a matriz constitucional do direito processual; nem ação (porque privilegia as partes), nem a jurisdição (porque privilegia o juiz) podem figurar como centros metodológicos, sendo substituídas pelo processo, no qual se realiza a colaboração desejada pela Constituição (ATAÍDE JUNIOR, 2013, p. 40).

Mesmo que Vicente de Paula Ataíde Junior entenda que haveria a necessidade de se superar o pensamento neoprocessual diante de suas limitações metodológicas, especialmente devido a necessidade de maior celeridade processual, que ocasionaria a criação de uma nova fase do processo civil chamada de pragmático (ATAÍDE JUNIOR, 2013), entende-se aqui pela necessidade de aprofundamento nos movimentos neoprocessual, neoconstitucional e na ideia de Constituição Dirigente, tudo em vistas à concretização do modelo de Estado Social Constitucional e do novo paradigma comportamental do Poder Judiciário, que demanda a criação de um necessário ativismo dialógico⁷⁹ a fazer frente aos problemas de macropolítica e macrojustiça.

Essa (necessidade de) mudança do comportamento judicial já é sentida por Eduardo Cambi quando confronta o modelo de Estado Liberal com o de Bem-Estar Social sob a visão do direito processual:

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social a exploração de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. Passou a ser cobrada pela concretização dos direitos constitucionais. A luta por saúde, educação, moradia, segurança social, entre outros direitos, instrumentalizada em demandas individuais e sobretudo coletivas, promoveu a juridificação da justiça distributiva. O Judiciário foi chamado a

⁷⁹ A mudança de significado na concepção dos direitos fundamentais abriu um novo processo de diálogo e cooperação, entre os três poderes do governo, quanto à determinação do significado objetivo do texto constitucional (CAMBI, 2013, p. 194).

enfrentar a gestão das contradições entre igualdade formal e justiça social. O desempenho judicial adquiriu maior relevância social, mas também começou a ser mais questionado pelos meios de controle social (especialmente, pela imprensa), tornando-se objeto de controvérsia pública e política (CAMBI, 2013, p. 178/179).

Esse diálogo institucional decorre, especialmente, pelo fato de que no modelo do Estado de Bem-Estar Social, diferentemente do modelo de Estado Liberal, a divisão das funções não funcionam de forma estática, eis que existe uma relação circular e cooperativa entre os três poderes. Elivial da Silva Ramos observa que nos Estados em que haja a proteção da liberdade e da igualdade há um “rateio funcional”, fazendo com que ocorra o “compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão” (RAMOS, 2015, p. 117).

Portanto, o neoprocessualismo, versão processual do neoconstitucionalismo, ao tornar o processo um elemento finalístico, cujo objetivo é a realização dos valores, objetivos e direitos previstos, especialmente, na Constituição de 1988, começa a pugnar por um Judiciário que tenha como dever agir de forma socioterapêutica. Nesta função, sem decidir de forma isolada e autoritária, mas dialógica e cooperativa, busca autoridade e legitimidade em suas decisões através da construção da solução (e não meramente a interpretação) do caso concreto em harmonia dialógica entre as partes, Sociedade e Poder Público.

Além da mudança comportamental do julgador, as partes devem se compreenderem não mais como adversárias processuais em polos totalmente diversos, pois em determinados casos, como os que envolvem direitos fundamentais de caráter objetivo, não haverá propriamente uma pretensão resistida, na ideia de lide, mas sim uma situação factual distante da abstração constitucional. O modelo adversarial, desse modo, se mostraria insuficiente para solucionar o problema posto em Juízo, pois não há a necessidade de meramente declarar o jurídico, mas mudar o social, que muitas das vezes não encontra resistência jurídica, no sentido de negar o direito, mas sim nas impossibilidades factuais distante de uma seara puramente jurídica.

Portanto, ao atribuir força normativa à Constituição e às suas normas, levando-se a cabo o pensamento neoconstitucional e neoprocessual, bem como, em vistas do pretense papel transformador da Constituição de 1988 como Constituição Dirigente, no qual se prevê um Estado Social, abre-se caminho para a judicialização de questões que em um primeiro momento seriam da seara política. Mas não

somente, a própria estrutura e modo de agir abre a viabilidade do próprio judiciário se tornar, em determinados momentos, protagonista da criação do direito e das mudanças sociais, visto que, o Poder Legislativo poderá criar normas abertas delegando às cortes sua complementação ou não legislar sobre determinado assunto a fim de que o seja feito pelo Poder Judiciário; os motivos são diversos, como o fato de evitar custo político. O Poder Administrativo, na mesma toada, também poderá empurrar a decisão e o agir ao Poder Judiciário, seja com o intuito de priorizar sua agenda, seja para manter a coalizão política e se proteger de ataques da oposição. É por esta razão que Koerner verifica a viabilidade dos poderes cooperarem entre si:

Agentes situados em espaços institucionais distintos têm incentivos para cooperarem. Os legisladores delegam poderes às cortes por várias razões: quando há questões complexas, que só podem ser decididas caso a caso; para ampliar a supervisão judicial sobre a administração pública; para evitar impasse, se a regra for detalhada; para evitar custos da decisão, dada a divisão no eleitorado ou entre grupos de interesses altamente organizados. O presidente da República o faz para priorizar a sua agenda, manter sua coalizão política e se proteger de ataques da oposição e de outros atores. Uma Corte amigável ajuda a diminuir os custos da ação coletiva, a dissuadir dissidentes e a efetivar compromissos que apresentam custos eleitorais (KOERNER, 2013, p. 77).

Essa judicialização, como resultado do processo histórico do constitucionalismo democrática, possui como fatores a centralidade da Constituição e sua força normativa, seu caráter principiológico, sua supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O que acaba por resultar no protagonismo do Poder Judiciário, fazendo com que os direitos tipicamente políticos se tornem “cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados” (LEAL, 2014, p. 128-129). Para Teixeira a judicialização das relações sociais são reflexos da perda do sentimento de comunidade, reconhecimento e identidade, fazendo com que se expandam os poderes dos juízes e se criem técnicas e métodos decisórios além do que se habitualmente utiliza:

Quanto ao fenômeno da judicialização das relações sociais, a referida perda dos sentimentos de comunidade, reconhecimento e identidade, já se constitui em uma possível causa. Todavia, a judicialização da política tem um significado bem mais específico e concreto, representando, normalmente: (1) a expansão do poder dos juízes e a conseqüente transferência do poder de criação normativa, característico do Legislativo, para o Judiciário; e (2) a criação de métodos e técnicas decisórias fora daquilo que habitualmente tem sido utilizado (TEIXEIRA, 2012, p. 41).

A complexidade da Constituição, conforme se vem notando desde o primeiro capítulo, faz com que se choquem a discricionariedade dos Poderes Legislativo e Administrativo e a efetivação dos direitos fundamentais, ao menos em seu núcleo essencial⁸⁰.

Desse modo, há despertado no Judiciário e na doutrina diversos modos de comportamento, que vai da abstenção (autocontenção) a uma conduta proativa (ativismo judicial)⁸¹.

A autocontenção (ou autolimitação, ou contenção judicial) nasce juntamente com a ideia de revisão judicial do caso *Marbury x Madison* em 1803⁸². Trata-se de um não agir perante questões políticas, devolvendo o caso para os demais poderes a fim de que busquem sua solução⁸³. Para se realizar tal comportamento abstencionista Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto elegem quatro pressupostos, quais sejam:

(...) (a) reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos atos dos demais poderes; (b) coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais; (c) demarcação da atuação da corte a determinados temas, em que sua atuação seria indispensável e, hodiernamente. (d) redução do

⁸⁰ Em constituições complexas e analíticas, estabelece-se uma tensão entre “discricionariedade administrativa” – que protegeria as opções técnicas dos gestores públicos, constantemente limitados pelo reconhecimento da escassez inerente à prestação material de direitos, sobretudo em virtude do seu elevado custo – e a garantia do “núcleo essencial” de direitos fundamentais – que, nos quadros de um neoconstitucionalismo, redefiniriam a noção de uma vinculatividade dos poderes públicos, especialmente dos administradores (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 232).

⁸¹ A conduta ativista, até mesmo, pode ser encontrada nas Cortes Internacionais, não sendo, necessariamente, um caso interno do Estado, confira-se: “Nesta perspectiva, também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicada às Cortes Internacionais. Um ilustrativo exemplo disso reside na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, invocando os direitos das vítimas do Regime Militar, decidiu, em dezembro de 2010, condenar o Brasil a indenizar as famílias em virtude do sofrimento causado pela falta de investigações efetivas, assim como pela negativa de acesso a essas informações por parte do Estado. Determinou, ainda, que o país deve processar e julgar, penalmente – por meio da justiça ordinária, comum – os responsáveis por tais atos” (LEAL, 2014, p. 134).

⁸² A autocontenção é contemporânea ao estabelecimento da própria revisão judicial, eis que foi aventada no célebre *Marbury x Madison* (1803), em que o Justice Marshall, embora tenha afirmado a supremacia da constituição e a atribuição da Suprema Corte em resguardá-la, entendeu que, no mérito, não caberia ao tribunal interferir em temas afetos a outros poderes. Sua decisão foi norteadada por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 224).

⁸³ (...) a autolimitação judicial reconhece a necessidade de inserção da corte num ambiente predominantemente político - às voltas com diversas variáveis estratégicas que condicionam a atividade jurisdicional: desde a necessidade de aceitabilidade de suas decisões às dificuldades - inclusive técnicas – que enfrenta para o exercício de sua atividade (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 225).

âmbito da decisão, naquilo outrora denominado de uma “via hermenêutica” da autocontenção (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 225).

Dessa forma, vários meios podem ser tomados para a autocontenção, especialmente os vocacionados aos argumentos processuais como a falta de competência, ilegitimidade ativa, falta de maturação da causa, etc. (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 233), o exemplo que Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto utilizam é o da Súmula Vinculante nº 37 do STF que veda o Judiciário aumentar os vencimentos dos servidores públicos sob o fundamento da isonomia (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 225).

Ao estabelecer uma conduta autorrestrita, a Corte, segundo Lima e Gomes Neto, evita posições definitivas em prejuízo da função de guardião dos princípios, não confrontando, assim, a opinião pública e os demais poderes majoritários (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 233), podendo evitar o confronto e esperar o momento ideal para o julgamento de alguns casos⁸⁴.

Já o ativismo judicial, trata-se de “postura ativa e interventiva dos Tribunais Constitucionais no sentido de realização da Constituição e de concretização dos Direitos Fundamentais” (LEAL, 2014, p. 125), sendo que o termo no Brasil “é utilizado para apreciar decisões do STF que ampliam o alcance e o impacto da jurisdição constitucional” (KOERNER, 2013, p. 70), ou seja, de decisões que fogem da mera subsunção normativa, ao passo que ao Judiciário caberia tão somente “a solução de litígios concretos e a interpretação das leis por meio da aplicação da norma geral a cada caso particular” (KOERNER, 2013, p. 71). Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial seria a “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo” (RAMOS, 2015, p. 119).

Tal atitude creditou ao Judiciário diversas críticas, especialmente consistente no fato de que ao agir de forma ativista acabaria por “invadir” as competências dos demais poderes, pois estaria a se imiscuir na “discricionariedade administrativa ou legislativa, atuando, assim, de forma positiva, e não meramente negativa, como

⁸⁴ Ao não julgar, é possível que a corte explore o “maravilhoso mistério do tempo”, em suas diversas implicações. Por vezes, na oportunidade posterior de julgamento, pode-se concluir que chegou o momento de abordar diretamente a questão, mesmo que fundamentada em princípio contrário à expectativa popular. Para mitigar o impacto da decisão contrária às majorias, Bickel sugere o uso de “instrumentos retóricos” (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 234).

originariamente era sua função” (LEAL, 2014, p. 125). Desse modo, acusam o Judiciário de atuar sob o ímpeto do paternalismo, tornando-se “senhores da Constituição” (LEAL, 2014, p. 128). Desse modo, alguns autores entendem o ativismo judicial como o exercício do poder além dos limites da função jurisdicional, que seria a resolução de litígios (natureza subjetiva) e controvérsias jurídicas (natureza objetiva), desnaturando a “atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes” (RAMOS, 2015, p. 131).

Mesmo que por natureza as decisões judiciais sejam “necessariamente criativas e inovadoras” (RAMOS, 2015, p. 122), diante do inexorável fato de que muita das vezes há vagueza nos preceitos normativos, deve o Poder Judiciário se encontrar a serviço da democracia e não colocá-la em risco, mesmo que tal limite, entre o risco e a preservação, esteja, por vezes, pouco claro, deve permanentemente estar “abertos à discussão e ao debate” (LEAL, 2014, p. 136). Anderson Vichinkeski Teixeira afirma que a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar e aplicar conceitos e/ou categorias jurídicas com elevado grau de generalidade e abstração, todavia, esse fato não pode fazer com que se substitua “a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete” (TEIXEIRA, 2012, p. 49).

A rigor, sabe-se que no sistema de *civil law* as decisões judiciais não são tidas como fontes formais do direito⁸⁵, por isso o entendimento de que em um primeiro momento o ativismo judicial é algo anômalo ao sistema. Não obstante a interpretação vir acompanhada com certa margem de criação, diferentes são as atividades de legislar e a de julgar.

Todos os poderes agem de forma vinculada ao texto constitucional, devendo entender o conceito de discricionariedade como liberdade de atuação nos limites constitucionalmente impostos, ou seja, no limiar de “de um marco normativo” (RAMOS, 2015, p. 124). Dessa forma, ao legislador há discricionariedade no sentido de conformação do texto constitucional e a busca de concretização das normas

⁸⁵ Se tomarmos o conceito de fontes formais do direito, qual seja, compreendendo o conjunto de atos a que o ordenamento jurídico atribuiu força normativa, com eficácia vinculante direta sobre a conduta dos sujeitos de direito e sobre os órgãos públicos incumbidos oficialmente da solução de controvérsias (jurisdição judiciária ou administrativa), há que se recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas de família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções (RAMOS, 2015, p. 106).

previstas⁸⁶, já ao Poder Judiciário, seu marco de atuação, além de limitado perante o texto constitucional, se encontra também na observância ao direito legislado⁸⁷, típica característica do sistema de *civil law*⁸⁸, o que não impede de contrapor o texto legislativo com as normas constitucionais e até mesmo o texto não legislado com a Constituição da República Federativa do Brasil. No mesmo sentido, deve se observar o que já foi criado e efetivado em políticas públicas, a qual servirá também como marco demarcatório da atuação do Judiciário. Esse grau de discricionariedade⁸⁹ e composição da ordem jurídica é que fará com que Elival da Silva Ramos identifique as diferenças marcantes entre o ato de legislar e administrar em contraposição ao ato de julgar⁹⁰, sendo os primeiros guiados pelo critério de

⁸⁶ Com efeito, na tarefa de compor o nível primário do ordenamento jurídico, o legislador está limitado apenas às normas constitucionais, não se podendo olvidar que as Constituições se circunscrevem à normatização dos aspectos fundamentais da organização estatal e de sua interface com a sociedade civil (direitos fundamentais e princípios da ordem econômica e social), fazendo-o de modo textualmente aberto (normas-princípio, conceitos indeterminados etc.), o que amplia ainda mais a liberdade de conformação legislativa (RAMOS, 2015, p. 126).

⁸⁷ De sua parte, o juiz, ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera. A discricionariedade judicial, por outro lado, também conhece em si própria uma gradação, pois, conforme aduz Karl Larenz, “desde a subsunção simples (lógica) até ao juízo de valor estritamente pessoal do juiz que decide, o qual nos ‘casos-limite’ substitui a comunidade jurídica, representando-a, desenrola-se um vasto campo de tensão”. Haverá liberdade mínima se o texto normativo vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacuna (RAMOS, 2015, p. 126-127).

⁸⁸ (...) poder limitado de criação normativa que se reconhece, hodiernamente, às decisões judiciais, pois o que importa é que nelas sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos (tal qual sucede com um contrato). Bem por isso, deve-se reconhecer que, nos sistemas de *civil law*, “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (...) Em sentido inverso, nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal (RAMOS, 2015, p. 107).

⁸⁹ O primeiro ponto a sublinhar é a distinção entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade judicial. A existência de discricionariedade, entendida genericamente como liberdade de ação nos limites do direito, tanto na função legislativa, quanto na função jurisdicional, foi defendida por Kelsen, como já se salientou. Para o Mestre da Escola de Viena, tanto uma quanto outra atividade estão, em alguma medida, jungidas à observância de parâmetros jurídicos previamente estabelecidos, mas, em contrapartida, ambas podem se desenrolar com certa liberdade dentro desses marcos. Haveria, portanto, apenas uma diferença de grau entre a discricionariedade legislativa e a discricionariedade judicial (RAMOS, 2015, p. 126).

⁹⁰ A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação (RAMOS, 2015, p. 130).

conveniência e oportunidade e o segundo na busca da solução juridicamente correta, cujos conceitos devem ter em mente o direito posto⁹¹:

Todavia, se observarmos o nível hierárquico em que são postos os atos legislativos e o predomínio do fator constitutivo ou executório em relação às normas disciplinadoras de conduta, assim entendidas aquelas diretamente voltadas à regulação do comportamento dos sujeitos de direito, podem-se caracterizar os atos legislativos, materialmente, como veiculadores de normas gerais, abstratas e situadas no nível primário do ordenamento, logo abaixo do nível constitucional, contribuindo de maneira predominantemente constitutiva para o seu desenvolvimento. Por seu turno, os atos jurisdicionais estão situados em escalão inferior da ordem jurídica, com referência aos atos de legislação, e se voltam, precipuamente, à atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na moldagem do conteúdo desses atos (RAMOS, 2015, p. 122).

Veja-se, pois, que as críticas aventadas pela doutrina normalmente é devido ao fato de que ao agir de forma ativista, o judiciário, estaria por sair do campo jurídico e adentrar ao campo político, o que poderia ocasionar o risco do juiz impor suas vontades em detrimento das vontades eleitas pela legislação, prejudicando assim o ideal democrático, outras dizem respeito ao fato de que o Poder Judiciário não teria a preparação para a correta análise, lhe faltando mecanismos para tal. Observa-se o que Koerner diz sobre as barreiras existentes entre o jurídico e o político:

O ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial — o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo — produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. Além disso, não teria capacidade de informação e tomada de decisão, desnaturaria a atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes, e seria prejudicial à construção conceitual do Estado de direito, requisito para um sistema político democrático capaz de atender às exigências da dignidade humana (Ramos). O risco pode estar na perda de medida das decisões, na falta de justificção ou no desvio da atenção

⁹¹ Nos casos-limite envolvendo o limiar de conceitos indeterminados ou a opção entre soluções exegéticas discrepantes, metodicamente fundadas, o juiz, ao contrário do que sucede nas vertentes legislativa e administrativa da discricionariedade, não se guia por critérios de conveniência e oportunidade política e sim por sua própria perspectiva de qual seria a solução justa para o caso, sempre procurando refletir “a consciência jurídica geral”. A repetição do julgamento de casos similares, com a adoção do entendimento prevalecente no *leading case*, servirá para dar maior objetividade àquele critério valorativo, reduzindo, de certo modo, a discricionariedade judicial (RAMOS, 2015, p. 128).

quanto aos problemas de reforma política (Barroso) (KOERNER, 2013, p. 72).

Contudo, alguns entendem que o ativismo seria nada mais que a busca em tornar efetiva a Constituição (KOERNER, 2013, p. 72). Teixeira, por exemplo, entende que o ativismo judicial seria apenas um dos sintomas de que a sociedade de massa da era pós-moderna já não satisfaz eficazmente os direitos individuais com a prestação dos serviços públicos, o que mostraria um verdadeiro “descompasso frente à realidade social e (...) déficit de legitimidade que as democracias ocidentais apresentam quando comparadas com os ideais sociais e expectativas populares” (TEIXEIRA, 2012, p. 42).

Dessa forma, fica claro em se observar que o conceito de ativismo (ou seu antônimo autocontenção) judicial e judicialização não são sinônimos, sendo este último um fato, que seria a discussão em âmbito judicial de questões políticas e o primeiro um modo de agir, especialmente na busca de concretização de Direitos Fundamentais pelo Judiciário⁹², ou seja, a “postura do julgador”. Nesse sentido esclarece Leal:

Já o ativismo judicial possui uma dimensão e um caráter mais interno, podendo ser classificado, antes, como algo vinculado à postura do julgador ou do Tribunal no cumprimento de suas funções. Não se pode desconsiderar, porém, que, apesar dessa distinção, ambos se relacionam, pois o processo de judicialização, em virtude de suas características, favorece o aparecimento de condutas “ativistas” (ainda que, conforme aduzido no texto, os parâmetros do que seja uma decisão ativista não possam ser fixados de forma objetiva, deixando margem a interpretações). O ativismo pode se fazer presente mesmo em um contexto de competências reduzidas ou de restrição da atuação dos Tribunais; assim, uma decisão que em um determinado tempo e lugar poderia ser classificada de ativista pode ser recebida como absolutamente “normal” em outro, uma vez que estes conceitos são, conforme já dissemos, relativos (LEAL, 2014, p. 137).

Para Teixeira o ativismo corresponde à decisão judicial fundamentada em princípios, afastando a aplicabilidade das regras, não sendo, por este fato, por si só

⁹² Pode-se detectar uma tendência a um novo padrão de engajamento em causas coletivas no Brasil indicado pelo caso representativo de uso do espaço judicial das duas ONGs analisadas. Nestes casos, observa-se que o recurso ao espaço judicial se relaciona à busca de efetivação de direitos legitimados como princípios na Constituição de 1988. Em tal sentido, diferentemente do ativismo político que envolve segmentos de juristas que buscaram alternativas fora do Estado para denunciar o descumprimento dos direitos e garantias individuais, na década de 1990, essas iniciativas se dirigem para a construção de fundamentações e para a busca de decisões judiciais que possam ter repercussão na esfera estatal (ENGELMANN, 2007, p. 57-58).

qualificado como algo positivo ou negativo; entende o autor que deve haver uma preponderância na aplicabilidade dos direitos fundamentais em detrimento às demais normas, mesmo a de caráter constitucional (TEIXEIRA, 2012, p. 46), o que por consequência justificaria a viabilidade do ativismo.

Vê-se com isso, mesmo diante da impossibilidade de se construir critérios objetivos, que o ativismo judicial liga-se à ideia do Poder Judiciário agir de forma proativa em questões que seriam, em um primeiro momento, tratados nos âmbitos da decisão política, como as relacionadas às políticas públicas.

Teixeira vê na atuação ativista dois adjetivos, o primeiro, a atuação de forma positiva que se daria quando a atuação for vocacionada a assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição (TEIXEIRA, 2012, p. 46); já a forma de atuação denominada de nociva, ocorreria quando há uma vinculação do julgador a setor(es) específico(s) da sociedade, fazendo com que a decisão judicial tenha um fim político que negue a tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando, para tanto, em argumentos que transcendem a racionalidade jurídica, como no caso da Suprema Corte dos EUA *Citizens United v. Federal Elections Commission* (TEIXEIRA, 2012, p. 48). Para o mencionado autor, existem quatro formas em que o ativismo judicial seria deletério ao equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, quando a corte atua como legislador positivo, ofenda a separação de poderes, desconsidera seus próprios precedentes e suas decisões sejam vocacionadas a um decisionismo político⁹³. Já

⁹³ (...) 1. Atuação como legislador positivo: é a forma mais flagrante de ativismo judicial nocivo, pois decorre de comportamento do Judiciário que tem por fim extrapolar sua condição de imparcialidade e produzir construções normativas incompatíveis até mesmo com o que as modernas técnicas hermenêuticas oferecem em termos de preenchimento de lacunas jurídicas e de resolução de conflitos entre normas. 2. Ofensa ao princípio da separação dos Poderes: ocorre quando o Judiciário vai além das suas prerrogativas funcionais e toma para si competências que são atinentes a outros Poderes. Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento. 3. Desconsideração por precedentes jurisprudenciais: ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto. 4. Decisões judiciais viciadas por decisionismo político: já expomos que essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial, pois, antes mesmo de se conhecer os pormenores do caso concreto, parte-se de predeterminações e predefinições que fogem dos limites da causa e buscam a satisfação de orientações morais, ideológicas ou políticas que o

para se caracterizar o ativismo positivo, o autor, elenca, igualmente, quatro formas, quando a decisão busca assegurar direitos fundamentais, quando está orientada à garantia da supremacia da Constituição, quando se fundamenta em princípios jurídicos (em especial os constitucionais), quando está sustentada em técnicas hermenêuticas que não extrapola a vontade do legislador ou quando a derroga (TEIXEIRA, 2012, p. 52). Observa-se que quem elogia o ativismo o faz diante da contraposição ao chamado “passivismo” (RAMOS, 2015, p. 112), crítica à chamada autocontenção.

Anderson Vichinkeski Teixeira nota, ademais, que o ativismo positivo deve agir excepcionalmente e é apto a auxiliar a realização dos fins e objetivos estabelecidos na Constituição, constatando que inexistente estrutura eficaz de mediação dos conflitos sociais de forma extrajudicial⁹⁴. O autor verifica que a legitimidade do Judiciário surge diante das omissões existentes entre o Executivo e o Legislativo, contudo, para manter legítima a atitude ativista deve ela funcionar de forma excepcional, especialmente diante do fato de que magistrados não são legitimados pelo voto popular, carecendo de representatividade popular⁹⁵.

jugador possui. Ou seja, ocorre quando se busca encontrar qualquer fundamento legal ou jurisprudencial, por mais incompatível que seja com as exigências regulativas do caso concreto, apenas para justificar a adoção de uma decisão já predefinida ideologicamente (TEIXEIRA, 2012, p. 51).

⁹⁴ Em um cenário político-institucional de elevada burocratização, de progressiva judicialização das relações sociais e de crescente distanciamento da relação entre Estado e indivíduo, o ativismo judicial positivo corrobora, em caráter de exceção, para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição. As técnicas hermenêuticas possuem grande desenvolvimento em solo pátrio para poder oferecer elementos precisos na determinação de condutas judiciais ativistas positivas ou nocivas, de modo que seja possível exercer um controle já dentro do próprio Judiciário em relação aos eventuais excessos. Embora o Estado não apresente estruturas eficazes de mediação dos conflitos sociais de modo extrajudicial, ele mesmo se vale do Judiciário como forma de se fazer presente na realidade social e de reafirmar a sua legitimidade como agente responsável pela promoção da paz social (TEIXEIRA, 2012, p. 50).

⁹⁵ De outra sorte, se as omissões do Executivo e do Legislativo legitimam o Judiciário a intervir na tutela dos direitos fundamentais, não podemos esquecer que a legitimidade política do Judiciário em si impede que ele se torne o regular promotor dos objetivos fundamentais da República brasileira. Por um lado, na jurisdição ordinária, os juízes são selecionados mediante concurso público, sem qualquer participação popular na escolha, enquanto no âmbito dos tribunais superiores, sobretudo no caso Supremo Tribunal Federal, os nomes dos magistrados são escolhidos pelo chefe do Executivo, inexistindo também a mínima participação popular nesse processo. O déficit democrático do Judiciário no enfrentamento dos assuntos de maior gravidade enfraquece a legitimidade do Estado como agente de promoção da paz social e do desenvolvimento humano, pois as escolhas políticas fundamentais, quando feitas pelo Judiciário, não possuem a representatividade popular necessária e, em consequência, não podem ser cobradas pelo próprio povo, como ocorre, por exemplo, com o “juízo pelas urnas” ao qual os membros de cargos eletivos do Executivo e do Legislativo são submetidos, no mínimo, a cada quatro anos (TEIXEIRA, 2012, p. 50).

Na corte brasileira, o que se denota é um uso estratégico, ora, atuando com comportamento de árbitro, ora com ativismo e ora autocontido, tudo com a finalidade de construir diálogos institucionais⁹⁶. Desse modo, em diversos momentos, ao não decidir determinada questão, a corte age de forma estratégica, vocacionada à construção de um diálogo com a finalidade de se resolver o problema⁹⁷.

Dessa forma, observa-se que judicialização da política é uma consequência do constitucionalismo, ao prever diversos direitos e internalizar a peleja política somado com a força normativa da Constituição. Todavia, o comportamento da corte é uma escolha entre ativismo e autorrestrição. Conforme aponta Anderson Vichinkeski Teixeira o fato de que mesmo sendo o ativismo judicial uma patologia constitucional⁹⁸ é “cada vez mais necessária – desde que seja na sua vertente positiva -, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado” (TEIXEIRA, 2012, p. 52).

O que se denota da estrutura jurídica é que diante da normatividade das normas constitucionais há um protagonismo judicial em diversas questões que envolvam direitos sociais. Logo, a omissão ou atuação deficiente dos Poderes Legislativos e Executivos na consecução dos mandamentos constitucionais acabam por acionar o Poder Judiciário. Todavia, a forma de atuação, poderá se dar classicamente de duas formas, ativista ou autocontida. Pretende-se propor outro caminho, um método que não exclui o Poder Judiciário como último guardião dos

⁹⁶ Em sua postura seletiva quanto à escolha dos casos a decidir, isto é, entre as dimensões de árbitro, de ativista ou de instituição autocontida, o Tribunal rotineiramente alterna, em comportamento estratégico compatível com os diálogos institucionais, sua postura frente aos hard cases constitucionais, dependendo, por exemplo, do contexto econômico ou do tema envolvido em sua agenda de julgamentos, ora invocando o dogma para eximir-se de decidir (ex. AI 360461 AgR29), ora superando o dogma total ou parcialmente para decidir em flagrante atividade criativa legiferante (ex: PET nº 3.388, DJ, 25/09/2009, Caso Raposa Serra do Sol) (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 230).

⁹⁷ Segundo argumento de Bickel, a conduta estratégica da corte pressupõe que o período posterior à decisão seja aproveitado para a construção de um diálogo ou, como prefere o autor, um “colóquio” entre os ramos de governo acerca das questões de princípio envolvidas. Deste modo, ao optar por não decidir, é possível que a “tensão lincolniana” seja atenuada ou até dirimida por estes diálogos, e o tribunal alcance uma melhor compreensão das questões envolvidas, para sua adequada resolução. Quando, finalmente, decide julgar, pode haver uma aceitação generalizada do resultado ou uma redução considerável de custos políticos e/ou econômicos no decidir, pois o debate já estaria amadurecido na opinião pública ou nas searas legislativas (LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 240).

⁹⁸ Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano (TEIXEIRA, 2012, p. 50-51).

direitos fundamentais, mas que também não o torne um superpoder a determinar soluções desarrazoadas.

2.3 A legitimidade judicial em questões “macro”: a necessidade de um ativismo judicial dialógico

O sistema processual tradicional se estrutura precipuamente para decidir questões “micro”: microjustiça, microeconomia, micropolítica, etc., ou seja, questões individuais e pontuais.

Todavia, nota-se uma crescente necessidade do Poder Judiciário em tratar de questões “macros”: macrojustiça, macroeconomia, macropolítica, etc., tudo com o intuito de trazer mudanças sociais, ultrapassando a mera questão do caso concreto.

Desse modo diante da omissão ou atuação deficiente dos Poderes Legislativo e/ou Executivo em concretizar normas constitucionais, acaba por ocasionar a necessidade cada vez mais o Judiciário tratar de questões macro, interferindo ativamente em searas que em um primeiro momento seriam funções do Executivo e do Legislativo.

Tem-se que a judicialização e o protagonismo judicial é decorrência da nova ordem constitucional que ao estatuir, normativamente, um Estado de Bem-estar Social, tomou com força normativa e vinculante os direitos fundamentais, em especial os sociais.

Com esse fato, se nota a necessidade de forte atuação do Poder Judiciário a fim de concretizar os direitos abstratamente previstos na Constituição, eis que, como norma jurídica, possui tanto a perspectiva subjetiva quanto objetiva; ambas, judicialmente exigíveis.

Dessa forma, atua o Judiciário com pretense efeito transformador, pois ao determinar o cumprimento da Constituição, a qual deixou de ser mera carta de intenções e passou a ser texto plenamente e judicialmente exigível, busca realizar mudanças na realidade social a fim de harmonizar o retrato constitucional com a realidade social vivenciada.

Todavia, resta a dúvida de como o Poder Judiciário deve atuar em casos nos quais há uma situação que necessita de transformação social, logo, que envolva múltiplos atores e fatores econômicos e sociais. O sistema processual vigente o qual

estatui decisões duais (binárias), entre procedente e improcedente, seria suficiente para o trato de questões macros, na qual se busca a reforma das estruturas sociais, políticas e econômicas? Aliás, a forma de tomada de decisão monológica, na qual há uma determinação e construção da solução do caso concreto somente pelo julgador seria legítima a trazer efeitos transformativos?

Sabe-se que a realização dos direitos abstratamente normatizados demanda a alocação de recursos, os quais por natureza são limitados, logo há a necessidade de legitimidade democrática para as decisões sensíveis que por essência são trágicas. Sem contar com o fato de que diversos direitos fundamentais não dependem exclusivamente do agir estatal para a sua realização, como o pleno emprego (art. 3º e art. 170, VIII da CRFB/88) (BRASIL, 1988) – não obstante o Estado interferir positivamente ou negativamente na criação e manutenção de postos de trabalho, há uma necessidade de uma conjectura econômica e uma convergência com o setor privado –.

Por vezes, quando o Judiciário se encontra diante de situações complexas, na qual existam problemas estruturais, que demandariam a transformação de diversas instituições, o estabelecimento de múltiplas políticas públicas, o engajamento de diversos atores sociais; o modelo binário de decisão (procedente ou improcedente) e monológico se mostram insuficientes para a busca da correta solução, pois, haveria a necessidade de se construir um amplo debate social, dialógico e dialético, cuja decisão resultante e o procedimento adotado fujam de um modelo dual e hierárquico de decisão.

Ora, por vezes a questão jurídica imanente não é o grande problema, mas sim a realização factual do direito, como a condição carcerária do país que deve respeitar os ditames de direitos humanos e fundamentais e o direito à educação de qualidade (art. 6º da CRFB/88), ambos, o problema não é a identificação do direito (violado), mas como efetivá-lo.

Diante desse aparente vácuo normativo e dogmático, a hipótese deste trabalho é no sentido da criação de mecanismos/ações dialógico-processuais no qual aproximaria o Poder Judiciário do ideal democrático deliberativo, sem perder a força cogente apta a colocar a sociedade em transformação, ao passo que negar a possibilidade de reformas via judiciário é negar a própria normatividade das normas infringidas.

As limitações democráticas e decorrentes de um sistema processual tradicional pensado para um sistema liberal-contratual e individualista de um lado, e a estruturação de uma Constituição Social Dirigente que busca modificar a realidade de outro, mostra duas conclusões lógicas antagônicas; a primeira decorrente do dever de atuação de todos os poderes para a efetivação dos direitos fundamentais, ante sua vinculação e aplicabilidade direta, este dever vincula o Poder Judiciário a decidir determinada demanda posta a Juízo sempre em prol da efetivação desses direitos; a segunda, em contrapartida ao dever estatuído, tem-se que o sistema se mostra limitado diante de questões de ordem fática, política e econômica, logo uma decisão judicial não é, por si só, apta a trazer modificações concretas à sociedade, e nem assim poderia esperar de ser, ao passo que em um sistema democrático a tomada de decisão não poderá recair somente a uma parcela privilegiada da sociedade, os juízes.

Este embate, que em um primeiro momento poderia desqualificar a atuação do Judiciário, todavia é afastado por teorias como a do neoconstitucionalismo e a do neoprocessualismo, estudadas anteriormente, as quais trazem novos contornos à atuação da magistratura que se vocaciona à realização, e não mera declaração, dos direitos fundamentais e valores constitucionais.

Diante da pesquisa realizada até o momento, em especial por força do primeiro capítulo que traz como base a ideia de vinculação aos direitos fundamentais e a necessidade de políticas públicas para a sua efetividade, entende-se por necessário a utilização de mecanismos que coadunam Estado de Direito, Democracia e Protagonismo Judicial para a efetividade e concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Para tanto, acredita-se na necessidade não de uma autocontenção a obstar a atuação judicial, mas sim uma atitude responsável ativista, que Eduardo Cambi já denunciava de protagonismo judiciário responsável.

Para tanto, compreende por oportuno a criação da teoria do ativismo dialógico, que se afastaria do clássico ativismo que César Rodríguez Garavito denomina de “monológico”⁹⁹. Neste ativismo dialógico a Corte serviria como

⁹⁹ GARAVITO, 2013.

mecanismo indutor ao debate¹⁰⁰, ao mesmo tempo em que aproximaria a Sociedade e o Poder Público¹⁰¹, construindo de forma compartilhada e coletiva os significados do texto constitucional¹⁰², com a finalidade precípua de trazer soluções aos problemas e reclamos sociais, em especial que envolvam a necessidade de tomada de decisões com o qualificativo “macro”: macropolíticas, macrojustiça, macroeconomia, etc. Tais decisões são características dos casos chamados de estruturais.

Entre os principais motivos para se adotar o ativismo dialógico recai na insuficiência do sistema de decisão dual e monológico, na necessidade de se tomar medidas transformadoras da realidade social, de fomentar a democracia deliberativa¹⁰³, de atuação pelo Judiciário de direcionamento para o futuro dos atos e metas para o Poder Legislativo e Executivo¹⁰⁴ a vista do conteúdo constitucional, na constatação que há pouca ou inexistente discussão quanto à existência do direito (conteúdo axiológico da norma, face interna), mas sim quanto à forma de torna-la efetiva (conteúdo fenomênico da norma, face externa), a necessidade de criação de mecanismos aptos a trazer maior participação popular a fim de legitimar

¹⁰⁰ Diante dessa conjuntura, portanto, reclama-se a necessidade de um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas. É indispensável que juízes, ao tratarem de questões estruturais, dialoguem com os demais ramos do poder Público e com outras esferas da sociedade (tais quais os movimentos sociais, as associações civis e os partidos políticos), pois se entende que os sistemas jurídicos democráticos constitucionalizados fortalecem-se na medida em que acontecem interlocuções institucionais e sociais de forma constante e fluída (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 218).

¹⁰¹ Hasta ahora, la defensa del activismo dialógico se ha basado en la teoría democrática y el derecho constitucional. En respuesta a las objeciones clásicas contra el activismo judicial, que alegan que carecería en principio de legitimidad democrática y violaría el principio de separación de poderes, los académicos del derecho constitucional y los teóricos de la democracia deliberativa han demostrado razonablemente la naturaleza democrática de las intervenciones judiciales que promueven la colaboración entre las diferentes ramas del poder y la deliberación sobre problemas públicos (GARAVITO, 2013, p. 18).

¹⁰² MURILLO, 2020, p. 7.

¹⁰³ Tradução livre: En sistemas de democracia deliberativa, como los que me interesará considerar aquí – en contraste con sistemas más vinculados con la tradición de los checks and balances - la idea es la de asegurar que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo. Los sistemas institucionales de democracia deliberativa retoman así la noción habermasiana conforme a la cual las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en las que intervienen –desde una posición de igualdad- todos los potencialmente afectados (Habermas 1996). El presupuesto es que el sistema de toma de decisiones gana en imparcialidad en la medida en que se base en una discusión amplia e inclusiva, en la que –en particular- se escuche a todos aquellos que disienten, aquellos que piensan distinto, aquellos que desafían las decisiones establecidas (GARGARELLA, 2013, p. 5).

¹⁰⁴ A escolha das Cortes como locus de resolução dos impasses sociais deslocou estas instituições da perspectiva do essencialismo dos direitos para uma atuação mais voltada ao provimento em si, afastando a lógica tradicional das sentenças condenatórias, declaratórias ou constitutivas (VALLE, 2016) e adentrando em decisões cujo objetivo consiste em orientar o futuro do agir administrativo (LIMA; FRANÇA, 2019, p. 214).

democraticamente as decisões tomadas pelo Judiciário, o amplo debate a fim de tomar a melhor decisão possível, etc..

