

DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Julia Maurmann Ximenes

COLEÇÃO

Governo e
Políticas Públicas

Direito e políticas públicas

Enap Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Diogo Godinho Ramos Costa

Diretora de Altos Estudos

Diana Magalhães de Souza Coutinho

Diretor de Desenvolvimento Profissional

Paulo Marques

Diretora de Inovação

Bruna Silva dos Santos

Diretor de Educação Executiva

Rodrigo Torres de Araujo Lima

Diretora de Gestão Interna

Alana Regina Biagi Silva Lisboa

Projeto gráfico:

Ana Carla Gualberto Cardoso

Revisão:

Roberto Araújo e Adriana Braga

Editoração eletrônica:

Amanda Soares

Direito e políticas públicas

Autora: Julia Maurmann Ximenes

Brasília – DF
Enap
2021

- X6d Ximenes, Julia Maurmann
Direito e políticas públicas / Julia Maurmann
Ximenes. – Brasília: Enap, 2021.
82 p. : il. – (Coleção Governo e Políticas Públicas)
- Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-87791-13-5
1. Políticas Públicas. 2. Direito. 3. Poder Público.
4. Administração Pública 5. Poder Executivo. 6. Poder
Judiciário. 7. Poder Legislativo. I. Título.
- CDU 34 +364
-

Bibliotecária: Tatiane de Oliveira Dias – CRB1/2230



Enap, 2021

Este trabalho está sob a Licença Creative Commons – Atribuição: Não Comercial – Compartilha Igual 4.0 Internacional

As informações e opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade do(s) autor(es), não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista da Escola Nacional de Administração Pública (Enap). É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Escola Nacional de Administração Pública (Enap)

Diretoria de Altos Estudos

Coordenação-Geral de Pós-Graduação Stricto Sensu

SAIS – Área 2-A – 70610-900 — Brasília-DF, Brasil

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1 Direito e Política	10
1.1 <i>O cenário sociopolítico.....</i>	<i>13</i>
1.2 <i>O cenário constitucional</i>	<i>21</i>
1.3 <i>A judicialização da política.....</i>	<i>32</i>
2 Direito e Políticas Públicas	39
2.1 <i>Reserva do possível.....</i>	<i>50</i>
2.2 <i>Mínimo existencial</i>	<i>54</i>
3 Efetivação de Direitos, Ativismo e/ou Diálogos	
Institucionais?	58
Considerações finais	74
Referências bibliográficas	77

Introdução

Com frequência, os atores do campo jurídico e político defendem a teoria da separação dos Poderes a partir de uma leitura de competências bem definidas: ao Judiciário cabe julgar de forma neutra e apolítica; ao Executivo, administrar a coisa pública; e ao Legislativo, legislar; os dois últimos representando os anseios do povo.

Essa lógica isola o direito da política: o Judiciário não é eleito, portanto, deve apenas aplicar o direito, visto como um conjunto de regras, de maneira técnica e imparcial (COSTA, 2013). Esse é o paradigma positivista que atrela o raciocínio interpretativo a uma adequação entre fato e norma, denominado de subsunção.

Contudo, dois cenários alteraram a leitura da teoria da separação dos poderes e a lógica positivista predominante no campo jurídico. O primeiro deles é a presença da linguagem dos direitos, que é conhecida como juridicização das relações sociais. O segundo é a Constituição de 1988 e seus desdobramentos na cultura jurídica, que recusa o distanciamento entre direito e política e a separação rígida dos poderes que enunciamos anteriormente.

Esses dois cenários, sociopolítico e constitucional, serão apresentados no primeiro capítulo para demonstrar a grade de leitura do objeto principal desta obra, a relação entre direito e políticas públicas. Nesse mesmo capítulo, abordaremos o fenômeno da judicialização da política: a provocação do Poder Judiciário, especialmente as cortes superiores como o Supremo Tribunal Federal, para resolver demandas de cunho político e social, típicas das arenas políticas do Executivo e do Legislativo, e que evidencia os cenários favoráveis apresentados.

Como consequência da presença dos direitos nas relações sociais (juridicização) e da judicialização da política no contexto sociopolítico e constitucional favorável, o cidadão e outros atores jurídicos, sociais e políticos passam a provocar o Judiciário na efetivação de direitos

fundamentais sociais. Essa provocação é o que resume a judicialização das políticas públicas.