A ideia é: um ativismo judicial vocacionado precipuamente à concretização dos direitos fundamentais, decidindo, todavia, de forma não isolada, mas compartilhada, em diálogo constante com os demais poderes e a sociedade, especialmente a diretamente afetada. É “convocar os demais poderes ao diálogo para que as ações necessárias à resolução daquele problema sejam discutidas” (TROVÃO; CARMO; MOLLICA, 2018, p. 300). Ou seja, ao invés do Judiciário decidir de forma isolada impondo a resposta ao caso concreto “insta os órgãos públicos a desenvolverem políticas públicas de forma dialógica, ou seja, contemplando procedimentos participativos e estabelecendo mecanismos de controle popular”¹⁰⁵ (MURILLO, 2020, p. 4). Para tanto se identificam três elementos: conteúdo substantivo (declaração de violação ao direito), medidas judiciais e mecanismos de acompanhamento (GARAVITO, 2013, p. 21). Em resumo:

As decisões mais dialógicas em casos estruturais envolvem: um claro reconhecimento da exigibilidade judicial do direito em questão (direitos fortes); deixa as decisões de política pública para os poderes eleitos, ao mesmo tempo em que estabelece um mapa claro para medir o progresso (medidas judiciais moderadas); e monitorar ativamente a execução de ordens judiciais por meio de mecanismos participativos, como audiências públicas, relatórios de progresso e decisões de acompanhamento (forte acompanhamento)¹⁰⁶ (GARAVITO, 2013, p. 22).

Atuar da forma como alude Roberto Gargarella, com as práticas dialógicas, acaba por elevar o potencial de efetividade da norma, bem como afastaria as clássicas objeções democráticas relativas à revisão judicial, além de evitar o risco de deixar ao Judiciário a última palavra; incentivar a retomada da política no processo de tomada de decisão (GARGARELLA, 2013, p. 3).

No mesmo sentido, César Rodríguez Garavito, alude que a atuação dialógica seria apta a rechaçar as críticas dirigidas ao ativismo, como o déficit

¹⁰⁵ Tradução livre: exhortan a los órganos públicos a que desarrollen políticas públicas de manera dialógica, es decir, contemplando procedimientos participativos y estableciendo mecanismos de control popular.

¹⁰⁶ Tradução livre: Las decisiones más dialógicas en los casos estructurales involucran: un reconocimiento claro de la exigibilidad judicial del derecho en cuestión (derechos fuertes); dejar las decisiones de política pública a las ramas electas del poder al mismo tiempo que establecer un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas); y supervisar activamente la ejecución de las órdenes del tribunal mediante mecanismo participativos como las audiencias públicas, los informes de progreso y las decisiones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte).

democrático, legitimidade e separação de poderes (GARAVITO, 2013, p. 16). Tais críticas, segundo o autor, são direcionadas a um modelo de ativismo monológico, aquele no qual o Judiciário decide de forma isolada, impondo, ao aplicar, o direito no caso concreto, tal imposição acaba por desrespeitar decisões democráticas, em um verdadeiro processo hierárquico e fechado (GARGARELLA, 2013, p. 20). Logo, as críticas normalmente direcionadas ao ativismo judicial, quando este o é pensado na forma dialógica, perde o sentido.

Flavia Danielle Santiago Lima e Eduarda Peixoto da Cunha França entendem que dentre os modelos de decisão há a existência do modelo compartilhado ou dialógico, no qual, sem perder o protagonismo e o impulso judicial, se buscaria uma ampliação da participação dos interessados, almejando por uma decisão compartilhada e negociada, sendo que:

As características centrais desse modelo seriam: a ampla participação dos interessados e a possibilidade de negociação entre eles (pois o processo não é fechado nem hierarquizado); o estabelecimento de objetivos gerais por parte do órgão judicial - ao invés de ordens detalhadas-, permitindo que o enfoque do processo seja mais na solução do problema que na indicação de medidas que disponham como os objetivos visados serão atingidos; a flexibilidade (que viabiliza o ciclo de tentativa-acerto/erro-ajuste) e revisão contínua (que é mais efetiva para a garantia de que as medidas estão sendo cumpridas que a imposição pura e simples de ordens fortes, pois os procedimentos vão sendo alterados conforme os problemas vão surgindo; transparência (visando garantir que as normas, ainda que genéricas e provisórias, sejam explícitas e públicas) (LIMA; FRANÇA, 2021, p. 367).

Observa-se que a atuação é ativa, motivo pelo qual se denomina ativista, contudo, a decisão não é tomada de forma isolada e hierárquica, mas compartilhada e compromissória. Conforme explica Alfonso Renato Vargas Murillo:

(...) o ativismo dialógico compreende uma série de mecanismos que se ativam a partir da emissão da sentença, com o objetivo de otimizar o diálogo, por um lado, entre os órgãos do Estado e, por outro, entre eles e a sociedade civil. Desse modo, não é possível reduzir o caráter dialógico dessas sentenças ao seu conteúdo ou à exortação do poder público, mas sim a uma série de procedimentos que dela se produzem, e as condições em que ocorrem as interações devem ser avaliadas através do discurso entre os atores envolvidos¹⁰⁷ (MURILLO, 2020, p. 14).

¹⁰⁷ Tradução livre: (...) el activismo dialógico comprende una serie de mecanismos que se activan desde la expedición de la sentencia, a fin de optimizar el diálogo, por un lado, entre los órganos estatales, y por el otro entre estos y la sociedad civil. De esta manera, no es posible reducir el carácter dialógico de estas sentencias a su contenido o a la exhortación de los poderes públicos, sino

Para o mencionado autor não é qualquer diálogo, mas:

(...) um tipo particular de diálogo (baseado em argumentos imparciais e racionais) entre os atores que participam de um processo que trata de uma controvérsia constitucional (os juízes, os potencialmente afetados ou seus representantes, representantes de outros poderes do governo) promovido por juízes no contexto do “constitucionalismo forte” e que se dá em diversos momentos (no próprio momento deliberativo anterior à emissão da sentença ou a partir do mandato contido na sentença). Embora não exista um mecanismo único pelo qual o diálogo constitucional seja acionado, suas vantagens - do ponto de vista da democracia deliberativa - só podem ser determinadas na medida em que permitam a participação dos cidadãos em condições de igualdade e liberdade (podendo corrigir previamente os aspectos estruturais deficiências que impedem o alcance dessas condições), bem como a interação discursiva entre estes e os entes estatais convocados pelo Judiciário. Porém, poderíamos afirmar que mecanismos como as audiências públicas ou o *amicus curiae* têm potencial “dialógico”, pois se caracterizam por incluir a participação discursiva de diversos atores no marco de um processo constitucional, razão pela qual são convenientes para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade segundo o ideal democrático deliberativo¹⁰⁸ (MURILLO, 2020, p. 17).

Para César Rodríguez Garavito a melhor forma de tratar, quando demandados, temas envolvendo os Direitos Econômicos Sociais e Culturais (DESC) seria através, mesmo que inicialmente, de um ativismo judicial dialógico, pois:

Em primeiro lugar, as decisões dialógicas estabelecem objetivos gerais e processos de execução claros, com prazos firmes e exigência de relatórios sobre o andamento da execução, ao mesmo tempo em que deixam as decisões substantivas e os resultados detalhados para os órgãos administrativos. Ordens desta natureza não só são compatíveis com o princípio da separação de poderes, como também podem promover a eficácia geral de uma determinada decisão. Em segundo lugar, uma

se deben valorar una serie de procedimientos que se producen a partir de ella y las condiciones en las que se dan las interacciones discursivas entre los actores involucrados.

¹⁰⁸ Tradução livre: (...) un tipo particular de diálogo (uno basado en argumentos imparciales y racionales) entre los actores que participan en el marco de un proceso que versa sobre una controversia constitucional (los jueces, los potencialmente afectados o sus representantes, representantes de otras ramas de gobierno) promovido por los jueces en contexto de “constitucionalismo fuerte” y que se produce en diversos momentos (en el momento deliberativo propiamente dicho antes de la emisión de la sentencia o a partir del mandato contenido en la sentencia). Si bien no hay un solo mecanismo mediante el cual se active el diálogo constitucional, sus ventajas — desde la perspectiva de la democracia deliberativa — solo podrán determinarse en la medida que permitan la participación de la ciudadanía en condiciones de igualdad y libertad (pudiendo corregir previamente las deficiencias estructurales que impiden alcanzar esas condiciones) así como la interacción discursiva entre aquellos y las entidades estatales emplazadas por la judicatura. Sin embargo, podríamos afirmar, que mecanismos como las audiencias públicas o el *amicus curiae* tienen un potencial “dialógico” al caracterizarse por incluir la participación discursiva de diversos actores en el marco de un proceso constitucional, por lo que resultan convenientes para desarrollar prácticas de control de constitucionalidad acordes al ideal democrático deliberativo.

abordagem dialógica para casos de DESC incentiva mecanismos participativos de acompanhamento, como audiências públicas, comissões de supervisão indicadas por tribunais e convites à sociedade civil e órgãos administrativos para apresentar informações relevantes e participar de debates patrocinados por tribunais. Esses mecanismos promovem a deliberação democrática e aumentam os efeitos das intervenções judiciais¹⁰⁹ (GARAVITO, 2013, p. 7).

Observa-se, ainda que, segundo Garavito, em regimes constitucionais comprometidos em buscar um nível de bem estar econômico e social há a viabilidade de se defender um ativismo judicial dialógico, o qual traria reforço à legitimidade democrática (GARAVITO, 2013, p. 19), sendo que segundo o autor o Judiciário ao atuar de forma dialógica poderia trazer quatro efeitos:

(...) efeitos materiais diretos (por exemplo, formulação de políticas públicas ordenadas por tribunais); efeitos materiais indiretos (por exemplo, participação de novos atores no debate); efeitos simbólicos diretos (por exemplo, nova estrutura para notícias na mídia) e efeitos simbólicos indiretos (por exemplo, a transformação da opinião pública sobre o problema)¹¹⁰ (GARAVITO, 2013, p. 11).

É de bom alvitre notar que quanto a avaliação em relação à eficácia da decisão poderá ocorrer sob duas perspectivas, a primeira denominada de neorrealista, que considerariam “uma sentença é eficaz somente quando produz uma mudança observável no comportamento daqueles a quem se dirige diretamente”¹¹¹ (GARAVITO, 2013, p. 9). Dessa forma, para que a sentença seja considerada eficaz deve necessariamente produzir alguma mudança direta, sendo essa impossível de se produzir no momento a decisão não teria eficácia. Por esta

¹⁰⁹ Tradução livre: En primer lugar, las sentencias dialógicas establecen fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencia de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos administrativos. Las órdenes de esta naturaleza no sólo son compatibles con el principio de separación de poderes, sino que pueden también promover la eficacia general de una determinada decisión. En segundo lugar, un enfoque dialógico de los casos de DESC fomenta los mecanismos participativos de seguimiento, como las audiencias públicas, las comisiones de vigilancia nombradas por el tribunal y las invitaciones a la sociedad civil y a los organismos administrativos para que presenten información relevante y participen en debates promovidos por el tribunal. Esos mecanismos promueven la deliberación democrática y mejoran los efectos de las intervenciones de los tribunales.

¹¹⁰ Tradução livre: efectos materiales directos (p.ej., formulación de una política pública ordenada por el tribunal); efectos materiales indirectos (p.ej., participación de nuevos actores en el debate); efectos simbólicos directos (p.ej., nuevo marco para las noticias en los medios de comunicación) y efectos simbólicos indirectos (p.ej. la transformación de la opinión pública sobre el problema).

¹¹¹ Tradução livre: una sentencia es efectiva cuando produce um cambio observable en la conducta de aquellos a los que se dirige directamente.

razão, alguns neorrealistas poderão argumentar que o processo dialógico, quando não atinge efeitos imediatos e totalmente sensíveis, não são eficazes.

Todavia, uma segunda concepção avaliativa poderá melhor esclarecer sobre a eficácia, em especial a social, das decisões judiciais. Essa corrente é chamada de construtiva, nela não somente as decisões que produzem efeitos imediatos seriam eficazes, de igual modo haverá eficácia quando a decisão judicial influenciaria no direito e na sociedade, seja através do debate político, do foco na agenda, do desbloqueio político, entre outros. Tais efeitos são denominados de transformações indiretas, ao passo que, não obstante a sentença não produzir efeitos diretos, impulsionam paulatinamente a transformação social, nas palavras de César Rodríguez Garavito:

Por outro lado, há autores que se inspiram na concepção construtivista das relações entre direito e sociedade, o que os leva a criticar Rosenberg e os neorrealistas por se concentrarem apenas nos efeitos diretos e materiais das decisões judiciais. Segundo esses críticos, as decisões judiciais e a lei produzem transformações sociais não apenas quando provocam mudanças no comportamento dos grupos e indivíduos diretamente afetados pelo caso, mas também quando produzem transformações indiretas nas relações sociais, ou quando modificam as percepções dos atores sociais e/ou legitimam a visão de mundo dos atingidos pelo processo judicial¹¹² (GARAVITO, 2013, p. 8-9).

Desse modo para Garavito o ativismo dialógico teria o potencial de trazer melhores efeitos às decisões tomadas em relação aos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (GARAVITO, 2013, p. 19), visto que o ativismo monológico teria limitações para produzir efeitos e lhe faltaria legitimidade democrática (GARAVITO, 2013, p. 20). No mesmo sentido Alfonso Renato Vargas Murillo entende que as decisões dialógicas fortaleceriam a prática legislativa e a discussão pública, transformando o monólogo judicial em diálogo interinstitucional, o que por consequência aumentaria a legitimidade democrática da corte e reduziria a tensão

¹¹² Tradução livre: Por otro lado, hay autores que se inspiran en la concepción constructivista de las relaciones entre derecho y sociedad, lo que les lleva a criticar a Rosenberg y los neorrealistas por concentrarse sólo en los efectos directos y materiales de las decisiones judiciales. Según estos críticos, las decisiones judiciales y el derecho producen transformaciones sociales no sólo cuando provocan cambios en la conducta de los grupos y los individuos afectados directamente por el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales, o cuando modifican las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo que tienen los afectados por el proceso judicial.

existente entre tutelar os direitos fundamentais e o modelo democrático da tomada de decisões (MURILLO, 2020, p. 9).

Como já afirmado, a Constituição não pode ser cumprida, deve ser cumprida. Perseguir os objetivos constitucionais, em especial tratando de direitos fundamentais, não é uma faculdade, mas uma obrigação do Poder Público. Sendo a Constituição norma jurídica fundamental, que impõe uma obrigação na realização de um *Welfare State* o seu descumprimento ou o cumprimento deficiente é argumento apto a impulsionar uma demanda judicial. Contudo, nota-se que pelas limitações oriundas da própria natureza das coisas, uma sentença por si só não é apta a trazer mudanças. Desse modo, se verifica que levar direitos fundamentais a sério é buscar compreender seus limites, mas sem deixar de vê-los como cogentes. E mais, ao se estatuir um Estado Democrático, inimaginável que decisões sejam tomadas de forma arbitrária, sem um mínimo de legitimidade. O resultado desses pressupostos é a constatação que um sistema processual monológico e binário é incompatível e insuficiente para trazer respostas aos problemas sociais. Desse modo, abre-se a hipótese de um sistema processual dialógico e estrutural servir como mecanismo apto à servir uma Constituição normativa e social como a de 1988.

3 ENTRE DEMOCRACIA DELIBERATIVA E ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO: BASES PARA O PROCESSO ESTRUTURAL, DIALÓGICO E COOPERATIVO

Srs. Constituintes, esta Assembléia reúne-se sob um mandato imperativo: o de promover a grande mudança exigida pelo nosso povo. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.

(Ulysses Guimarães, 1987).

Nos capítulos anteriores concluiu-se que por conta da vinculação aos direitos fundamentais, juntamente com a internalização no texto constitucional da peleja política, unidos com a força normativa da Constituição, faz com que se torne possível demandar em Juízo tratando sobre os Direitos Fundamentais Sociais até mesmo em seu aspecto objetivo.

Dentre as formas de se proceder, tem-se a possibilidade do Judiciário tomar uma conduta ativista. Essa conduta, contudo, creditou diversas críticas, as quais por vezes são válidas, especialmente quando o ativismo se mostra monológico.

Ocorre que, ao analisar a realização do ativismo dialógico, percebeu-se que este se harmoniza na ideia de Estado de Direito, Democracia e compromisso com a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, visto que demonstra um Poder compromissado aos seus fins sociais e constitucionais.

Para a realização desse ativismo dialógico, observa a necessidade do sistema processual deixar de ser dual, e se tornar estrutural, internalizando a criação de mecanismos de diálogos entre os Poderes, entre si, e deles com a Sociedade.

Destarte, dentre as conclusões mais importantes até agora traçadas nesta dissertação foi o da necessidade da conduta por parte do Judiciário que ao mesmo tempo não seja indiferente ou autorrestrita, mas na mesma medida não seja autoritária e incumprível.

Percebe-se, assim, a exigência de conduta ativa, contudo dialógica a fim de não incorrer em risco de inefetividade da decisão judicial e quebra de legitimidade democrática.

Decidir o que é o direito, o que deve ser o direito e como efetivar o direito, são decisões que precisam ter aporte político, logo, que conte com legitimidade democrática, pois, diante das diversas formas legítimas de se atuar, bem como, dos limites reais dos recursos, se necessita da tomada de escolhas de forma democrática.

A pesquisa conduziu o trabalho para a necessidade de um sistema processual que coloque o Judiciário a desempenhar, legitimamente, sobre a ação política, tornando mecanismo que absorve as pretensões sociais e colabora com a concretização do Estado de Bem-estar Social.

De forma tradicional, o sistema processual se mostra vocacionado a solucionar casos individuais (viés subjetivo dos direitos), que tratam de partes em pólos contrapostos (autor e réu), com direito e soluções previamente prevista (ao Juízo cabe dizer ou efetivar o direito, mas não cria-lo ou construir mecanismos de mudanças da estrutura social), através de decisões duais (procedente ou improcedente), num modelo de tomada de escolha monológica (o juiz decide de forma solipsista, sem a construção coordenada com as partes no processo, com a Sociedade e o Poder Público). Esta imagem de processo não coaduna com a ideia de Constituição Social, como a adotada em 1988, a qual busca, antes de tudo, realizar mudança social e trazer, além da legitimidade democrática, a harmonização e o compromisso de todos para a realização de seus objetivos.

Desse modo, pretende-se neste capítulo analisar e responder se o sistema processual vigente possui mecanismos aptos a trabalhar com um processo estrutural e não dual, com o objetivo de realizar a abertura dialógica, e não monológica, do ativismo judicial. Para tanto, muda-se de metodologia de abordagem para o Tipológico (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 109), iniciando por desenvolver inicialmente a ideia de um processo que se possa denominar de Dialógico, Estrutural e Cooperativo. Este tipo ideal de processo servirá, aliás, como base de análise para o próximo capítulo que cuidará, na medida do possível, de analisar a propensão de diversos procedimentos para a realização dos Direitos Fundamentais Sociais em sua perspectiva objetiva.

O objetivo é desenvolver a ideia de processo com base na concepção de democracia que seja inclusiva e participativa, fazendo com que o Poder Judiciário¹¹³ atue como indutor de participação e debate¹¹⁴, reforçando os compromissos para a efetivação dos Direitos Fundamentais, em especial dos Sociais. Em outras palavras, busca-se prestigiar uma democracia que não se restrinja à possibilidade de somente eleger representantes¹¹⁵ (direito de votar e ser votado¹¹⁶), mas também na prerrogativa de “deliberar publicamente sobre as questões que serão decididas” (MARTINS; VECCHIATTI, 2015, p. 61), ao passo que a “decisão do governo tem de ser sustentado por meio da deliberação dos indivíduos racionais em fóruns amplos de debate e negociação” (FARIA, 2000, p. 47).

É neste ambiente que se encontra a legitimidade democrática do Judiciário, na deliberação pública. Desde Owen Fiss, se afirma que a legitimidade do judiciário recai exatamente no modo do processo, o qual deve contemplar o diálogo, nas palavras do autor:

A idoneidade dos juízes para dar significado aos valores públicos não está associada a aptidões morais especiais, as quais eles não possuem, mas ao processo que limita o poder que exercem. Uma característica desse processo é o diálogo que os juízes devem conduzir: eles devem conhecer de todos os pedidos, considerar uma grande esfera de interesses,

¹¹³ Se na concepção clássica da democracia representativa cabia aos partidos políticos ser o instrumento concreto da soberania popular, por meio da organização e politização do povo, a crise do constitucionalismo social, decorrente da não concretização dos fins sociais previstos nas Constituições, fez com que os partidos políticos e o poder legislativo perdessem espaço, deslocando para outro poder (o Poder Judiciário) o monopólio da última palavra na interpretação constitucional (BERCOVICI, 2013, p. 321-322) (MARTINS; VECCHIATTI, 2015, p. 59).

¹¹⁴ A emergência de novos processos sociais e de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização, criou em torno do Poder Judiciário uma nova arena pública, externa ao circuito clássico até então existente: “sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária”, com evidentes perturbações na teoria clássica da soberania popular (VIANNA et al., 2014, p. 22-23). Bobbio (2000, p. 157-158) viu neste processo uma transição da democracia formal para a democracia substancial, mas não chegou a enfrentar diretamente o tema da democracia deliberativa em seus escritos (MARTINS; VECCHIATTI, 2015, p. 60).

¹¹⁵ Habermas, ao elaborar o conceito de democracia discursiva/deliberativa, está preocupado com o modo que os cidadãos fundamentam racionalmente as regras do jogo democrático. Para a teoria democrática “convencional” a fundamentação do governo democrático se dá por meio do voto. Dado que esse instrumento não é suficiente para legitimar a democracia, a teoria do discurso propõe um “procedimento ideal para a deliberação e tomada de decisão” que avançaria, segundo esse autor, em termos da fundamentação e legitimação das regras democráticas (FARIA, 2000, p. 48).

¹¹⁶ Assim, para a teoria ora analisada, a democracia não se resumiria à participação eleitoral, a escolha dos governantes pelos governados, pois tal escolha, por si só, não teria força suficiente para legitimar as decisões políticas tomadas. Assim, buscando ganhar tal legitimidade, a teoria deliberativa defende que seria necessário também que toda a comunidade participasse das discussões que permeiam as decisões, bem como, que as justificações para tais decisões fossem acessíveis a todos os cidadãos (ALVES; SOUZA, 2018, p. 111).

pronunciar-se e também assumir responsabilidade individual por suas decisões. Ademais, o juiz deve permanecer independente no que tange aos desejos ou preferências tanto do corpo político quanto dos litigantes particulares que se encontram perante o juízo (FISS, 2017, p. 89).

Marcos César Botelho, em estudo de Habermas, já afirmava que o Poder Judiciário, quando coeso com seus deveres constitucionais, é coparticipante da construção do direito. Nos dizeres de Botelho:

O juiz constitucional, portanto, através das operações próprias do controle de constitucionalidade, participa do processo de elaboração da lei, na medida em que obriga o legislador, nos casos de declaração total ou parcial da inconstitucionalidade, a reformar seu trabalho, motivando aquilo que Rousseau chamou de uma Reescritura constitucional da lei, submetendo a aprovação da constitucionalidade de uma lei aos limites e fundamentos impostos pela decisão de inconstitucionalidade anterior (BOTELHO, 2008, p. 226).

Por esta razão, em outro momento, Botelho vem a afirmar em seu livro (2010) que o Judiciário é o espaço público por excelência, tendo como dever incluir “todos os possíveis afetados” para obter “legitimação na sua tarefa de dar a última palavra” (BOTELHO, 2010, p. 226).

Dessa forma, baseando na ideia de democracia que seja deliberativa, objetiva-se analisar como o processo judicial se tornaria apto a trazer conformação entre realidade e abstração constitucional, sempre norteado na mola propulsora de legitimidade que é a abertura dialógica com os demais Poderes e em especial com a própria Sociedade. Toda esta análise possui como contexto os Direitos Fundamentais Sociais sob a perspectiva de direito objetivo.

Habermas afirma que a vontade democraticamente constituída deve resultar da inter-relação entre os espaços institucionais (administração, judiciário, parlamento, etc.) e a construção da opinião informal (grupos de interesse, sindicatos, associações, igrejas, etc.)¹¹⁷ (BOTELHO, 2008, p. 222; FARIA, 2000, p. 50). O que ao fundo se constrói é um modelo discursivo de democracia que serve para informar

¹¹⁷ Adverte Habermas que essa política deliberativa fundada em uma democracia procedimentalista deve assegurar o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, propiciando o surgimento da força do melhor argumento. Segue asseverando que “em face de um procedimento como esse, legitimamente reconhecido, ainda se pode fazer valer a diferença entre um resultado ‘válido’ e um resultado ‘racionalmente aceitável’ (no âmbito institucional dado)” (BOTELHO, 2008, p. 222).

a não centralidade do Estado na tomada de decisões vinculantes, tampouco uma exclusividade da própria sociedade¹¹⁸.

Ora há que se levar em consideração que a “característica central do modelo da democracia deliberativa é, pois, o enfoque no processo dialógico enquanto processo real de interação argumentativa” (VIEIRA; SILVA, 2013, p. 156), ou seja, o mecanismo de deliberação e tomada de decisão deve ser por meio da persuasão, a qual por sua vez é alcançada através da argumentação racional para a solução de determinado problema público¹¹⁹.

Assim, “(...) a legitimidade do processo democrático deriva principalmente da participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão. Essa participação vai além do ato de votar (...)” (FARIA, 2000, p. 64), dessa forma, deve-se compreender o processo judicial como mecanismo indutor ao debate e não seu último reduto de decisão. É exatamente neste sentido que a Corte poderá ganhar legitimidade, a partir do momento que internaliza as pelejas sociais, cria um espaço aberto para o debate e conjuntamente constrói o direito¹²⁰. Nesse sentido Marcos César Botelho reconhece a legitimidade da Corte Constitucional:

Logo, muito mais do que uma legitimação por sufrágio universal, fato que, per si, não legitima o parlamento, sobretudo quando se vê uma dissociação entre eleitos e eleitores, a legitimidade das decisões das Cortes Constitucionais em sede de jurisdição constitucional, sob a ótica da democracia procedimental de Habermas, é construída pelo fato de que as Cortes Constitucionais tornam-se espaços públicos em que importantes

¹¹⁸ O que Habermas oferece, portanto, é um modelo discursivo de democracia que não está centrado apenas no sistema político-administrativo encarregado de tomar as decisões vinculantes nem exclusivamente na sociedade. A democracia deve ser analisada a partir da relação entre esses dois pólos: as decisões tomadas no nível do sistema político devem ser fundamentadas e justificadas no âmbito da sociedade, através de uma esfera pública vitalizada. O sistema político deve estar ligado às redes periféricas da esfera pública política por meio de um fluxo de comunicação que parte de redes informais dessa esfera pública, se institucionaliza por meio dos corpos parlamentares e atinge o sistema político influenciando nas decisões tomadas (FARIA, 2000, p. 52).

¹¹⁹ Nisso a deliberação distingue-se da negociação. Se, nesta última, o acordo pode ser extraído por recurso a estratégias de engodo, mentira, promessa ou ameaça, e as partes obedecem primariamente ao seu interesse próprio, já na deliberação o consenso (idealmente) obtido deve ser racional, e portanto alcançado por via da persuasão, não da coerção, encontrando-se as partes imparcialmente localizadas, e orientadas ao bem comum (VIEIRA; SILVA, 2013, p. 156).

¹²⁰ Sua legitimidade, pelo contrário, advém do fato de que ele é o espaço público por excelência em que as questões constitucionais podem ser democraticamente debatidas, onde os sujeitos interessados podem, em uma relação comunicativa e sob a força do melhor argumento, contribuir para a construção racional das decisões e, portanto, para a sua aceitação, mesmo que haja dissenso, pois o entendimento buscado pela teoria discursiva de Habermas não significa consenso acerca do conteúdo da decisão, mas sim que ela foi fruto do debate democrático dos participantes (BOTELHO, 2008, p. 230).

decisões afetas à interpretação e aplicação da Constituição são submetidas a amplo debate (BOTELHO, 2008, p. 228).

E continua:

Neste ponto é que se vislumbra a legitimidade das Cortes Constitucionais em sede de controle de constitucionalidade, como decorrente desse mister, de dar a última palavra nas questões constitucionais, que é possibilitada pela aceitação dos participantes do discurso do papel que é previsto na Constituição Federal àqueles tribunais, eliminando qualquer possibilidade de se questionar o caráter democrático da atuação das Cortes Constitucionais que, apesar de não terem seus membros eleitos pelo voto direto, tem a sua atuação avaliada e fiscalizada pelos cidadãos quando efetivamente se exerce uma jurisdição aberta à participação de todos os interessados no processo de construção das decisões constitucionais (BOTELHO, 2008, p. 232).

Logo, tendo a democracia deliberativa como objetivo “conceder aos cidadãos os motivos que justifiquem determinada decisão política” (ALVES; SOUZA, 2018, p. 111), o processo judicial possui a propensão de ser um dos caminhos para o exercício democrático das pretensões sociais, desde que haja e se utilizem de mecanismos dialógicos, estruturais e cooperativos.

A abertura dialógica se mostra além de um mecanismo de luta por efetivação de direitos, mas igualmente uma forma de exercício do controle social sobre as políticas públicas e um lugar para o exercício da cidadania por parte da população.

Desse modo, como consignado, o ativismo quando defensável deverá ser harmônico ao sistema democrático, servindo como mecanismo de debate e decisão compartilhada.

Democracia deliberativa e proteção aos direitos fundamentais mostram-se, assim, ligados¹²¹, ao passo que:

¹²¹ A relação entre “democracia deliberativa” e “direitos fundamentais” resta, portanto, evidente, pois nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos (humanos, do homem, naturais e etc.) que são tidos por fundamentais, mas também a estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais. Por isso, embora no contexto do Estado (Democrático e Social) de Direito os direitos fundamentais tenham inúmeras aproximações com os direitos humanos, enquanto concreções histórico-jurídicas daqueles, não podem ser apenas reduzidos a eles. Com efeito, quem reduz os direitos humanos aos direitos fundamentais não somente ignora seu estatuto jurídico-moral, mas também esvazia o seu potencial crítico, exercido na história dos últimos séculos como ideia-força determinante na luta contra o absolutismo, o autoritarismo e o totalitarismo (HABERMAS, 2002, p. 289). Os direitos humanos são assim formulados por indivíduos que se reconhecem como sujeitos jurídicos com igualdade de direitos e, por essa razão, somente de modo subsidiário é que os direitos

Não por acaso, a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, aliada a uma nova postura dogmática sobre os direitos fundamentais previstos nas Constituições, propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa), na qual a argumentação pública passa a ter um lugar de destaque e as instâncias da concretização constitucional são deslocadas, em grande medida, para o Poder Judiciário, com evidente perda de nitidez entre a política e o direito. Esse processo de transição da democracia representativa para a democracia deliberativa produziu inúmeras repercussões teórico-dogmáticas – e práticas – na teoria do direito e fez surgir inúmeras questões, ainda não inteiramente respondidas, que interessam diretamente ao direito constitucional (MARTINS; VECCHIATTI, 2015, p. 52).

Por conseguinte, a legitimidade democrática se extrai não meramente do voto, mas de igual maneira da deliberação pública e da participação dos cidadãos na construção do direito e de soluções aos problemas sociais¹²². Ora, se desde uma manifestação de rua poderá ser vista como o exercício da democracia deliberativa¹²³, o próprio processo judicial também pode possuir a mesma pretensão, ao passo que, ao se adotar mecanismos de diálogos, o Judiciário servirá como indutor ao debate de problemas e pretensões sociais, fomentando, e por vezes até mesmo criando, políticas públicas, desde que dentro de um processo estrutural e dialógico.

É por este sentido que a ideia de um constitucionalismo dialógico acaba por se harmonizar com o pensamento que se busca desenvolver neste trabalho. Neste ideal a separação de funções não serve para colocar os poderes em intrigas, mas sim, em harmonia. Vocacionando a aproximar da sociedade e do poder público os problemas sociais existentes.

Dessa forma, conforme analisado no capítulo anterior, coaduna com o pensamento desenvolvido a ideia do ativismo positivo que esteja vocacionado ao diálogo, devendo servir o Judiciário de mecanismos fracos e em última instância de

humanos irão servir como legitimadores da organização estatal através do direito positivo (HABERMAS, 2002, p. 289) (MARTINS; VECCHIATTI, 2015, p. 57).

¹²² Essa legitimidade pressupõe a existência de canais de comunicação entre esses fóruns e uma esfera pública informal mais alargada (...) (VIEIRA; SILVA, 2013, p. 155).

¹²³ Tal como a negociação estratégica pode adquirir uma legitimidade acrescida se for deliberativamente filtrada, também uma manifestação de rua pode produzir efeitos deliberativos, mesmo onde argumentos não sejam aduzidos, por chamar a atenção para uma questão excluída da agenda política, assim como adquirir um significado e alcance políticos maiores se acompanhada por um discurso mobilizador (VIEIRA; SILVA, 2013, p. 187).

mecanismos fortes para a construção e efetivação compartilhada das promessas constitucionais.

Levando em consideração o objetivo da realização do Estado de Bem-estar Social, a vinculação aos direitos fundamentais sociais por conta da aplicabilidade direta e transformadora, tudo isto dentro de um Constitucionalismo Dirigente, recheado de valores morais trazidos pelo movimento neoconstitucional, e da mudança paradigmática que sofre o processo com o neoprocessualismo, propõe-se a estrutura de um agir denominado de Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, a ser estudado abaixo.

3.1 A final, o que se entende por Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo?

Primeiro, deve-se deixar claro o que se entende como Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo em contraposição ao que se compreende por Processo Monológico, Dual e Adversarial. Com isso, viabiliza a criação de parâmetros para análise do sistema processual vigente e a realização da testagem/comparação pelo Método Tipológico entre o tipo ideal de processo e o processo posto à disposição do operador do direito. Em outras palavras, inicia-se criando um modelo ideal de processo (dialógico, estrutural e cooperativo) a fim de contrapor ao processo real e vigente.

Entende-se como Processo Monológico aquele no qual o Juízo, de forma solipsista, interpreta e declara o direito ao caso concreto, ou quando o cria, o faz de forma não compartilhada com os demais atores processuais e sociais. A este modelo se contrapõe o que se denomina de Processo Dialógico, no qual há um diálogo e uma construção conjunta/compartilhada/negociada do direito e da solução ao problema posto à Juízo com as partes envolvidas no processo, a Sociedade e o Poder Público.

Já o Processo Dual, se trata das limitadas escolhas existentes para uma decisão judicial, basicamente, transitando entre procedente e improcedente. Este se contrapõe ao modelo ideal de Processo Estrutural, que não possui as limitações de escolhas binárias, podendo, criar o direito ao caso concreto e mais, a solução ao caso, levando-se em consideração objetivos a serem atingidos e decisões atípicas a

serem tomadas, tudo tendo por base o experimentalismo próprio das Políticas Públicas (acertos e erros), e, sobretudo, movido por uma necessária plasticidade/elasticidade do provimento jurisdicional.

Por fim, Processo Adversarial, entende-se aquele no qual as partes encontram-se entrincheiradas em lados opostos defendendo posições antagônicas com o intuito claro de derrotar seu adversário, e o julgador, indiferente com as partes se coloca em posição de superioridade. Neste tipo de processo, os argumentos são traçados com o fim oposto a criação de uma síntese através do método dialético; a finalidade da discussão é a destruição dos argumentos da outra parte finalizando lograr êxito no provimento final. A esta conduta se contrapõe o modelo ideal denominado de Cooperativo, no qual, as partes buscam, de forma compartilhada e coordenada, a solução de um problema posto à Juízo, realizando debates e diálogos, para tanto usa-se do método dialético¹²⁴ para a busca da solução ao problema posto. Em outras palavras, os sujeitos do processo atuam “de forma concertada e conjunta, independentemente de seus interesses” (MARÇAL, 2019, p. 84).

Pois bem, tem-se que a necessidade do processo estrutural (*structural injunction*) recai sobre o fato de existirem problemas estruturais¹²⁵, os quais por sua vez necessitam de reformas estruturais (*structural reform*)¹²⁶, que são realizadas

¹²⁴ a efetivação das decisões estruturais deve se dar de forma dialética, “a partir de um debate amplo cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada”. No ponto, Eduardo José da Fonseca Costa utiliza as expressões “execução negociada” e “execução complexa cooperativa”, para descrever a participação dos sujeitos na efetivação de decisões que visam efetivar políticas públicas. Para o autor, “o dia a dia forense tem mostrado, assim, que a execução forçada não é a forma mais eficiente de implantar-se em juízo determinada política pública” (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 569).

¹²⁵ O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação). Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 104).

¹²⁶ O importante é notar que, existindo esse estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Há necessidade de intervenção para promover uma reorganização ou uma reestruturação da situação, como nos casos em que há necessidade de mudança na estrutura de ente público, de organização burocrática etc. Essa intervenção normalmente é duradoura e exige um acompanhamento contínuo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 106/107).

através de medidas estruturantes¹²⁷. Para tanto, utiliza-se das decisões estruturais¹²⁸ que incide sobre um ente, organização ou instituição, tendo como finalidade concretizar direitos fundamentais, realizar políticas públicas ou resolver algum litígio complexo (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 560). Por esta razão, ao não procurar culpados, a cognição no processo estrutural, segundo Galdino, busca a racionalidade entre “meios e fins na busca por um estado de coisas” (GALDINO, 2019, p. 112).

A dicotomia existente entre realidade e mundo ideal acarreta no chamado “estado de desconformidade” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107)¹²⁹, sendo esta uma situação factual objeto de combate no processo estrutural. Representa-se na equação lógica “pTq”, no qual “p”, é a situação atual, “q”, a situação ideal, e “T”, o processo estrutural que serve de transição de “p” a “q” (GALDINO, 2019, p. 65).

Ora, o distanciamento entre abstração constitucional – que traz diversos direitos fundamentais sociais e estrutura um Estado de Bem-estar Social – sem dúvidas é um “estado de desconformidade” apto a justificar a existência de um Processo Estrutural¹³⁰. Neste sentido, reconhecem Madureira e Zaneti Junior o estado de desconformidade na falta de efetividade das normas constitucionais:

A doutrina jurídica que lhe é subjacente adota como premissa a constatação de que violações perpetradas pelo Poder Público à efetividade das normas constitucionais (direitos fundamentais), sejam elas concretas (consumadas)

¹²⁷ Atualmente, é possível conceituar as medidas estruturantes como prestações – positivas ou negativas – gradativas e difusas, com uma perspectiva preponderantemente futura e global do litígio policêntrico (problema), operadas de forma mais dialogal entre os sujeitos processuais (e, muitas vezes, terceiros), para – objetivo imediato – realizar alterações em práticas ou condutas ou para reformar (a estrutura de) um ente, organização ou instituição. Assim, suas finalidades principais – objetivos mediatos – podem ser, por exemplo, a tutela de direitos fundamentais, a realização de uma determinada política pública ou a resolução de qualquer “litígio policêntrico” (MARÇAL, 2019, p. 80-82).

¹²⁸ Por fim, a decisão estrutural é aquela que, partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios). Em essência, a decisão estrutural não estrutura, mas sim reestrutura o que estava desorganizado (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

¹²⁹ O objetivo imediato do processo estrutural é alcançar o estado ideal de coisas – um sistema educacional livre de segregação, um sistema prisional em que sejam asseguradas a dignidade do preso e a possibilidade de ressocialização, um sistema de saúde universal e isonômico, e, também, por exemplo, a preservação da empresa recuperanda. Nesses casos, busca-se remover o estado de desconformidade, promovendo uma transição para o estado de conformidade (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 108).

¹³⁰ Vide Capítulo 1.

ou potenciais (ameaças de lesão), não podem ser eliminadas sem que essas organizações sejam reconstruídas, no curso dos processos respectivos (processos estruturais), por meio das decisões jurídicas neles proferidas (decisões estruturais). Disso resulta a complexidade do conteúdo das decisões estruturais e, por conseguinte, dos processos estruturais que as suportam (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 561).

Como características do processo estrutural, as quais não são indispensáveis ou exclusivas, se tem a: multipolaridade¹³¹, coletividade¹³² e complexidade¹³³ (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 108).

Normalmente, quando se está a tratar de Direitos Fundamentais Sociais, tais características estão presentes, eis que, um Direito Fundamental Social é multipolar, no sentido de admitir diversas interpretações sobre seu alcance, é coletivo, ao atingir o indivíduo e toda a sociedade e é complexo, por poder ser realizado de diversas formas.

Galdino elenca outra característica do Processo Estrutural que o distingue do tradicional, a teleologia. O Processo Estrutural é feito visando precipuamente o futuro, com a mudança e transformação da realidade. Já o Processo Tradicional, normalmente, trabalha com relação de causa-efeito, em uma visão retrospectiva¹³⁴.

Pois bem, o Processo Estrutural se divide em dois momentos, que se aproxima de sua dupla função (declaração do estado de desconformidade e meios para superá-lo)¹³⁵.

O primeiro momento do processo estrutural é a busca da construção e da declaração do(s) objetivo(s) a ser(em) alcançado(s) (estado ideal de coisas) através

¹³¹ Diversas posições e opiniões.

¹³² Várias partes.

¹³³ Admite diversas soluções possíveis.

¹³⁴ Conclui-se, acerca da distinção entre causalidade e teleologia e sua relação com os processos estruturais, no sentido de que, em certas situações, a eficácia jurídica atribuída aos fatos jurídicos, não pode ser efetivada de imediato, exigindo previamente o alcance de determinado estado de coisas, o qual possibilitará, como sua consequência, a efetivação que inicialmente não pode ocorrer. Para estes casos não se presta um processo que trabalha com uma relação causa-efeito (retrospectiva), sendo necessária uma relação processual teleológica (prospectiva) que tome o estado de coisas pretendido como fim e articule meios para seu alcance (GALDINO, 2019, p. 59).

¹³⁵ Nesses casos, o processo estrutural se apresentará assim com dupla função: a) tomará como fim (objetivo) um novo estado de coisas em que tais direitos possam ser concretizados; b) deverá definir e efetivar os meios proporcionais ao alcance daquele estado de coisas, no tempo, modo e grau a serem processualmente estabelecidos (GALDINO, 2019, p. 58).

do que se denomina de norma-princípio¹³⁶, tal qual saúde de qualidade, ensino para todos, piso mínimo existencial, etc.

Realizado a estruturação do estado ideal, se contrapõe a realidade, sendo que da distância surge o “estado de desconformidade”, nos exemplos acima, saúde precária, falta de vagas em escolas, não atendimento ao mínimo existencial, etc.

Desse estado de desconformidade (“p”) aparece a possibilidade de se estruturar metas e objetivos (“T”) a serem alcançados para sua superação (“q”).

Nesta primeira fase, a fase probatória busca essencialmente apurar o estado de desconformidade¹³⁷, usando para tanto da prova por amostragem e da prova estatística (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 116). Nas palavras de Galdino:

Para tal correlação é necessária uma instrução que faça inicialmente um diagnóstico de um estado de coisas atual e, posteriormente, uma certificação do alcance do estado de coisas futuro e dos efeitos que dele se espera decorrer. E não é só, caso esta última instrução confirme não ter sido alcançado o estado de coisas previsto ou os efeitos dele esperados é possível a reabertura do primeiro momento de instrução para fins de reavaliação do estado de coisas inicial, ao que sucederá nova definição de ações para o alcance do estado de coisas final e por fim uma instrução para certificação do alcance deste e dos efeitos dele instrutório (GALDINO, 2019, p. 79).

Constado o estado de desconformidade, serão traçados objetivos para serem alcançados, possuindo um verdadeiro conteúdo programático. Finalizada a primeira fase, não se coloca fim à atividade jurisdicional, ao revés, a partir de então se inicia de forma mais incisiva essa atividade, nas palavras de Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira:

O que marca esse momento processual é que, como quer que seja, a decisão estrutural não exaure a função jurisdicional. Ela apenas dá início àquela que, provavelmente, é a fase mais duradoura do processo estrutural, marcada pela participação efetiva do juiz (e, naturalmente, das partes e de

¹³⁶ Primeiro, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado – uma meta, um objetivo – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontológica de uma norma-princípio (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

¹³⁷ De outra forma, a atividade instrutória nos processos estruturais é necessária não apenas em uma análise pretérita, sendo útil especialmente em uma análise instrutória presente, para a definição de meios para o alcance de um estado fático futuro (estado de coisas) indicado como objetivo, bem como em uma análise futura, para a certificação do efetivo alcance deste, configurando assim uma atividade instrutória em três momentos (GALDINO, 2019, p. 78).

outros sujeitos) para a implementação do novo estado de coisas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 117).

Estruturado a norma-princípio, passa-se a segunda fase, que trata da busca pela estruturação, ou seja, como alcançar os resultados desejados. Isto ocorre por meio do que se denomina de norma-regra¹³⁸.

Com o início da implantação das medidas necessárias a fim de atingir as metas e objetivos traçados na primeira fase, discute-se neste momento os meios e mecanismos adequados para atingir os fins elencados na norma-princípio. Nesta é preciso que se estabeleça: a) o tempo, modo e grau¹³⁹; b) a transição, nos termos do art. 23 da LINDB¹⁴⁰; c) avaliação e fiscalização permanente das medidas estruturante¹⁴¹.

É comum nesta fase ocorrer o que se denomina de provimentos em cascata¹⁴², ou seja, diversas outras novas decisões para alcançar os objetivos da

¹³⁸ Segundo, ela estrutura o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado – assumindo, por isso, e nessa parte, a estrutura deontica de uma norma-regra (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

¹³⁹ A decisão estrutural, dado o contexto em que se apresenta, não é daquelas que se costuma implementar rapidamente, porque a reestruturação de um estado de desconformidade exige, normalmente, tempo de maturação, não apenas para que a reestruturação seja efetiva, mas também para que seja duradoura. Assim, o esperado é que a implementação do estado ideal de coisas demore a acontecer. Nada impede que determinadas medidas mais urgentes sejam implementadas imediatamente, ainda que de modo paliativo – como a construção de um acesso provisório para o portador de necessidade especial até que as adequações arquitetônicas permanentes sejam concluídas, como um alojamento provisório para determinados detentos, enquanto não ultimadas as obras de reforma do estabelecimento prisional de origem, ou como o abrigo de famílias atingidas por desastre ambiental, com pagamento de benefício pecuniário provisório, até que seja possível assentá-las definitivamente em novo espaço (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 118).

¹⁴⁰ O poder de o órgão julgador criar uma “justiça de transição” entre a situação anterior e aquela que se pretende implantar seria, para alguns, implícito, decorrente do princípio da proteção da confiança (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 121).

¹⁴¹ (iii) Por último, quanto à necessidade de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes, também aqui pode ser útil a nomeação de um gestor específico ou de um comitê. Aplicam-se aqui também as técnicas previstas na Lei nº 11.101/2005 (lei de falências) e na Lei nº 12.529/2011 (lei de defesa da concorrência), quanto à possibilidade de o juiz nomear um administrador ou interventor judicial para fiscalizar a implementação da reforma projetada. (...) Outras medidas podem ser adotadas, como a exigência de que sejam entregues relatórios periódicos, a designação de audiências periódicas para oitiva de testemunhas e a realização de inspeções judiciais. O importante é perceber que essa segunda fase, que visa à implementação da meta fixada na decisão estrutural, exige amplas discussões e atividade probatória (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 122).

¹⁴² Outro traço distintivo das decisões estruturais é que à decisão principal seguem-se inúmeras outras, proferidas com o propósito de resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal. Disso resulta o que Sérgio Cruz Arenhart chamou de provimentos em cascata, em que as decisões

primeira decisão, pois “muitas vezes, à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 123).

Obsrva-se que não obstante a segunda fase buscar implementar as metas estabelecidas na primeira fase, nada impede que haja a revisão das metas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 124), eis que novos problemas podem surgir, bem como, as metas anteriores poderão se mostrar insuficientes¹⁴³.

Por fim, o procedimento somente se encerra com a superação do estado de desconformidade e o alcance das metas propostas.

O que se observa desse modelo ideal é a falta de um único tipo de procedimento, ou modelo, para a sua realização. Todavia, tem-se sempre a presença de um sistema bifásico para sua concretização¹⁴⁴ e sua principal característica é a forma cooperativa e dialogal que se constrói essas decisões. Contudo, conforme se verá no próximo capítulo, seria bem vindo um corpo legislativo cuidando especificadamente do Processo Estrutural.

No Brasil encontram-se vários exemplos que a doutrina elenca como tendo usado a técnica do processo estrutural, como o Caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3.388/RR)¹⁴⁵, o Caso da Greve dos Servidores Públicos (Mandado de

se sucedem e somente podem ser tomadas após o cumprimento das fases anteriores, num contexto em que a decisão atual depende do resultado e das informações decorrentes do cumprimento da decisão anterior (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 562).

¹⁴³ Diferentemente da definitividade que em de regra marca as normas produzidas pela jurisdição, a norma-princípio produzida no processo estrutural está sempre sujeita à quebras de estabilidade decorrentes da necessidade de manter-se proporcional (adequada, necessária e proporcional em sentido estrito) à tutela dos direitos que se propõem a efetivar, sobretudo ante evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis de fatos ou direitos relacionados (GALDINO, 2019, p. 128).

¹⁴⁴ Não há como estabelecer previamente qual deve ser o procedimento observado no processo estrutural, mas, em qualquer situação, esse procedimento deve ser bifásico, como ocorre no processo falimentar: a primeira fase do processo estrutural deve ser dedicada à constatação da existência de um problema estrutural e o seu propósito é, uma vez constatado o problema, estabelecer a meta a ser atingida – o estado ideal de coisas –, encerrando-se com a prolação da chamada decisão estrutural; a segunda fase do processo estrutural se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 133).

¹⁴⁵ No caso Raposa Serra do Sol (Ação Popular nº 3.388/RR), por exemplo, o STF admitiu a demarcação de terras em favor de um grupo indígena, mas estabeleceu diversas “condições” para o exercício, pelos índios, do usufruto da terra demarcada, entre elas, a necessidade de o usufruto ficar condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional, já que a terra indígena está situada em zona de fronteira do país. Além disso, foram vivificados diversos marcos que precisariam ser considerados no processo administrativo para a identificação e demarcação de terras indígenas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109).

Injunção nº 708/DF)¹⁴⁶, a estruturação do processo de *impeachment*¹⁴⁷, a Ação Civil Pública nº 0150735-64.2008.8.26.0002 que buscou resolver o déficit de vagas em creches municipais no Município de São Paulo¹⁴⁸, a ACP do Carvão¹⁴⁹, as Cirurgias Ortopédicas do Estado do Ceará¹⁵⁰, a ADPF 347, etc.

No direito internacional tem-se nos Estados Unidos o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁵¹, *Holt v. Sarver*¹⁵², os ECI's na Corte Colombiana, o caso do Rio Matanza-Riachuelo na Argentina, etc.

É importante consignar que para se alcançar os objetivos ideais de um sistema processual estrutural, dialógico e cooperativo, se deve buscar a flexibilidade¹⁵³ (eis que busca alcançar uma finalidade¹⁵⁴), a

¹⁴⁶ Outro exemplo é a decisão proferida no Mandado de Injunção nº 708/DF, em que o STF cuidou do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. Na oportunidade, constatou-se que a omissão legislativa quanto à regulamentação do tema persistia, a despeito de anteriores decisões em que se reconhecia haver mora dos órgãos legislativos. Entendeu-se que, para não se caracterizar uma omissão *judicial*, era preciso superar essa situação de omissão e, em face disso, determinou-se, entre outras coisas, que se aplicasse ao caso a Lei nº 7.783/1989, que regulamenta o direito de greve dos trabalhadores celetistas em geral, com as adaptações devidas, “enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 109/110).

¹⁴⁷ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 110.

¹⁴⁸ Um exemplo interessante é a ação civil pública nº 0150735-64.2008.8.26.0002, em que o Município de São Paulo foi instado a resolver o problema do déficit de vagas em creches municipais para crianças com idade de zero a 3 anos. Inicialmente, a decisão judicial estabeleceu como meta (novo estado de coisas) a criação, até o ano de 2016, de 150.000 vagas. Até o ano de 2016, apenas 106.743 vagas haviam sido criadas, o que levava à conclusão de que ainda precisariam ser criadas 43.257 novas vagas. Sucede que, após nova análise do estado de coisas existente em 2016, chegou-se à conclusão de que seriam necessárias não mais 150.000 vagas no total, mas sim 191.743 vagas até 2020. Esse novo estado de coisas, já distinto daquele estabelecido como meta quando da prolação de decisão estrutural, passou, a partir de então, a presidir a atuação do órgão jurisdicional, por influência da dinâmica dos fatos e sua repercussão no processo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 124).

¹⁴⁹ GALDINO, 2019, p. 144.

¹⁵⁰ GALDINO, 2019, p. 144.

¹⁵¹ GALDINO, 2019, p. 144.

¹⁵² GALDINO, 2019, p. 144.

¹⁵³ Essa flexibilidade do processo estrutural deve ser assegurada (i) pela utilização de um procedimento bifásico, aproveitando-se o standard do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); e (ii) pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, como a que atenua as regras da congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo, a atipicidade dos meios de prova (art. 369, CPC), a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV, e art. 536, 1º, CPC), a atipicidade dos instrumentos de cooperação judiciária (art. 69, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

¹⁵⁴ Em concreto, a resolução do litígio, com a perfeita satisfação do direito tutelado, pode demandar a liberação do magistrado das amarras dos pedidos das partes, visto que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios individuais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir: deferimento, deferimento parcial ou indeferimento da postulação. É que os processos estruturais existem para alcançar uma finalidade, mediante a execução estruturada de certas condutas. Todavia, nem sempre as partes têm condições de antever todas as condutas que

consensualidade¹⁵⁵(viabilizando até mesmo a suspensão de demandas¹⁵⁶) e o diálogo¹⁵⁷. Em resumo:

O processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 107/108).

Para tanto esse tipo de processo possui as seguintes particularidades:

(...) não trabalhar com soluções “one-shot” ou “one-way” (“tudo ou nada”, com um comando condenatório) por exemplo, em que o vencido deve cumpri-lo, para não se sujeitar a penalidades; ou medidas sub-rogatórias, cumpridas pelo Estado-juiz em substituição ao executado), valendo-se de: i) medidas executivas, em regra, atípicas; ii) respostas graduais e experimentais (“tentativa e erro”), que permitem reanálise e retorno ao ponto anterior; e/ou iii) soluções criadas de forma concertada entre todos sujeitos

precisam ser adotadas ou evitadas por seus adversários para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível no curso do processo, o que orienta, nos processos estruturais, que se estabeleça a flexibilização da regra da congruência objetiva externa (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 567).

¹⁵⁵ A possibilidade de ajustar negócios processuais (art. 190, CPC) é potencializada nos processos estruturais em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação. Se a solução negociada é sempre preferível num processo individual de natureza bipolar, em que normalmente são facilmente identificáveis os interesses contrapostos, tanto mais se pode dizer quando há múltiplos interesses envolvidos – convergentes ou divergentes, a depender da questão em foco – e múltiplas possibilidades de solução do problema. No processo estrutural, o apelo à consensualidade é ainda mais exigível (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 115).

¹⁵⁶ As medidas aqui sugeridas podem ser tomadas inclusive no âmbito de procedimentos administrativos de fiscalização instaurados pelos Ministérios Públicos. Afinal, a busca pela consensualidade é elemento essencial do processo estrutural. Com isso, existindo notificações recomendatórias, termos de ajustamento de conduta e protocolos regulando as medidas a serem adotadas pelo Poder Público, essas medidas se apresentam como início da solução do problema estrutural, podendo o Poder Judiciário, uma vez provocado, suspender as ações individuais e coletivas que tratam desses problemas até a solução da crise (evidentemente quando as considerar adequadas), sem prejuízo da adoção de outras medidas urgentes (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 564).

¹⁵⁷ Da conjugação dessas regras jurídicas aos princípios do contraditório e da cooperação sobressai o dever processual de diálogo; que, por sua vez, conforma a atividade dos intérpretes, mesmo nos processos estruturais; estabelecendo limites à construção/efetivação de decisões estruturais proferidas mediante necessária atenuação da regra da congruência objetiva externa (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 571).

do processo e terceiros; iv) atuação do Judiciário num papel mais de “supervisor/fiscalizador”, e menos de “impositor” (MARÇAL, 2019, p. 82-83).

Emerge dessa forma o padrão ideal de processo para o trato de demandas que buscam mudar a realidade social, com o objetivo de trazer efetividade a direitos fundamentais sociais e a concretização do Estado de Bem-estar Social.

O processo deve servir de mecanismos de abertura democrática, para tanto, o pensamento processual deve viabilizar uma decisão dialógica, estrutural e cooperativa.

A seguir, busca-se compreender os mecanismos típicos para a concretização desse modelo ideal de processo. Ao final, se traz ponderações sobre o que se poderia melhorar, o que se está em trâmite para a mudança e o que necessitaria de nova proposição legislativa, comportamental e dogmática.

3.2 Dos diversos mecanismos processuais existentes para a realização do Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo

Arquitetado o tipo ideal de processo (dialógico, estrutural e cooperativo), passa-se a contrapo-lo aos instrumentos previstos a fim de analisar sua compatibilidade e a adaptabilidade para a imediata aplicação.

Para tanto se investiga alguns mecanismos processuais que integrariam a sociedade e demais poderes para a construção de uma decisão compartilhada e dialógica, bem como os fundamentos que permitiriam a realização de um procedimento bifásico (criação da norma-princípio e após norma-regra), elástico, estrutural e que permita a constante fiscalização e avaliação.

Estudar os mecanismos aptos a retirar o monopólio da última e única palavra do Poder Judiciário, especialmente quanto à formação das decisões, e da viabilidade do procedimento bifásico e estrutural, se mostra o início da investigação sobre a necessidade de um novo tipo de processo ou a adaptação dos existentes, ou somente da mudança comportamental do próprio Judiciário.

No sistema processual vigente existem diversos mecanismos processuais aptos a, em teoria, realizar abertura dialógica do Judiciário para com a sociedade, o Executivo e o Legislativo e auxiliar na construção de um processo cooperativo e

estrutural, tais como audiências públicas, *Amici Curiae*, julgamento de casos repetitivos, perícias, inspeção judicial e outras intervenções de terceiros.

A proposta é averiguar tais mecanismos e na medida do possível sua utilização prática. Será que são realmente aptos a servirem para construções de reformas estruturais e dialógicas? E mesmo sendo aptos estão desempenhando seu papel?

A insistência da necessidade do Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo é justificada pelo fato de que ao tratar de direitos fundamentais, em especial os sociais, que demandam alocação de recursos e a realização de escolhas trágicas, há a necessidade de tomada de decisão compartilhada ante seus efeitos sistêmicos.

Além do mais, não obstante o Judiciário ser um dos lugares aptos a conferir significado à Constituição, não é o único legitimado para tal, sendo que os demais Poderes e a própria sociedade também são atores na formação da cultura jurídica do país. E mais, a legitimidade de eventual ação do Judiciário nasce ao garantir ao povo a possibilidade de efetiva participação “na construção racional das decisões que lhe afetam, passando de mero destinatário das normas para a condição de autores das mesmas” (BOTELHO, 2008, p. 231), mesmo (especialmente) em casos em que age de forma contramajoritária.

Por conta desses motivos, escolhas trágicas e a necessidade de privilegiar o significado da Constituição por outros atores (no qual está contida também a sociedade) que não exclusivamente o Poder Judiciário, que se faz necessário o estudo da potencialidade de mecanismos no direito processual brasileiro que em tese realizariam abertura dialógica e retiraria a exclusividade do Judiciário na tomada de decisão, se aproximando da figura idealizada acima de Processo Dialógico.

A ideia desenvolvida aqui se torna ainda mais refinada quando se pensa em ação cooperativa e compartilhada. Diversas regras processuais mostram a viabilidade de se criar um ambiente cooperativo, como a própria previsão expressa no art. 6º do CPC que elenca como Norma Fundamental do Processo Civil o Princípio da Cooperação (BRASIL, 2015).

Por fim, procura-se empreender análise quanto às normas processuais que possibilitariam o fundamento de se realizar um Processo Estrutural, eis que, sendo cooperativo e dialogal, as soluções de problemas sociais não ocorre com a simples

declaração do direito, o qual por vezes não se possui dúvidas, mas na estruturação de caminhos para a superação do estado de desconformidade.

Usa-se como parâmetro de análise o Código de Processo Civil, eis que, como regra processual geral e de aplicabilidade subsidiária, nos termos dos art. 318, parágrafo único e art. 15, todos do CPC (BRASIL, 2015), possibilita que as conclusões aqui traçadas possam ser aplicadas nos diversos procedimentos especiais, além do mais, diversas ações especiais constam expressamente a aplicabilidade subsidiária do CPC como: a. Ação Popular (art. 22 da Lei nº 4.717 de 1965) (BRASIL, 1965); b. Ação Civil Pública (art. 19 da Lei nº 7.347 de 1985) (BRASIL, 1985); c. Mandado de Injunção (art. 14 da Lei nº 13.300 de 2016) (BRASIL, 2016); d. Ações Coletivas (art. 90 do CDC) (BRASIL, 1990).

Os diversos tipos de ações para serem utilizadas contra a inefetividade dos direitos sociais serão estudadas em um próximo momento, realizando a testagem necessária para a elaboração de um Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo.

3.2.1 Audiências Públicas

A experiência do Supremo Tribunal Federal a uma tentativa de abertura dialógica via audiência pública é recente, a primeira vez que se utilizou do mecanismo da audiência pública foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, isso nos idos de 2007¹⁵⁸ (GODOY, 2015, p. 189), não obstante contar com previsão normativa desde 1999 para as Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade¹⁵⁹. Com o advento do CPC de 2015 passou a prevê sua utilização também para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)¹⁶⁰, quando houver alteração de entendimento dominante do

¹⁵⁸ A referida ADI tinha como objeto a (in)constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que previa a utilização de embriões humanos, para pesquisa e terapia, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados. A controvérsia era sobre quando iniciaria a vida.

¹⁵⁹ Art. 9º da Lei nº 9.868/1999 (legislação que trata da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e art. 6º da Lei nº 9.882/1999 (legislação que trata sobre arguição de descumprimento de preceito fundamental).

¹⁶⁰ Art. 983, § 1º do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015): “para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (BRASIL, 2015).

Tribunal¹⁶¹, no Recurso Extraordinário Repetitivo e no Recurso Especial Repetitivo¹⁶².

Nota-se que até o segundo semestre de 2021 foram realizadas somente 35 audiências públicas pelo STF, dos mais variados temas¹⁶³.

Da previsão normativa se observa que a audiência pública possui como finalidade precípua o “esclarecimento de matéria ou circunstância” (art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/1999) (BRASIL, 1999), podendo ser ouvidos “perito ou comissão de peritos” (art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/1999 e art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999) (BRASIL, 1999). Percebe-se que a finalidade da audiência pública, segundo as Leis nº 9.868/1999 e 9.882/1999, se circunscreve aos especialistas com a finalidade de se auxiliar na confecção da decisão judicial, e não em uma abertura verdadeiramente democrática no sentido de democracia popular e participativa. Ora, nota-se que, em tese, a:

razão de ser das audiências públicas é justamente permitir, por meio da deliberação, um diálogo construtivo que robusteça e efetivamente democratize as decisões judiciais. A mera oitiva de experts e, às vezes, de representantes e membros de grupos sociais diretamente envolvidos nas questões decididas, não cumpre a proposta deliberativa e democratizante de tal canal de engajamento democrático (ROBERT; MENEZES, 2021, p. 191).

Carolina Elisa Suptitz e Ana Paula de Almeida Lopes anotem que as audiências públicas previstas na legislação possuem as finalidades de:

a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público. (...) no processo jurisdicional (...) o que prevalece, de acordo com o próprio texto legal, é ainda uma quinta finalidade ou, melhor, uma variação da quarta: dar aporte de conhecimento técnico aos ministros do STF, de modo a facilitar o julgamento das demandas (SUPTITZ; LOPES, 2008, p. 634).

¹⁶¹ Art. 927, § 2º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015): “a alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese” (BRASIL, 2015).

¹⁶² Art. 1.038, II, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015): “fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento” (BRASIL, 2015).

¹⁶³ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 02 de nov. de 2021.

Segundo estudo empírico realizado por Miguel Gualano de Godoy as audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (GODOY, 2015, p. 202), o que também é afirmado pelas autoras Carolina Elisa Suptitz e Ana Paula de Almeida Lopes que observam na publicização do julgamento a aproximação da sociedade com a decisão prolatada (SUPTITZ; LOPES, 2008, p. 635), contudo, algumas críticas são endereçadas, seja por conta da forma da escolha das pessoas e entidades a participar do julgamento do caso, seja pela metodologia adotada para a realização das audiências públicas, a qual não permite a criação de espaço para a deliberação, muito pelo contrário “as audiências se reduzem apenas e tão somente à exposição de diferentes posições em relação ao caso (...) funcionando muito mais como um espaço de complementação informativa” (GODOY, 2015, p. 204). Com isso percebe-se que na audiência pública “as informações são colhidas para o fim de contribuir com a confecção do voto dos julgadores” e não para “beneficiar a comunidade” (SUPTITZ; LOPES, 2008, p. 635)¹⁶⁴ em um sentido de deliberação popular e decisão compartilhada.

Não obstante seus avanços, as audiências públicas na prática, por vezes, não criam decisões dialógicas e estruturantes, necessitando que se avance ainda mais a fim de prestigiar o ideal democrático¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Com efeito, no modo como a audiência pública jurisdicional foi criada e no modo como tem sido realizada, a abertura do Poder Judiciário e sua democratização mostram-se significativamente reduzidas. A audiência pública jurisdicional nem é exemplo de democracia direta e participativa, como querem os ministros do STF, e nem é plural, uma vez que a participação, na grande maioria das vezes, tem se limitado à elite intelectual do nosso país. A audiência pública serve para melhor embasar o julgamento dos ministros, preocupados com a discussão técnica de cada demanda. E isto fica demonstrado explicitamente quando se analisa a forma como os ministros, em suas manifestações orais ou nos votos proferidos na ADIn nº 3.510, definem a audiência pública. Seria ela um instrumento perante o qual o STF se “reúne para ouvir a opinião dos especialistas” que irão acrescentar e aprofundar os conhecimentos dos Ministros do STF, os quais, “conhecendo as limitações que são próprias do ser humano, tentar[ão] encontrar a melhor solução neste como nos outros casos” (SUPTITZ; LOPES, 2008, p. 636).

¹⁶⁵ Tudo isso permitiu chegar-se ao fim da presente pesquisa com alguma compreensão sobre os motivos que levam à inefetividade das audiências públicas no processo de construção deliberativa de decisões dialógicas e estruturadas, em que pese o enorme potencial positivo deste canal de engajamento democrático. É verdade também que já há quem vislumbre contribuições de tal instrumento no processo de efetivação de políticas públicas e de empoderamento de minorias diante das cortes constitucionais, como no caso das discussões acerca das cotas étnico-raciais. Contudo, ainda é preciso aperfeiçoar este e outros mecanismos de deliberação e participação democrática no âmbito do Poder Judiciário, a fim de que se construam diálogos em prol de uma participação mais

O que se percebe é que a audiência pública mesmo sendo um mecanismo dialógico não torna as tomadas de decisões dialógicas, ao passo que servem tão somente como fontes de informações para compor as decisões judiciais e não para realizar a deliberação sobre determinado assunto levado a julgamento.

Para que as audiências públicas realmente viabilizem um processo dialógico é preciso que se oportunize o diálogo das partes envolvidas, da sociedade e Poder Público, possibilitando o debate em uma construção dialética da solução do problema.

Desse modo, serviria, também, como forma de auxiliar na construção das normas-princípios e das normas-regras, eis que, a identificação do problema, as metas e as tomadas de decisão para a solução do problema, na medida do possível, devem ser tomadas de forma cooperativa e dialogal¹⁶⁶. Na ideia desenvolvida no tendo como base, primeiro Gargarella e após Garavito, tem-se que o Juízo deve iniciar um controle fraco devolvendo o tema para serem tratado pelos demais Poderes e a Sociedade, somente quando necessário, desde que estejam dissonantes com o estado ideal constitucional, deve tomar iniciativas mais incisivas (controle forte) a fim de traçar um rumo bussolar à defesa dos direitos fundamentais sociais e ao Estado de Bem-estar Social previsto constitucionalmente.

As audiências públicas, ademais, possuem a possibilidade de exercerem controle/fiscalização/acompanhamento/avaliação das decisões tomadas e que estão sendo efetivadas na segunda fase do processo estrutural, possibilitando, alias, novas tomadas de decisão e o rumo que essas estão tomando.

De *lege ferenda* a fim de viabilizar o ideal processual que coaduna com o trato dos direitos fundamentais sociais em seu viés objetivo neste “Estado Social Constitucional” deve-se adotar, primeiro, a expansão da utilização da audiência pública para todo tipo de procedimento que trate de Direitos Fundamentais Sociais, em especial, os de viés objetivo com tutela estruturante; segundo, viabilizar o

ampla e de uma real deliberação no bojo da atividade típica de julgar, conferindo significado popular e legitimidade democrática às decisões constitucionais (ROBERT; MENEZES, 2021, p. 192-193).

¹⁶⁶ O processo estrutural deve ser mais aberto à participação de terceiros. Em razão da complexidade e da multipolaridade que normalmente marcam os processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de amici curiae e a designação de audiências públicas. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126).

debate, tendo a audiência pública não um meio de prova, mas sim, um espaço público por excelência (para parafrasear Botelho) no qual se haverá o diálogo e a construção conjunta tanto da decisão quanto da solução e avaliação; terceiro, tornar a audiência pública obrigatória e com presença obrigatória do(s) julgador(es), o qual deve servir para legitimar a tomada de decisões estruturantes, dialógicas e ativistas; quarto, também se recomenda a viabilidade da audiência pública ocorrer de forma provocada e não somente à critério do Julgador, logo, retirando o controle absoluto da pauta pelo Juízo; quinto, viabilizar a audiência pública no momento pré-instrução a servir de meio para o saneamento dos autos; sexto, prever a possibilidade de utilização da audiência pública para servir como acompanhamento das medidas estruturantes tomadas na segunda fase, tal qual utilizado pela Corte Constitucional Colombiana (SILVA, 2018, p. 110) e por fim, mas não menos importante; sétimo, a audiência pública não deve ser restrita à *experts*, sua presença é importante, mas a população também deve ser viabilizada sua presença através de representantes, porta-vozes ou delimitação do tema/questão a ser tratada¹⁶⁷, especialmente da população diretamente interessada ao direito posto à Juízo.

Como forma a contribuir na dogmática processual, tem-se a compreensão da audiência pública como um espaço público democrático de uso não restrito e cujo objetivo é legitimar o Poder Judiciário, ademais, deve-se compreender o Juízo não um órgão de poder e superioridade, mas sim, um ente colaborativo e cooperativo para a solução de problemas públicos (estado de desconformidade), sendo que a função social do Poder Judiciário se tem com o auxílio à função transformadora da Constituição de 1988, buscando alcançar um Estado de Bem-estar Social com a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Compreender que a decisão não é fundamentada quando não se baseia nas discussões traçadas na audiência pública, a qual não serve para compor a decisão, é a própria decisão. Desse modo, uma nova função se tem ao Juízo, não como prolator da decisão, mas sim como coordenador. Em último momento, quando se verifica, desde que fundamentado, a

¹⁶⁷ Como forma de evitar que a ampla participação se torne, ela própria, um problema, podem ser adotadas providências como a delimitação do centro de atuação permitido a cada sujeito, com identificação das questões sobre as quais ele pode falar ou com restrição de sua atuação a determinado ato ou fase do procedimento. Outra possibilidade é a eleição de “porta-voz” com atribuição de falar sobre determinado interesse, evitando a proliferação de manifestações num mesmo sentido e substituindo-as por uma só manifestação concertada entre os titulares do interesse (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126).

violação aos objetivos constitucionais é que deve o Julgador proceder de forma mais incisiva.

3.2.2 *Amici Curiae (Amicus Curiae)*

Outro instituto processual importantíssimo é o denominado *amici curiae* (ou *amicus curiae*), que em uma tradução literal significa “amigo da corte”.

Pesquisas apontam que entre 1999 a 2014, o *amici curiae* estava presente em um terço do total das ações de controle de constitucionalidade (ALMEIDA, 2019, p. 680), o que demonstra forte uso desse mecanismo pelo Judiciário brasileiro.

A previsão legal do instituto remete a Lei nº 6.616/1978, que alterou a Lei nº 6.835 de 1976, legislação essa que disciplinava o mercado de valores mobiliários. Previu-se naquela legislação a atuação da Comissão de Valores Mobiliários como interventora nos feitos em que discutisse o mercado mobiliário¹⁶⁸ (SOARES, 2018, p. 60-61; ROCHA, 2017, p. 63).

Uma segunda aparição se deu com a Lei nº 8.197 de 1991, colocando a União como amiga da corte quando era demandada qualquer uma de suas autarquias¹⁶⁹ (ROCHA, 2017, p. 64).

Em 1994, com a Lei nº 8.884, teve outra previsão do amigo da corte quando o Conselho Administrativo de Defesa Econômica passou a intervir nos processos que se discutia a aplicação da referida lei¹⁷⁰, passando a ser facultativa após a

¹⁶⁸ Art 1º - Os artigos 31 e 32 da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, passam a ter a seguinte redação:

"Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

§ 1º - A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação.

§ 2º - Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subseqüentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior.

§ 3º - A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizeram.

§ 4º - O prazo para os efeitos do parágrafo anterior começará a correr, independentemente de nova intimação, no dia imediato aquele em que findar o das partes (BRASIL, 1978).

¹⁶⁹ Art. 2º A União poderá intervir nas causas que figurarem como autoras ou rés as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais (BRASIL, 1991).

¹⁷⁰ Art. 89. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente (BRASIL, 1994).

promulgação da Lei nº 12.529 de 2011¹⁷¹ (SOARES, 2018, p. 61; ROCHA, 2017, p. 65).

Após houve a previsão na Lei nº 8.906 de 1994, a qual autorizou que as autoridades da Ordem dos Advogados do Brasil intervissem em inquéritos e processos nos quais figurassem em qualquer dos polos alguma pessoa inscrita na OAB¹⁷² (SOARES, 2018, p. 62; ROCHA, 2017, p. 65).

Mais adiante, se teve a previsão pela Lei nº 9.279 de 1996 no sentido de que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial intervisse nas ações de nulidade de patente¹⁷³ (SOARES, 2018, p. 62; ROCHA, 2017, p. 65).

Em 1999 com o advento da Lei nº 9.868 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI] e da Ação Declaratória de Constitucionalidade [ADC]) previu o instituto no art. 7º¹⁷⁴, sendo que mesmo com a supressão do art. 18, § 2º, na qual havia a mesma previsão para a Ação Declaratório de Constitucionalidade, por isonomia e aplicação analógica, manteve-se a mesma possibilidade (SOARES, 2018, p. 64; ROCHA, 2017, p. 66)¹⁷⁵.

Ainda no mesmo ano de 1999, a Lei nº 9.882, que dispõe sobre o processamento e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o amigo da corte contou com previsão legislativa no art. 6º, §

¹⁷¹ Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente (BRASIL, 2011).

¹⁷² Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei. Parágrafo único. As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB (BRASIL, 1994).

¹⁷³ Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito.

(...)

Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no foro da justiça federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito (BRASIL, 1996).

¹⁷⁴ Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (BRASIL, 1999).

¹⁷⁵ Mesmo antes da previsão, o Supremo Tribunal Federal já utilizava da figura de forma informal, como no caso do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 748-4, data de 18 de novembro de 1994 (ROCHA, 2017, p. 65).

1º, com a diferença de que no caso a intervenção somente poderia ocorrer por requisição do relator¹⁷⁶ (SOARES, 2018, p. 64-65; ROCHA, 2017, p. 68).

Essas três últimas hipóteses, na ADI, ADC e ADPF, são as mais conhecidas da atuação do amigo da corte.

O primeiro ato normativo que utilizou o termo *amicus curiae* remete ao ano de 2004, no art. 23 da Resolução nº 390 do Conselho da Justiça Federal, que dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais Federais¹⁷⁷ (SOARES, 2018, p. 65; ROCHA, 2017, p. 68).

Em 2011, com a Lei nº 10.259, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, tem a previsão, mesmo que não expressa, no art. 14 da figura do amigo da corte¹⁷⁸ (SOARES, 2018, p. 65).

De forma expressa, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015) trouxe a figura do *amicus curiae* em seu art. 138, sendo a primeira legislação a usar o termo¹⁷⁹ (SOARES, 2018, p. 66; ROCHA, 2017, p. 69) e o primeiro passo efetivo de uma participação direta da sociedade na construção do direito, visto que,

¹⁷⁶ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (BRASIL, 1999).

¹⁷⁷ Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “Amicus Curiae”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral (BRASIL, 2004).

¹⁷⁸ Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...)

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias (BRASIL, 2011).

¹⁷⁹ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do Amicus Curiae.

§ 3º O Amicus Curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (BRASIL, 2015).

nas previsões anteriores o foco principal era de colaborar em questões técnicas que necessitavam de *expertise* da qual o Judiciário não possuiria, ou para resguardar interesse de classe (como no caso da intervenção do representante da OAB).

Observa-se ponto interessante que o Código de Processo Civil de 2015 possibilitou que qualquer procedimento, desde que haja relevância da matéria¹⁸⁰, especificidade do tema¹⁸¹ ou repercussão social¹⁸², possa contar com a figura do amigo da corte.

Em relação à pessoa que poderá figurar como *amicus curiae*, tem-se tanto a pessoa natural, quanto a jurídica, órgão ou entidade especializada, sendo que o requisito necessário é a representatividade adequada¹⁸³, o que acaba por alargar, corretamente, os participantes.

Essa abertura da possibilidade de participação mostra que com o Código de Processo Civil de 2015 afasta a necessidade única e exclusivamente de *expertise* e abre a valoração da sociedade aberta de intérpretes, ao passo que, o que leva a crer, o *amicus curiae* não se presta como mero informante à decisão, mas um ente legitimador de abertura dialógica.

Desde a previsão do *amici curiae* nas ações de controle concentrado de constitucionalidade esta se tem tomada como figura de pretensa legitimação do Judiciário, o qual sofre com crises de representatividade democrática, eis que não eleito diretamente pelo povo. Essa legitimação ocorreria ao passo que se permitiria a participação ativa da sociedade através de entidades, órgãos, grupos e instituições (SOARES, 2018, p. 65; ROCHA, 2017, p. 68).

Com o Código de Processo Civil de 2015 esse objetivo legitimador se mostra ainda mais palpitante, visto que o que se exige não é *expertise*, mas representatividade, com clara tentativa de trazer para a sociedade os debates ocorridos no interior do Judiciário.

¹⁸⁰ (...) quando a questão jurídica excede o interesse subjetivo individual (ROCHA, 2017, p. 70).