Diante do desenho constitucional com centralidade do direito e do campo jurídico, e da cultura jurídica construída ao seu redor, o Poder Judiciário eventualmente percebe uma oportunidade para avançar seu poder político-normativo e pratica o **ativismo judicial**: uma atitude, um comportamento que adentra escolhas estritamente políticas.

É nessa atitude **ativista** que reside o grande impasse da relação entre direito e políticas públicas: a tensão entre constitucionalismo e democracia. Apesar da relevância adquirida pelos textos constitucionais após a Segunda Guerra Mundial, possibilitando que o Judiciário seja demandado em temas típicos dos poderes eleitos – o que caracteriza o cenário constitucional favorável –, a implementação de direitos fundamentais sociais demanda escolhas dos poderes políticos.

Por fim, diante do contexto interpretativo que viabiliza um posicionamento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo, surgem opções para inserir a política no seu local de origem: o diálogo entre os atores envolvidos na busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, o trabalho percorre o seguinte Diagrama 1¹:

¹ Uma ressalva sobre o formato de apresentação do texto: para facilitar a leitura, a maior parte das citações literais consta nas notas de rodapé, assim o leitor poderá aprofundar a compreensão em fontes primárias, se tiver interesse, sem interromper a compreensão do texto.

Diagrama 1 | Diagrama conceitual



Fonte: elaboração própria.

1 Direito e Política

Desde a promulgação da Constituição de 1988, muito se fala sobre **direitos**, em uma perspectiva mais ampla, de reivindicação, de efetivação, de acesso. Na mesma linha os operadores do Direito (Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, doutrinadores) passam a atuar cada vez mais na efetivação desses direitos. O objetivo desse primeiro capítulo é compreender o cenário sociopolítico e constitucional que provocou a estruturação de uma cultura jurídica que inovou na compreensão e leitura do fenômeno jurídico.

Essa inovação reside basicamente na superação do paradigma positivista que apregoava o distanciamento entre direito e política. O positivismo jurídico enquanto sistema e teoria jurídica é bastante complexo, mas, para os fins desta obra, a questão reside justamente na pretensão de construir um objeto e um método seguro, ou seja, isolar o direito de qualquer racionalidade que não fosse a **jurídica**, a partir das regras e segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida. Questões de legitimidade da decisão tomada por qualquer dos três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – não eram discutidas (STRECK, 2011) e temas de interesse social e político não eram discutidos pelo campo jurídico.

Outra característica do positivismo jurídico para os fins desta análise é a aplicação silogística do Direito: o raciocínio subsuntivo. Este ocorre basicamente da seguinte forma:

[...] em primeiro lugar, identifica-se uma premissa maior, composta por um enunciado normativo ou por um conjunto deles. A premissa maior incide sobre uma premissa menor (o conjunto de fatos relevantes na hipótese), e desse encontro entre as premissas maior e menor produz-se uma consequência: a aplicação de uma norma específica ao caso, extraída ou construída a partir da premissa maior. (BARCELLOS, 2005, p. 30)

Esse raciocínio atende às demandas em que o conflito pode ser reduzido a uma norma específica, sem controvérsias. O debate surge quando há mais de uma norma possível para solucionar o conflito e até mesmo contraditória. Isso ocorre com frequência com os dispositivos constitucionais exigindo outra técnica metodológica: a ponderação, que é o método de fundamentação de um enunciado de preferência em um caso concreto.²

No âmbito internacional, o paradigma positivista foi superado após a Segunda Guerra Mundial, quando a questão da legitimidade dos atos do Estado passa a ser questionada utilizando textos constitucionais como parâmetro. Nesse sentido, surgem as constituições com textos que tratavam não apenas da organização do poder político e os direitos individuais, mas incorporaram direitos sociais que exigem a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, incluindo ainda princípios que expressariam os valores da sociedade, permitindo uma vasta possibilidade de interpretação, pois o raciocínio subsuntivo não atende. Assim, o sentido da palavra política na relação com o direito designa a expressão de valores, de princípios compartilhados em uma sociedade plural e democrática.