¹⁸¹ (...) requer a participação de um especialista na questão para ajudar a elucidá-la (ROCHA, 2017, p. 70).

¹⁸² (...) quando a questão discutida é importante para a coletividade (ROCHA, 2017, p. 70).

¹⁸³ (...) A palavra-chave, portanto, é a representatividade adequada, uma vez que basicamente qualquer sujeito pode ser elegível a condição de *amicus curiae* desde que supra este requisito. Ainda que seja dispensável ao *amicus curiae* a demonstração de interesse jurídico na demanda, ainda assim ele deve demonstrar um interesse de caráter objetivo na demanda e a aptidão para representar determinado grupo ou categoria (ROCHA, 2017, p. 71).

Desse modo, verifica-se a potencial possibilidade, com a nova normativa, do amigo da corte servir como fonte de legitimidade democrática¹⁸⁴, abertura dialógica¹⁸⁵ para com a sociedade¹⁸⁶ e de criação de um contraditório coletivo¹⁸⁷, o que se coaduna com o sistema de precedentes trazidos pelo Novo Código de Processo Civil¹⁸⁸, o qual aumentou, por sua vez, o poder de criação do direito pelo Poder Judiciário.

Em comparação às audiências públicas, estudadas acima, o *amicus curiae*, certamente, possui maior potencial democrático, ao passo que a audiência pública só ocorre caso o Judiciário assim solicite (ou seja, de forma provocada), já o *amicus curiae* pode se dar de forma provocada ou espontânea (ou seja, por requerimento), ademais, na audiência pública somente haverá contribuição para questões de ordem técnica, já o *amicus curiae* poderá ter outras hipóteses para sua habilitação (ROCHA, 2017, p. 94/95).

¹⁸⁴ Essas transformações na forma de se utilizar a figura do Amicus Curiae nas cortes dos Estados Unidos parecem constituir, portanto, uma parte decisiva do processo de judicialização da política e das questões sociais que tem sido observado em diversos países do ocidente (e não apenas), ao longo das últimas décadas. À medida em que uma boa parte da atividade judicial se desloca de uma posição de distanciamento e simples verificação da observância da lei, em direção a formas ativas de solucionamento de conflitos que acabam contribuindo para a própria conformação de novos horizontes legais, a figura do Amicus Curiae também se distancia da imagem do perito em determinadas áreas do ordenamento jurídico e se desloca para a do advogado de causas e interesses de maior ou menor alcance, do lobby à defesa dos direitos civis (SOARES, 2018, p. 59).

¹⁸⁵ Embora não seja parte do processo, atuando apenas como terceiro interessado na causa, o Amicus Curiae possibilita a análise de informações importantes para a solução da controvérsia (via depoimentos, pareceres, documentos, experiências, artigos, memoriais, entre outros), permitindo que a Corte decida as causas com o máximo conhecimento das consequências e repercussões sociais decorrentes (SOARES, 2018, p. 60).

¹⁸⁶ De acordo com esse modelo, é necessário examinar questões sociais mais amplas e as implicações políticas das decisões, para além da mera expertise de um Amicus com domínio sobre áreas específicas do direito. Além disso, as mudanças ocorridas ao longo do século XX no judiciário dos EUA, onde as decisões dos tribunais assumiram um maior caráter político, criam um ambiente propício à adoção de formas mais flexíveis de atuação do Amicus Curiae, em coerência com essas mudanças. De uma maneira geral, isso significou uma progressiva transformação das cortes num espaço de contendas políticas e ideológicas e de solucionamento de conflitos dessa natureza (SOARES, 2018, p. 58).

¹⁸⁷ Assim, a disseminação da utilização do instituto do *amicus curiae* pode ser a forma de promover o contraditório coletivo nas ações de amplo impacto social, bem como ferramenta legitimadora dessas decisões (ROCHA, 2017, p. 100).

¹⁸⁸ Segundo Victor Yuri Brederodes da Rocha, existem duas formas de conter o déficit democrático do Judiciário: “A primeira consiste na restrição das decisões com eficácia erga omnes. Não obstante a eficácia coletiva das decisões nos processos de controle de constitucionalidade é instrumento importante, vez que promove a uniformidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a celeridade processual. A segunda forma, e talvez a mais viável, é simplesmente permitir a participação da sociedade civil no processo de interpretação constitucional” (ROCHA, 2017, p. 92), o que demonstra que a abertura dialógica pelo amigo da corte o legislador adotou a segunda opção.

Não obstante a potencialidade do instituto, tanto o *amici curiae*, quanto as audiências públicas não tornam o Judiciário verdadeiramente dialógico, são mecanismos importantes, mas não suficientes. Para Godoy, não obstante o avanço na adoção desses institutos pelo Supremo Tribunal Federal, o que deve ser saudado em termos democráticos¹⁸⁹, para que a Corte se torne verdadeiramente deliberativa, deveriam os membros se engajarem “em uma honesta troca de argumentos, na qual todos se enxergam como colegas e não como adversários”, buscando “de forma cooperativa a construção de uma decisão fundada em razões, erigida passo a passo, de forma coesa e coerente, respeitando sempre os votos divergentes fundados em um desacordo razoável” (GODOY, 2015, p. 208), mas o fato de se limitarem a somente a oitiva de especialista afastaria o Judiciário de um ideal de democracia popular e deliberativa¹⁹⁰, usando o instituto como mera colheita de informações e não troca efetiva de diálogo de debate.

É o que concluiu Victor Yuri Brederodes da Rocha, ao dizer que as conclusões de sua pesquisa:

(...) não aponta que a utilização do instituto do *amicus curiae* a permitir a participação popular no processo de interpretação é suficiente para sanar os problemas do déficit de legitimidade ou do contraditório coletivo, ou mesmo que ele se trata da melhor ferramenta para atenuar esses problemas. A ilação que se pode deduzir da pesquisa teórica desenvolvida é que a utilização do instituto do *amicus curiae* é instrumento capaz de pelo menos amortecer os problemas déficit de legitimidade ou do contraditório coletivo e que a vigência do novo Código de Processo Civil acaba por obstaculizar esse papel (ROCHA, 2017, p. 102).

¹⁸⁹ Há que se comemorar o primeiro passo – as iniciativas de abertura do Supremo Tribunal Federal à sociedade mediante a utilização de ferramentas de diálogos. No entanto, essas iniciativas devem ser avaliadas de forma bastante crítica (quando não cética) e exigente. Isso porque a abertura da Corte à participação dos outros Poderes, demais instituições públicas e privadas e, sobretudo, do povo, é ainda precária, pois não permite e nem realiza um efetivo debate e diálogo entre esses participantes e nem entre eles e o Supremo Tribunal Federal. Também é clara a carência de um engajamento colegiado no momento da decisão. E, além disso, falta, por fim, uma decisão deliberativa escrita, que encare os argumentos levantados na fase pré-decisional e que se fundamente nas razões e nos argumentos refinados que deveriam ter sido construídos durante a deliberação colegiada entre os Ministros. Ou seja, ao fim e ao cabo essas iniciativas não se constituem em efetivo diálogo interinstitucional e popular (GODOY, 2015, p. 210).

¹⁹⁰ Na medida em que a audiência pública não permite a participação direta da população nas questões submetidas a julgamento numa ADIn, ADC ou ADPF, mas apenas a participação de parte da comunidade, mais precisamente daqueles admitidos pelo Ministro relator do processo, que, portanto, serão os representantes de todo o restante da população, não se pode dizer que ela seja um instrumento de democratização do Poder Judiciário no sentido da implementação da democracia participativa em substituição da democracia representativa. A audiência pública não é exemplo da atuação direta da comunidade quando do processamento e julgamento de algumas questões especiais. A situação é de atuação indireta: a comunidade irá intervir de modo mais próximo, mas ainda através de representantes (SUPTITZ; LOPES, 2008, p. 641).

A pesquisa não busca de forma alguma retirar o mérito das audiências públicas e da figura do *amicus curiae*, mas sim, apontar sua importância e potencialidade para seu uso.

Não obstante críticas aventadas, em especial quanto à falta da criação de um efetivo diálogo entre as partes envolvidas no processo¹⁹¹ (GODOY, 2015, p. 208; ALMEIDA, 2019, p. 701-702), da necessidade de representação de advogado¹⁹², constituição formal (ALMEIDA, 2019, p. 700) – esta última se crê superada pelo Código de Processo Civil de 2015 por viabilizar a participação de pessoa física –, a ampla discricionariedade do juiz ou relator em admitir a intervenção do *amicus curiae*, a falta de previsão legal quanto aos poderes do amigo da corte deixando à discricionariedade do Juízo¹⁹³ (ROCHA, 2017, p. 102; ALMEIDA, 2019, p. 701), etc.; o amigo da corte é um instrumento importante para a retirada do monopólio da última palavra do Poder Judiciário.

¹⁹¹ Essas conclusões se misturam às críticas feitas à própria forma de deliberação do tribunal levantas por Silva (2009), sobretudo frente ao desestímulo aos debates internos entre os ministros. Ademais, a ausência de regras que obriguem os juízes a levarem em consideração os argumentos oferecidos no processo, pelas partes e pelos amici curiae, é a maior de todas as limitações, ao menos em plano formal, para influir nas decisões (ALMEIDA, 2017). Esta talvez seja a maior limitação para o uso dos amici curiae como instrumento de litígio estratégico no Supremo Tribunal Federal: a ausência de regras processuais que garantam que aqueles argumentos serão considerados pelos ministros, quer para recepcionar ou rejeitá-los. Isto porque, para influenciar as decisões judiciais, é preciso não só acessar, ser admitido e ser ouvido no tribunal, mas que haja um dever corresponde do tribunal em escutar as razões dos amici curiae. É preciso conferir aos amici curiae o poder de impor ônus aos julgadores para que possam ser uma ferramenta mais capaz ao litígio estratégico (ALMEIDA, 2019, p. 701-702).

¹⁹² Por fim, a última condição de acessibilidade que estabelecemos para a figura dos amici curiae é a exigência de representação por advogados. Aos amici curiae exige-se a representação por profissional habilitado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Poderíamos argumentar que esta seria uma limitação indevida, já que as manifestações de amici curiae têm uma natureza distinta: não há prazos a serem seguidos; não há penalidades a partir das alegações; não há nada que um advogado possa colaborar mais do que as razões que a própria parte - esta sim dotada de representatividade -, não possa oferecer na forma de um artigo, um texto ou um parecer, na qual a assinatura de um advogado mostra-se, mesmo, dispensável. Afinal, não se espera dos amici curiae que ofereçam argumentos jurídicos sofisticados – esse não tem sido, ao menos, o papel que lhe é atribuído. Nessa mesma linha de raciocínio, interessante notar que, por exemplo, nas audiências públicas não há qualquer restrição para que os partícipes sejam advogados. Se a função de ambos é, de certa forma, pluralizar o debate constitucional, a presença de um advogado pode ser vista como uma restrição a esta capacidade (ALMEIDA, 2019, p. 685-686).

¹⁹³ Há razoáveis condições de acesso e de admissibilidade aos amici curiae. Já a influência que podem exercer dependem dos atos que lhe são permitidos produzir no processo. Nesse ponto, apesar de os amici curiae estarem disponíveis a todos ministros e não apenas ao relator, sobretudo após a implementação do processo eletrônico, as capacidades processuais - mal delimitadas na lei e tal como construídas no entendimento dos ministros do tribunal – mostraram-se aquém das funções que os amici curiae devem desempenhar no processo constitucional, limitando sobretudo a sua capacidade de promover a qualidade das decisões (ALMEIDA, 2019, p. 701).

De fato, segundo Godoy, o Supremo Tribunal Federal não se tornou, ainda, uma Corte deliberativa e dialógica¹⁹⁴, não obstante usar de mecanismos dialógicos¹⁹⁵, pois carece de uma verdadeira participação popular com amplo debate e construção conjunta da decisão¹⁹⁶. Assim, ao se exigir que o Supremo adote uma postura mais dialógica, terá cumprido com o seu compromisso deliberativo e dialógico, apto a legitimar sua atuação¹⁹⁷.

No tocante ao processo estrutural, poderá servir o amigo da corte, além de parte na formação dos objetivos (norma-princípio) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126), como órgão de fiscalização e de acompanhamento das metas traçadas. Instrumento importante, com potencialidades além do que inicialmente imaginado a ele.

¹⁹⁴ O que se conclui é que da forma como o Supremo Tribunal Federal tem julgado os casos e se valido de audiências públicas e *amici curiae*, o potencial deliberativo da fase pré-decisional é reduzido pela restrição aos debates entre os expositores das audiências públicas e os *amici curiae*. A fase decisional, por sua vez, não possui um engajamento colegiado que encare as informações e os argumentos trazidos na fase anterior e permita a troca sincera de opiniões entre os Ministros julgadores. Por fim, a fase pós-decisional carece de uma decisão deliberativa escrita que respeite ou corresponda aos pressupostos deliberativos anteriores (GODOY, 2015, p. 209).

¹⁹⁵ O principal problema dessas iniciativas dialógicas é que elas ainda têm sido demasiado atreladas à decisão discricionária do órgão judicial; decisão essa que vem, em geral, fundada sob a ideia de supremacia judicial. Dessa maneira, não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal seja um Tribunal dialógico. Ao contrário, é uma Corte que se vale de instrumentos dialógicos. A diferença é sutil, mas fundamental (GODOY, 2015, p. 210).

¹⁹⁶ Diante disso, mais do que possibilitar a participação popular, é preciso que essa participação na fase pré-decisional seja levada a sério, que haja não apenas uma escuta dos intervenientes e convocados, mas que se promova um efetivo debate entre eles. É necessário que seus argumentos sejam levados em conta na hora da decisão, quer para compor o fundamento da decisão, quer para rejeitar os apontamentos realizados. Se essa participação popular passa a ser utilizada apenas como mais um passo para legitimar formalmente a decisão a ser exarada, perde-se o sentido da abertura dialógica do Supremo Tribunal Federal, esvaziam-se as inovações normativas e transforma-se um desejável diálogo em mera retórica formal de oitiva e participação (GODOY, 2015, p. 209).

¹⁹⁷ Ao se exaltar e se exigir uma deliberação adequada das Cortes se cumpre, assim, o compromisso com um constitucionalismo deliberativo e dialógico, no qual a legitimidade do exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis para a definição do significado das normas constitucionais não decorre de uma suposta superioridade do Poder Judiciário, mas da qualidade deliberativa e argumentativa de suas decisões e do papel que assume perante os demais Poderes e instituições. Dessa forma, abre-se uma excelente possibilidade para que as Cortes Constitucionais sejam (ou se tornem), assim, instituições deliberativas exemplares. Essa qualidade, no entanto, não é presumida, precisa ser construída. É de destacar-se também que, ao se defender uma performance deliberativa das Cortes, não se está a insinuar uma suposta superioridade da deliberação judicial (geralmente fundada nas ideias do suposto isolamento do Poder Judiciário da política e de que decisões judiciais são baseadas em princípios e razões públicas) em relação à deliberação de qualquer outra instituição, mas sim a aprimorar e justificar o seu lugar em um sistema de tomada de decisão coletiva (GODOY, 2015, p. 211 e 212).

3.2.3 *Julgamento de casos repetitivos e a união de demandas*

Os julgamentos de casos repetitivos são vocacionados a dois objetivos claros, o primeiro a gestão processual apta a tornar mais eficiente os trabalhos dos julgadores, fazendo assim mais econômica a condução processual, bem como mais célere a tramitação processual; e o segundo objetivo é que se trata de um dos mecanismos de criação de precedentes¹⁹⁸.

Como técnica de julgamento de casos repetitivos há previsão: do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015), do Recurso Especial Repetitivo e do Recurso Extraordinário Repetitivo (as duas últimas hipóteses previstas no artigo 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015).

Percebe-se o intuito do legislador em conceber um modelo processual que além de prestigiar a criação do direito pelo Poder Judiciário através do sistema de precedentes, institui um modelo cooperativo de participação das partes (art. 6º do Código de Processo Civil de 2015), fazendo com que não haja nenhum “protagonismo de qualquer dos sujeitos processuais, que passam a integrar uma genuína comunidade de trabalho” (FREITAS, 2020, p. 296), fazendo com que o julgador mantenha a observância dos argumentos aventados pelas partes (art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), os quais deverão influir na decisão.

A colaboração e o contraditório efetivo acabam por alocar às partes envolvidas, sejam em casos repetitivos ou não, na figura de coparticipante da construção da decisão judicial¹⁹⁹. Certamente, quando eficaz a possibilidade de influência pelas partes ao julgador, faz com que o Judiciário use de mecanismos

¹⁹⁸ A finalidade precípua da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e da afetação dos recursos extraordinário e especial repetitivos é a fixação de tese jurídica que, após ser declarada pelo Poder Judiciário, irá se espalhar por todo o ordenamento jurídico – realizando uma espécie de colmatagem hermenêutica –, e, mais especificamente, irá recair sobre as causas individuais repetitivas – combatendo, de forma adequada, a litigância de massa e superando uma parcela da crise judiciária (FREITAS, 2020, p. 4).

¹⁹⁹ Constata-se, portanto, que os princípios da cooperação processual e do contraditório resultam um interessante dueto que apregoa, em uníssono tom, que os fundamentos utilizados para sustentar o provimento jurisdicional, inclusive aqueles invocados de ofício, deverão ser previamente submetidos ao escrutínio das partes, que terão a oportunidade de se manifestarem sobre as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e, nessa exata medida, influenciarem o órgão julgador, colaborando com a construção do provimento jurisdicional (FREITAS, 2020, p. 296).

dialógicos aptos a afastar o brocardo jurídico “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, ou seja, dá-me os fatos que lhe darei o Direito.

Contudo, mesmo que as partes possam influir na decisão, ainda assim, o precedente não possui perfil democrático, visto que a participação popular para a criação do precedente não é obrigatória (MENEZES, 2016, p. 164).

O que se percebe é que a técnica de julgamento de casos repetitivos, ainda, mantém no predomínio a figura do juiz solipsista, não obstante, houver diversos argumentos oriundos de demandas repetitivas, que certamente realiza uma abertura de argumentação.

Observa-se que o IRDR também possui a viabilidade de realizar audiência pública nos termos do art. 983, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015, contudo, as mesmas críticas já tecidas nos tópicos anteriores se aplicam a este, pois, conforme expresso no próprio texto legal, a audiência pública tem como finalidade “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (BRASIL, 2015). No mesmo caminho, e com as mesmas críticas, no IRDR também poderá ter presente a figura do amigo da corte, que em comparação com a audiência pública, possui maior viabilidade de legitimar as decisões.

De igual modo, os Recursos Repetitivos Extraordinário e Especial, também possuem a previsão da audiência pública (art. 1.038, I e II do CPC de 2015) e do amigo da corte.

O IRDR e os Recursos Repetitivos, não obstante se concentrarem diversas demandas, com diversos argumentos e visão do direito a ser aplicado ao caso, fato que se deve ser saudado ao reunir em um único julgamento esse início do debate, somados com a viabilidade de utilização da audiência pública e do amigo da corte, ainda carece de mecanismos processuais aptos a criar um diálogo entre os interessados.

Quando se pensa em direitos fundamentais sociais e da necessidade de criação de políticas públicas, esse diálogo e a inviabilidade da última palavra, diante das mudanças sociais e econômicas, fazem com que, mesmo diante das vantagens do julgamento de casos repetitivos, ainda se espere mais do sistema processual.

E mais, quando não se está nas hipóteses do julgamento de casos repetitivos, as possibilidades de união das ações ocorrem somente por conexão ou continência.

Como recomendação para se viabilizar o processo estrutural deve-se permitir a união de processos cujo objetivo circunda à mesma situação de fato, ou seja, estejam ligados ao estado de desconformidade, possibilitando o debate além do direito subjetivo em seu viés objetivo. Em outras palavras, deve-se tentar criar mecanismos aptos a trazer um novo processo de viés objetivo/estrutural, a partir de demandas subjetivas/individuais.

3.2.4 Perícias, Inspeção Judicial e das outras hipóteses de Intervenção de Terceiros que não o Amicus Curiae

Tanto a inspeção judicial (art. 481 a 484 do Código de Processo Civil de 2015) quanto a prova pericial (art. 464 a 480 do Código de Processo Civil de 2015), servem com o fim último de trazer conhecimento de causa ao Juízo, podendo auxiliar na colheita de informações essenciais ao julgamento.

Observa-se que tais mecanismos possuem efeito dialógico e de abertura baixíssimo, visto que, são vocacionados essencialmente ao conhecimento técnico e não à construção da decisão. Todavia, isso não significa que são desconstituídos de toda e qualquer importância para o tema tratado neste trabalho. A abertura para o conhecimento científico, também é uma forma de auxiliar a retirada do monopólio da última palavra do Judiciário, o qual irá contar não somente com a análise do julgador, mas também de diversos outros profissionais que poderão trazer novas visões à causa.

No tocante à inspeção judicial, por exemplo, é permitido que se saia do átrio do foro e se vá até o local a ser inspecionado, o que aproxima as partes para o conhecimento direto da situação.

Julgamentos envolvendo a situação dos presídios no Brasil, demarcação de terras indígenas, condições de efetividade e eficiência de uma política pública, faz com que a inspeção judicial se torne mecanismo importante para aproximar a sociedade diretamente afetada com o Poder Judiciário.

Dessa forma, não obstante ser meio de prova, a inspeção judicial tem a propensão de levar o Judiciário *in loco* (no local) da situação vivenciada, proporcionando uma aproximação do Juízo com a sociedade diretamente afetada.

Nada obstante, se verificar seu pouquíssimo uso na praxe forense, trata-se de mecanismo que se pode aperfeiçoar para trazer melhor qualidade ao ato decisório e auxiliar na criação de um processo estrutural e dialógico.

As demais hipóteses de intervenção de terceiros que não o *amicus curiae* se mostram também como mecanismo apto a trazer novos argumentos para a análise processual. Todavia, a característica própria em se defender direito próprio ou alheio demonstra a insuficiência de se afirmar que a intervenção de terceiro seria um mecanismo de abertura dialógica, não obstante a potencial viabilidade de se somar novas perspectivas. Nesse sentido:

Por fim, em razão da complexidade das matérias debatidas nos processos estruturais e da potencialidade de que as decisões aí proferidas atinjam um número significativo de pessoas, é preciso pensar em novas formas de participação de sujeitos no processo, como a admissão de *amicus curiae* e a designação de audiências públicas. As fórmulas tradicionais de intervenção pensadas para os processos individuais não são suficientes para garantir participação ampla nos processos estruturais que exigem uma representação argumentativa qualificada para atingir sua finalidade (ZANETTI JUNIOR, 2019, p. 36).

De qualquer modo, os institutos são vocacionados ao conhecimento de causa e não em se compartilhar a decisão. Importante para auxiliar na análise do caso, servindo como primeiro contato a fim de criar uma pauta vocacionada à construção de decisões estruturantes e dialógicas.

Contudo, esses institutos poderão ser aprimorados caso haja as modificações relacionadas à audiência pública e ao amigo da corte, ou seja, a viabilização do diálogo e debate, conjuntamente possibilitando que a perseguição conjunta da prova a fim de subsidiar as projeções e tomadas de decisão ou estratégias para se alcançar eventuais metas estipuladas na norma-princípio.

Repensar o papel da parte, tal qual referido no início deste capítulo, em uma situação de Processo Cooperativo, tornará uma releitura do presente mecanismo apto a servir ao Processo Estrutural e Dialógico. A final, o encarte probatório serve não com o fim de uma decisão dual, mas sim, a constatação do problema e a elaboração de soluções.

3.3 Conclusões parciais.

3.3.1 Quanto à abertura dialógica: um poder que usa de mecanismos dialógicos, mas que não se tornou dialógico

Dos instrumentos analisados certamente o mecanismo de maior utilidade para a abertura dialógica seria a figura do amigo da corte, especialmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015 que viabilizou sua utilização para além de questões técnicas, mas também em demandas que possuem “repercussão social” (BRASIL, 2015). Com isso, esse instituto poderá se vocacionar para a construção dialógica da decisão e não meramente para servir como mera fonte de conhecimento de causa ao julgador. Contudo, seu uso na prática se mostra aquém de suas potencialidades.

Os demais instrumentos, não obstante terem a propensão de somar novos argumentos e trazerem novos pontos de vista sobre a causa são vocacionados, por sua natureza, a servirem como mecanismos para agregar novos conhecimentos ao julgador, bem como para defesa de interesses particulares.

Assim, os instrumentos estudados neste tópico, em maior ou menor medida, são propensos a tornar o Judiciário mais dialógico, contudo ainda se mantém uma forma monológica de decidir. O que acaba por concluir que o Poder Judiciário não obstante ter mecanismos de diálogo, ainda não se tornou um poder dialógico.

No específico caso em que se está discutindo questões envolvendo direitos fundamentais sociais, nota-se a necessidade da construção cooperativa da solução para o caso concreto, eis que, por natureza, o cumprimento do preceito fundamental demanda atos estruturais, escolhas políticas (e trágicas por natureza), atos coordenados, etc. No mais das vezes, a fundamentação jurídica não é o grande problema da demanda, mas sim, a concretização do direito abstratamente previsto e titulado pela sociedade e pelo indivíduo.

Pode-se pensar também na criação de novas formas de participação, direta ou indireta, bem como formas de se trazer mais publicidade ao processo estrutural, o que para fins democráticos é um ganho.

Uma das novas formas poderia ser igual a realizada na ACP do Carvão no Brasil ou o Caso Mendoza na Argentina²⁰⁰ com a utilização de plataforma online²⁰¹ para informar a sociedade sobre o desenvolvimento e implementação das medidas; bem como a realização de pesquisas qualitativas e quantitativas, etc. Nas palavras de Galdino:

Nesses casos, é necessário um controle judicial in concreto, inclusive da condução do coletivo, processo pelo legitimado sendo ainda adequado o uso de instrumentos que favoreçam a efetiva consideração dos diversos interesses, como a representação por meio de subgrupos, mais de um legitimado coletivo ou a divisão de um grupo em a atribuição a órgãos interessados, estabelecidos do dever de ouvir a contribuição dos a criação de mesas de diálogo, realização de audiências públicas, participação de amicus curiae, realização de tecnologia, pesquisas quantitativas, qualitativas, uso da internet, meios eletrônicos, entre outras formas que favoreçam a manifestação dos diferentes subgrupos atingidos, conforme o litígio, tipo de de modo a permitir que a definição dos meios para o alcance do fim, sua execução, supervisão e avaliação, considere os interesses de cada um deles (GALDINO, 2019, p. 120/121).

A sugestão dessa dissertação não é o abandono desses instrumentos, mas sua adaptação e evolução com o fim de tornar o Judiciário dialógico. Inicia-se, primeiro, em reconstruir e abandonar, não por completo, a ideia de que ao Juiz cabe decidir, a este cabe coordenar a solução. A partir do momento que o Judiciário venha a desempenhar seu papel social e se reconstrua os tradicionais mecanismos processuais, haverá a viabilidade de realizar a abertura dialógica e cooperativa do processo, o qual, como se verificou, é necessário para a realização dos objetivos constitucionais e da efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3.3.2 *Quanto à possibilidade de um processo estrutural*

²⁰⁰ Como visto mais acima, a fase de implementação do plano de recuperação ambiental estabelecido na chamada ACP do Carvão pode ser acompanhada pela internet, mediante acesso ao site especialmente desenvolvido para propiciar, com transparência, a fiscalização por qualquer interessado. Na Argentina, existe um Centro de Información Judicial, com acesso disponível também pela internet, onde se pode colher notícias sobre as atividades dos tribunais do país, inclusive sobre a implementação da decisão proferida no chamado “caso Mendoza”, um processo estrutural que visa à descontaminação do rio Riachuelo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126).

²⁰¹ auxílio da internet, de meios eletrônicos e de ferramentas de tecnologia, com o objetivo de aumentar a publicidade e a transparência (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126).

Alguns autores entendem que os institutos processuais existentes já viabilizam a construção de um processo estrutural, desde que lhe sejam interpretados para tanto²⁰², ou seja, se façam uma leitura não tradicional, mas vocacionada a uma Constituição Social.

O procedimento comum do CPC pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural, em razão das técnicas flexibilizadora previstas no ordenamento e da possibilidade de haver um trânsito de técnicas entre o procedimento comum e os procedimentos especiais previstos no próprio CPC e na legislação extravagante (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 134).

Para tanto, deve-se pensar de forma diferente os tradicionais institutos. Inicia-se pensando na regra da congruência, esta deve sofrer atenuação²⁰³, eis que, nos pedidos somente se irá retratar o estado real (“p”) e o estado ideal (“q”), e o Juízo de transição será construído em conjunto e no transcorrer do processo (“T”)²⁰⁴, desse modo, uma petição inicial para o processo estrutural bastará iniciar a argumentar sobre o estado de desconformidade, pode-se fundamentar essa atenuação no art. 493 do CPC²⁰⁵. Por consequência a estabilização objetiva da demanda também deverá sofrer atenuação, viabilizando a mudança e alteração do

²⁰² Elas têm um potencial transformador na prática da tutela dos problemas estruturais, e significam uma nova forma de pensar diversos institutos do direito processual: são uma nova modalidade de participação de terceiros no processo; podem ser constituídas por convenções processuais (arts. 190 e 200 do CPC) ou por delegação de funções jurisdicionais por atos conjuntos (art. 69 do CPC), dois temas que estão nas últimas fronteiras de pesquisa acerca das fontes das normas processuais e das funções da jurisdição no mundo contemporâneo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 129).

²⁰³ é preciso atenuar a regra da congruência objetiva externa, admitindo-se até mesmo possibilidade de alteração do objeto do pedido (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 116).

²⁰⁴ A flexibilização cogitada também supõe que a interpretação do pedido (CPC-2015, art. 322, §2º) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Tomemos como exemplo uma ação coletiva que diga respeito aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco em 2015, ou do recente acidente ocorrido em Brumadinho, ambos em Minas Gerais. É natural que o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vá transformando, paulatinamente, o objeto litigioso, e com isso exigindo novas providências judiciais (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 567/568).

²⁰⁵ De igual modo ajuda a compreender a disciplina dos processos estruturais o art. 493 do CPC-2015, que dispõe, textualmente, que “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”. Quando impõe que a decisão judicial seja ajustada à realidade atual dos fatos, o legislador sinaliza ao julgador que ele deve interpretar a demanda (e, de resto, as diversas manifestações de interesse e postulações deduzidas ao longo do processo estrutural) segundo o cenário vigente ao tempo da prolação da decisão, flexibilizando a regra da congruência (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 568).

pedido no transcorrer do processo²⁰⁶. Ademais, sempre deve levar em consideração a complexidade do litígio²⁰⁷, não se apegando, dessarte, às questões de ordem formal. O que justifica também uma eventual sentença não amarrada diretamente aos pedidos e propostas inicialmente elaboradas²⁰⁸⁻²⁰⁹. Por isso deve-se admitir certa “plasticidade da demanda” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125). Essa plasticidade também deve abandonar a ideia de imutabilidade da coisa julgada, eis que, tal qual o ciclo de políticas públicas, sentenças em processos estruturais são aptos à revisões constantes.

Assim, basta ao autor formular pedido genérico de conformação do estado de coisas sobre o qual se afirme a desconformidade – que, por exemplo, o juiz providencie garantir a vida, a integridade física e a dignidade da população carcerária de determinado estabelecimento prisional, que determine seja o empreendimento de usina hidrelétrica implantado em conformidade com as normas vigentes, que determine a adequação do sistema de ensino público municipal, para assegurar que crianças de determinada idade sejam acolhidas em creches em tempo integral etc (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125/126).

A oralidade também se mostra essencial para o processo estrutural, tendo todos o dever de participar na construção da decisão²¹⁰.

²⁰⁶ Como consequência disso, também é preciso atenuar a regra da estabilização objetiva da demanda (art. 329, CPC), permitindo-se até mesmo que haja alteração do objeto, desde que assegurado o contraditório prévio e substancial (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125).

²⁰⁷ A flexibilidade da congruência objetiva e da estabilização da demanda supõe que a interpretação do pedido (art. 322, §2º, CPC) leve em consideração a complexidade do litígio estrutural. Numa ação coletiva que diga respeito, por exemplo, aos milhares de problemas relacionados ao rompimento da barragem da Samarco, em Minas Gerais, em 2015, o andamento do processo, com a revelação de novas consequências do episódio, vai paulatinamente transformando o objeto litigioso e exigindo novas providências judiciais (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125).

²⁰⁸ Em casos tais, é fundamental libertar o magistrado das amarras dos pedidos das partes, uma vez que a lógica que preside os processos estruturais não é a mesma que inspira os litígios não estruturais, em que o julgador se põe diante de três caminhos a seguir, quais sejam: o deferimento, o deferimento parcial ou o indeferimento da postulação (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125).

²⁰⁹ A ideia dos processos estruturais é, como visto, a de alcançar uma finalidade mediante a execução estruturada de certas condutas. Sucede que nem sempre é possível à parte antever todas as condutas que precisam ser adotadas ou evitadas pela parte contrária para alcançar essa finalidade. Muitas vezes isso somente é aferível já no curso do processo (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 125).

²¹⁰ Mas para além disto, deve também ser observada uma refundação do princípio da oralidade para a solução de temas complexos, com a possibilidade de o juiz determinar o comparecimento das partes a qualquer momento (art. 139, VIII, CPC) e convocar audiência de saneamento compartilhado em causas complexas, convidando as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º, CPC) (ZANETI JUNIOR, 2019, p. 35).

Os diversos provimentos que se seguem conforme a necessidade do caso concreto, chamados de provimentos em cascatas, também possuem base legal para seu fundamento, trata-se do art. 493 do CPC que determina ao Juízo que leve em consideração fatos modificativos.

O processo também não pode ficar fechado ao autor e réu, aliás, tais termos devem ser abandonados, eis que não se devem enxergar as partes como adversárias, devendo ser tratadas somente como partes. É importante que haja a viabilidade de abertura ao máximo²¹¹, viabilizando a presença de outras pessoas (físicas, jurídicas ou entidades sem personalidade) para a participação do debate público, tornando o Judiciário um espaço público.

Eis neste momento a compreensão do princípio da cooperação, tanto internamente entre o Judiciário²¹², com a centralidade dos processos²¹³ e delegação²¹⁴⁻²¹⁵, quanto a cooperação entre Juízo, partes, sociedade e poder público.

As provas²¹⁶ não devem ser voltadas à defesa de um único interesse, mas sim a busca do problema e solução deste, utilizando por vezes de encarte atípico de provas²¹⁷.

O Juízo além de levar em consideração todos os argumentos tratados nos autos, o que se fundamenta no art. 489 do CPC²¹⁸, além da previsão do diálogo nos

²¹¹ é preciso promover uma abertura do processo à participação de terceiros, garantindo maior legitimidade democrática (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 116).

²¹² A cooperação judiciária nacional é organizada a partir da premissa de que os atos e instrumentos da cooperação são atípicos. Isso significa que a interação entre órgãos judiciários, para que um coopere com o outro para a prestação do serviço jurisdicional, pode realizar-se de inúmeras maneiras (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 129).

²¹³ A técnica de centralização de processos repetitivos (art. 69, §2º, VI, CPC) é bem-vinda nos processos estruturais. (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 130).

²¹⁴ A cooperação judiciária pode dar-se entre órgãos que se relacionam em vínculo hierárquico. Em tais casos, a cooperação judiciária pode ocorrer pela delegação de um poder do órgão hierarquicamente superior ao órgão a ele vinculado (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 130).

²¹⁵ A partir do CPC-2015, a delegação pode ocorrer por qualquer instrumento e para a prática de qualquer ato de cooperação, não apenas atos instrutórios, de comunicação ou executórios. É possível conceber, ainda, a delegação para a prática de número indeterminado de atos (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 131).

²¹⁶ é preciso otimizar a produção probatória, adequando-a para o problema em pauta, que não raro pressupõe a investigação de múltiplas questões de fato, muitas vezes difusas ou indeterminadas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 116).

²¹⁷ Considerando que a discussão do tema envolve, muitas vezes, uma multiplicidade de questões de fato, é preciso, nesses casos, que se adote um modelo probatório diferenciado, com utilização de importantes meios atípicos de prova (art. 369, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 126).

artigos que vedam o Juízo decidir sobre fatos não debatidos previamente pelas partes (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 569).

Quanto à execução das medidas, o art. 139, IV e art. 536, § 1º do CPC viabilizam a adoção de medidas atípicas, o que pode enquadrar as medidas estruturantes²¹⁹.

Aliás, o sistema bifásico poderá ocorrer com a adaptação dos autos de conhecimento (primeira fase) para a construção da norma-princípio e o cumprimento de sentença/liquidação (segunda fase) para a construção da norma-regra.

Em arremate, verifica-se a existência de diversos mecanismos processuais no Processo Civil para a criação de um Processo Estruturais, logo:

O procedimento comum do CPC pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural. Isso se dá porque o CPC lançou mão de um procedimento padrão bastante flexível, caracterizado, entre outras coisas, por: (i) prever, em diversos dispositivos, a possibilidade de adaptação às peculiaridades do caso concreto (p. ex., arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º, CPC); (ii) admitir a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou durante o processo; (iii) permitir o fracionamento da resolução do mérito da causa (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); (iv) admitir a cooperação judiciária (arts. 67 a 69, CPC); (v) permitir a celebração de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC); (vi) autorizar a adoção, pelo juiz, de medidas executivas atípicas (arts. 139, IV, e 536, §1º, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 131).

Desse modo, conclui-se que há formas de adaptar os mecanismos processuais já existentes para tratar uma ação como estrutural, dialógica e

²¹⁸ A principal dessas regras foi enunciada no inc. IV do §1º do art. 489 do CPC-2015, que estabelece, textualmente, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. (...) Nessa perspectiva, a lei processual expressa, na prática, que os juízes devem enfrentar, no curso do processo, as razões deduzidas pelas partes, que compreendem todo e qualquer argumento que possa infirmar a conclusão adotada na decisão/sentença/acórdão, isto é, que seja capaz de interferir nos seus fundamentos. Tamaña foi a preocupação do legislador em conferir semelhante caráter dialético ao novo processo civil brasileiro, que ele vedou ao Poder Judiciário decidir sobre fundamentos e fatos (CPC-2015, art. 493, parágrafo único) sobre os quais não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, impondo aos julgadores que as ouçam antes de proferir decisão que os considere (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2020, p. 570).

²¹⁹ No Direito processual brasileiro, a base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, IV, com o art. 536, §1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 128).

cooperativa. Mas, como se verá a seguir, um corpo legislativo próprio seria bem vindo.

4. O ESTADO DA ARTE NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

O compromisso maior da Carta que redigiremos é com o futuro.

(Ulysses Guimarães, 1987).

O sistema processual vigente possui diversas ações que buscam concretizar a Constituição. Mesmo sabendo que ser dialógico e cooperativo liga-se muito mais a uma conduta por parte dos envolvidos, busca-se ir além de afirmar a necessidade de mudança comportamental.

Na mesma medida, conforme visto no capítulo anterior, há uma abertura para todos os tipos de procedimento, em maior ou menor medida, em utilizar mecanismos dialógicos, cooperativos e estruturais, havendo, portanto, fundamento nas regras processuais do Código de Processo Civil.

A necessidade e a viabilidade teórica de intervir via judiciário com o intuito de realizar mudança social em prol dos Direitos Fundamentais Sociais e do Estado de Bem-estar Social ficou devidamente consignado nos Capítulos 01 e 02, os quais, basicamente se questionavam: pode intervir? Até onde há uma vinculação para se intervir? E qual a forma ideal/legítima de se intervir?

No terceiro capítulo e no quarto capítulo, busca-se analisar a forma de se intervir, o que se está previsto, o que pode melhorar, e a necessidade de trabalhar com o Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo.