Para garantir que essa interpretação esteja conforme os textos constitucionais são criados tribunais constitucionais. O objetivo da jurisdição constitucional (ações/processos de cunho constitucional) é **proteger** as constituições, garantindo que os Poderes Legislativo e Executivo não descumprissem o seu conteúdo, inclusive principiológico. Nessa lógica, o distanciamento entre direito e política foi abandonado e substituído pela discussão sobre a compatibilização entre

² Aprofundaremos a diferença entre subsunção e ponderação adiante, mas podemos antecipar que a ponderação é um método alternativo à subsunção: as regras são objeto de subsunção após a adequação entre o fato e o conteúdo da regra; já os princípios são objeto de ponderação, pois esses com frequência têm o mesmo valor e hierarquia e podem ser utilizados no mesmo caso concreto (SANCHIS, 2001).

constitucionalismo e democracia.³ Como o Judiciário, não eleito, pode invalidar decisões dos outros poderes eleitos, Executivo e Legislativo?⁴

Para compreender como o campo jurídico brasileiro resolve esse dilema, especialmente na relação entre direito e políticas públicas, analisaremos neste capítulo os dois cenários que provocaram a superação do mencionado paradigma positivista no Brasil. As peculiaridades históricas e sociais brasileiras afetarão a compreensão do próprio papel do direito nas relações sociais. Esse é o cenário sociopolítico.

Em seguida, apresentam-se as origens do desenho da jurisdição constitucional de 1988 e como ela foi assimilada pela cultura jurídica brasileira durante a década de 1990, acarretando os fenômenos da judicialização da política e da judicialização das políticas públicas, em uma lógica que aproxima e legitima a relação entre direito e política.

Contudo, esses fenômenos serão abordados a partir de cenários sociopolítico e constitucional favoráveis. Esses cenários serão explicitados com vistas a compreender a centralidade do direito e dos atores do campo jurídico na relação entre os três poderes. O objetivo não é legitimar essa centralidade ou justificá-la, mas, sim, compreendê-la, inclusive as inúmeras variáveis envolvidas.

³ Esse me parece um ponto fundamental, pois é neste debate que aparece com maior evidência o problema do papel democrático do Poder Judiciário e da justiça constitucional em geral. Ou seja, de que modo podemos reivindicar e defender a democracia se, no final do processo decisório, deixamos uma **margem de atuação** para a livre escolha do juiz? (STRECK, 2011, p. 474).

⁴ Aqui reside a maior crítica à jurisdição constitucional: seu caráter contramajoritário, uma vez que o Poder Judiciário não é eleito e não representa a sociedade, e os temas que envolvem a jurisdição constitucional com frequência expressam acirradas controvérsias na sociedade. A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais – inclusive seus princípios mais vagos – geraram efeitos significativos do ponto de vista da importância da constituição no sistema jurídico, bem como na partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 128).

Antes de prosseguirmos, uma ressalva importante: o campo jurídico brasileiro está inserido no modelo romano-germânico, a principal fonte/origem de direito é a lei, a norma. Contudo, duas outras fontes exercem papel crucial: a doutrina e a jurisprudência. A primeira consiste no prestígio e poder dos teóricos do direito, do argumento de autoridade de estudiosos.⁵ A jurisprudência representa a construção de julgados reiterado, que não vinculam os operadores do direito, são apenas possíveis argumentos de convencimento. Não é sinônimo de precedente, que é um termo típico do modelo anglo-saxão, e que vincula. A apresentação dessa ressalva decorre da escolha de termos e da necessidade de utilizar a doutrina como fonte para esta obra. Como estamos lidando com a relação entre direito e políticas públicas, em uma perspectiva pragmática, esses atores são citados recorrentemente, elevados a dogmas inquestionáveis, e, por isso, sua relevância para compreender o discurso jurídico.

1.1 O cenário sociopolítico

A história política e constitucional brasileira é permeada por períodos democráticos e de ditadura. Essa oscilação acarretou uma experiência limitada de pleno exercício de direitos nas três vertentes: individuais, políticas e sociais, sem a linearidade vivida na Europa, no formato construído por T. H. Marshall (2002). Para o autor, a partir do desenrolar da sequência histórica no desenvolvimento de direitos na Inglaterra até o fim do século 19, o conceito de cidadania pode ser dividido em três partes: o elemento civil, político e o social.

O elemento civil é composto por direitos necessários à garantia do direito à liberdade, ou seja, toma por base uma atitude negativa advinda do Estado opressor. O elemento político é o direito de participar

⁵ Há uma controvérsia sobre o caráter científico da doutrina. Para saber mais: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência. *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 64, jan. 2010. XIMENES, Julia Maurmann. Por que o problema continua sendo o problema? Diferenciando pesquisa jurídico-instrumental e pesquisa jurídico-científica e o papel das fontes do direito. *Direito Público*, n. 82, p. 197-213, jul. /ago. 2018.

do exercício do poder político. O elemento social, por fim, corresponde a tudo que está inserido no mínimo de bem-estar econômico.⁶

Atrelada ao conceito de cidadania, a noção da era dos direitos de Norberto Bobbio (1992)⁷ também auxilia na compreensão de um momento favorável para a presença central dos direitos no tecido social. Para o autor, direitos do homem, democracia e paz são três momentos distintos do mesmo movimento histórico: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (BOBBIO, 1992, p. 1). Nesse sentido, os dispositivos constitucionais passaram a incluir os direitos sociais, comprometendo o Estado na promoção desses direitos, a Ordem Social Constitucional que aprofunda o princípio da igualdade, transformando o Estado de Direito em Estado Social de Direito (FRISCHEISEN, 2000).

Por isso, uma das novidades no âmbito do constitucionalismo pós Primeira Guerra Mundial foi incorporar a linguagem dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, em um primeiro momento

⁶ José Murilo de Carvalho (2002) ainda relaciona essas três dimensões com três correntes do pensamento político ocidental: a primeira da vertente liberal (liberdades negativas); a segunda do republicanismo clássico, em que a preocupação com o bem coletivo é a virtude cívica; e a terceira da visão comunitária de cidadania, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política. Para o autor, a visão de Marshall (2002) sobre a cidadania pode ser vista como uma combinação das três correntes.

⁷ Bobbio atribui o modo como ocorreu a multiplicação ou proliferação dos direitos a: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente etc. (BOBBIO, 1992, p. 68).

referindo-se ao direito do trabalho, às relações de trabalho e emprego,⁸ que depois irá ser universalizada. A universalização dos direitos inerentes à cidadania está caracterizada no denominado Estado Democrático de Direito: além da previsão constitucional de direitos, instrumentos de controle e garantia são criadas, inclusive, as cortes constitucionais, que abordaremos no próximo tópico.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito está caracterizado nos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição de 1988: ele se fundamenta na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, cujo objetivo fundamental é uma sociedade livre, justa e solidária.

A partir dessa leitura de multiplicação e universalização dos direitos do homem, é importante definirmos a questão terminológica: direitos do homem, direitos humanos, ou direitos fundamentais? Para os fins da reflexão aqui apresentada, adotaremos direitos fundamentais, pois são aqueles previstos constitucionalmente, relacionados às pessoas, com aplicação imediata, indisponíveis para alteração dos poderes

⁸ “Essa reviravolta no constitucionalismo deu-se por meio desses direitos sociais, que podem ser compreendidos de distintas maneiras. Em meio à crise do liberalismo no primeiro pós-guerra (pós-1918), a expressão direito social referia-se ao direito do trabalho, ou seja, ao campo do direito que passou a cobrir as relações entre empregados e empregadores. Abrangia também regras de seguro de acidentes e outras matérias conexas. Era social porque respondia ao desafio da questão social. Os direitos desse campo relações de trabalho e emprego eram os direitos sociais.” (LOPES, 2010, p. 156).

constituídos.⁹ São posições tão importantes que “a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples” (ALEXY, 2006, p. 446). Deixaremos **direitos humanos** para a proteção na esfera do Direito Internacional.

Apesar da previsão constitucional não acarretar, necessariamente, a sua efetivação, ela demonstra um compromisso do Estado e da sociedade com valores e princípios implícitos na centralidade dos direitos fundamentais, do homem e da sua dignidade no texto constitucional, vinculando todos os poderes do Estado. Como a Constituição tem caráter superior ao restante do ordenamento jurídico, uma de suas funções é estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, especialmente na promoção dos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2010). “À Constituição, é certo, não cabe invadir os espaços próprios da deliberação majoritária, a ser levada a cabo pelas maiorias democraticamente eleitas em cada momento histórico.” (BARCELLOS, 2010, p. 105).

⁹ “Assim, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal – que se encontra intimamente ligada ao direito constitucional positivo – que irá, em última análise, distinguir os direitos fundamentais constitucionais. Na Constituição de 1988 esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna, ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das ‘cláusulas pétreas’ do art.60, § 4º, inc. IV, da CF. Assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integrados ao texto da constituição e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 11).