Os fundamentos do “porquê intervir” estão no primeiro e segundo capítulo, as bases de “como intervir”, no segundo e terceiro capítulo, e a análise de “como intervêm” está no terceiro e quarto capítulo.

4.1 Análise das ações existentes para a luta por Direitos Fundamentais Sociais

Neste momento, o presente trabalho teórico busca analisar algumas ações que serviriam para se pugnar em Juízo a realização de determinado Direito Fundamental Social.

O objeto é averiguar a propensão de tais ações a servirem para um Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo, valendo de mecanismos aptos a auxiliarem mudanças sociais no sentido de concretizar as promessas constitucionais previstas no texto de 1988.

Para tanto, serão analisadas as ações de controle concentrado de constitucionalidade, em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; as Ações Coletivas; a Ação Civil Pública; a Ação Popular; as Ações Individuais e de Improbidade Administrativa; o Mandado de Injunção; o Mandado de Segurança (individual e coletivo); e o Estado de Coisas Inconstitucional.

4.1.1 Das ações de controle de constitucionalidade concentrado com especial atenção à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Visando trazer conformação legislativa, as ações de controle concentrado de constitucionalidade buscam harmonizar a ordem infraconstitucional com a Constituição vigente. Por esta razão tais ações não tratam de um típico conflito de interesses (por isso chamado processo de natureza objetiva), sendo até mesmo impróprio pensar em partes do processo²²⁰.

Diante das peculiaridades do processo de controle concentrado de constitucionalidade, Luís Roberto Barroso, vê nessas situações uma função atípica da jurisdição, a qual se vocacionaria à “proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição” e não a solução de algum conflito de interesse de natureza subjetiva (BARROSO, 2012, p. 180).

É de notar que as ações do controle concentrado possuem nítido poder político, pois visam realizar a construção do direito através da compatibilidade da ordem infraconstitucional com a Constituição vigente. Desse modo, em vistas que o

²²⁰ Parte nos processos de controle concentrado de constitucionalidade é utilizado não propriamente como defensoras de direitos ou posições jurídicas, mas como autor da ação e órgão ou autoridade que produziu ou se omitiu em produzir, determinado ato normativo. Inexiste interesses contrapostos, mas sim, uma necessidade de adequação do ordenamento jurídico vigente.

Poder Judiciário não é legitimado pelo sufrágio universal, se faz necessário trazer o que Botelho irá afirmar de jurisdição-participativa, que se aproxima na mesma ideia de democracia-participativa. Veja-se o que o autor afirma:

Por isso o controle de constitucionalidade exige uma jurisdição-participativa, capaz de propiciar a construção racional das decisões, partindo-se de um consenso prévio sobre as pretensões de validade (...) Essa jurisdição-participativa fundada em uma democracia procedimental é capaz de produzir decisões racionalmente construídas pelos atores sociais, capazes, portanto, de se verem como autores e destinatários do controle de constitucionalidade produzido pelas Cortes Constitucionais (BOTELHO, 2008, p. 228).

Pois bem, atualmente a legislação prevê algumas ações de controle concentrado, a saber: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) prevista no art. 102, I, "a" da CRFB/88 e regida pela Lei nº 9.868/1999; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) prevista no art. 102, I, "a" da CRFB/88 e regida pela Lei nº 9.868/1999; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) prevista no art. 102, § 1º da CRFB/88 e regida pela Lei nº 9.882/1999; e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) prevista no art. 103, § 2º da CRFB/88 e regida pela Lei nº 9.868/1999 com redação da Lei nº 12.063/2009.

Tem-se na ADI a busca pela retirada do ordenamento jurídico de lei (art. 59 da CRFB/88) ou ato normativo (ato que não se enquadre no conceito constitucional de lei, mas que possua autonomia jurídica, abstração, generalidade e impessoalidade) que contrarie a Constituição²²¹, tendo como legitimados os indicados no art. 103 da CRFB/88²²².

²²¹ Em suma: o objeto da ação direta de inconstitucionalidade consiste nos atos normativos primários, federais ou estaduais, aptos a inovar na ordem jurídica. Excluem-se, portanto, os atos normativos secundários, os de efeitos concretos, os anteriores à Constituição ou já revogados, os que ainda estejam em processo de formação e os que não têm suficiente grau de normatividade (BARROSO, 2012, p. 210/211).

²²² I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

As pessoas do inciso I, II, III, VI, VII, VIII, são chamados de legitimados universais, eis que não necessitam comprovar pertinência temática. Já as demais pessoas, ou seja, dos incisos IV, V e IX, são os chamados legitimados especiais, necessitando comprovar a chamada pertinência temática.

Em sentido contrário, mas com deveras similitude, a ADC, introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, busca o inverso da ADI, a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, contando com os mesmos legitimados, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, da ADI.

O objetivo da ADC é muito claro, “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria” (BARROSO, 2012, p. 259), desde que haja “controvérsia relevante acerca da constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional federal” (BARROSO, 2012, p. 264), a qual deverá ser “judicial, e não apenas doutrinária” (BARROSO, 2012, p. 264).

Os efeitos da decisão da ADI, caso procedente, será a declaração da inconstitucionalidade, retirando, por regra, a norma jurídica do sistema jurídico; já os efeitos da decisão da ADC, caso procedente, irá confirmar a presunção de constitucionalidade que já se rege as normas. A improcedência de uma é a procedência da outra.

Outro mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade é a ADPF, a qual é utilizada somente quando não cabível outro mecanismo processual (individual, coletivo ou concentrado de constitucionalidade) apto a sanar o problema de inconstitucionalidade²²³ (requisito criado pela legislação²²⁴).

Pela ADPF se visa combater o chamado descumprimento de preceito fundamental, cujo conteúdo em si traz problemas quanto ao significado do que vem a ser “preceito fundamental”.

Compreende-se por violação a preceito fundamental o atentado aos princípios constitucionais, em especial no tocante aos fundamentos e objetivos da República, às decisões políticas estruturantes, aos direitos fundamentais, às normas que tratam da cláusula pétrea e aos princípios constitucionais sensíveis. Em todos

²²³ O descabimento de outros mecanismos concentrados de controle de constitucionalidade, como assinalado, é um elemento necessário para caracterizar a presença da subsidiariedade que justifica a ADPF (...) é preciso que os mecanismos subjetivos existentes sejam insatisfatórios, justificando uma intervenção concentrada por parte do STF. Se tais mecanismos forem adequados para afastar eventual lesão, não se justifica o uso da ADPF (BARROSO, 2012, p. 322).

²²⁴ Institui-se, dessa forma, em matéria de ADPF, o princípio (na verdade, uma regra) da subsidiariedade. A determinação, que não decorre da matriz constitucional do instituto, foi inspirada por dispositivos análogos, relativamente ao recurso constitucional alemão e ao recurso de amparo espanhol. A doutrina e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal têm oscilado na compreensão desse dispositivo, gerando manifestações antagônicas. A matéria não é singela (BARROSO, 2012, p. 318).

os casos a violação terá que trazer graves consequências para o sistema jurídico como um todo²²⁵.

Conforme determina a lei de regência, existem dois tipos de ADPF, a denominada autônoma e a incidental. Para a primeira os pressupostos são inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, ameaça ou violação a preceito fundamental e um ato estatal ou equiparável capaz de provocá-la. A segunda, extraível de algum litígio, além de comportar todos os requisitos da ADPF autônoma, soma-se o quesito de relevante fundamento da controvérsia constitucional²²⁶.

Nota-se que na redação original a ADPF se prestava para duas funções, a primeira como instrumento de governo e a segunda como instrumento de cidadania, neste último caso viabilizando que qualquer pessoa lesada ou ameaçada pudesse aforar a demanda. Todavia, a segunda hipótese foi vetada sob a justificativa de que se iria franquear de forma desmedida o acesso ao STF (BARROSO, 2012, p. 306/307).

Da redação do projeto que deu origem à ADPF nota-se uma maior harmonia com a previsão do instrumento tanto de forma incidental quanto de forma autônoma, sendo lastimável o veto a obstar acesso à Suprema Corte pelo povo.

²²⁵ A expressão preceito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas – mais comumente princípios, mas eventualmente regras – traz consequências mais graves para o sistema jurídico como um todo (...) Embora conserve a fluidez própria dos conceitos indeterminados, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Nessa classe estarão os fundamentos e objetivos da República, assim como as decisões políticas estruturantes, todos agrupados sob a designação geral de princípios fundamentais, objeto do Título I da Constituição (arts. 1º a 4º). Também os direitos fundamentais se incluem nessa categoria, o que abrangeria, genericamente, os individuais, coletivos, políticos e sociais (arts. 5º e s.). Aqui se trará, por certo, a discussão acerca da fundamentalidade ou não de determinados direitos contemplados na Constituição brasileira, não diretamente relacionados à tutela da liberdade ou do mínimo existencial. Devem-se acrescentar, ainda, as normas que se abrigam nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) ou delas decorrem diretamente. E, por fim, os princípios constitucionais dito sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que por sua relevância dão ensejo à intervenção federal (BARROSO, 2012, p. 311/312).

²²⁶ Embora a motivação imediata de quaisquer dos legitimados possa ser a eventual tutela de uma situação específica – agindo, portanto, como um substituto processual do verdadeiro interessado –, deverá ele demonstrar ser relevante a controvérsia constitucional em discussão. Será relevante a controvérsia quando o seu deslinde tiver uma repercussão geral, que transcenda o interesse das partes do litígio, seja pela existência de um número expressivo de processos análogos, seja pela gravidade ou fundamentalidade da tese em discussão, por seu alcance político, econômico, social ou ético. Por vezes, a reparação imediata de uma injustiça individual terá uma valia simbólica decisiva para impedir novas violações. Seja como for, na arguição incidental, mesmo que estejam em jogo direitos subjetivos, haverá de estar envolvida uma situação que afete o ordenamento constitucional de maneira objetiva (BARROSO, 2012, p. 324).

Observa-se, também, que a ADPF poderá ser manejada de forma tanto repressiva quanto preventiva (art. 1º da Lei nº 9.882/99).

Outro ponto interessante é que se possui como legitimados para aforar a ADPF os mesmos da ADI. Por fim, a decisão judicial deverá fixar as condições e a forma de interpretação/aplicação do preceito fundamental, para tanto, poderá “fazer cessar o ato ou decisão exorbitante ou determinar medida adequada à preservação do preceito fundamental decorrente da Constituição” (BARROSO, 2012, p.342).

Das análises das ações acima, ADI, ADC e ADPF nota-se em especial seu uso quando existe um fazer normativo contrário ao texto constitucional. Somente no caso da ADPF, quando não cabível ADO, Mandado de Injunção ou outro mecanismo processual, se admitiria o descumprimento de preceito fundamental por alguma omissão.

Percebe-se que nestas ações o que se busca primordialmente é a harmonização do direito posto e não a mudança de uma situação factual.

Além do mais, a Constituição não é violada tão somente com ações que diretamente contrariem o que ela determina. Em especial as Constituições compromissárias, dirigentes²²⁷, que possuem força normativa e que buscam instituir um Estado Social²²⁸, como a de 1988, também são violadas quando se há omissões normativas²²⁹, tidas como inércia ilegítima²³⁰ somada com o decurso de tempo desarrazoado²³¹, em especial do Legislador²³².

²²⁷ A fiscalização das omissões constitucionais assume maior destaque nos sistemas baseados em constituições compromissárias e dirigentes. É o caso da Constituição brasileira, que, mais do que organizar e limitar o poder político, institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos, muitas vezes carentes de densificação. Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado ao processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo (BARROSO, 2012, p. 278).

²²⁸ Visto o posto, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, em vista do caráter compromissário dos textos constitucionais e da noção de força normativa da Constituição, fundamente um sensível deslocamento, por vezes, do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da jurisdição constitucional, em vista da inércia daqueles. Graças ao surgimento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado poder/tensão passou para o Poder Executivo, assim no Estado Democrático de Direito há (ou devia haver) uma modificação desse perfil. Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 203).

²²⁹ Observa-se que demais omissões existem diversos outros mecanismos, como ponderado por Luís Roberto Barroso: “Relativamente às omissões de natureza político-administrativa, existem remédios

Como anunciado no primeiro capítulo deste trabalho, a Constituição vincula todos os Poderes, seus dispositivos não trazem uma faculdade, mas sim uma obrigatoriedade a nortear toda atividade estatal. Como por exemplo, sabe-se que o Estado deverá promover a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CRFB/88), todavia foi somente com o advento da Lei nº 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) que a norma constitucional teve a oportunidade de produzir seus efeitos esperados. Outro exemplo é o direito ao adicional de insalubridade, perigosidade e penosidade que necessitam de legislação para surtirem efeitos (art. 7º, XXIII, da CRFB/88), tendo os dois primeiros sido regulamentados pela CLT (art. 189 e 193 da CLT) e o último pendente de regulamentação legislativa, logo o trabalhador que trabalha de forma penosa acaba por não conseguir o adicional que lhe foi garantido a nível constitucional.

Assim as omissões são tão violadoras do texto constitucional quanto as ações, ao passo que diversos artigos necessitam de complementação legislativa para surtirem os efeitos propostos²³³. Não obstante toda norma constitucional

jurídicos variados, com destaque para o mandado de segurança e a ação civil pública. As omissões judiciais, por sua vez, deverão encontrar reparação no sistema de recursos instituídos pelo direito processual, sendo sanadas no âmbito interno do Judiciário. Por essa razão, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade por omissão refere-se às omissões de cunho normativo, imputáveis tanto ao Legislativo, na edição de normas primárias quanto ao Executivo, quando lhe toque expedir atos secundários de caráter geral, como regulamentos, instruções ou resoluções” (BARROSO, 2012 p. 279).

²³⁰ A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um compromisso contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo (BARROSO, 2012, p. 55).

²³¹ O pressuposto para o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão é o decurso de prazo razoável para a edição da norma exigida pelo texto constitucional. Portanto, a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade por omissão total conterà sempre a constituição em mora do Poder ou órgão administrativo que permaneceu inerte quando deveria ter atuado (BARROSO, 2012, p. 294).

²³² A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é o instituto jurídico criado pelo Poder Constituinte Originário para sanar, em sede de controle de constitucionalidade abstrato e com eficácia erga omnes, a ausência de norma infraconstitucional suplementar de dispositivo constitucional de eficácia limitada ou restrita. Ou seja, trata-se de mecanismo de defesa abstrata da constituição que se destina a combater a inércia legislativa (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 208).

²³³ A Constituição de 1988 prevê, em diversos dispositivos, a necessidade de edição de leis integradoras da eficácia de seus comandos. Isso pode ocorrer (i) em relação às normas constitucionais de organização; e (ii) em relação às normas definidoras de direitos. A inércia do legislador em qualquer dos dois casos configurará inconstitucionalidade por omissão. No primeiro, embora haja um dever jurídico constitucional para o legislador de editar as normas requeridas pelo texto, seria controversa a invocação de um direito subjetivo fundamental à legislação. No segundo, há claramente direito subjetivo outorgado pelo texto constitucional, investindo o indivíduo no poder jurídico de exigir a criação da norma (v., infra). Em relação às normas programáticas, onde se prevê

possuir certa eficácia, algumas, para atingir a plenitude de seus efeitos necessitam da emissão de uma norma infraconstitucional²³⁴. Desse modo, é perceptível que a omissão inconstitucional trata-se de verdadeiro “dever constitucional não observado” (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p. 113)²³⁵.

Na mesma medida que as ações inconstitucionais vilipendiam a população do gozo dos direitos previstos no texto constitucional, as omissões também o obstam, surrupiando indevidamente da sociedade o desfrute do pacto constitucional.

Pois bem, em geral os requisitos para a propositura da ADO são: a) a existência de norma com eficácia limitada garantidora de direitos; b) impossibilidade do exercício do direito (PASCHOAL; BARBOZA, 2011, p. 281).

Em uma classificação, tem-se que a omissão pode ser tanto total (ou absoluta), quanto parcial. No primeiro caso inexistente qualquer norma infraconstitucional que trate sobre o tema, já no segundo caso existe regra infraconstitucional, contudo ela exclui determinada categoria de pessoas que deveriam constar (omissão parcial relativa) ou então não supre a contento o texto constitucional (omissão parcial propriamente dita). Em resumo, a omissão poderá ocorrer pela inércia tanto absoluta, quanto por atuação insuficiente.

Quando da omissão absoluta, surge para a Corte três formas de atuar: a primeira, aplica-se a Constituição diretamente; a segunda, apenas declara a omissão; a terceira, além de declarar a omissão cria-se a regra para o caso concreto (BARROSO, 2012, p. 57).

Quando se está diante da omissão parcial relativa, existem também três formas de atuação: a primeira, declara inconstitucional a lei que criou a desequiparação; a segunda, declara a lei parcialmente omissa, dando ciência ao

genericamente a atuação do Poder Público, mas sem especificar a conduta a ser adotada, não será possível, como regra, falar em omissão inconstitucional. Salvo, por certo, se a inércia inviabilizar providências ou prestações correspondentes ao mínimo existencial (BARROSO, 2012, p. 56).

²³⁴ (...) não há norma constitucional alguma destituída eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, impondo sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta a plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 204).

²³⁵ Em síntese, a inconstitucionalidade por omissão – relacionada às normas de eficácia limitada e aplicabilidade indireta – ocorre mediante a inação estatal, que deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta da Constituição, especialmente quanto à omissão no dever concreto de legislar, não realizando o que o texto constitucional exige expressamente a fazer (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p. 114).

órgão responsável para tomar as medidas cabíveis; a terceira, realiza diretamente a extensão do benefício (BARROSO, 2012, p. 59).

Já quando se está diante da omissão parcial propriamente dita a questão se torna ainda mais complexa, pois a declaração de inconstitucionalidade poderá acarretar prejuízos maiores ao bem jurídico a ser protegido²³⁶. Em tais casos, a Corte vem adotando o que se denominou de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (BARROSO, 2012, p. 298).

Observa-se que a ADO, ao revés do Mandado de Injunção, que será estudado na próxima oportunidade, serve, tal qual a ADI, ADC e ADPF, à proteção da ordem jurídico-constitucional objetiva, inexistindo defesa de interesses privados subjetivos, mas sim a defesa de interesses “genérico da sociedade em relação à tutela da CF/88” (MEIRELES JÚNIOR, 2017, p. 117).

Pela literalidade do texto constitucional, conforme disposto no art. 103, § 2º²³⁷, o autor da ADO ao pleitear a declaração da omissão inconstitucional acarretará o envio da ciência ao Legislativo sem estipular prazo (e mesmo quando estipulado o prazo, este se trata de mera indicação), ou no caso em que a omissão é de algum órgão administrativo, a ordem será encaminhada diretamente ao responsável para que adote as providências necessárias no prazo de trinta dias, ou outro razoável a ser estipulado de forma excepcional (art. 12-H, §1º, da Lei nº 9.868/1999), sob pena de responsabilização (BARROSO, 2012, p. 286).

Essa limitação da ADO, em especial quando se trata do Poder Legislativo, que acarreta como resultado final apenas ciência da mora, direciona diversas críticas ao ponto de alguns considerarem este mecanismo de controle concentrado como “insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional” (BARROSO, 2012, p. 296).

²³⁶ O exemplo trazido por Luís Roberto Barroso é do salário mínimo, que incontestemente não supre a forma que foi determinado pela Constituição, sendo que “a declaração de inconstitucionalidade da lei geraria uma situação mais grave do que a de sua manutenção no sistema, pois restabeleceria o valor anterior, evidentemente inferior. A fixação, pelo próprio Judiciário, do valor que estimasse como adequado é tida como incompatível com o princípio da separação dos Poderes e enfrenta dificuldades no mundo jurídico e na vida real, como os princípios orçamentários e a reserva do possível” (BARROSO, 2012, p. 298).

²³⁷ Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (BRASIL, 1988).

Como pontuado por Barroso, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não afeta o ordenamento jurídico em vigor, sob o ponto de vista de mudanças perceptíveis, sendo esta somente alcançada após ato de algum Poder ou órgão administrativo.

Do ponto de vista objetivo, a declaração da inconstitucionalidade por omissão não afeta, por si só, o ordenamento jurídico em vigor. Somente haverá alguma modificação do direito posto se e quando o Poder ou órgão administrativo vierem a editar o ato normativo faltante. Veja-se que nas hipóteses em que a norma constitucional tenha densidade jurídica suficiente para sua aplicação direta, ainda quando tenha previsto regulamentação ulterior, deverá o intérprete fazê-la incidir imediatamente, no máximo de suas potencialidades (BARROSO, 2012, p. 302).

O que leva a Paschoal e Barboza a afirmarem que na prática tanto a ADO quanto o Mandado de Injunção “em nada modifica a realidade daquele que busca (ou daqueles que buscam) garantir o exercício de um direito não regulamentado” (PASCHOAL; BARBOZA, 2011, p. 289).

Sobre o comportamento do STF surgem basicamente duas possibilidades, a denominada posição concretista e a não concretista.

A posição não concretista, afirma que tanto a ADO, quanto o Mandado de Injunção, possuem como finalidade a notificação do Poder inerte, sendo a sentença meramente declaratória (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 209/210). O que reafirma as críticas acima aventadas.

Já a concretista, reconhecendo a natureza jurídica da sentença como decisão constitutiva, além de declarar a existência da omissão, ao Poder Judiciário caberia implementar a norma constitucional suprindo, assim, a omissão ensejadora da ADO ou do Mandado de Injunção até que sobrevenha regulamentação pelo Poder ou órgão competente (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 210). O que esbarraria em críticas como a falta de legitimidade democrática e a violação à separação de funções.

Segundo Silva e Langerhorst historicamente dominou a posição não concretista no Supremo Tribunal Federal (SILVA; LANGERHORST, 2012, p. 212).

A compreensão dos institutos de controle concentrado de constitucionalidade demonstra o que se tem hoje para o combate existente entre realidade normativa e abstração constitucional. Contudo, mostra-se, pela forma que foi idealizada, insuficiente para o controle estrutural dos problemas aqui tratado (falta

de efetividade dos direitos fundamentais sociais), eis que seu plano é primordialmente normativo.

Contudo, nada impede, a fim de que tenha maior legitimidade, a utilização das técnicas dialógicas. Bem como, que colabore com mudanças sociais através da ordem legal.

Assim, como contributo ao Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, além das observações traçadas no capítulo anterior quando do trato dos mecanismos processuais, tem-se a possibilidade de maior uso da ADPF a compreender como descumprimento de preceito fundamental o próprio estado de desconformidade. Contudo, deve-se viabilizar uma abertura probatória, entendendo-se por bem relativizar o requisito da “prova da violação do preceito fundamental” (art. 3º, III, da Lei nº 9.882 de 1999), por *lege ferenda* recomendaria a modificação do artigo para “indicação da violação do preceito fundamental”, este compreendido o argumento do estado de desconformidade.

Ademais, ainda a título de *lege ferenda*, o resgate do veto que trouxe a impossibilidade da ADPF de forma incidental, eis que, poderia servir de mecanismo visando a objetivação de uma demanda que traz em si uma discussão de direito subjetivo. Isto serviria como forma de transformar uma ação individual subjetiva em uma ação estrutural objetiva, viabilizando mais eficiência ao procedimento.

De mais a mais, a utilização das observações realizadas no item sobre os mecanismos processuais também se aplica no presente, utilizando daqueles institutos supra referidos (audiência pública, amigo da corte, cooperação, etc.).

4.1.2 Das Ações Coletivas

De início deve-se diferenciar duas categorias que causam enorme confusão no meio acadêmico, que seriam: a ideia de tutela coletiva de direitos individuais (direitos individuais homogêneos) e a tutela de direitos coletivos (coletivo *stricto sensu*, quando pertencentes a determinada classe ou parcela da sociedade [ex. lesão ao nome da advocacia], e difuso, quando pertencentes a toda humanidade sem precisar alguma classe ou parcela da sociedade [ex. aquecimento global]).

Tem-se como direitos coletivos, sejam difusos ou *coletivos stricto sensu*, aqueles transindividual (que não possui titular “individualmente determinado”) e

materialmente indivisíveis (que não se consegue dividir com precisão o direito subjetivo titulado por cada sujeito) (ZAVASCKI, 2017, p. 39).

Para Edilson Vitorelli tais direitos, coletivos e difusos, fogem da classificação tradicional, eis que não se afere “uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor” (VITORELLI, 2020, p. 46).

Já os direitos individuais homogêneos (tutela coletiva de direitos individuais) são direitos subjetivos individuais (com sujeito determinado, ou seja, divisíveis em sua titularidade) e divisíveis em seu objeto material (consegue-se precisar o direito subjetivo posto à Juízo), todavia possuem uma fonte comum apta a gerar a sua tutela de forma coletiva, fato que Teori Albino Zavascki irá afirmar de “conjunto de direitos subjetivos individualmente ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade” (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

Observa-se que para a tutela coletiva de direitos individuais o que se tem é a permissão de tutelar de forma coletiva os direitos que por natureza são individuais, todavia não os tornam coletivos, pois “coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa” (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

Tal classificação não se mostra excludente, visto que a dinâmica social poderá viabilizar em determinadas “situações (...) os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos” (ZAVASCKI, 2017, p. 44), como o exemplo do caso do rompimento da barragem em Brumadinho/MG.

A divisão ora abordada é abandonada por Vitorelli (2020) que, mesmo a conhecendo, a tem como insuficiente para solucionar diversos problemas práticos, pois, segundo o autor, a classificação não leva em consideração as variantes da complexidade e da conflituosidade, as quais deveriam nortear uma pretensa ordenação. No lugar de direitos coletivos *strictu sensu*, difusos e individuais homogêneos, Vitorelli traz uma divisão levando em conta o tipo de litígio, separando-os em litígios coletivos globais²³⁸, locais²³⁹ e irradiados²⁴⁰. Neste sentido, o autor

²³⁸ (...) a violação a um direito coletivo não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura (VITORELLI, 2020, p. 58).

²³⁹ A segunda categoria de litígios a ser analisada é a das lesões que atingem, de modo específico e grave, comunidades, no sentido que essa expressão tem para Ferdinand Tönnies, ou seja, grupos de reduzidas dimensões e fortes laços de afinidade social, emocional e territorial, traduzidos em um alto grau de consenso interno (TÖNNIES, 1947, p. 19) (VITORELLI, 2020, p. 61).

menciona a virtualidade em tentar separar o indivíduo da coletividade, eis que, um não existe sem o outro, logo, a classificação adotada pela legislação entre direitos coletivos *strictu sensu*, difuso e individual homogêneo é tendencialmente falha. Nas palavras de Vitorelli:

Percebe-se, com isso, o quão artificial é a tentativa de diferenciar direitos coletivos de individuais. O indivíduo não existe fora do coletivo e a sociedade não existe sem indivíduos. Um litígio coletivo atinge uma sociedade, o que significa que também atinge os indivíduos que a compõem. Do mesmo modo, lesões causadas a indivíduos, coletivamente, e não singularmente, também afetarão, em alguma medida, a sociedade à qual eles pertencem. Há uma circularidade na relação entre indivíduos e sociedade que não pode ser desfeita no âmbito do processo. Fora de exemplos acadêmicos e caricaturais, indivíduos e sociedade sempre estarão reciprocamente implicados (VITORELLI, 2020, p. 53).

Enfim, adotando uma ou outra classificação, fato que, quando se analisa os direitos coletivos *strictu sensu* (para Vitorelli litígios coletivos locais) e os difusos (para Vitorelli litígios coletivos globais), o que se percebe é necessidade do sistema processual adotar uma visão e procedimento não Monológica, Dual e Adversarial. O que se percebe, assim, é que na faceta objetiva dos direitos fundamentais a integração do sistema processual e o pensamento deve-se direcionar a uma visão Dialógica, Estrutural e Cooperativa de processo.

Pois bem, voltando à análise quanto ao processo coletivo, tem-se que entre os anos de 1977 e 1981 José Carlos Barbosa Moreira desbravava o estudo dos chamados direitos coletivos e difusos, fomentando entre 1980 a 1990 debates acadêmicos, o que resultou na construção de diversos arcabouços legislativos sobre o tema (VITORELLI, 2020, p. 44).

Desde a década de 70, com o advento da Lei nº 6.513 de 1977, o legislador brasileiro buscou zelar pela tutela coletiva ao introduzir na Lei da Ação Popular a proteção a bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, viabilizando a proteção de bens e direitos de natureza difusa (ZAVASCKI, 2017, p. 35). Em 1981, com a Lei nº 6.938, também se teve como marco jurídico a defesa de interesses coletivos e difusos com destinação à proteção do meio

²⁴⁰ A última categoria de direitos coletivos que se pretende formular é a que se relaciona aos megaconflitos. Trata-se daquelas situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas essas pessoas não compõem uma comunidade (...) (VITORELLI, 2020, p. 63).

ambiente (ARANTES, 1999, p. 85). Contudo, segundo Teori Albino Zavascki, foi somente com a Lei nº 7.347 de 1985 (Lei da Ação Civil Pública) que se trouxe de forma mais intensa e significativa a defesa aos direitos e interesses difusos e coletivos (ZAVASCKI, 2017, p. 36)²⁴¹.

Quanto à tutela coletiva de direitos individuais, esta remonta ao menos desde o Código de Processo Civil de 1939 (art. 88) (BRASIL, 1939), passando pelo de 1973 (art. 46 e seguintes) (BRASIL, 1973) e continuando previsto no de 2015 (art. 113) (BRASIL, 2015), o qual trazia o sistema de litisconsorte ativo. Com o advento da Constituição de 1988 também se trouxe a viabilidade de algumas entidades, por substituição processual, demandar de forma coletiva, direitos individuais, como é o caso das associações (art. 5º, XXI, CRFB/88), sindicatos (art. 8º, III, CRFB/88) e partidos políticos (art. 5º, LXX, b, da CRFB/88) (BRASIL, 1988). Já nos idos de 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990), se teve disciplinado no âmbito das relações de consumo o procedimento denominado de ação civil coletiva (art. 91 do CDC) (BRASIL, 1990), o qual visa tutelar direitos individuais homogêneos através da técnica da substituição processual.

Desta forma nota-se que a busca da tutela coletiva de direitos coletivos e individuais remontam entre 1977 e 1973, o que demonstra uma produção científica e prática tupiniquim da tutela coletiva de mais de 04 (quatro) décadas.

Observa-se que tais direitos são defendidos pelo instituto chamado de substituição processual, eis que, o titular da ação não se confunde com o titular do direito posto em Juízo²⁴². Ora, trata-se de constatação lógica, pois, os direitos

²⁴¹ Essa Lei, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade (ZAVASCKI, 2017, p. 36).

²⁴² A substituição processual tem eficácia apenas no plano do processo. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente, importe em disposição do direito material tutelado (ZAVASCKI, 2017, p. 70).

coletivos possuem como características a transindividualidade, não possuindo titular individual²⁴³.

Este fato torna o processo coletivo, quando em demandas que tratam sobre direitos coletivos *lato sensu*, uma característica objetiva do direito posto à Juízo, visto que nas ações não se defende determinada posição jurídica, mas a higidez de determinado direito e/ou fato.

Todavia, os métodos decisórios e a forma que o processo se desenvolve ainda traz um ar de direito individual contraposto em Juízo. É o que se percebe das críticas travadas por Vitorelli ao processo coletivo, que mesmo não indentificando a carência na dogmática processual, nota sensíveis diferenças entre litígio coletivo e individual.

Um litígio individual se desenvolve entre uma pessoa e outra e decorre diretamente de relações que se desenvolvem entre elas, *intuitu personae*. Em litígios coletivos, o problema que opõe o grupo à parte contrária é comum, em maior ou menor grau, aos membros do grupo e suas características individuais têm pouca ou nenhuma relevância para a solução do problema. Um grupo de pessoas está envolvida em um conflito que as afeta de maneira coletiva. Não interessa, por enquanto, de que modo esse litígio vai ser resolvido (...) Assim, o litígio coletivo é aquele em que a relação jurídica que se estabelece toma em conta o grupo como ente coletivo, sem levar em consideração as características dos indivíduos que o compõem, ou as relações jurídicas nas quais eles se envolvem, isoladamente consideradas (VITORELLI, 2020, p. 49).

Existe, para o trato de questões de direito objetivo, uma insuficiência da visão de litígio tendo como parâmetro a ideia de crédito e débito.

Contudo, quando os litígios coletivos trabalham com questões de ordem objetiva, e ante sua complexidade, que vem a “admitir desacordo razoável sobre qual seria a tutela adequada do direito material” (VITORELLI, 2020, p. 57), se faz presente a necessidade do uso do Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, conforme exaustivamente exposto neste trabalho, eis que o processo “embora possa excepcionalmente ensejar mudança social, foi pensado e estruturado para ratificar direitos previamente forjados pela sociedade e positivados pelo direito estatal” (ARANTES, 1999, p. 94). Quando se está a tratar de direitos fundamentais sociais a

²⁴³ Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública (ZAVASCKI, 2017, p. 70).

construção do direito e das soluções para problemas sociais fazem parte da natureza do próprio litígio, trazendo fragilidade às estruturais processuais tradicionais de matriz liberal.

A utilização dos mecanismos estudados no capítulo anterior denota a possibilidade de se usar na ação coletiva a técnica do processo estrutural, dialógico e cooperativo para o trato dos direitos de cunho objetivo.

Por fim, interessante previsão no Código de Processo Civil (art. 139, X) da possibilidade que o Juízo tem de comunicar o Ministério Público, e outros legitimados para tutela coletiva, para transformar uma tutela individual em coletiva, o que acaba por servir de forma de elevar o direito subjetivo a uma discussão de direito objetivo. Trata-se de mecanismo importante que possa a vir viabilizar a harmonização entre tutela objetiva e subjetiva de direitos.

Poderia ter caminhado mais o legislador, caso não houvesse vetado o art. 333 do CPC, que previa a possibilidade de conversão da tutela individual em coletiva sempre que se verificasse a “relevância social” da demanda, possibilitando, ainda, que a tutela individual continuasse em “autos apartados”.

Tal previsão iria alargar as possibilidades dos indivíduos terem acesso ao Poder Judiciário como locus de discussão para problemas de viés objetivo o que potencializaria o efeito dialógico que se estuda nesta dissertação. Além do mais, viabilizaria que o autor da ação, em litisconsórcio, provocasse a tutela jurisdicional sem a necessidade de terceiros representantes. Em casos, por exemplo, que se busca vagas em creches, a conversão da ação individual, e seu trâmite simultâneo, além de solucionar o problema para o autor, viabilizaria uma reforma estrutural, apta a transformar o estado de desconformidade não somente para o requerente, mas para a sociedade diretamente afetada.

4.1.3 *Das Ações Civas Públicas*

Regulamentada pela Lei nº 7.347/1985, com grandes avanços trazidos pela Constituição de 1988²⁴⁴, a Ação Civil Pública busca proteger direitos e interesses

²⁴⁴ A Constituição de 1988 consolidou as inovações processuais e de direitos substantivos introduzidas pela Lei da Ação Civil Pública, e foi além dela ao ampliar a lista de direitos que podem

transindividuais (direito coletivo *lato sensu*) através de medidas preventivas e reparatórias. O que leva Teori Albino Zavascki afirmar que se trata de um “instrumento com múltipla aptidão”²⁴⁵, sendo “meio eficiente para conferir integral tutela aos direitos transindividuais”²⁴⁶ (ZAVASCKI, 2017, p. 63).

Nota-se que na prática as Ações Civis Públicas acabam se tornando palco para lutas sociais, servindo de lugar para fazer valer o texto constitucional, ampliar a defesa da cidadania e favorecer a aquisição de novos direitos (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 785)²⁴⁷.

Da dicção do texto legal, extrai que os legitimados estão previstos no art. 5º, com redação dada pela Lei nº 11.448/2007 e pela Lei nº 13.004/2014, da referida lei que estatui como legitimado ativo:

I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que,

receber proteção via ACP e ao deixar uma porta aberta para outros que viessem a surgir no futuro, nos termos do art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Assim, a Constituição significou um duplo avanço: na medida em que ampliou os direitos coletivos e sociais (mesmo que de modo genérico), aumentou, automaticamente, o leque de interesses que podem ser protegidos pelo Ministério Público através da ação civil pública. A consolidação constitucional de novos direitos substantivos e de instrumentos processuais antes dispersos em textos específicos foi decisiva também para o processo de legitimação do MP na sua pretensão de tornar-se agente defensor da cidadania. A partir de 1988, o MP passou a invocar a Constituição como uma espécie de certidão de (re)nascimento institucional, suficiente para habilitá-lo a ultrapassar suas funções tradicionais e reforçar sua responsabilidade pela defesa dos direitos coletivos e sociais. Não se pode dizer que o texto constitucional tenha definido perfeitamente o conteúdo desses direitos e os mecanismos judiciais para sua proteção. Ao contrário, ele apenas fornece as bases de uma nova arena de solução de conflitos coletivos, cuja construção depende em grande parte do processo subsequente de afirmação institucional do MP e de avanços na regulamentação legislativa dos novos interesses e direitos (ARANTES, 1999, p. 87).

²⁴⁵ tutela preventiva e reparatória, para obter prestações de natureza pecuniária (= indenizações em dinheiro) ou pessoal (= de cumprir obrigações de fazer ou de não fazer), o que comporta todo o leque de provimentos jurisdicionais: condenatórios, constitutivos, inibitórios, executivos, mandamentais e meramente declaratórios (ZAVASCKI, 2017, p. 63).

²⁴⁶ Na ação civil pública, a procedência do pedido importará, conforme o caso, outorga da tutela jurisdicional geral ou específica, líquida ou ilíquida, condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, mediante sentença que seja congruente com a natureza do que foi postulado. E, conforme já referido, a ação civil pública permite a postulação de tutela de qualquer natureza. Em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer e de entregar coisa, a sentença será executiva *lato sensu*, subordinada ao regime dos arts. 497 a 500 e 536 a 538 do CPC. Isso significa que o seu cumprimento será promovido no âmbito da mesma relação processual em que foi proferida, e não em ação autônoma de execução (ZAVASCKI, 2017, p. 71).

²⁴⁷ Através delas é possível postular novos direitos, afirmar os já declarados, estabelecer limites ao mercado, controlar a atuação do poder público, reclamar contra sua omissão e denunciar atos de improbidade administrativa. Como se vê, seu escopo é bastante amplo; assim como é amplo o acesso ao instrumento, que pode ser acionado por sindicatos e associações civis, pelo poder público e pelo Ministério Público (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 786).

concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1985).

Observa-se a existência de alargado rol de legitimados ativos, o que demonstra abertura processual para a sociedade a qual possui um instrumento importante para a luta de direitos objetivos, podendo atuar por intermédio do Ministério Público, da Defensoria ou até mesmo de Associações.

Dentre os legitimados, observa-se que, segundo Zavascki, somente o Ministério Público teria legitimidade processual ampla e irrestrita, desde que os bens tutelados tenham natureza de direito ou interesse difuso e/ou coletivo (ZAVASCKI, 2017, p. 69), o que se coaduna da remodelagem constitucional realizada pela Constituição de 1988 que deslocou o Ministério Público “da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade” servindo de instrumento para a “luta pela construção da cidadania” (ARANTES, 1999, p. 84). Já para os demais legitimados haveria a necessidade de se caracterizar o interesse de agir que consiste em “tutelar direitos transindividuais que, de alguma forma, estejam relacionados com interesses da demandante” (ZAVASCKI, 2017, p. 69).

É de notar que não obstante a maioria das Ações Civis Públicas serem ajuizadas pelo Ministério Público (MORAES, 2015, p. 65; ARANTES, 1999, p. 86), com exceção na matéria concernente ao Direito do Consumidor (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 819), não torna a Ação Civil Pública um monopólio dessa instituição, somente reforça o seu forte papel social. Destarte, tem-se a existência de outros legitimados que podem atuar com o mesmo fervor em Juízo, como a Defensoria Pública e as Associações.