Portanto, é compreensível o movimento de inserir no texto constitucional uma série de aspirações e demandas. Mesmo diante da eventual disparidade entre a **lei** e a realidade social, percebe-se uma crença ingênua no poder de transformação da realidade pelo direito durante os trabalhos da construção da Constituição de 1988.¹⁰

Em 1987, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, a demanda era pela construção de um texto constitucional cidadão, que assegurasse ao povo o controle do abuso de poder em uma perspectiva política de cidadania inclusiva. Para tanto, uma das escolhas constitucionais foi de um sistema mais amplo de proteção social, com o tripé da seguridade social: saúde, previdência e assistência, com a articulação entre as políticas, em uma espécie de proteção contra o risco de fragmentação e mesmo de ruptura social que o processo de diferenciação social introduz na medida em que avança (BOSCHETTI, 2003; JACCOUD, 2009).

A partir da emergência do social como **questão social**, ou seja, como reconhecimento de novos problemas que emergem na arena

¹⁰ Para Werneck Vianna, a Constituição de 1988 valorizou o direito, seus procedimentos e instituições como instrumentos de agregação e solidarização social, “como campo de exercício de uma pedagogia para o civismo” (VIANNA, 1999, p. 153). Diante da ausência de democracia política e cultura cívica na história brasileira, o constituinte de 1988 adotou o “direito como recurso de modelagem social” (VIANNA, 1999, p. 259). A solução de compromisso alcançada foi: “a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato” (VIANNA, 1999, p. 41). Bercovici (2003) destaca que: “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 alteração da sociedade. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais” (BERCOVICI, 2003, p. 118-119). Streck (2011) aponta que: “Na verdade, a Constituição – do paradigma do Estado Democrático de Direito – vai além de ser um freio à vontade das maiorias, uma vez que passa a estabelecer um modo de a sociedade ser transformada a partir do direito, com a incorporação daquilo que venho denominando de ‘promessas incumpridas da modernidade.’” (STRECK, 2011, p. 516).

política a partir da transformação de necessidades em demandas, os direitos ganham um espaço no político inusitado na experiência brasileira, permitindo a construção dos novos sujeitos políticos. Portanto, a questão social passa a ser reconhecida quando politizada por novos atores que, por meio da construção de suas identidades, formulação de projetos e estratégias, repõem a problemática da integração e da necessidade de recriar os vínculos sociais (FLEURY, 2007, p. 460).

No terceiro pilar da seguridade social, a assistência social, o texto constitucional de 1988 acarretou profundo rompimento com práticas históricas de clientelismo e patrimonialismo, uma percepção **assistencialista** voltada para ações pontuais, pelos auxílios e doações, pelas iniciativas fragmentadas e voluntaristas de manutenção de poder político das **elites**, de ajuda aos pobres e carentes, de prática de favor, da acomodação ancorada na caridade, na filantropia, na benemerência, no primeiro-damismo, no apadrinhamento – uma disputa na Constituição como política não contributiva (DRAIBE, 1990; PAULA, 2013; COLIN; JACCOUD, 2013; COUTO, 2015; SPOSATI, 2009; BOSCHETTI, 2003).

Dessa forma, as implicações do novo desenho constitucional da assistência social foram significativas: a proteção social está ancorada em um direito social à cidadania em face de situações sociais identificadas sem distinção quanto à sua inserção no trabalho formal ou informal, cuja proteção deve ser contínua, uniforme, claramente desenhada e reivindicável (COLIN; JACCOUD, 2013; SPOSATI, 2013; DRAIBE, 1990; BOSCHETTI, 2003).¹¹

O destaque é a necessidade de enfrentamento da relação entre pobreza e vulnerabilidade, ancorada no princípio da dignidade da pessoa

¹¹ “A noção de seguridade social, ao se ocupar da proteção social, busca gerar garantias que a sociedade brasileira afiança a todos os seus cidadãos, isto é, mais do que atitudes de socorro. Como atitude, só estaria tratando de uma reação de um governante de plantão ou de um funcionário público. Uma atitude pode ou não ser tomada como responsabilidade social ou construção de imagem pessoal. A CF/88 alcança o campo de políticas de Estado, isto é, define que é uma responsabilidade a ser afiançada como direito e não como atitude pessoal.” (SPOSATI, 2009, p. 22).

humana. A constitucionalização dos direitos sociais na perspectiva da proteção social suscita um novo campo sociopolítico de análise da questão social brasileira – a exclusão –, e provoca a discussão sobre a sua fundamentalidade diante das escolhas sobre o papel do Estado.