É de boa sinalização a oportunidade que a sociedade civil possui para atuar em Juízo²⁴⁸, por meio da Ação Civil Pública, na luta de transformações sociais, seja através de representação perante o Ministério Público, seja diretamente por meio do associativismo²⁴⁹.

²⁴⁸ Isso se deve a que o acionamento da arena judicial pelas organizações da sociedade civil tem-se dado de duas formas: a primeira, por meio do encaminhamento de representações ao Ministério Público; a segunda, com o ajuizamento direto das ações no poder Judiciário (MORAES, 2015, p. 60).

²⁴⁹ Os interesses das associações podem ser de três ordens: (1) interesses difusos, pois visam à tutela de bens correlatos a interesses transindividuais, tais como a defesa do meio ambiente ou dos

Assim, nota-se uma verdadeira abertura²⁵⁰ do Poder Judiciário para a Sociedade Civil²⁵¹, que pode utilizar da Ação Civil Pública como “recurso estratégico e simbólico de luta social” (MORAES, 2015, p. 25), o que reforça o que se vem afirmando sobre a necessidade de tornar o Poder Judiciário local para o exercício da cidadania, especialmente quando o objeto da relação processual recai em algum Direito Fundamental Social²⁵².

Pesquisas apontam que o associativismo no Brasil vem demonstrando bons resultados à ordem jurídica objetiva (ou seja, que não se tutela direito próprio, mas da sociedade de um modo geral), ao passo que o Judiciário acabou se tornando locus para a ação pública da sociedade na busca da realização de direitos abstratamente previstos e posto a risco por uma situação factual²⁵³, contemplando a visão de Botelho.

Interessante pesquisa realizada por Zenalda Martins Vanim de Moraes no Estado de Santa Catarina, que estudou a utilização da Ação Civil Pública pelas Associações, cujo resultado foi o forte impacto positivo na efetivação de direitos, seja por ato do próprio Poder Judiciário, quando julga de forma procedente e realiza as mudanças sociais (trazendo ainda, incentivo para a sociedade civil se mobilizar através do Judiciário)²⁵⁴, ou até mesmo de forma indireta com a improcedência que

interesses difusos dos consumidores; (2) interesses coletivos de seus membros, de natureza indivisível, na medida em que possuem um relação jurídica de base, como alunos de uma mesma universidade; (3) interesses próprios da entidade, enquanto pessoa jurídica de direito privado (APPIO, 2007, p. 220) (MORAES, 2015, p. 58).

²⁵⁰ Em outras palavras, em termos concretos o Estado está buscando incentivar a participação, de modo que as alterações nas estruturas de oportunidade política que abriram o poder Judiciário e tornaram disponíveis as ACPs para a sociedade civil podem ser considerados fatores que favoreceram a participação (MORAES, 2015, p. 146).

²⁵¹ (...) a ACP permitiu pela primeira vez no Brasil o ingresso da sociedade como autora da ação e requerente da tutela jurisdicional do Estado, transformando o poder Judiciário em um campo de reivindicações sociais e de concretização de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, mas não implementadas pelo Estado (MORAES, 2015, p. 59).

²⁵² Assim, como se pode perceber, a ACP foi planejada para atender a sociedade civil, nasceu com espírito comunitário, para defesa e proteção de interesses sociais (MORAES, 2015, p. 57).

²⁵³ Como vimos, a maioria das organizações, utilizou a ACP para atender interesses mais amplos, a exemplo do meio ambiente, considerado bem público de interesse comum, cujo dano é considerado um problema de ordem social. Dessa forma, podemos dizer que a busca do “bem comum” é fator que condiciona a utilização das ACPs, confirmando a quarta hipótese (MORAES, 2015, p. 133).

²⁵⁴ Enfim, decisões judiciais favoráveis promoveram a solução de conflitos coletivos semelhantes e encorajaram boa parte das organizações a adotar a mesma performance nos seus repertórios de ações. A experiência bem sucedida das organizações torna-se uma espécie de guia para outras organizações, legitimando suas demandas (MORAES, 2015, p. 165).

possui força motriz de desobstruir caminhos para o diálogo²⁵⁵, ou seja como estratégia política:

Por fim, não há dúvidas quanto aos benefícios sociais de participação alcançados pelas organizações, como melhoria nos serviços públicos e na qualidade de vida da população atingida. Assim, no mínimo há que se reconhecer o impacto indireto para a democracia ocorrido quando as organizações promoveram ACPs que objetivaram melhorar as condições sociais dos indivíduos (MORAES, 2015, p. 134).

Continua a autora a mencionar os benefícios da Ação Civil Pública utilizada pelas Associações estudadas:

Enfim, no caso das ACPs investigadas, podemos dizer que as decisões do poder Judiciário causaram impacto sobre a sociedade civil, viabilizando o alcance de benefícios sociais, capazes de trazer melhorias nas condições de vida, em áreas como meio ambiente, urbanismo, combate à corrupção, direitos do consumidor e outros. Os efeitos dessa influência direta do poder Judiciário sobre as organizações foram, como argumentamos no capítulo 3, os benefícios democráticos alcançados – no mínimo, um impacto indireto sobre a democracia, quando o objetivo das organizações foi melhorar a qualidade de vida e as condições sociais da população (MORAES, 2015, p. 163).

Em conclusão, a autora acima mencionada, após analisar as Ações Cíveis Públicas aforadas no Estado de Santa Catarina por Associações nos anos de 2004 a 2008 concluiu que:

(...) diante de um número significativo de ACPs ajuizadas por entes da sociedade civil, tal instrumento revela-se uma oportunidade política de fato, fruto do ciclo de abertura e de institucionalização da democracia ampliada também no sistema de Justiça. O sucesso no ajuizamento resulta em benefícios sociais, bem como atua como efeito demonstrativo para muitas organizações; além disso, aparece como ficha simbólica de negociação. Por fim, constatamos que até novas organizações surgem a partir da oportunidade política citada. Tais elementos permitem-nos dizer que o elemento estratégico instrumental (cálculo da relação entre custo e benefício, ou maximização de possibilidade) representa um papel importante na explicação dos mecanismos sociais e tornam real e efetiva a utilização da ACP por parte dos atores da sociedade civil (MORAES, 2015, p. 169).

²⁵⁵ Nos casos do Conselho Comunitário do Jardim Cidade Universitária e da Associação Ambientalista Viva o Verde, a ACP foi julgada improcedente no final, mas as duas organizações conseguiram resolver suas demandas diretamente com as administrações municipais, em razão do ajuizamento das ACPs. Já no caso da União Catarinense dos Estudantes, a sentença trouxe a procedência do pedido, porém a instituição de ensino superior acionada deixou de cobrar a taxa para fornecimento dos diplomas, mesmo antes da análise da liminar, demonstrando que as ações judiciais abriram o diálogo (MORAES, 2015, p. 167).

Conclusões positivas resultam da pesquisa de Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Bruggos, ao verificarem que a Ação Civil Pública também acaba servindo como referência jurídica e política para a articulação da sociedade organizada:

É por isso que a efetividade de ações como a acima analisada ultrapassa em muito seu efeito imediato sobre o conflito concreto, servindo como referência jurídica e política de articulação da sociedade organizada com o direito e com suas instituições (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 838).

Contudo, mesmo diante dos pontos positivos encontrados, as críticas aventadas nesta dissertação mostra-se presente, especialmente sobre a necessidade de instrumentos de abertura dialógica, pois nota-se que ainda as decisões são tomadas de forma solipsista pelos magistrados. Ora, na pesquisa de Moraes, se levanta diversas críticas de que a sociedade civil é excluída na tomada de decisão da destinação dos recursos advindos de multas e indenizações:

Como se vê, ao utilizar a ACP, a sociedade civil percebeu a necessidade de democratizar a aplicação do resultado das ações, entendendo que deveriam participar das decisões quando da destinação dos valores das condenações, especialmente porque as associações acreditam que tais recursos não vêm sendo aplicados corretamente, a exemplo da recuperação do meio ambiente, nos casos de dano ambiental. As associações que entrevistamos acreditam que a destinação dos recursos à polícia ambiental, à Fatma ou a outro órgão, embora possa reaparelhar os meios de fiscalização, pode não atender as comunidades atingidas pelo dano (MORAES, 2015, p. 143).

Todavia, existem exceções, tendo exemplo de atuações compartilhadas entre os atores na tomada da decisão como no caso narrado por Vianna e Bruggos na Ação Civil Pública nº 2002.001.131891-3:27 do Estado do Rio de Janeiro que tratou sobre o fornecimento de medicamentos, bem como fatos que demonstram a atuação isolada e pouco eficiente, como na Ação Civil Pública sobre os Drogaditos no Estado do Rio de Janeiro, ou então o caso da Ilha Grande em que a sociedade civil e o Ministério Público se uniram para fazer pressão frente os poderes políticos (VIANNA; BURGOS, 2005)²⁵⁶. Outro ponto interessante é a atuação do Ministério

²⁵⁶ Portanto, ao contrário do que se verifica no caso dos medicamentos, a decisão judicial da ação dos drogaditos não foi construída a partir de um processo de negociação. Como evidencia a análise

Público do Trabalho que atua fortemente pela Ação Civil Pública e realiza monitoramentos do cumprimento das decisões (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 837)²⁵⁷.

Como estudado no Capítulo anterior, há diversos mecanismos para a realização do Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo, que pode ser aplicado à Ação Civil Pública, eis que, usa-se o Código de Processo Civil para fundamentar sua realização. Contudo, ainda se verifica críticas sobre o uso da ACP especialmente por não seguir o modelo descrito nesta dissertação (mesmo que tais críticas não sejam diretamente direcionadas).

4.1.4 *Das Ações Populares*

Como instrumento típico do exercício da cidadania, em uma concepção de efetiva participação política, a ação popular é vista como verdadeiro direito político fundamental (ZAVASCKI, 2017, p. 85) ou como direito cívico fundamental (NIMER, 2016, p. 141), tendo também uma dimensão de dever jurídico fundamental, no exato momento em que se entenda o exercício da cidadania como uma conduta ativa e vocacionada a cuidar dos interesses da gestão da coisa pública (SANTIN; ABILIO; DUARTE, 2021; ABILIO; SANTIN, 2020).

A ação ora estudada encontra-se constitucionalizada no art. 5º, LXXIII da Constituição de 1988 que traz diversas hipóteses de cabimento. O objetivo do presente tópico é realizar a testagem do presente instrumento como mecanismo hábil à proteção dos direitos fundamentais sociais na visão que se vem trabalhando no presente trabalho (estrutural, dialógico e cooperativo).

As possibilidades para se aforar a Ação Popular encontra-se no texto constitucional²⁵⁸ e na Lei nº 4.717 de 1965, sendo que, segundo a dicção

do processo e confirmam as entrevistas concedidas pelas partes envolvidas, a lógica dessa ação pautou-se pela seguinte dinâmica: dado que tanto o Ministério Público quanto o Judiciário se mostravam descrentes da possibilidade de negociação, em razão do reiterado descumprimento de promessas por parte da administração pública, não consideraram outra alternativa senão o exercício de permanente pressão sobre ela, valendo-se, para tanto, de mecanismos como a cobrança de multa, telefonemas às autoridades – recurso bastante comum segundo o juiz do caso – e utilização da mídia como forma de mobilizar a opinião pública (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 809).

²⁵⁷ Os limites da atuação do Ministério Público do Trabalho no acompanhamento do caso evidenciam, mais uma vez, que ele – nesse, como nos demais casos – não pode prescindir da parceria com a sociedade civil organizada. Dessa parceria depende, afinal, a maior ou menor efetividade das ações coletivas (VIANNA; BURGOS, 2005, p. 838).

constitucional a mencionada ação serve para a anulação de atos lesivos “ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (BRASIL, 1988). Além das hipóteses constitucionais, a lei de regência alarga a ideia de patrimônio público ao entender, nos termos do art. 1º, § 1º, que patrimônio público é “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (BRASIL, 1965). Destarte, a Ação Popular se mostra como um dos meios para a proteção dos direitos metaindividuais (NIMER, 2016, p. 134) ou transindividual (ZAVASCKI, 2017, p. 99) ao mesmo tempo em que se torna um mecanismo de fiscalização da gestão dos negócios públicos em sentido amplo (NIMER, 2016, p. 141; MOTA, 2006, p. 145)²⁵⁹, eis que é instrumento de *accountability*²⁶⁰ por excelência (MOTA, 2006)²⁶¹, servindo ao seu fim mesmo quando a ação é julgada improcedente, pois, ao menos obriga o agente à prestar informações/justificativas sobre sua conduta²⁶².

²⁵⁸ Assim, mesmo que tradicionalmente a Ação Popular visasse somente a proteção do patrimônio público, atualmente seu âmbito de aplicação encontra-se estendido. Em primeiro lugar a noção de patrimônio público, pela própria lei de regência, possui um significado amplo, abrangendo a noção econômica, histórica, cultural, artística, turística, estética, paisagística, ambiental, natural e moral (art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal e art. 1º, §1º, da Lei nº 4.717/1965). Em segundo lugar, além do patrimônio público, a Constituição de 1988 ampliou as hipóteses ao prever como fundamento para a Ação Popular a “moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (art. 5º, LXXIII). Assim, a Ação Popular poderá enfrentar tanto o “ato lesivo ao patrimônio público”, quanto o “ato lesivo à moralidade administrativa”, “ato lesivo ao meio ambiente” e “ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural” (SANTIN; ABILIO; DUARTE, 2021, p. 105/106).

²⁵⁹ Na ação popular, o interesse material brandido pelo autor traduz-se no direito subjetivo que possui, como cidadão (e que se reflete, também, no âmbito geral da sociedade), a um governo honesto e probo. Decorre, pois, do poder de controle da Administração Pública que a Constituição conferiu aos membros da comunidade, como forma de participação na vida política e afirmação dos direitos de cidadania (NIMER, 2016, p. 166).

²⁶⁰ Como visto, a ação popular reúne os elementos: publicidade, motivação e potencialidade de sanção da *accountability*. Ela é uma ação que não se desenvolve com segredo de justiça, o que garante que qualquer um possa consultar os autos. Além disso, ao ser objeto de uma ação processual o ato praticado ganha projeção nos meios de comunicação, divulgando tanto o ato questionado quanto as motivações dadas pelo agente público cujo ato se questiona. Finalmente, observa-se que a potencialidade da sanção está presente o tempo inteiro: se for verificada a lesividade ao patrimônio público, o agente será punido e o dano deverá ser reparado (MOTA, 2006, p. 149).

²⁶¹ Todos os artigos acima elencados da Constituição Federal de 1988 brasileira viabilizam a *accountability*: Não são hipóteses em que um Poder controla o outro, mas de prestação de contas que podem ser exigidas pelo cidadão. O instrumento por excelência de *accountability*, por reunir todas as suas dimensões essenciais, é a ação popular. Ela viabiliza a defesa dos interesses públicos e coloca em evidência a possibilidade do cidadão comum atuar em prol do bem coletivo (MOTA, 2006, p. 144).

²⁶² O simples ato emanado por agente com *múnus público* que dependa de mínima discricionariedade poderá ser objeto de *accountability*. Se forem prestados esclarecimentos e for apurada alguma malversação, desvio de finalidade ou prejuízo, o dano deverá ser apurado e a sanção imposta

Guardadas certas semelhanças com a Ação Civil Pública, especialmente quanto ao seu cabimento, o que se oportuna por vezes possibilidades de se aforar ambas as ações, a Ação Popular possui significativas diferenças com aquela²⁶³ – nada obstante a Ação Popular servir também como forma de provocação para o Ministério Público visando que este ajuíze a devida Ação Civil Pública (NIMER, 2016, p. 193) –, e uma das mais marcantes é a desnecessidade do cidadão exercer seu direito de forma representada por alguma entidade (Ministério Público ou Associações, por exemplo), podendo, desde que esteja em dia com suas obrigações eleitorais²⁶⁴ e seja maior de 16 (dezesseis) anos²⁶⁵, diretamente propo-la²⁶⁶.

A vantagem da independência da propositura da ação popular sem intermediários é inegavelmente o grau de liberdade que confere ao cidadão na condução do processo, podendo, sem mediadores, realizar o controle e provocar a tutela jurisdicional. Logo, caso não encontre salvaguarda nos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, poderá, nos casos cabíveis, demandar por meio

(MOTA, 2006, p. 55) (...) Disto decorre a concepção aqui adotada: a sanção é potencial, ou seja, a potencialidade da imputação de uma sanção é permanente, pois ela permanece o tempo inteiro. Mas há a possibilidade do agente passivo sofrer a ação da accountability, ser accountable, explicar publicamente seus atos e, posteriormente, ser apurado que não cometeu nenhum ilícito. Daí, não sofrerá nenhuma sanção, não será responsabilizado, mas terá sido agente passivo de accountability (MOTA, 2006, p. 56).

²⁶³ Estruturalmente, são três as diferenças entre os instrumentos processuais em questão: a primeira refere-se à legitimidade ativa (do cidadão, na ação popular; do Ministério Público, das associações civis, dos órgãos públicos e das pessoas políticas, na ação civil pública). A segunda diz respeito ao objeto: enquanto se tutela, na ação popular, o patrimônio público em sentido amplo, a ação civil pública objetiva a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (destacando-se o consumidor, o meio ambiente, a infância e a juventude, a saúde, a segurança, a ordem, a economia e o patrimônio público). Por fim, é marcante a diferença entre os sistemas processuais que regem as ações em questão: enquanto a ação popular se destina, sempre, à anulação do ato lesivo, a ação civil pública pode contemplar qualquer tipo de pedido, de caráter declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental, cautelar ou de execução (NIMER, 2016, p. 182).

²⁶⁴ A necessidade de exercício de direitos políticos para o exercício da ação popular não permite, contudo, uma vinculação direta entre a legitimidade desta ação e a escolha direta dos representantes, pois a ação popular cabe contra qualquer ato lesivo do patrimônio, e tais atos podem ser praticados pela burocracia, que não é eleita e pode sequer ter sido nomeada pelos representantes eleitos (MOTA, 2006, p. 165).

²⁶⁵ Quanto aos cidadãos brasileiros, vale mencionar a hipótese dos eleitores a partir dos dezesseis anos, porém, menores de dezoito anos. De acordo com o CC, esses indivíduos são relativamente incapazes e, portanto, devem ser assistidos para o exercício dos atos da vida civil. O direito de ação popular, todavia, é inerente à cidadania, e não à vida civil em sentido estrito; e a legitimação ativa dessa demanda decorre da própria CRFB-88. Portanto, se ao cidadão menor de dezoito anos, mas maior de dezesseis, é possibilitado o direito de voto (sem que, para exercê-lo, tenha que ser assistido), também parece acertado que, para exercer outro direito político – o de ajuizar ação popular – não necessite de assistência (NIMER, 2016, p. 171).

²⁶⁶ Em suma, a ação popular representa, em nosso sistema, além de uma quebra de paradigmas, o instrumento precursor e pioneiro de defesa jurisdicional de interesses difusos da sociedade, mediante a legitimação ativa dos cidadãos, pela técnica da substituição processual (ZAVASCKI, 2017, p. 87).

de Ação Popular. Todavia, conforme aponta Moraes (MORAES, 2015, p. 169), a desvantagem encontra-se na exposição que sofre o autor da ação, podendo este receber represálias por parte das pessoas afetadas, por esta razão, se torna preferível a Ação Civil Pública, pois se mostra um meio mais seguro para o exercício do controle, ao passo que não expõe o demandante, evitando, assim, retaliação²⁶⁷; essa preferência é ainda mais pulsante quando se tem o Ministério Público como autor da ação, visto que conta com as garantias do art. 128, § 5º, I da CRFB/88.

Como forma de atuar da Ação Popular se tem tanto a repressão²⁶⁸ de atos lesivos, quanto à prevenção (ZAVASCKI, 2017, p. 94), sendo cabíveis todos os tipos de tutelas previstas no Código de Processo Civil (NIMER, 2016, p. 142).

Observa-se que a decisão definitiva na Ação Popular possui a peculiaridade de fazer coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*, eis que a coisa julgada varia conforme o resultado da demanda e com o resultado da prova produzida, logo a improcedência por insuficiência de prova não acarreta em coisa julgada material, o que possibilita aos legitimados aforar nova ação (NIMER, 2016, p. 179; ZAVASCKI, 2017, p. 99).

Nota-se a importância do Ministério Público também na Ação Popular, o qual pode requerer a produção de provas, sanar irregularidades processuais (NIMER, 2016, p. 175), acompanhar a ação até seus ulteriores fins (art. 6º, § 4º, da Lei nº 4.717/1965) (BRASIL, 1965), assumir sua titularidade caso haja desistência do autor (art. 9º da Lei nº 4.717/1965) (BRASIL, 1965), realizar a execução da sentença condenatória (art. 16 da Lei nº 4.717/1965) (BRASIL, 1965), interpor recurso (art. 19, § 2º, da Lei nº 4.717/1965) (BRASIL, 1965).

²⁶⁷ Ainda que algumas organizações tenham feito uso de mobilizações públicas, de maneira concomitante ou anterior à utilização da ACP, bem como existam os riscos naturais às demandas judiciais, entendemos que, por tratar-se de uma ação institucionalizada, há certa influência na ação das organizações, uma vez que a ACP reduz os riscos de participação se comparados aos riscos de um confronto direto ou de uma ação popular. Com a disponibilidade da ACP o autor da ação deixa de ser o indivíduo e passa a ser um grupo de pessoas, o que por sua vez dificulta a retaliação, reduzindo os riscos da participação (MORAES, 2015, p. 169).

²⁶⁸ O objetivo da ação popular é anular ato lesivo ou ilegal praticado pela Administração Pública. Essa lesividade pode ser efetiva ou presumida, e também possuir ou não natureza patrimonial. Sob o prisma da moralidade jurídica, a lesividade poderá ser de tal monta que, apesar de presentes todos os requisitos do ato perfeito (objeto lícito, forma prevista em lei, motivação, finalidade, agente competente), exista desobediência à ética, à honestidade e ao decoro do agente. Nesse caso, a utilização do remédio constitucional tem o condão de anular o ato que, embora legal, seja lesivo (NIMER, 2016, p. 148).

Deve-se observar, ademais, que ao membro do Ministério Público não se há vinculação à pretensão autoral, ao passo que na qualidade de defensor da sociedade deve atuar de “forma ampla e global” podendo “inclusive, voltar-se contra o autor popular, caso vislumbre que este esteja praticando atos lesivos ao patrimônio jurídico da sociedade” (NIMER, 2016, p. 162).

Mas não somente ao Ministério Público se há tido a previsão de um agir em prol do problema posto à Juízo, mas o próprio Juízo se confere diversos poderes instrutórios²⁶⁹, viabilizando “o poder de requisitar, dos órgãos competentes certidões e informações necessárias à elucidação dos fatos” (NIMER, 2016, p. 177), conforme previsão no art. 7º da Lei nº 4.717/1965 (BRASIL, 1965). Soma-se à atuação do Juízo os poderes de direção como o impulso oficial, a busca de conciliação, controle de conduta, boa-fé, etc. (NIMER, 2016, p. 177).

Mesmo com pouca incidência prática, a Ação Popular é um mecanismo com grandes propensões para a luta por direitos, sendo importante, para tanto, realizar a utilização da técnica do Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo.

4.1.5 *Das Ações Individuais e Da Ação de Improbidade Administrativa*

Serão tratadas no presente tópico tanto as Ações Individuais que buscam tutelar direitos fundamentais sociais em sua perspectiva subjetiva, quanto às Ações de Improbidade Administrativa. A escolha de tratar tais temas conjuntamente decorre do fato de que, no primeiro caso, o foco do trabalho é voltado à tutela objetiva judicial dos direitos sociais e não sua tutela individual, não se busca se alongar e aprofundar nas demandas individuais sobre direitos fundamentais sociais, não que não sejam importantes, mas sim porque fogem dos objetivos desta dissertação, todavia, para não ocasionar equívocos na leitura a endenter por uma substituição ou enfraquecimento das demandas individuais, delega um tópico, mesmo que rapidamente a tutela individual demonstrando sua importância e complementariedade na construção de soluções dos problemas públicos; e no

²⁶⁹ O bom julgamento de demandas de repercussão coletiva é fundamental. Por isso, o juiz deve zelar por uma correta e eficiente instrução probatória, esclarecendo os pontos obscuros e controversos das alegações feitas pelas partes (NIMER, 2016, p. 177).

segundo caso, por buscar o estudo da tutela de direitos transindividuais e não somente a proteção à probidade administrativa, se dedica mais aos instrumentos formadores e de controle de políticas públicas, bem como de mecanismos de efetivação aos Direitos Fundamentais Sociais, todavia sem desprezar a importância do cuidado da coisa pública.

Pois bem. A viabilidade de se tutelar os Direitos Fundamentais Sociais tanto em seu viés subjetivo (individual), tendo o indivíduo como titular do direito posto na relação jurídica entre Estado e Indivíduo; quanto a possibilidade de se trabalhar também no enfoque objetivo (transindividual), ou seja, como uma obrigação de conduta na busca de trazer melhores condições de se usufruírem os direitos por toda a sociedade e não somente para um único indivíduo isoladamente considerado, decorre do que se chama de dupla titularidade dos direitos fundamentais.

Conforme já visto neste trabalho, não existem significativas diferenças entre os direitos fundamentais; todos pertencem a um mesmo núcleo dogmático, sendo complementares e indivisíveis, logo, insuscetível de classificação rígida a coloca-los em mundos distintos. O que leva a Daniel Wunder Hachem a afirmar que os Direitos Fundamentais Sociais são “bidimensional” (HACHEM, 2013, p. 625).

No caso específico dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet ao identificar o íntimo vínculo com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial afirma que tais direitos são vistos, tanto no âmbito interno quanto internacional, são titulados pelo indivíduo de forma isolada ou coletiva (SARLET, 2010, p. 213/214).

Nota-se que a tentativa de classificação dos direitos em geração/dimensão busca servir somente para fins didáticos, todavia, custou para a doutrina prejuízo jurídico-dogmático ao supor a existência de espécies de direitos fundamentais que possuem características próprias, logo, que demandam de instrumento próprios para o seu trabalho, como se fossem excludentes, ou são tutelados de forma coletiva ou individual (HACHEM, 2013, p. 620)²⁷⁰.

²⁷⁰ Esses dois mitos levam a uma visão de túnel dos direitos fundamentais: olha-se apenas para a função de defesa dos direitos de liberdade, para a função de prestação fática dos direitos sociais e para a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos ostentam essas três características. Por conta da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, todos os direitos fundamentais reúnem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) impõem deveres negativos ao Estado; (ii) dirigem ao Poder Público obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas; (iii) ostentam a titularidade

Sendo os direitos fundamentais bidimensionais, o resultado processual é viabilizar tanto a tutela individual (ou subjetiva), quanto a tutela coletiva (ou objetiva) desses mesmos direitos, sem que uma dimensão exclua a outra, ou seja de forma exclusiva de um ou outro direito fundamental. Sarlet, em estudo de José Ledur, afirma que “as dimensões individual e coletiva (...) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva” (SARLET, 2010, p. 215), é o que afirma Pérez Luño, também estudado por Sarlet, que “embora os direitos sociais (...) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo” (SARLET, 2010, p. 216).

No mesmo enunciado normativo se retiram várias normas e direitos fundamentais, os quais poderão justificar tanto um direito subjetivo, quanto objetivo²⁷¹. A tutela dependerá da forma que se busca proteger tal direito. Sendo uma complementar a outra²⁷².

Segundo Sarlet, é preferível, mas não exclusivo, a demanda coletiva por possibilitar o acompanhamento e aperfeiçoamento:

transindividual alegadamente exclusiva dos “direitos de terceira geração”, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração” (HACHEM, 2013, p. 621/622).

²⁷¹ Uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob dois prismas diversos. Se vista pela óptica subjetiva – do titular do bem jurídico protegido – ela enfeixa uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem. Se examinada pela perspectiva objetiva – do objeto que ela visa a tutelar – a norma faz espargir um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular. Sob esse segundo ponto de vista, a norma jusfundamental compele objetivamente o Poder Público a criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo nos planos fático e jurídico estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais adequados para a sua proteção contra investidas estatais e dos particulares, e ferramentas aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização. Como se perceberá a seguir, a segunda dimensão – objetiva – restará ignorada se os direitos fundamentais forem pensados tão-somente como direitos subjetivos (HACHEM, 2013, p. 627).

²⁷² Algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjetiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva, e desde que observados alguns requisitos que serão esboçados posteriormente. O que desde já importa salientar é que, diante dessas características especiais de que gozam os direitos fundamentais, é insuficiente e inapropriado tentar reduzi-los (e não elevá-los, como poderia parecer) à condição de direitos subjetivos individuais como estratégia para garantir a sua satisfação judicial. Isso poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos (e que não se ajustam aos esquemas tradicionais do direito subjetivo individual) (HACHEM, 2013, p. 629/630).

(...) dos processos administrativos, do controle social, da ampliação e isonomia no campo do acesso à justiça, sem prejuízo de outras medidas (como a participação efetiva na definição do orçamento público e sua execução, inclusive com maior atuação do Ministério Público nessa seara) que, no seu conjunto, poderão assegurar maior equidade ao sistema, o que certamente não passa pela supressão da possibilidade da tutela individual e do exame cuidadoso das violações e ameaças de violação da dignidade de cada pessoa humana. Além do mais, como já tivemos oportunidade de destacar em outra oportunidade, não há como desconsiderar que o direito de cada indivíduo (individual ou coletivamente) buscar no âmbito do Poder Judiciário a correção de uma injustiça e a garantia de um direito fundamental, acaba, numa perspectiva mais ampla, por reforçar a esfera pública, pois o direito de ação assume a condição de direito de cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle dos atos do poder público (SARLET, 2010, p. 226).

Posição que é compartilhada por Hachem para quem:

No campo dos direitos fundamentais sociais, é extremamente comum que o atendimento a uma pretensão de natureza supraindividual acabe por beneficiar posições jurídicas individuais, não desfrutáveis antes da concretização da prestação estatal coletiva. O crucial será verificar, a cada caso, se o mais indicado é a satisfação pontual da pretensão individualizada, ou se o ideal será a determinação de uma ação administrativa coletiva que resolva, a uma só vez, as carências de múltiplos titulares de direitos fundamentais sociais que se encontram em idêntica situação (HACHEM, 2013, p. 682).

Tem-se que a análise do caso individual impede uma análise mais profunda dos impactos da demanda²⁷³, mas a análise do caso coletivo é impeditivo de uma arguição aprofundada das necessidades individuais²⁷⁴.

As demandas individuais possuem importância para o sistema de proteção dos Direitos Fundamentais Sociais, podendo servir de elementos para maior debate democrático, eis que, várias demandas, vários autores, resultam, ou deveria resultar,

²⁷³ Analisar casos de maneira individualizada impede o órgão julgador de uma análise mais profunda do impacto que essas demandas, em sua totalidade, causam ao Erário. Ainda que se constate, em casos análogos aos acima citados, a preocupação com o abalo financeiro que a condenação venha a implicar, não é possível ao magistrado prever todo o custo que os direitos sociais gerarão aos cofres públicos (ALVES; LEAL, 2014, p. 11).

²⁷⁴ Dessa feita, pode-se dizer que as demandas de particulares possibilitam ao magistrado uma análise mais criteriosa no tocante à necessidade de sua intervenção, ao mesmo tempo em que dificulta o controle, na totalidade de decisões, do montante de gastos com o fenômeno da judicialização. Em contrapartida, há demandas coletivas que visam à mesma finalidade, qual seja, a concretização dos direitos já mencionados. Ocorre que, de modo geral, essas ações acabam exigindo um esforço econômico muito grande do Estado, bem como dificulta a caracterização de uma situação onde sequer é atendido o mínimo esperado pelo Poder Público, o que importa numa menor interferência judicial nas escolhas políticas adotadas (ALVES; LEAL, 2014 p. 11).

no alargamento do debate; bem como, servem de indicativos para problemas estruturais que demandam atenção por parte do Estado e da Sociedade.

Por fim, quanto à Ação por Improbidade Administrativa, a qual, com as modificações trazidas pela Lei nº 14.230 de 2021, busca exclusivamente a proteção da probidade (art. 1º) não servindo para o controle da legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 17-D). Observa-se o fim precípua de combete à corrupção o que de forma indireta busca a contribuir para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, ao passo que trará mais eficiência à gestão da máquina pública (JANINI; ABREU, 2021).

O interessante seria criar mais mecanismos aptos a, sem abandonar o processo individual, viabilizar, por meio dele, um novo processo com viés objetivo, utilizando os mecanismos do Processo Dialógico, Estrutural e Cooperativo. Ou seja, ter mecanismos de objetivação da tutela individual.

4.1.6 *Do Mandado de Injunção*

Da mesma forma que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção busca socorrer a sociedade da inércia²⁷⁵ do Estado em regulamentar determinada situação jurídica, sendo caracterizada mesmo na hipótese de se encontrar em trâmite projetos de lei aguardando finalização por lapso desarrazoado de tempo²⁷⁶ (o que traz um grau elevadíssimo de subjetivismo para a Corte²⁷⁷). Observa-se que tal qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade por

²⁷⁵ Para tanto, novamente volta-se o olhar ao julgamento do MI 107 QO, oportunidade em que o STF assentou traduzir-se a mora legislativa em um “comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas, regulamentadoras previstas na Constituição” inércia do legislador por lapso temporal que extrapola o razoável, caso não haja prazo fixado no texto constitucional, ou que o ultrapasse (MI 283) sem ter editado a lei faltante (WATERLOO, 2016, p. 93).

²⁷⁶ De qualquer sorte, verifica-se que a jurisprudência do STF, consoante as ADIs 1.439, 3.682 e 1.987, permaneceu orientada no sentido de que o decurso excessivo de lapso temporal, sem que o legislador dê cumprimento a inequívoco dever constitucional de legislar, configura, sim, a mora, independentemente do fato de existirem projetos de lei em trâmite (MI 369), bastando que se verifique inércia do legislador em discutir e aprovar a matéria, inércia deliberandi que o Tribunal admite possa ser objeto de controle em ação direta por omissão, nos moldes do que ventilado na ADI 3.682 (WATERLOO, 2016, p. 94).

²⁷⁷ Nesse diapasão, constata-se que o juízo de reconhecimento da mora legislativa pelo STF comporta carga de subjetivismo, especialmente naquelas hipóteses em que o texto constitucional não

Omissão, no Mandado de Injunção a omissão poderá se apresentar como total ou parcial.

Na tentativa de uma conceituação, pode-se afirmar que o Mandado de Injunção se trata de:

(...) um instituto processual civil, outorgado ao legítimo interessado como remédio constitucional, para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 317).

Retomando quanto ao tema sobre a inércia, tem-se esta caracteriza pela falta de uma norma regulamentadora que obsta o exercício de algum direito previsto no texto constitucional ligado a “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, da CRFB/88)²⁷⁸.

É de se observar que o Mandado de Injunção somente foi normatizado infraconstitucionalmente em 2016, com a promulgação da Lei nº 13.300; não obstante ter sido criada pela Constituição de 1988, que ciosa em trazer instrumentos que garantissem sua aplicabilidade, idealizou o presente (WATERLOO, 2016, p. 30)²⁷⁹. Nota-se que o intuito do constituinte foi assegurar à sociedade um mecanismo processual apto a garantir a aplicabilidade efetiva dos direitos sociais de

estipula qualquer prazo, porquanto dependente da adoção do critério da razoabilidade. Logo, a inércia legislativa, para ser qualificada como inconstitucional, submete-se ao juízo de que extrapolado certo lapso temporal, prazo esse que o STF avalia como suficiente para o legislador se desincumbir da sua obrigação de concretizar determinado mandamento constitucional desprovido de autoaplicabilidade. Em síntese, a jurisprudência do STF informa que mora legislativa inconstitucional é um conceito aberto, que traz em si a ideia de não observância de prazo – expresso ou não no texto constitucional - ao cumprimento do dever de legislar, e que comporta elemento de subjetividade do julgador quanto ao lapso temporal que se entende razoável ao adimplemento do comando contido na CF/88 (WATERLOO, 2016, p. 95/96).

²⁷⁸ Em suma, a dinâmica jurisprudencial do STF consagra que a omissão normativa inconstitucional decorre da inércia em regulamentar comando constitucional desprovido de autoaplicabilidade, que contenha de modo inequívoco um dever de legislar, expresso ou decorrente da interpretação do texto constitucional, obrigação da qual o Poder, órgão ou autoridade responsável não se desincumbe em certo prazo (previamente fixado/lapso temporal razoável), mora legislativa que não se afasta pela existência de projeto de lei em tramitação (WATERLOO, 2016, p. 101).

²⁷⁹ O mandado de injunção, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXI, da CF/88, surgiu no Brasil com a Constituição de 1988, resultado das preocupações do Constituinte originário em estabelecer ideais de liberdade e de garantia de direitos fundamentais, em oposição ao regime militar até então vigente. É, portanto, uma das diversas ferramentas de judicialização criadas pela CF/88, que objetiva salvaguardar e viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, que se mostram inviabilizados pela ausência de norma regulamentadora (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 317).

caráter transversal²⁸⁰, eis que, tais direitos são dependentes de regulamentação infraconstitucional (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 2). Mesmo com a falta de regulamentação legal, desde o seu advento em 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não encontrou óbice à utilização do Mandado de Injunção, valendo-se para tanto da aplicação analógica com a Lei do Mandado de Segurança. O fundamento: aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais nos termos do art. 5º, § 1º, da CRFB/88.

Do tempo em que foi utilizado o Mandado de Injunção, notou-se a passagem por diversas fases relacionadas à postura do Judiciário quando da procedência no julgamento.

Em um primeiro momento adotou-se a posição denominada não concretista, aquela na qual ao Judiciário caberia tão somente notificar o Poder omissor para que este tomasse as providências necessárias²⁸¹. A partir do ano de 2007, com os julgamentos dos MI's 721, 670, 708 e 712 de 2007, o Poder Judiciário passou a adotar posição denominada de concretista, aquela na qual o julgador não se limitava a notificar o Poder faltante, mas adotaria, ele mesmo em caráter provisório, a solução para o caso concreto a fim de viabilizar a fruição do direito posto à Juízo (WATERLOO, 2016, p. 74 e 78; FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 2; ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 321). Da dicção da Lei nº 13.300/2016, nota-se a adoção desta última corrente, a concretista (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 2). Dessa forma, na procedência do Mandado de Injunção, a sentença poderá realizar a regulamentação e na superveniência de nova regulamentação pelo ente faltoso, esta terá o efeito *ex nunc*, salvo se for mais benéfica para o autor, hipótese em que se trará efeito *ex tunc*

²⁸⁰ Por fim, a categoria “direitos transversais” refere-se a direitos que não são específicos de grupos determinados, mas comuns aos cidadãos e pessoas em geral. Em outros termos, são direitos que as pessoas possuem não por integrarem determinada classe ou categoria, mas por sua condição comum de jurisdiciona dos, consumidores, eleitores, contribuintes, estudantes, cidadãos brasileiros ou de determinada unidade federativa, dentre outras qualificações abrangentes (FULGÊNCIO; COSTA, 2018, p. 459).