Sob a perspectiva formal, as normas de direitos fundamentais estão no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, vinculando o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário. Na perspectiva da fundamentalidade substancial, elas significam uma tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade (ALEXY, 2006). Assim, a Constituição de 1988 se preocupou com as condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade.

Por isso, os diferentes atores – sociais, políticos, jurídicos – passam a demandar e a receber demandas de novos sujeitos: combater a exclusão com a redistribuição da riqueza e reconhecer os direitos sociais na condição de cidadania e a reivindicar o exercício desses direitos. E essa perspectiva é a de **sujeito de direito**, que precisa do reconhecimento dos direitos, ou seja, a linguagem dos direitos, a política de direitos.¹²

Apesar de a leitura jurídica dos direitos fundamentais não garantir posições subjetivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e aos poderes públicos, isso não descaracteriza seu caráter vinculativo, ou

¹² Vieira destaca que: “Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade.” (VIEIRA, 2008, p. 201).

seja, a possibilidade de exigência de sua efetivação (QUEIROZ, 2006),¹³ caracterizando o que se denomina de **juridicização** das relações sociais: a extensão da linguagem dos direitos domínios da sociedade que até então não necessitavam de regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais.

Werneck Vianna define juridicização como: “a vocação expansiva do princípio democrático tem implicado uma crescente institucionalização do direito na vida social, invadindo espaços até há pouco inacessíveis a ele, como certas dimensões da esfera privada” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 15). As relações sociais estão cada vez mais **impregnadas** de teor jurídico. Na própria definição jurídica, a juridicização decorre da incidência, ou seja, o efeito da norma jurídica de transformar os fatos previstos por ela em fatos jurídicos.

Portanto, a discussão sobre direitos (lógica da juridicização) mobiliza o campo jurídico no compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais. Essa é a concepção que permitirá a construção de uma cultura favorável à centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico

¹³ Apesar de algumas resistências, Queiroz resume bem a majoritária compreensão doutrinária sobre a fundamentalidade dos direitos sociais: “[...] que numa ordem jurídica como a nossa que ‘constitucionaliza’ os direitos fundamentais sociais, e na qual a generalidade dos direitos é vista como ‘sindicável’ pelos tribunais e pelo poder judicial, não faz sentido continuar a negar hoje aos direitos fundamentais sociais, pelo menos os mais básicos, como a saúde, o trabalho, a segurança social e a educação, o ‘status constitucional’ de bens juridicamente protegidos. E não apenas no que concerne à garantia de um ‘mínimo de existência condigna’, já que esta se apresenta como uma ‘forma de liberdade e, nesses precisos termos, assume juridicamente a natureza de um ‘direito de defesa’, ainda que este se traduza num direito a ‘prestações positivas’ por parte do Estado.” (QUEIROZ, 2006, p. 207).

na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.¹⁴ O núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade é tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um imperativo (BARCELLOS, 2010).

Importante registrar ainda que esse cenário está presente na própria América Latina: Carbonell (2010) aponta que as constituições surgem em contextos de convulsão social e política diante de um mal-estar, mas também como fruto de esperança: “esperanza en el derecho, en la justicia, en la posibilidad de construir sociedades nuevas, basadas en el respeto a los derechos de todos y en una convivencia futura de carácter pacífico” (CARBONELL, 2010, p. 24). Conforme retomaremos adiante, essa esperança se insere no contexto sociopolítico que acarretará também um aumento na judicialização, ou seja, na busca por direitos no Judiciário.

Além do cenário sociopolítico sobre a centralidade do Direito, precisamos compreender o contexto constitucional que provocou a ruptura com o paradigma positivista pelos atores do campo jurídico.