²⁸¹ Constata-se que a jurisprudência do STF, por vezes em movimento de aproximação, por outras de afastamento, sempre comparou o MI à ADO, registrando, contudo, decisões não uniformes sobre o alcance do writ. Exemplifica-se, no primeiro semestre de 1990, ao julgamento do MI 168, o Tribunal assentiu que MI e ADO eram ações com significado e alcance próprios, sob pena de se ter que admitir insertos no texto constitucional ações idênticas, apenas com denominação e rol de legitimados diversos, o que não faria sentido no ordenamento jurídico. Entretanto, no segundo semestre daquele mesmo ano, agora ao julgamento da ADI 267, a posição majoritária do STF indicou que as decisões em MI e ADO teriam a mesma eficácia, qual seja apenas declarar a mora do legislador, vencida a corrente que defendia ter o MI um sentido próprio, distinto da ADO, para a qual, enquanto os efeitos da decisão na ADO eram apenas os de dar ciência ao Congresso Nacional, no MI cumpriria ao STF suprir a omissão normativa (WATERLOO, 2016, p. 88).

(ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 320). Bem como, a decisão poderá ter efeito tanto *inter partes* quanto *erga omnes*²⁸².

Da dicção da Lei de regência do Mandado de Injunção, percebe-se a possibilidade de gradação dos efeitos invasivos, viabilizando tanto a determinação de prazo razoável para a edição de norma regulamentadora, quanto sua regulamentação pelo próprio Poder Judiciário, confira-se:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.
Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma (BRASIL, 2016).

Mesmo sendo saudada pela doutrina, a posição concretista adotada especialmente após 2007 e sedimentada pela Lei nº 13.300/2016, contou com o resultado prático consistente em um exponencial aumento de Mandados de Injunção aforados na corte, o que, num primeiro momento poderia trazer a impressão de maior efetividade do referido remédio constitucional, todavia, infelizmente, o instituto se mostra aquém de suas reais potencialidades, não mostrando esse aumento um real ganho em termos de efetividade do instrumento. Pois,

(...) constata-se que a alteração jurisprudencial operada pelo STF em 2007 teve impacto bastante restrito, alcançando tão somente 4 temas ou direitos dependentes de regulamentação, dos quais somente 1 foi efetivamente regulamentado por lei. A intensificação dos efeitos produzidos pelo mandado de injunção está associada à redução do número de temas julgados procedentes pelo STF, que a partir de 2007 passou a proceder de maneira ainda mais cautelosa ao verificar a existência de omissão inconstitucional, especialmente nos casos em que a legislação não fornece parâmetros prévios para auxiliar o tribunal a estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito pendente de regulamentação. Essa situação se verificou, por exemplo, no julgamento conjunto dos já mencionados MIs 943, 1.010, 1.074 e 1.090, em que o STF, diante da pluralidade de propostas de integração apresentadas pelos ministros, optou

²⁸² Nela, o Congresso Nacional confirmou a Jurisprudência que já vinha sendo adotada pelo STF, permitindo que as decisões de procedência do MI produzam efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, mas trazendo uma ressalva: quando isso for “inerente ou indispensável ao exercício do direito” em questão (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 332).

por protelar sua conclusão, com o objetivo de conduzir o legislador a suprir, por ato próprio, a omissão constatada, o que, de fato, acabou acontecendo (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 24).

Conforme apontado por Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio e Alexandre Araújo Costa, não obstante houver um aumento nas demandas pós 2007, a quantidade de temas tratados são ínfimos, apenas 09 (aposentadoria especial do servidor público, fixação de limite para juros aplicados por instituição financeira, aviso prévio proporcional, reparação econômica conforme previsto no art. 8º do ADCT, direito de greve dos servidores públicos, imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social, fixação de número de deputados federais, garantia de um salário mínimo à pessoa com deficiência ou ao idoso, criminalização das condutas de discriminação por orientação sexual) (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 7/8). Da análise nota-se a repetição massiva de um único tema, aposentadoria especial do servidor público, o qual conta com várias demandas, as quais foram julgadas procedentes²⁸³. Todavia, do restante, a quantidade de casos julgados procedentes se mostram baixíssimo, no percentual de 2,4% (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 9). Em resumo, na prática o entendimento sobre a aplicabilidade do Mandado de Injunção adotado após 2007 tem se mostrado que:

Em vez de propiciar a concretização generalizada das normas constitucionais, a intensificação dos efeitos do MI contribuiu para que o conjunto de temas julgados procedentes se mantivesse bastante circunscrito, revelando-se, sob essa perspectiva, como prejudicial à efetivação dos direitos constitucionais (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 25)

Em relação à efetividade do remédio constitucional, tendo como parâmetro mudanças legislativas, notou-se que dos nove temas, somente o aviso prévio proporcional, a definição do número de representantes de cada Estado na Câmara dos Deputados e o direito à indenização dos anistiados políticos, contaram com regulamentação legislativa (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 18), ou seja, dos nove temas, apenas três tiveram os efeitos esperados, que afinal de contas, é a

²⁸³ Resta claro, portanto, que os estímulos produzidos pelos julgamentos do STF conduziram a atuação dos grupos de legitimados à impetração do MI. Seja por atribuir eficácia diferenciada às decisões favoráveis aos servidores, seja por não ter acolhido a quase totalidade dos pleitos veiculados pelos demais impetrantes após a modificação jurisprudencial ocorrida em 2007, o STF impulsionou o ajuizamento de numerosos MIs pelos servidores públicos e a concentração dessas ações em um único tema, consistente no direito de servidores à aposentadoria especial (FULGÊNCIO; COSTA, 2018, p. 484).

regulamentação pelo Poder competente. Os demais assuntos tiveram que se contentar com uma decisão provisória do Supremo Tribunal Federal ou, como no caso da limitação dos juros, com a perda do objeto devido a retirada do direito do texto constitucional (FULGÊNCIO; COSTA, 2021, p. 15).

Interessante notar, ademais, que na Lei nº 13.300 de 2016 não há previsão de nenhum mecanismo de diálogo institucional ou com a sociedade²⁸⁴ como o *amicus curiae* ou a audiência pública²⁸⁵. Contudo o Código de Processo Civil no art. 138 viabiliza a utilização do *amicus curiae* em todo e qualquer procedimento desde que haja “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (BRASIL, 2015), logo, não obstante não ser obrigatório a utilização de mecanismos de abertura dialógica, há a potencial possibilidade de sua utilização.

Segundo Assis e Vieira, a atuação do Supremo Tribunal Federal, sem a utilização de mecanismos dialógicos, poderá engessar a atuação dos demais poderes e da própria sociedade, nas palavras dos autores:

A ascendência do Supremo Tribunal Federal no âmbito de atuação dos demais poderes, embora por vezes possa ser necessária, também pode acabar impedindo a aplicação de um modelo de diálogos institucionais e engessando a atuação dos demais poderes e dos movimentos sociais. Deveria haver, ao menos, um estímulo de diálogo entre os poderes e a sociedade civil, com a criação e utilização dos mecanismos já existentes, relacionados a ideia de constitucionalismo popular, como os já citados exemplos das audiências públicas e do *amicus curiae* (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 335/336).

Destarte, guardadas as semelhanças com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o Mandado de Injunção se mostra como mecanismo apto de luta social para a concretização de direitos sociais, todavia, de pouco uso prático, se contato com a diversidade de temas que são aforados perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁸⁴ Todavia, a lei complementar que regulamentou o mandado de injunção, de forma bem sucinta, não trouxe nenhuma forma de diálogo entre o Judiciário com os demais poderes e com a sociedade civil (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 333).

²⁸⁵ Ademais, viu-se que o mandado de injunção deve ser utilizado exclusivamente para a defesa de direitos e garantias fundamentais, o que pode nem sempre ocorrer quando as decisões proferidas em sua seara não tiverem ligações com os destinatários desses direitos e garantias. Diversas ferramentas já existentes e que poderiam conferir legitimidade ao julgamento, preencher os requisitos do mandado de injunção e justificar a postura ativista do Supremo, não foram utilizadas, como o *amicus curiae* ou as audiências públicas (ASSIS; VIEIRA, 2017, p. 334).

Percebe-se também a propensão de seu uso vocacionado muito mais à harmonização normativa e não a reformas estruturais.

4.1.7 Do Mandado de Segurança Individual e Coletivo

Buscando tutelar direito líquido e certo, desde que não amparado em *habeas corpus* ou *habeas data*, a tutela em Mandado de Segurança pretende ser mais ágil e rápida para a pronta solução do problema jurídico posto à Juízo.

Tem-se que o Mandado de Segurança pode ser exercido tanto na forma individual, quanto coletiva. Na última hipótese, busca-se a proteção de direito individual homogêneo e coletivo *strictu sensu* (art. 21, parágrafo único, da Lei nº 12.016 de 2009).

Desde já se observa que os direitos difusos não se encontram aptos a serem protegido via Mandado de Segurança conforme dicção legal da Lei nº 12.016 de 2009, o que supera o entendimento de Edilson Pereira Nobre Júnior, quem defendeu, antes da Lei nº 12.016 de 2009, a proteção de direitos difusos por parte dos partidos políticos com representação no Congresso (NOBRE JÚNIOR, 2007), afirmando que:

Sem querer adiantar minha posição sobre a quizília, tenho como mais razoável o pronunciamento divergente, agregando o argumento de que a legitimação partidária para o mandado de segurança coletivo se presta à defesa da ordem constitucional objetiva (...) (NOBRE JÚNIOR, 2007, p. 300).

Tanto na forma individual, quanto coletiva, o que se busca proteger é direito líquido e certo que seja violado por ato ilegal ou por abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, da CRFB/88).

A noção de autoridade pública liga-se ao poder decisório, sendo que a pessoa investida neste poder será a pretensa autoridade coatora (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 31).

Já direito líquido e certo traz a noção daquele direito que se “apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração” (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 34), sendo

insucessível de produção probatória, o autor deve possuir o que se chama de prova pré-constituída, salvo quando o documento encontrar-se em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecer, oportunidade em que será determinada sua apresentação em 10 (dez) dias (art. 6º, §1º, da Lei nº 12.016 de 2009), em outras palavras o direito alegado deve “ser provado quando da impetração do Mandado de Segurança” (MOTA, 2006, p. 148), ou seja, tem que estar diante de “fato certo, comprovável de plano e que não depende de maior instrução probatória” (SILVA; JESUS; PINHEIRO, 2021, p. 714), o que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça irá afirmar de “prova indiscutível, completa e transparente do seu direito líquido e certo” (SILVA; JESUS; PINHEIRO, 2021, p. 714).

Ainda quanto ao objeto, este poderá recair tanto em ações quanto em omissões que resulte em lesão a direito subjetivo da parte impetrante (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 32).

Pode o Mandado de Segurança ser manejado tanto na forma repressiva, quanto preventiva (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 28).

Mesmo se tratando de importante instrumento processual, alguns denominando de remédio heroico (SILVA; JESUS; PINHEIRO, 2021), o Mandado de Segurança na forma como foi positivado busca ao fundo proteger direitos que seja titulado diretamente pela pessoa, quando individual, ou por pessoas que de algum modo possuem relação direta àquela classe, quando coletivo. Por este motivo:

A entidade que impetrar mandado de segurança deve fazê-lo em nome próprio, mas em defesa dos seus membros que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender judicialmente (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 34).

Por fim, tem-se que o Ministério Público atuará no Mandado de Segurança buscando a correta aplicação da lei e não a defesa de uma ou outra parte (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 69).

Desse modo, mesmo podendo usar de instrumentos estruturais, dialógicos e cooperativo, o Mandado de Segurança não é um instrumento pensado para ser um Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, especialmente diante de seu rito que busca ser mais célere e da limitação probatória.

4.1.8 *Do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)*

Buscando uma forma de atuação que se diz dialógica, em 2015 importa-se, pela primeira vez no Brasil em sede jurisprudencial, quando da análise da ADPF nº 347, o instituto, inspirado na doutrina e jurisprudência Colombiana, denominado de Estado de Coisas Inconstitucional.

A referida ADPF cuida da situação caótica que se encontra o sistema carcerário²⁸⁶. O problema carcerário é um grande exemplo de necessidade de atitudes dialógicas e estruturais²⁸⁷, bem como das necessárias mudanças comportamentais do Judiciário e da necessidade deste de enfrentar o problema²⁸⁸. No caso brasileiro, mesmo que incipiente e inicial, viabilizou a audiência de

²⁸⁶ O estado de coisas inconstitucional foi declarado pela primeira vez no Brasil através da ADPF nº 347, em sede de pedido de liminar. No entanto, o país já havia se deparado com o instituto em dois momentos anteriores: nas ADIs nºs 4.357 e 4.425. A primeira foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e outros, e a segunda, pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, ambas em face da Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou o artigo 100 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nas duas, o Ministro Roberto Barroso aduziu tratar-se de algo similar a uma grave situação inconstitucional, tendo feito o mesmo no julgamento do RE nº 580.252, que será analisado nas próximas linhas (...) A ADPF nº 347 foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal em 27/05/2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que requereu o reconhecimento da figura do estado de coisas inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos em face de omissões e ações dos Poderes Públicos da União, Estados e Distrito Federal. Tal ação cuida da violação de direitos fundamentais dos presos brasileiros em face das péssimas condições das prisões em face da superlotação e condições degradantes que delas fazem parte, lesando a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e tratamento desumano, o direito de acesso à justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos internos. Informa-se nos autos existir situações que comprovam tais lesões: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável bem como de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas por outros detentos e agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada e outros (SILVA, 2018, p. 111/112).

²⁸⁷ O “estado de coisas inconstitucional” vem acrescentar a esse rol uma quarta possibilidade de impulsionar a concretização das normas que garantem os direitos fundamentais dos acusados e das pessoas em privação de liberdade. Não se trata aqui de questionar a constitucionalidade de leis ou de responsabilizar agentes públicos pelo descumprimento sistemático de um conjunto de normas, mas sim reconhecer a gravidade e a amplitude das violações de direitos, a responsabilidade partilhada por vários entes estatais e a necessidade de implementação de estratégias complexas, de curto, médio e longo prazo, para cessar essas violações. Às experiências colombiana e brasileira que buscam dar concretude a esse instituto dedica-se a próxima seção (MACHADO, 2020, p. 637).

²⁸⁸ O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pelos Estados Colombiano e Brasileiro ressalta a crise penitenciária nos países do Cone Sul e ao mesmo tempo renova a necessidade do Poder Judiciário enfrentar a questão e determinar a implantação de medidas e políticas por parte dos Estados que sejam passíveis de cumprimento e não apenas resultem em discurso falacioso e ineficiente, desacreditando o Estado de Direito (TAQUARY; LEÃO, 2019, P. 210).

custódia²⁸⁹ bem como buscou liberar a verba do FUNPEN, não obstante algumas críticas em especial o uso do ECI como uma espécie de auto-isenção a delegar a responsabilidade do caótico sistema carcerário aos demais poderes que não o Judiciário (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 490/491), ou do mesmo não enfrentar a política de encarceramento e realizar uma autocrítica (MACHADO, 2020, p. 646)²⁹⁰, ou até mesmo de não ter inovado em nada o ordenamento jurídico (MAGALHÃES, 2019, p. 8) e de ser incapaz de trazer mudanças à realidade social (MAGALHÃES, 2019, p. 25), entre outras críticas²⁹¹.

Tem-se que por meio da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional se busca uma atuação conjunta dos poderes para a solução de determinado problema social consistente na distância entre abstração constitucional e realidade factual. Possuindo, dessa forma, dupla função, tanto jurídica, quanto política (CASARI, 2017, p. 186)²⁹². Almeja, dessa forma a tutela objetiva dos direitos, tal qual se verifica na SU – 559 de 1997, que cuidava da seguridade social dos professores na Colômbia²⁹³.

²⁸⁹ Da adoção da tese no Brasil surgiu a aplicação da audiência de custódia para todos os presos em flagrante delito, momento que o juiz criminal, apreciando liminarmente o caso, converte a prisão em preventiva, determina a soltura do preso, para responder em liberdade, aplicando medidas cautelares ou não (TAQUARY; LEÃO, P. 210).

²⁹⁰ O que leva Camila Maria Rosa Casari a afirmar que para a superação do ECI no sistema carcerário haveria a necessidade de combater a cultura do encarceramento (CASARI, 2017, p. 186).

²⁹¹ Do levantamento realizado neste texto não é possível inferir que as decisões de 2015 do STF – ADPF 347 e RE 592.581 – tenham se tornado um divisor de águas no modo como o TJSP decide os recursos em ações civis públicas ou nos pedidos de suspensão dirigidos à Presidência do Tribunal. Mas, como se viu, estão provocando o Tribunal a levar as “dramáticas condições carcerárias” em consideração, a “se curvar” ao entendimento do STF ou, ao menos, a indicar os limites da decisão cautelar. A menção frequente a essas decisões, nos dois anos subsequentes, não pode ser negligenciada. Ao contrário, pode indicar, se lidas com otimismo, que as fissuras no modelo cristalizado de separação de poderes em matéria penal estão encontrando eco até mesmo em instâncias historicamente refratárias a assumir sua parcela de responsabilidade pelo problema carcerário (MACHADO, 2020, p. 659).

²⁹² O ECI tem uma função jurídica e política: impulsionar o aparato estatal para que desenhe, implemente, financie e avalie as políticas públicas necessárias para que cessem os motivos que o determinaram (SILVA, 2018, p. 66).

²⁹³ A Corte Constitucional Colombiana, ao apreciar o caso, não se deteve em uma análise dos direitos subjetivos dos professores, indo além, na medida em que reconheceu falhas estruturais e concedeu medidas que visavam à tutela dos direitos fundamentais em sua acepção objetiva. Para tanto, iniciou por notificar as autoridades públicas acerca de uma situação de patente violação à Constituição, sem, contudo, aceitar imiscuir-se diretamente na problemática financeiro-orçamentária trazida, o que se pode evidenciar com o estabelecimento de um prazo razoável (verdadeiro conceito jurídico indeterminado) para que as autoridades públicas competentes sanassem as violações, não se estabelecendo qualquer obrigatoriedade aos órgãos de controle para acompanharem a decisão judicial. Observa Campos que, “além de sanar problema estrutural que promovia violação massiva de direitos fundamentais, a Corte também agiu em estratégia de defesa de seu prestígio social contra

Sendo um dos mecanismos de combate à omissão dos poderes, o ECI, de uso excepcionalíssimo (SILVA, 2018, p. 63; CASARI, 2017, p. 185) e temporário (SILVA, 2018, p. 73), procura ir além do que se compreende por omissão na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e no Mandado de Injunção²⁹⁴, eis que, recai não somente sobre atos normativos, mas também na constatação entre fatos²⁹⁵ e realidade social no qual se verifique vulnerabilidade massiva e generalizada de direitos²⁹⁶; sobre atuação insuficiente e ineficiente²⁹⁷; violações estruturais²⁹⁸ de direitos²⁹⁹; litígios estruturais³⁰⁰; em resumo, busca combater a proteção insuficiente aos direitos fundamentais³⁰¹.

possível enfraquecimento de sua capacidade e qualidade de julgamento decorrente de acúmulo de processos” (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 811).

²⁹⁴ Ademais, é chegada a hora de assumir a possibilidade de identificar-se a omissão inconstitucional não como inércia legislativa ou como inércia administrativa, uma coisa ou outra. Na Carta da República, ao tratar-se do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi reconhecido que ocorre omissão inconstitucional em razão da falta de medidas e normas regulamentadoras a cargo de ambos os poderes. Por sua vez, o dia a dia dos direitos fundamentais revela que a proteção deficiente desses, a encerrar omissão estatal inconstitucional, pode originar-se da falta de coordenação entre lei e ação administrativa, culminando na deficiência de políticas públicas. Trata-se de omissão inconstitucional em virtude de falhas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 54).

²⁹⁵ Os principais críticos apontaram como o grande problema do ECI a invasão pelo judiciário (direito) sobre as competências do legislativo (política), ou melhor, um possível cancelamento da diferenciação entre direito/política. Também foi apontado por outros que seus mecanismos e sua operação distinguiram-se do controle de constitucionalidade da tradição do pensamento jurídico, porque não se dirigiam à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas à estados de fato (Vasconcelos, 2018, pp. 289-290) (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 484).

²⁹⁶ O Estado de Coisas Inconstitucional é caracterizado pela vulnerabilidade massiva e generalizada de vários direitos constitucionais e que atingem número significativo de pessoas, e pela omissão das autoridades que deveriam agir para fazer cessar as violações e adotar medidas para garantir e reparar os direitos violados. A tese do Estado de Coisas Inconstitucional é instrumento do ativismo judicial jurisdicional. Esta tem origem nos processos de tutela números T-137001 e T-143950 (TAQUARY; LEÃO, 2019, p. 197).

²⁹⁷ Dessa feita, deve-se analisar se o legislador (através da omissão legislativa) e os órgãos de governo (através da falha em promover políticas públicas) ao menos tentaram efetivar os direitos fundamentais levando em conta as circunstâncias em que se vive. Se a proteção aos direitos fundamentais se mostrar insuficiente apesar da ação do Poder Público, é possível falar em falhas estruturais (SILVA, 2018, p. 70).

²⁹⁸ (i) são “o resultado de uma causa estrutural ou histórica” que (ii) “não pode ser atribuída a um único ente mas ao Estado em seu conjunto” e que (iii) “exige a adoção de medidas de longo prazo” (MACHADO, 2020, p. 638).

²⁹⁹ As violações estruturais ocorrerão, então, quando a organização do Estado (enquanto instituição) permite, facilita ou de forma direta incorre em violações de direitos e liberdades fundamentais de certos grupos da população considerados minorias e marginalizados, como indígenas, mulheres e crianças, entre outros (SILVA, 2018, p. 70).

³⁰⁰ Isso de que os juízes supremos se ocupam, os litígios estruturais, são questões às quais interessam, precisamente, a estrutura da sociedade, a estrutura do direito, a estrutura da política. Se deve logo precisar, contudo, que assim como os fatos e estados de coisa, não são entidades que existem na natureza e nem mesmo entidades objetivas, mas são constructos do observador, do mesmo modo, o caráter estrutural das questões depende da estrutura que observa. Em outros termos, não há uma realidade objetiva, mas uma realidade da observação, isto é uma estrutura

Para justificar a intervenção judicial por meio do Estado de Coisas Inconstitucional, inspirado na jurisprudência e doutrina Colombiana, em especial da Sentencia T-025/04 (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 483), se elenca quatro requisitos³⁰² (CAMPOS, 2016; SILVA, 2018; TAQUARY; LEÃO, 2019; MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 819): i. primeiro, tem que identificar uma situação de inércia estatal, esta compreendida como atuação insuficiente para a proteção de direitos fundamentais³⁰³, causando, dessa forma, uma violação massiva e contínua de diversos direitos fundamentais a afetar diversas pessoas³⁰⁴; ii. deve ocorrer uma omissão dos poderes para a solução do problema que causa a violação de direitos fundamentais³⁰⁵; iii. para superar a violação há que ter a necessidade da

seletiva a qual observa como realidade aquilo que vê. Podemos precisar ulteriormente o conceito e afirmar que uma estrutura, isto é uma conexão de operações, usa como realidade o constructo de suas observações (GIORGI; VASCONCELOS, 2018, p. 496).

³⁰¹ A omissão não seria tanto por conta da falta de lei, mas da ausência de estrutura apta a tornar realidade os comandos legais. Tal situação, em muitos casos, mostra-se insistente, não demonstrando nem o Legislativo nem o Executivo capacidades institucionais e disposição política para revertê-la. A omissão, implicando proteção deficiente de direitos, caracteriza-se como um quadro permanente de falhas estruturais (CAMPOS, 2016, p. 20).

³⁰² Como visto, são quatro os requisitos para a identificação de um ECI: primeiro, deve haver uma vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; segundo, deve existir a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para a garantia e promoção dos direitos; em terceiro lugar, a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais; por fim, a potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário (SILVA, 2018, p. 122).

³⁰³ Para assim intervir, a corte deve identificar uma situação especial e sistêmica de inércia estatal, conectando a paralisia política e administrativa à realidade contrária aos comandos constitucionais sobre direitos fundamentais. Significa dizer: a corte precisa de uma nova concepção de omissão inconstitucional, que alcance estágio particular de falhas estruturais e se manifeste não pura e simplesmente em função do descumprimento de enunciados constitucionais específicos, mas da falta de efetividade de direitos fundamentais e sociais. A omissão inconstitucional traduzir-se-ia como falta ou insuficiência de políticas públicas voltadas a concretizar esses direitos (CAMPOS, 2016, p. 16-17).

³⁰⁴ O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas. Além de verificar a transgressão ao direito individual do demandante ou dos demandantes em determinado processo, a investigação da Corte revela quadro de violação sistemática, grave e contínua de direitos fundamentais que alcança um número elevado e indeterminado de pessoas. (...) Para que seja racional a identificação desse primeiro fator, é necessário que três aspectos estejam presentes: violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados (CAMPOS, 2016, p. 180).

³⁰⁵ O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais. Em todos os casos nos quais a Corte colombiana afirmou o ECI, a origem da configuração estava na omissão das autoridades. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias representaria uma “falha estrutural” que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. Não seria a inércia de uma única autoridade pública, mas o funcionamento deficiente do Estado como um todo que resulta na violação desses direitos. Além do mais, os poderes, órgãos e entidades em conjunto se manteriam omissos em buscar superar ou reduzir o

adoção de medidas complexas e coordenadas³⁰⁶; iv. há a potencialidade de congestionamento do judiciário caso todas as vítimas acionem de forma individual seu direito violado.

Observa-se, conforme advertido por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a Corte somente toma legitimidade quando realiza um trabalho dialógico, posições antidialógicas retirariam a legitimidade do Judiciário para o trato de tais direitos no ECI (CAMPOS, 2016, p. 225). O que leva Thaminne Nathália Cabral Moraes e Silva a afirmar o importante papel da Corte em empoderar os mecanismos de participação democrática, especialmente na formulação de escolhas, fazendo com que haja um atuar dialógico a fim de que os poderes consigam assumir papéis na transformação da sociedade (SILVA, 2018, p. 36). Observava-se que não é de estranhar que na Corte Constitucional Colombiana as sentenças não representam um fim das medidas, mas sim o início³⁰⁷; eis que na Colômbia a declaração do ECI representa o manejo de ordens peremptórias a serem executadas pelas autoridades públicas, ao elaborar políticas públicas e ajustar o orçamento, e pelos órgãos de controle, ao fiscalizar o cumprimento das medidas, sem, contudo, a Corte realizar a elaboração do conteúdo de tais políticas públicas (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 813).

quadro objetivo de inconstitucionalidade. Trata-se, em suma, de mau funcionamento estrutural e histórico do Estado como fator do primeiro pressuposto, o da violação massiva de direitos (CAMPOS, 2016, p. 181).

³⁰⁶ O terceiro pressuposto, relacionado de perto com o segundo, tem a ver com as medidas necessárias à superação das inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas. No plano das soluções, haverá o ECI quando a superação dos problemas de violação de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses. A responsabilidade deve ser atribuída a uma pluralidade de atores públicos. O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e manutenção das violações existe quando à busca por soluções. Como disse Liberdo José Arida, ao mau funcionamento estrutural e histórico do Estado conecta-se a adoção de remédios de igual ou similar alcance (CAMPOS, 2016, p. 183).

³⁰⁷ Desta feita, nota-se que as ordens expedidas pela CCC não são típicas de sentenças terminativas, dando um fim ao processo. Ao contrário, são medidas que serão tomadas no futuro e devem ser reanalisadas periodicamente a fim de verificar se o ECI foi superado, configurando sentença estruturante, na medida em que houve determinação de destinar recursos orçamentários para atender a esse tipo de população, bem como a formulação de novas políticas públicas que lhes atendessem. Importante é notar que a CCC preservou as competências dos Poderes Legislativo e Executivo, vez que não detalhou o mérito das medidas a serem tomadas por eles, mas apenas lhes possibilitou resolver o problema dentro de suas competências, sem nenhum tipo de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes (SILVA, 2018, p. 110).

Aliás, é consequência lógica da necessidade de atuação conjunta e dialógica³⁰⁸, eis que, um ato somente não seria suficiente para a recuperação do ECI, ou a autoridade de uma decisão judicial pouco ou nenhum efeito acarretaria. Situações a serem tratadas por meio do ECI pugnam por um atuar coordenado³⁰⁹, eis que, tratam de problemas policêntricos³¹⁰. Isto se mostra ainda mais pungente quando o assunto que está em pauta são os Direitos Fundamentais Sociais, conforme elucida Campos:

No caso dos direitos sociais e econômicos, a falta de efetividade pode decorrer da ausência de coordenação entre medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, implicando a ineficiência de políticas públicas. As falhas de coordenação, a indiferença do legislador, a ineficiência da administração e a insuficiência orçamentária formam um conjunto de vícios estatais que impedem a efetivação desses direitos. São circunstâncias que podem implicar violações a direitos fundamentais independentemente do caráter semântico-estrutural das normas constitucionais sobre direitos sociais e econômicos (CAMPOS, 2016, p. 70).

Nota-se, ademais, que o instituto trata muito mais de técnica de decisão do que propriamente um novo tipo de procedimento³¹¹.

³⁰⁸ De uma perspectiva normativa, acredito que essas dificuldades podem ser minimizadas mediante a construção dialógica da proteção mais eficaz e adequada dos direitos fundamentais. A proposta é a de negar que a interpretação constitucional possa ser encarada como uma tarefa exclusiva de juízes e cortes. Trata-se de combater a visão convencional de que cabe à corte dar a “última palavra” ou ainda a “única palavra” sobre o que significam direta ou indiretamente as constituições e, conseqüentemente, sobre a melhor forma de proteger os direitos constitucionais. A corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas, não necessariamente, acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso. A definição dessa questão deve resultar de uma “construção coordenada” entre os poderes, ou seja, de um processo dialógico (CAMPOS, 2016, p. 242).

³⁰⁹ Assim, para que tais violações sejam superadas, é necessário o esforço conjunto de várias entidades estatais, requerendo a adoção de um conjunto complexo de coordenado de ações bem como um nível de recursos, o que acaba demandando um compromisso orçamentário estatal. Lembrando que não há condições de resolver a questão de maneira individual, já que se trata de um questionamento coletivo, então mesmo que uma única pessoa questione através de ação judicial, se houver outras com mesmo objeto pendentes, o ideal é que sejam analisadas de forma conjunta e estruturada para uma melhor resolução do impasse (SILVA, 2018, p. 70).

³¹⁰ Nesse contexto, considerada a necessidade de interferência judicial sobre o ciclo das políticas públicas, o ECI relaciona-se de perto com as chamadas “questões policêntricas”. Policentrismo é “a propriedade de um problema complexo com um número de ‘centros’ de problemas subsidiários, cada um relacionado com o outro, de modo que a solução de cada problema depende da solução de todos os outros”. Problemas policêntricos são uma boa explicação para toda a complexidade de violação de direitos e falhas estruturais que caracterizam o ECI. Há, na realidade, uma intrincada rede de falhas e violações interdependentes, relacionadas entre si, que se influenciam e se condicionam reciprocamente. Nesses casos, não basta a solução de uma falha ou problema isoladamente, há a necessidade de medidas que venham a solucionar os problemas como um todo (CAMPOS, 2016, p. 182-183).

³¹¹ Vê-se, ademais, que o estado de coisas inconstitucional, enquanto técnica decisória apta a promover mudanças estruturais, ou seja, a implementar modificações nas estruturas governamentais em mau funcionamento, pode se apresentar, pelo menos em abstrato, como um instrumento capaz

Quanto aos efeitos da decisão, esta, basicamente, poderá ter dois efeitos, diretos ou indiretos, sendo os primeiros as mudanças decorridas da decisão judicial da forma como determinado, e os segundos as mudanças ocorridas de forma reflexa³¹². Silva, em estudo de Garavito, nota no ECI quatro tipos de efeitos aprofundando e transitando entre os dois efeitos acima mencionados; são eles: os diretos, os indiretos, os simbólicos diretos e os simbólicos indiretos. Nas palavras da autora:

Fazendo o cruzamento dos efeitos, RODRÍGUEZ GARAVITO (2013, p. 11) chega à conclusão que pode dar lugar a quatro tipos de efeitos, a saber: efeitos materiais diretos, por exemplo, a formulação de uma política pública ordenada pelo tribunal; efeitos materiais indiretos, como ocorre com a participação de novos atores no debate; efeitos simbólicos diretos, com o novo marco para as notícias nos meios de comunicação; e os efeitos simbólicos indiretos, como ocorre com a transformação da opinião pública sobre o problema (SILVA, 2018, p. 74).

É bom destacar a importância de se reter jurisdição para a realização acompanhamento até a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, eis que, não basta a mera declaração e a formulação de políticas públicas, visa-se a implementação prática do que fora decidido³¹³.

Mesmo inexistindo lei expressa sobre a declaração do ECI, o STF utiliza da ADPF para a sua realização. A experiência brasileira é de certo modo rescente na utilização do ECI, contudo, mostra-se um forte instrumento em prol da efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais.

de promover mudanças e ajustes no sistema penitenciário brasileiro, na medida em que se reconhece ao STF o dever de tutelar a ordem objetiva dos direitos fundamentais (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 822).

³¹² (...) as decisões possuem efeitos diretos e indiretos: os primeiros caracterizariam ações ordenadas pelo tribunal que afetam os participantes do caso, que podem ser os autores das lides, os beneficiários ou organismos estatais destinatários das ordens judiciais. Já nos indiretos estariam inclusas todas as classes de consequências que, apesar de não estarem estipuladas nas ordens judiciais, se derivam delas, afetando não apenas as partes, mas outros sujeitos sociais (como organizações não governamentais simpatizantes ao caso) (SILVA, 2018, p. 73).

³¹³ Nesse processo de monitoramento não se pode olvidar a importância do processo de acompanhamento da eficácia da decisão do estado de coisas inconstitucional por meio das decisões de sequência (também conhecidas por autos), as quais viabilizam observar a necessidade de informações e ações concretas de atores específicos nas decisões estruturais, permitindo-se, com isso, uma maior adequação e efetividade de tais decisões face a complexidade e dinamicidade das questões nela versadas, uma vez que as intervenções judiciais estruturais importam em readequações orçamentárias e tendentes a modificar instituições governamentais em mau funcionamento (MAMEDE; LEITÃO NETO; RODRIGUES, 2021, p. 812).

4.2 Conclusões parciais quanto à (in)suficiência de mecanismos processuais hábeis à soluções dialógicas e estruturais, e análise quanto aos Projetos de Lei n° 14.624 de 2014 e 736 de 2015

Com as análises desses diversos procedimentos nota-se que todos são importantes, em diversos graus, à proteção dos Direitos Fundamentais Sociais na perspectiva objetiva.

O Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, além de tratar de uma nova visão de processo, se mostra como técnica de condução e tomada de decisão, podendo ser aplicado a todos os procedimentos acima estudados, em maior ou menor medida.

Alguns autores, como Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira, entendem que o Processo Estrutural pode ocorrer utilizando o próprio procedimento comum com adaptações da técnica processual realizando o chamado “trânsito de técnicas” (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 132). Nesse sentido, também entende Galdino:

Uma das reflexões do debate contemporâneo sobre os procedimentos é o questionamento de sua eficiência para atingir os resultados exigidos da tutela jurisdicional. Assim, tem sido compreendido que uma alternativa mais adequada é a possibilidade de flexibilização e adaptação de um procedimento comum. A solução parece retirar o foco dos procedimentos especiais e direcioná-lo para as técnicas especiais. Passando-se do direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial, não necessariamente vinculada especial a determinado procedimento (GALDINO, 2019, p. 111).

Deixa-se claro, não se entende pela substituição dos procedimentos por um único tipo de ação. É conclusivo a importância do intercâmbio das técnicas do processo estrutural, todavia, a fim de não restar dúvidas ao aplicador do direito e diante da peculiaridade e complexidade do processo estrutural, seria bem vindo um novo corpo normativo processual que trouxesse as bases do Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, com seu método bifásico, sua forma de decidir, suas peculiaridades e nova visão do mundo processual, isto faria com que não houvesse necessidade de se realizar interpretação expansiva para enquadrar um novo tipo processual que ainda não existe formalmente.

Ademais, tornaria obrigatória a observância do Juízo no correto processamento, tornando-o mais dialógico.

Todavia, mesmo com um novo quadro normativo que traga em seu interior o Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, suas técnicas seriam bem-vindas para serem aplicadas aos demais tipos processuais, ou seja, não seria uma exclusividade do Processo Estrutural.

Além do mais, poderia buscar realizar uma harmonização com os demais tipos de processos, criando mecanismos de provocação da tutela estrutural, dialógico e cooperativo, por exemplo, viabilizando que uma Ação Civil Pública se converta ou se torne uma exordial de um Processo Estrutural.

Ora, uma Ação Civil Pública que venha a requerer a contratação de mais médicos em determinado município, poderá sinalizar um problema estrutural na saúde como um todo. Neste caso, por exemplo, na própria sentença da ACP poderá utilizar da técnica de julgamento cooperativo, com ordens flexíveis, fiscalização na efetivação, etc., e ao mesmo tempo poderá sinalizar um problema estrutural em todo o sistema de saúde, como falta de equipamentos, medicamentos, local adequado, transporte, etc..

A rigor, enquanto não legislado sobre o Processo Estrutural, pode-se, usar o procedimento comum, para a sua realização, conforme entendem Didier Junior, Zaneti Junior e Oliveira:

O procedimento comum do CPC pode servir adequadamente como circuito-base para o desenvolvimento do processo estrutural. Isso se dá porque o CPC lançou mão de um procedimento padrão bastante flexível, caracterizado, entre outras coisas, por: (i) prever, em diversos dispositivos, a possibilidade de adaptação às peculiaridades do caso concreto (p. ex., arts. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º, CPC); (ii) admitir a concessão de tutela provisória, cautelar ou satisfativa, fundada em urgência ou em evidência, liminarmente ou durante o processo; (iii) permitir o fracionamento da resolução do mérito da causa (arts. 354, par. ún., e 356, CPC); (iv) admitir a cooperação judiciária (arts. 67 a 69, CPC); (v) permitir a celebração de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC); (vi) autorizar a adoção, pelo juiz, de medidas executivas atípicas (arts. 139, IV, e 536, §1º, CPC) (DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR; OLIVEIRA, 2020, p. 131).

Mas não só, Galdino também elenca a viabilidade do seu uso no seguinte raciocínio:

Ademais, com base nas necessidades de tutela do direito, não apenas o legislador ou o juiz poderão conformar o procedimento, mas até mesmo as

partes por meio da criação de procedimentos especiais convencionais (art. 190 do CPC) (GALDINO, 2019, p. 111).

Ademais, como já afirmado, os demais tipos de processo também poderão utilizar da técnica. Trata-se de solução provisória, que não afasta a necessidade de uma legislação apropriada que trate sobre o tema.

Atualmente, se tem em trâmite dois Projetos de Lei que são interessantes para o tema tratado na presente dissertação.

O primeiro datado de 2014 é o Projeto de Lei nº 14.624, de autoria do Deputado Paulo Teixeira e que conta com apoio técnico de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Paulo Lucon, bem como diversos pesquisadores, advogados, promotores, magistrados, etc.

Trata-se de Projeto de Lei muito bem elaborado, estabelecendo um procedimento especial para a intervenção em políticas públicas, e entre suas características traz a ideia de estrutural, dialógico, policêntrico, dialogais, colaborativo, flexível, etc.

Acredita-se que tal projeto é de valor ímpar e caso aprovado certamente contribuirá para a efetivação de direitos. Prevê o processo a fase preliminar com o intuito de trazer conhecimento de causa, bem como viabiliza meios alternativos de solução de controvérsias e estrutura o seu processamento.

Todavia, o projeto limita as ações individuais, viabilizando a concessão da tutela somente quando se tratar do mínimo existencial (art. 28) (BRASIL, 2014). Cria um cadastro nacional de processos que envolvem políticas públicas.

Extremamente bem elaborado o projeto de lei, e por vezes se mostra ponderado, o que se espera que haja seu madurecimento a viabilizar também ações estruturais como elencadas neste trabalho.

O outro, mais recente, busca regulamentar o Estado de Coisas Inconstitucional e o denominado Compromisso Significativo. Está-se a falar do Projeto de Lei do Senado Federal nº 736 de 2015, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. Nele coloca-se o instituto junto ao controle concentrado e difuso de constitucionalidade, trazendo diversos requisitos para justificar a propositura da ação, são eles, cumulativamente:

- I – constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana;
- II – falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação;
- III – previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização (BRASIL, 2015).

Interessante os requisitos, mas ao mesmo tempo limita de sobremaneira sua aplicabilidade quando prevê a necessidade de “previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas”, ora, raramente algum direito fundamental social trará uma política pública “expressamente delineada”, traz muito mais a obrigatoriedade de elaboração e efetivação. Mesmo crendo que a Constituição de 1988 traz diversas Políticas de Estado, estas, necessitam de complementação, o que não retiram sua normatividade e obrigatoriedade.

A restrição trazida nos demais incisos do projeto pode até justificar a Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional, o qual deve ser entendido como o limite de tensão, contudo, não é necessário para justificar uma intervenção estrutural, dialógica e cooperativa. Aliás, ao invés de buscar afastar o Judiciário do controle de políticas públicas ou da transformação da realidade social, deve-se conformá-lo com uma visão de separação de poderes (divisão de funções) que não vê cada poder entrincheirado, mas sim cooperativos e harmônicos como traz a visão de Gargarella e Garavito, tornando o Judiciário o locus do debate público como em Botelho.

A forma tratada do Compromisso Significativo é interessante, ao passo que coloca o Judiciário como mediador da Sociedade e Poder Público, mas não traz previsão da possibilidade de uma ação mais incisiva por parte da Corte caso necessário para a observância dos preceitos constitucionais e dos direitos envolvidos. O exemplo dessa necessidade é da Medida Provisória nº 755/2016 que após a ADPF nº 347 (Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Carcerário) busca desviar dinheiro do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) para aplicar em questões envolvendo segurança pública, ora, a destinação da ADPF fora a proteção dos direitos violados do preso e não da segurança pública, o que mostra uma desarmonia dos Poderes. Logo, para combater casos como este que há a necessidade de permitir uma gradação, entre controle fraco e forte, tal como trabalhado por Garavito.

Por fim, nota-se que no projeto o intuito é o combate ao ativismo judicial, este, como demonstrado no presente trabalho, não necessariamente é algo negativo, por vezes é necessário, contudo, sua forma deve se buscar ser o mais dialógico possível.

Ambos os projetos possuem seus pontos positivos e negativos, todavia, o primeiro projeto ainda mantém a figura Adversarial e inviabiliza a construção de um modelo de Processo Estrutural como tratado neste trabalho, bem como desprezam a ação individual, o que se entende como um erro. O segundo, busca realmente frear o Judiciário em seu ativismo, o que não se compreende como melhor caminho.

A dissertação busca, assim, inovar, ao afirmar a necessidade da criação de um processo estrutural, tal como estudado largamente neste trabalho, iniciando, primeiro, com uma compreensão constitucional de processo em um novo modelo de Estado, o Estado de Bem-estar Social (José Joaquim Gomes Canotilho, Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau), com uma constituição recheada de valores de justiça social (Luís Roberto Barroso), com sua gênese estampada em normas de direitos fundamentais e de aplicabilidade direta (Osvaldo Ferreira de Carvalho, Ingo Wolfgang Sarlet, Robert Alexy, André Rufino do Vale e Vladimir Brega Filho), sendo dirigente no sentido de vincular um compromisso com sua realização (José Gomes Canotilho e Gilberto Bercovici), devendo, desse modo a dogmática processual ser reconstruída, iniciando na nova visão de divisão de poderes, discricionariedade (Valter Foleto Santin e Juarez Freitas), cidadania, freios e contrapesos, etc. (Roberto Gargarella e César Roríguez Garavito), passando a compreender também de modo diferente o papel da judicatura e do processo, que devem ser vocacionados a trazer um ambiente para debate e construção do direito e das soluções públicas (Jürgen Habermas e Marcos César Botelho), sendo vocacionado à concretização dos valores constitucionais (Eduardo Cambi), com isso reformula-se toda a compreensão dos princípios norteadores do processo a coadunar com a ideia de mecanismos dialógicos, estrutural e cooperativo a viabilizar o processo como estratégia de ação pública visando a concretização dos direitos fundamentais sociais a realização do Estado de Bem-estar Social, transmudando, o direito subjetivo em direito objetivo.

Por esta razão, a mudança é normogenética, soluções provisórias de interpretação ou modificação é parcialmente bem vinda, mas as mudanças são tão intensas que se torna necessário um novo corpo legislativo que se baseie na

doutrina social do direito que o vê como mobilização social e ação política, pública, dialógica, estrutural e cooperativa.

CONCLUSÃO

Após todo caminhar da dissertação, diversas conclusões parciais foram traçadas para enfim deduzir alguns apontamentos finais.

O primeiro capítulo mostrou que a mera previsão de um Direito Fundamental Social no texto constitucional é incapaz de torná-lo real no mundo dos fatos, pois, não é somente prever o direito à saúde, há a necessidade da criação de políticas públicas para tornar as pessoas mais saudáveis, por exemplo.

Desse modo, para a realização das normas constitucionais há a precisão de mudanças e atos concretos no mundo dos fatos.

Tais direitos, mesmo que não realizem transformação por si só, vinculam e criam um dever objetivo para todos, no sentido de estarem compromissados com a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.

Na investigação, descortinou-se que a Constituição de 1988 prevê, normativamente, a estrutura de um Estado de Bem-estar Social, eis que traz diversos objetivos de emancipação social. Desse modo, é conclusivo que as normas constitucionais traçam verdadeiras Políticas de Estado, materializando valores sociais em todas as normas, bem como busca realizar mudanças sociais vocacionadas ao bem-estar coletivo.

Desse modo, ao constatar a existência desse Estado de Bem-estar Social, nota-se uma justa expectativa da população em ter melhorias no seu bem-estar social, através das garantias de direitos sociais.

Importante notar que a estruturação do Estado de Bem-estar Social ocorre por intermédio de normas jurídicas, das quais, grande parte, são tidas como Direitos Fundamentais, logo, cláusula pétrea, insuscetível de reforma constitucional.

Direito da população e dever de todos em buscar a realização do Estado Social, faz com que todo raciocínio a ser desenvolvido, para ser legítimo, deva contemplar a efetivação dos preceitos sociais da Constituição de 1988.

A vinculação, a aplicabilidade direta e a força normativa dos Direitos Fundamentais Sociais fazem com que toda teoria a ser desenvolvida se vocacione à efetividade e proteção de tais direitos, não um subterfúgio para o incumprimento dos deveres fundamentais. Motivo pelo qual, existe uma vinculação e obrigação para a permanente realização de tais direitos.

A questão jurídica subjacente é de fácil compreensão, os Direitos Fundamentais Sociais prevalecem sob a vontade. No pensamento jurídico-constitucional, é ilegítimo denegar tais direitos uma aplicação mínima, eis que pugnam por máxima efetividade.

Contudo, esbarra-se a abstração constitucional, no qual todos os direitos são plenamente realizáveis, com a realidade, em que se vivem limitações factuais de diversas ordens.

Por esta razão o estudo das Políticas Públicas foi extremamente necessário para a compreensão das complexidades na concretização de determinado preceito constitucional.

Trabalha-se, destarte, em um campo de recursos limitados e da necessidade de se realizarem escolhas. Tais escolhas, mesmo que comportem certo grau de discricionariedade, são vinculadas à realização do Estado de Bem-estar Social e na busca da concretização dos Direitos Fundamentais Sociais, eis que, como preceitos constitucionais, vincula toda ordem social e política.

O descumprimento, ou cumprimento não satisfatório, mesmo quando se trata de políticas públicas, são aptos a acionarem mecanismos de controles, dentre os quais, se destacam, o popular e jurisdicional.

O Poder Judiciário, desse modo, nos termos do art. 5º, XXXV, da CRFB/88 deve atuar sempre quando há o descumprimento do texto constitucional. Ora, sendo o atuar legítimo da sociedade e dos Poderes Públicos pautado nos Direitos Fundamentais Sociais e na concretização do Estado de Bem-estar Social, e estando previsto sob a roupagem de normas jurídicas, há a possibilidade, em tese, do exercício da tutela jurisdicional.

O primeiro capítulo ensina, então, que há a possibilidade constitucional para se colocar em pauta no Poder Judiciário a realização de mudanças sociais buscando contemplar Direitos Fundamentais Sociais e a realização do Estado de Bem-estar Social. Tal perspectiva, constroe-se, principalmente, em um viés objetivo, no qual há um compartilhamento de deveres sociais entre os Poderes e a Sociedade.

A perspectiva individual (direito de crédito a determinada prestação), mesmo que importante até mesmo para a perspectiva objetiva, não foi o tema central da pesquisa, motivo pelo qual, o raciocínio dedutivo buscou contemplar o atuar em uma perspectiva de mudança da realidade social.

Justificada a intervenção judicial neste tema, a pesquisa voltou o foco para um atuar do Poder Judiciário que não seja indiferente, mas que atue a favor da mudança social.

Este atuar se denominou de ativismo, que tira sua justificativa nas teorias do neoconstitucionalismo (valorização de valores no sistema jurídico) e na Constituição Dirigente (aquela na qual busca trazer mudanças da realidade social).

Descortinou-se na pesquisa que a Constituição de 1988 possui dentro de seu texto diversos valores que vinculam o atuar do Estado e da Sociedade, dentre os quais, o da justiça social.

Além do mais, contribuiu para aclarar a perspectiva do desenvolvimento da Constituição Dirigente, que mesmo diante de suas críticas, mostra um compromisso significativo na busca da transformação da realidade social. Obviamente, desde o primeiro capítulo se reconhece que a Constituição por si só é incapaz de operar mudanças. Contudo, traz ao mínimo um compromisso para a sua realização.

Essa mudança do papel tradicional do Poder Judiciário, que antes o era somente de declarar direitos e agora o é de realiza-los, faz com que haja a necessidade de repensar o instrumento que impulsiona a Jurisdição, o Processo.

Passou, dessa forma, doravante, a dissertação a se debruçar sobre o Direito Processual realizando uma transição do Direito Constitucional.

Percorreu teorias como o do neoprocessualismo e do ativismo, sob uma roupagem constitucional que até então já fora desenvolvido na dissertação.

Notou-se que deve o processo contemplar as mudanças de conjecturas dos novos papéis sociais desempenhados de cada função, em especial, da motriz transformadora e dos deveres para com os Direitos Fundamentais Sociais e do Estado de Bem-estar Social.

Concluiu-se, até o momento, que o processo deve desempenhar função de coparticipante para a construção de mecanismos de empoderamento social e de transformação social, não servindo somente a declarar direitos, mas de igual modo a satisfazer direitos.

A fim de conformar a legitimidade do Poder Judiciário no desenvolvimento deste papel social, concluiu-se, em vistas das diversas escolhas de solução, da necessidade de escolhas trágicas, da exigência de formulações de estratégias para superação do estado atual, da imposição de uma transição, etc., da viabilidade/necessidade de um ativismo dialógico.

O ativismo dialógico, compreendeu-se como aquele na qual a construção da decisão é realizada de forma compartilhada com o Poder Público e a Sociedade, sendo legítima exatamente no ponto em que o Judiciário não impõe de forma isolada a decisão ao caso concreto.

Para tal, a abertura ao diálogo, a fim de realizar conversações de forma dialética, faz com que se consiga analisar os objetivos, a realidade e os entraves existentes para a concretização do direito.

Observa-se a mudança do poder de julgar, que não impõe a declaração do direito, mas coordena a elaboração de soluções ao problema público. Tornando o Judiciário muito mais um mediador do que um julgador.

Contudo, se reconhece ao longo do trabalho a necessidade de gradação de forças, parte-se com conduta fraca, ao mostrar os problemas e os objetivos, delegando as metas e os caminhos para os Poderes e a Sociedade traçarem os rumos. Todavia, caso não haja a observância dos objetivos constitucionais e da decisão, poderá justificar intervenções moderadas, como reajustes de metas e caminhos, no último caso, deverá tomar medidas mais concretas com a própria formulação e caminhos a percorrer na realização das mudanças sociais.

Esse ativismo dialógico abriu espaço na pesquisa para o desenvolvimento do que veio a se chamar de Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo, o qual se mostrou como mecanismo harmônico aos ideais da democracia deliberativa.

Teve-se na dissertação a noção de Processo Estrutural, Dialógico e Cooperativo como aquele no qual se viabilizará a realização do Ativismo Dialógico por excelência, apto a auxiliar na luta por direitos.

Por meio dele, se reconstrói todo processo tradicional, a começar pelo afastamento de decisões duais (que transitam entre procedente e improcedente), eis que na concretização de Direitos Fundamentais Sociais Objetivos a declaração do direito não é o grande problema, mas sim a sua efetivação. Por esta razão há a necessidade de decisões que realizem mudanças estruturais, criando a solução para o caso.

Essa criação se afasta da tradicional segurança jurídica que se espera do Poder Judiciário, servindo os estudos do Ciclo de Políticas Públicas como contributo da necessidade do que se denomina de tentativas e erros.

Por esta razão, entre as diversas possibilidades de escolha, há que o processo não deve ser monológico (criação/decisão unilateral por parte do julgador).

Para coadunar com o ideal de democracia ante a necessidade de escolhas públicas, a decisão deve ser tomada de forma compartilhada, servindo o Judiciário muito mais como um aproximador e campo de debate do que realmente idealizador e julgador. Somente como última escolha que deve atuar de forma mais incisiva a fim de guiar de forma bussolar as mudanças sociais.

Diante da necessidade de debates, que devem ser realizados com o intuito de efetuar a dialética, tem-se que o processo não pode ser adversarial (partes entrincheiradas em lados opostos). Ora, as partes devem se enxergar como estando em um ambiente de cooperação. Há um problema a ser resolvido e não uma disputa a ser travada.

Essa mudança do pensamento processual faz com que se utilizem e reformulem diversos mecanismos processuais.

No último capítulo investigou as diversas ações que existem para a luta por direitos, todas importantes, sem dúvidas, adptáveis, certamente, mas carente ainda de um novo texto legislativo que contemplem essa nova visão desenvolvida neste trabalho.

Conclui-se no presente trabalho que para a efetivação/realização dos Direitos Fundamentais Sociais de forma objetiva e a concretização de um Estado de Bem-estar Social há a necessidade de se utilizar de mecanismos processuais estruturais, dialógicos e cooperativos.

Não obstante desde já conseguir com o sistema processual vigente interpretá-lo para essa realização, há a necessidade de um aprofundamento e melhor uso dos mecanismos processuais existentes, especialmente as audiências públicas e o amigo da corte.

Além da necessidade da reformulação das bases processuais para a adaptação do processo estrutural e dialógico, há a necessidade de uma mudança de comportamento por parte do Judiciário a fim de que se compreenda não como julgador da causa, mas colaborador social.

Mas não somente mudanças comportamentais e de paradigma devem se realizar, um novo corpo legislativo que contemple o processo estrutural, dialógico e cooperativo para tratar de direitos objetivos seria bem vindo, eis que, as mudanças são tão profundas que a adaptação do sistema vigente ou a utilização por meio da interpretação do que está posto, pode ser insuficiente.

Os projetos de leis que tramitam sobre o assunto são importantes ferramentas e em maior ou menor medida contribuí para a realização desse fim social do processo, contudo, ainda se mostram muito apegados a preceitos tradicionais como limites objetivos da sentença, coisa julgada, defesa, etc.

Isto reforça a necessidade de uma reformulação do sistema processual, que contemplem as mudanças constitucionais trazidas pela Constituição de 1988, a qual trouxe novo papel ao Judiciário, e compatibilize a tutela subjetiva com a objetiva de direitos.

De forma alguma deve haver a substituição total dos mecanismos processuais vigentes, como visto diversas ações e mecanismos contribuem para a mudança social. O que se pretendeu é trazer uma nova visão dos problemas sociais e de como resolve-los através do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ABILIO, Juan Roque; SANTIN, Valter Foletto. Responsabilidade previdenciária do ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2006. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 1, pp. 678-707, 2019. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/39502>. Acesso em 13 de fev. de 2022.
- ALONSO, Ricardo Pinha. **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**. Tese (doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo – SP, 2012.
- ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus Silveira de. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, Paraná, nº 28, pp. 107-124, jan./jun. de 2018. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1272>. Acesso em 14 de out. de 2021.
- ALVES, Fernando Roberto Schnorr; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Análise do custo dos direitos fundamentais sociais pelo magistrado na perspectiva das ações individuais e coletivas. *In: XI SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*, 2014. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11713>. Acesso em 25 de jan. de 2022.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANDRADE, Daniel Pereira. O que é o neoliberalismo? A renovação do debate nas ciências sociais. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 34, nº 1, Rio de Janeiro/RJ, p. 211-239, jan./abr. de 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/se/v34n1/0102-6992-se-34-01-211.pdf>. Acesso em 28 de abr. de 2021.

ANDRADE, Fernando Gomes de. **Direitos Sociais e Concretização Judicial: Limites e Possibilidades**. Recife: Nossa Livraria, 2008.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

ARANGO, Esteban Buriticá; HERAZO, Kennier Garay. Neoconstitucionalismo, positivismo y validez. **Rev. derecho (Valdivia)**, Valdivia, v. 33, n. 1, pp. 31-52, jun. de 2020. Disponível em

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502020000100031&lng=es&nrm=iso. Acesso em 31 de jul. de 2021.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 14, nº 39, pp. 83-102, fev. de 1999. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/8jDHGNxzhXGZ5RJbmBcW3Jm/abstract/?lang=pt>.

Acesso em 08 de jan. de 2022.

ASSIS, Fábio José Silva de; VIEIRA, José Ribas. A Lei 13.300/16 que regula o Mandado de Injunção: opções ativista ou dialógica? **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 16, n. 2, pp. 315-340, 2017. Disponível em <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7305>. Acesso em 21 de jan. de 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba/PR, 2013.

BANDEIRA, Marcos Antônio Dutra. **Modelo de Estado Brasileiro à Luz da Constituição de 1988: Estado liberal ou Estado social?** Dissertação em Mestrado Profissional em Economia, Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UNB), Brasília, julho de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, pp. 83-105, 1 abr. 2005. Disponível em

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em 31 de jul. de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro/RJ, v. 9, n. 33, pp. 43-92, 2006. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em 02 de ago. de 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAZZANELLA, Sandro Luiz; ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. Direito, economia e desenvolvimento: do desmonte da Constituição Dirigente de 1988 a “commonlização” do direito brasileiro. **Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos (BARU)**, Goiânia, v. 5, n. 1, pp. 84-94, jan./jun. de 2019. Disponível em <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/baru/article/view/7344>. Acesso em 21 de ago. de 2021.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro/RJ, vol. 10, n. 3, pp. 1769-1811, 2019. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>. Acesso em 17 de ago. de 2021.

BERCOVICI, Gilberto. A crise e a atualidade do Estado social para a periferia do capitalismo. **Estudo do Século XX**, v. 13, p. 127-144, 2013. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/36801/1/A%20Crise%20e%20a%20Atualidade%20do%20Estado.pdf>. Acesso em 20 de mar. de 2021.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, pp. 35-52, abr./jul. de 1999. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>. Acesso em 21 de ago. de 2021.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social: Atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. Tese de Livre-Docência, Departamento de Direito Econômico e Financeiro da USP, São Paulo/SP, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição

Econômica. **Boletim de Ciências Económicas**, Coimbra, pp. 57-77, 2006.

Disponível em <https://digitalis->

[dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt). Acesso em 21 de ago. de 2021.

BOLLMANN, Vilian. Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro.

Seqüência, Florianópolis/SC, v. 30, n. 58, pp. 185-232, jul. de 2009. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177->

7055.2009v30n58p185. Acesso em 02 de ago. de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Reflexões sobre nação, Estado social e soberania. **Estudos**

Avançados 2008, v. 22, n. 62, pp. 195-206, 26 de set. de 2008. Disponível em:

<https://doi.org/10.1590/S0103-40142008000100013>. Acesso em 27 de jul. de 2021.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTELHO, Marcos César. Democracia e Jurisdição: A Legitimidade da Jurisdição

Constitucional na Democracia Procedimental de Jürgen Habermas. **Caderno**

Virtual, Brasília, n. 19, pp. 218-233, Jan./Fev. de 2008. Disponível em

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/38>. Acesso em 23 de nov. de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8307 de 2014**. Disponível em

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=858953>. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de**

1939. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-

1946/del1608.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 de abr. de 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

Acesso em 01 de abr. de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 de

abr. de 2021.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 de jul. de

2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm.

Acesso em 01 de abr. de 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. Lei da Ação Popular. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em 13 de fev. de

2022.

BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei, nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 13

de fev. de 2022.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em 13 de fev.

de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em

13 de fev. de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em

13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em 01 de abr. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.616, de 16 de dezembro de 1978.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6616.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8197.htm#:~:text=%C3%89%20assegurado%20o%20direito%20de,apresenta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20respectivos%20precat%C3%B3rios%20judici%C3%A1rios. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 28 de jul. de 2021.

BRASIL. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”**. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em 28 de jul. de 2021.

BRASIL. **Resolução do Conselho da Justiça Federal. Resolução nº 390, de 17 de setembro de 2004**. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/publico/biblioteca/Res%20390-2004.pdf>. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 736 de 2015**. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em 13 de fev. de 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho/PR, n. 19, pp. 103-123, 2013. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em 22 de jul. de 2021.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo judicial responsável. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho/PR, n. 16, pp. 83-97, 2012. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215>. Acesso em 25 de ago. de 2021.

CAMBI, Eduardo; CORRALES, Eluane de Lima. Neoinstrumentalismo do processo? – Expansão dos métodos atípicos de resoluções de conflitos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro/RJ, ano 12, volume 19, número 1, jan./abr. de 2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/32114>. Acesso em 30 de ago. de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). *In: Direitos Fundamentais Sociais*. Coordenadores: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. **Estudios Constitucionales**, a. 6, n. 2 p. 43-71, 2008.

Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v6n2/art03.pdf>. Acesso em 14 de mai. de 2021.

CARVALHAES, Andréia Regina Schneider Nunes. **LIMITES E AFERIÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico), Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, Paraná, vol. 6, n. 3, p. 733-794, set/dez. 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/rinc/v6n3/2359-5639-rinc-06-03-0773.pdf>. Acesso em 19 de mar. de 2021.

CASARI, Camila Maria Rosa. **Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Carcerário brasileiro: ativismo judicial estrutural dialógico como forma de superação de falhas nas políticas públicas e efetividade dos direitos fundamentais dos presos**. Dissertação (Mestrado), Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2017.

COPETTI NETO, Alfredo; GARCIA, Mariana da Silva. Um ensaio sobre os fundamentos liberais-sociais da Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, SP, v. 18, n. 7, pp. 134-148, set./dez. de 2017. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3150>. Acesso em 27 de jul. de 2021

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São

Paulo, v. 99, pp. 305-325, 2004. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67627>. Acesso em 07 jun. 2021.

COSTA, Rafael Milani da. **Instituições, modelos de Estado e o sistema previdenciário brasileiro**. Dissertação em Mestrado em Ciências Econômicas, Universidade Estadual de Maringá (UEM), Maringá, 2012.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo: a necessidade de um Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes**. 2010. 121 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZENETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicado ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n° 75, pp. 101-136, jan./mar. de 2020. Disponível em http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf. Acesso em 05 de fev. de 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e Ativismo Judicial: Causas Políticas e Causas Jurídicas nas Décadas de 1990 e 2000. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro/RJ, vol. 29, n° 29, pp. 39-62, jan./jun. de 2007. Disponível em <https://www.scielo.br/j/cint/a/mrKjxfqLGWbkqDzXHb5Ctps/?lang=pt>. Acesso em 11 de set. de 2021.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do welfare state. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 24, p. 85-116, 1991. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451991000200006. Acesso em 20 de mar. de 2021.

Estado como pressuposto à efetividade da cidadania: a concepção de mínimo de bem-estar econômico em Thomas Humprey Marshall. **VIII Congresso Brasileiro de FÁRIA, Ana Lúcia Barbosa; CHAIA, Vera Lucia Michalany. Os institutos liberais e a consolidação da hegemonia neoliberal na América Latina e no Brasil. Cadernos MetrÓpole**, vol. 22, n° 49, São Paulo/SP, p. 1059-1080, ago. de 2020. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2236-99962020000301059&lang=pt. Acesso em 28 de abr. de 2021.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua nova: Revista de Cultura e Política**, nº 49, pp. 47-68, 2000. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/VH5sdwRWmTZFXm9dFYCzKDM/abstract/?lang=p>.

Acesso em 14 de out. de 2021.

FISS, Owen. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade.**

SALLES, Carlos Alberto de (Coord. da tradução). Curitiba: Juruá, 2017.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüencia**, Florianópolis, Santa Catarina, v. 36, n. 70, p. 115-133, 17 de jun. de 2015. Disponível em

[https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-](https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115)

[7055.2015v36n70p115](https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115). Acesso em 08 de jun. de 2021.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório. **Revista de processo**, vol. 302, pp. 289-308, abr. de 2020.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. A efetividade do Mandado de Injunção: investigação empírica sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na legislação. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 59, pp. 1-33, dez. de 2021. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1528>. Acesso em 20 de jan. de 2022.

FULGÊNCIO, Henrique Augusto Figueiredo; COSTA, Alexandre Araújo. As funções contemporâneas do Mandado de Injunção: análise empírica sobre o perfil das ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, pp. 451-488, jul./dez. de 2018. Disponível em <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/2f187b9eab06f3bf4f1390b43910e7e1.pdf>. Acesso em 21 de jan. de 2022.

GALDINO, Flávio Antonio Esteves. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais.** Dissertação (Mestrado), Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-graduação em Direito, 2019.

GARAVITO, César Rodríguez. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, vol. 14, pp. 1-27, dez. de 2013. Disponível em

https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10619/RATJ_V14N2_RodriguezGaravito.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso de 09 de fev. de 2022.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. **RATJ - Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, Argentina, pp. 1-32, 2013. Disponível em

<https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10615>. Acesso em 30 de set. de 2021.

GIORGI, Raffaele De; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 01, pp. 480-503, 2018. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/rdp/a/4GxdZvmmXfFqYGxt43YZNkq/abstract/?lang=pt>. Acesso em 01 de fev. de 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, pp. 618-688, jul./dez. de 2013. Disponível em

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em 25 de jan. de 2022.

HOWLETT, Michael; RAMESH, Michael; PERL, Anthony. **Política Pública seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora**. Tradução Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

<https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/2258/1599>. Acesso em 14 de abr. de 2021.

JANINI, Tiago Cappi; ABREU, Luiz Rogério de. Lei de Improbidade Administrativa: combate à corrupção e instrumento de concretização dos direitos fundamentais. **Revista Due In Altum**, vol. 13, nº 29, pp. 247-274, jan./mar. de 2021. Disponível em

<https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/1470>. Acesso em 25 de jan. de 2022.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo/SP, n. 96, pp. 69-85, 17 de set. de 2013. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/?lang=pt#>. Acesso em 13 de set. de 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2003.

LANÇA, Isabel Babo. A construção dos problemas públicos. Elementos para uma análise do caso Timor. **Antropológicas**, Portugal, n. 4, pp. 113-130, 23 de jul. de 2012. Disponível em <https://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/923/725>. Acesso em 10 de jul. de 2021.

LANZARA, Arnaldo Provasi; CANTU, Rodrigo. As encruzilhadas do Estado Social no Brasil. **Rev. Urug. Cienc. Polít.**, Montevideo, vol. 22, p. 1-18, 2013. Disponível em http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-499X2013000200005. Acesso em 20 de mar. de 2021.

LEAL, Gabriel Prado. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: Entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. **RIL**, Brasília, a. 53, n. 211, p. 143-166, jul./set. de 2016. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143.pdf. Acesso em 14 de jun. de 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba/PR, vol. 1, n. 3, pp. 123-140, set./dez. de 2014. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518>. Acesso em 11 de set. de 2021.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, volume 22, número 1, pp. 350-378, 1 de jan. de 2021. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51630>. Acesso em 05 de out. de 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley.

Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba/PR, vol. 5, n. 1, pp. 221-247, jan./abr. de 2018. Disponível em

<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55990>. Acesso em 11 de set. de 2021.

LIMA, Flavia; FRANÇA, Eduarda. Ativismo dialógico x bloqueios institucionais:

limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho,

Paraná, n. 31, pp. 209-243, 2019. Disponível em

<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1788>. Acesso em 30 de set. de 2021.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e acesso à justiça: uma releitura constitucional da legitimidade para agir no**

Estado Democrático de Direito. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho/PR, 2012.

LINDBLOM, Charles Edward. **El Proceso de elaboración de Políticas Públicas**.

Tradução Eduardo Zapico Goñi. México: Miguel Ángel Porrúa, 1991.

LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas

influências no novo CPC. **Revista da AGU**, ano 11, n° 33, pp. 201-239, set. de 2012.

Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/8>. Acesso em 27 de ago. de 2021.

MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. **Revista de Investigação**

Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 2, pp. 631-664, mai./ago. de 2020. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60692>. Acesso em 01 de fev. de 2022.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. COVID-19 e tutela jurisdicional: a doutrina dos processos estruturais como método e o dever processual de diálogo

como limite. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, pp. 555-576, jan./jun. de 2020. Disponível em

<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38116?locale=en>. Acesso em 05 de fev. de 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, vol. 15, n. 2, pp. 1-37, 2019. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/?lang=pt>. Acesso em 01 de fev. de 2022.

MAMEDE, Juliana Maria Borges; LEITÃO NETO, Helio das Chagas; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo enquanto instrumentos do constitucionalismo dialógico no Brasil: virtudes e limites. **Revista Investigação Constitucional**, Curitiba, vol. 8, n. 3, pp. 807-835, set./dez. de 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rinc/a/pfpLqcPK6drDBRds7pG9XkB/abstract/?lang=pt>. Acesso em 01 de fev. de 2022.

MARÇAL, Felipe Barreto. Deveres cooperativos do magistrado no processo estruturante: da cooperação com as partes à cooperação com outros órgãos (judiciários ou extrajudiciários), por meio de atribuição de competências e delegações. *In*: CABRAL, Antonio; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). **Civil Procedure Review**. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Da democracia representativa à democracia deliberativa: apontamentos sobre a importância de uma fundamentação procedimentalista dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1988 (CF). **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, pp. 51-81, jul./dez. de 2015. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia>. Acesso em 14 de out. de 2021.

MEIRELES JÚNIOR, Cláudio Alcântara. O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a concessão de prazo para legislar. **FADIR: Revista Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 38, n. 1, pp. 109-127, jan./jun. 2017. Disponível em <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/53000>. Acesso em 30 de nov. de 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENEZES, Rafael da Silva. Democracia, confiança e o sistema de precedentes judiciais no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, pp. 152-172,

jan./jun. de 2016. Disponível em

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/524>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

MORAES, Zenalda Martins Vanim de. **Organizações Cívicas e Mobilização do Direito: A Ação Cívica Pública como repertório de Ação Política**. Tese (Doutorado), Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, 236 p., 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória/ES, n. 3, pp. 87-128, 26 de jun. de 2008. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/54>. Acesso em 17 de ago. de 2021.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos filosóficos-políticos da teoria da Constituição Dirigente Adequada a países de modernidade tardia**. Tese (doutorado), Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo/RS, 2009.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano de Andrade. **Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, 2006.

MURILLO, Alfonso Renato Vargas. Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho**, Montevideo, n. 49, e. 105, pp. 1-34, jul./dec. de 2020. Disponível em http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652020000201105&script=sci_arttext. Acesso em 09 de out. de 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NIMER, Beatriz Lameira Carrico. **Ação Popular como Instrumento de Defesa da Moralidade Administrativa**. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Mandado de Segurança Coletivo e sua impetração por partido político. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México,

Núm. 16, pp. 281-318, jan./jun. 2007. Disponível em http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932007000100009. Acesso em 17 de jan. de 2022.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. O Orçamento Público no Estado Constitucional Democrático e a Deficiência Crônica na Gestão das Finanças Públicas no Brasil. **Sequência**, Florianópolis, n. 76, pp. 183-212, 2017. Disponível em <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p183>. Acesso em 19 de jun. de 2021.

PASCHOAL, Gustavo Henrique; BARBOZA, Marco Aurélio Gomes. Da inefetividade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e em Mandado de Injunção. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 10, pp. 275-302, jul./dez. de 2011. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/90>. Acesso em 30 de nov. de 2021.

PEDRO, María Esther Gómez de. **“El Estado del Bienestar”**. **Prespuestos éticos y políticos**. Tese (Doutorado em Filosofia), Universitat de Barcelona, Barcelona, Espanha, 2001.

PINTO, Henrique Alves; ALVES, Giselle Borges. O neoprocessualismo e o código de processo civil brasileiro de 2015. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre/RS, Vol. XIII, n. 2, pp. 352-378, 2018. Disponível em <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/83701>. Acesso em 25 de ago. de 2021.

PIOVESAN, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune sul-americano. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 4, p. 102-139, out./dez. de 2011. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf. Acesso em 19 de jun. de 2021.

PIRES, Luis Manuel Fonseca, 1974. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v.21, n.2, p.340-341, 1998. Disponível em <https://doxa.ua.es/article/view/1998-v2-n21->

neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacion-constitucional. Acesso em 31 de jul. de 2021.

Processo Coletivo e Cidadania, n. 8, p. 174-190, 2020. Disponível em:

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROBERT, Wilken Almeida; MENEZES, Rafael da Silva. Da efetividade das audiências públicas como instrumento de deliberação no âmbito do Poder Judiciário.

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, Paraná, v. 66, n. 1, pp. 169-196, jan./abr. de 2021. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/74385>.

Acesso em 02 de nov. de 2021.

ROCHA, Victor Yuri Brederodes da. **Amicus curiae para quê? O papel do amicus curiae na função jurisdicional e seus desafios à luz do novo Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação (Mestrado), Universidade Católica de Pernambuco, Recife/PE, 2017.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo e a superação da perspectiva positivista do direito**. Tese (Doutorado em Direito do Estado), programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2011.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência na preservação e repressão ao crime**. São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTIN, Valter Foletto; ABILIO, Juan Roque; DUARTE, Ronaldo Sergio. Ação Popular como instrumento de controle da boa administração. **III Encontro Virtual do Conpedi: Acesso à Justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça I**, 2021. Disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/7u7c4585/4zS6rW4mCJ9YY868.pdf>. Acesso em 15 de jan. de 2022.

SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 6, n° 18, pp. 229-245, jan./mar. de 2012. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/330>. Acesso em 30 de ago. de 2021.

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **O estudo das escolhas trágicas à luz do princípio da eficiência e os precedentes judiciais**. Dissertação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n° 10, pp. 205-228, jan./ mar. de 2010. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/449>. Acesso em 25 de jan. de 2022.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Sandoval Alves da; JESUS, Thiago Vasconcellos; PINHEIRO, Victor Sales. Uma reflexão sobre o procedimento especial do mandado de segurança: é possível uma solução dialógica para a melhor concretização de Direitos Fundamentais? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 15, vol. 22, n. 1, pp. 706-732, 1 de jan. de 2021. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/51675>. Acesso em 17 de jan. de 2022.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: possibilidade do Judiciário suprir as omissões do Estado. **Revista de Direito Brasileira – RDB**, v. 2, n. 2, pp. 193-228, 28 de fev. de 2012. Disponível em <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2703>. Acesso em 30 de nov. de 2021.

SILVA, Vasco Pereira da. “Todos diferentes, todos iguais” breves considerações acerca da natureza jurídica dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 5, n. 16, p. 23-51, 30 set. 2011. Disponível em <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/367>. Acesso em 20 de jul. de 2021.

SILVA, Thaminne Nathália Cabral Moraes e. **Estado de Coisas Inconstitucional além do simples reconhecimento**. Tese (Doutorado), Universidade Federal do Pernambuco, 2018.

SOARES, Carla Ferreira. **Atuação das Organizações Não Governamentais e o uso do Amicus Curiae no Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Tese

(doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, 2018.

SOUZA, Renee do Ó; SANTIN, Valter Foletto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. Sinais de Direito Fundamental a uma boa administração no Brasil. **Em Tempo**, Marília, São Paulo, v. 17, n. 01, p. 11-36, nov. 2018. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2571>. Acesso em 04 de abr. de 2021.

STEWART JUNIOR, Donald. **O que é o liberalismo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

STRAPASSON, Kamila Maria. A Biopolítica e a Constituição dirigente de 1988. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 14, n.3, 2019. Disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/15833>. Acesso em 17 de ago. de 2021.

STRINGARI, Amana Kauling. **A influência econômica sobre o Direito Administrativo: uma proposta neoadministrativista**. Tese (Doutorado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

SUPTITZ, Carolina Elisa; LOPES, Ana Paula de Almeida. Audiência pública: democracia participativa e plural? **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília-DF, pp. 630-656, nov. de 2008. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/03_903.pdf. Acesso em 01 de nov. de 2021.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; LEÃO, Wangle Samuel Costa. O diálogo entre Colômbia e Brasil sobre o “Estado de Coisas Inconstitucional”. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, vol. 7, n° 13, pp. 193-212, 2019. Disponível em <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/download/323/155200>. Acesso em 01 de fev. de 2022.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo/SP, pp. 37-58, jan./jun. de 2012. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em 14 de set. de 2021.

TROVÃO, Lidiana Costa de Souza; CARMO, Valter Moura do; MOLLICA, Rogerio. O ativismo judicial dialógico como ferramenta social para efetivação de políticas

públicas culturais. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, pp. 283-311, set./dez. de 2018. Disponível em

<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/issue/view/133>.

Acesso em 09 de out. de 2021.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição), Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas Públicas na perspectiva de direitos humanos: um campo em construção. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 14, pp. 35-65, jun. de 2011. Disponível em

<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur14-port-daniel-vazquez-e-domitille-delaplace.pdf>. Acesso em 10 de jul. de 2021.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 48, n° 4, pp. 777-843, 2005. Disponível em <https://www.scielo.br/j/dados/a/hvtvbBWmWNCCqK5MwxY9DXM/?lang=pt>. Acesso em 08 de jan. de 2022.

VIEIRA, Mónica Brito; SILVA, Filipe Carreira da. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n° 10, pp. 151-194, jan./abr. de 2013. Disponível em

<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/Fr56nxtqwkF5nmq3hB6TkgP/?lang=pt>. Acesso em 14 de out. de 2021.

VIGO, Rodolfo Luis. Constitucionalização e neoconstitucionalismo: alguns riscos e algumas prevenções. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria/RS, v. 3, n. 1, pp. 1-50, mar. de 2008. Disponível em

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6829/4145>. Acesso em 02 de ago. de 2021.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. **Revista Interés Público**, Buenos Aires, Argentina, n. 4, pp. 43-74, 19 de maio de 2020. Disponível em <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDIP/article/view/9955>. Acesso em 29 de dez. de 2021.

WATERLOO, Estêvão André Cardoso. **A omissão normativa inconstitucional: um estudo sobre a dinâmica jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no**

juízo de mandados de injunção e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Dissertação (Mestrado), Centro Universitário de Brasília, 2016.

WU, Xun; RAMESH, Michael; HOWLETT, Michael; FRITZEN, Scott. **Guia de políticas públicas: gerenciando processos.** Brasília: Enap, 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? *In*: CABRAL, Antonio; DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno (org.). **Civil Procedure Review.** Salvador: JusPodivm, 2019.

ZAVASCK, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.