1.2 O cenário constitucional

Conforme apontado, os direitos fundamentais ganharam uma grande relevância, especialmente os direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, moradia e alimentação. Esses direitos são direitos prestacionais, ou seja, demandam uma atuação específica do Estado e não a sua abstenção ou ausência. Essa atuação

¹⁴ Yepes apresenta o mesmo quadro na Colômbia: “Igualmente, no campo social, alguns setores da judicatura se comprometeram na defesa dos direitos cidadãos, o que faz com que o aparato judicial, que não tem origem popular, seja às vezes percebido como mais democrático do que os órgãos políticos eleitos pelo voto, ocorrendo um certo deslocamento, bastante paradoxal, da legitimidade democrática do sistema político ao sistema judiciário. Finalmente, muitos cidadãos consideram o Poder Judiciário mais próximo e democrático do que o Legislativo ou o Executivo, na medida em que, diante de certos litígios, é mais fácil ter acesso ao aparato judicial, pois não são necessários intermediários políticos.”(QUEIROZ, 2006, p. 61).

caracteriza esses direitos como programáticos ou dirigentes: eles são metas para os poderes políticos, Legislativo e Executivo, demandando políticas públicas para a sua efetivação.

Nesse sentido, o desenho institucional do Estado brasileiro à época ilumina a preocupação com a legitimação material da Constituição, sua efetivação, atrelada a uma crença na mudança da realidade pelo Direito.¹⁵

Esse movimento está claro no contexto do surgimento da Constituição Federal de 1988, decorrente de um forte apelo popular por cidadania e limitação aos desmandos do Estado no período anterior, inovando no tocante ao papel da Constituição e suas relações com os outros dois poderes do Estado, o Executivo e o Legislativo.

Portanto, o texto constitucional de 1988 e seu caráter dirigente e/ou programático,¹⁶ que não apenas representa a estrutura do Estado, como também um programa para o futuro, justificando o debate sobre questões sociais no Brasil. “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” (BERCOVICI,

¹⁵ “A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelas diversas formas de positivismo jurídico no decorrer da história, que afastaram da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. [...] Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.” (STRECK, 2011, p. 59-60).

¹⁶ Não é objeto deste trabalho discutir a programaticidade dos direitos fundamentais sociais, bastando registrar que, em um primeiro momento na teoria constitucional pós Constituição de 1988, essa programaticidade retirava a efetividade dos direitos, pois estariam a critério da discricionariedade política dos Poderes Executivo e Legislativo. Esta abordagem foi predominantemente substituída pela teoria da força normativa da constituição de Konrad Hesse (ver *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991).

2003, p. 118). Nessa mesma linha, as escolhas do constituinte de 1988 sobre a fronteira entre o direito constitucional e a política: o texto conferiu um espaço amplo ao direito e impõe maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos (BARCELLOS, 2008). Essa lógica será retomada no próximo capítulo.

Nessa linha, outro elemento do cenário constitucional é o paradigma filosófico-político adotado pelo texto constitucional: o **movimento comunitarista** brasileiro (CITTADINO, 2000).¹⁷ Ele foi construído a partir de três premissas principais: a ênfase dada ao texto constitucional, a ideia de **comunidade de intérpretes** e o conceito de constituição dirigente.¹⁸

A primeira premissa é a do valor atribuído ao texto constitucional. Para os constituintes **comunitaristas** era preciso destacar e **proteger** o texto constitucional por intermédio da jurisdição constitucional, adotada nos países europeus por meio dos tribunais constitucionais, cuja função é a guarda dos valores que integram o sentimento constitucional da comunidade e que já analisamos aqui.

Assim, incorporou-se essa influência comunitarista no próprio preâmbulo da Constituição federal: os **valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social: direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

O art. 1º trata dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, destacando a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. No art. 3º, os objetivos fundamentais do Estado

¹⁷ A autora analisa a relação entre as constituições nas sociedades democráticas contemporâneas e concepções sobre ética, moral e justiça distributiva para então refletir sobre o papel da constituição e a atuação do Poder Judiciário.

¹⁸ Bucci aponta que: “O que há de inovador no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, não é apenas a estruturação em regras e princípios, nem a aparente generosidade com a referencia a direitos, especialmente os direitos sociais. O que realmente altera o paradigma do constitucionalismo é a instituição dos Tribunais Constitucionais.” (BUCCI, 2006, p. 6).

brasileiro são assim tratados: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O texto constitucional optou pela adoção de princípios político-constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte, consubstanciando a **ideologia** inspiradora da Constituição.

Os princípios fundamentais são diretamente aplicáveis, funcionando como critério essencial de interpretação e de integração, dando unidade e coerência a todo o sistema constitucional [...] configuram o núcleo irreduzível da Constituição, que não pode ter suas normas interpretadas isoladamente, como se fossem artigos meramente justapostos. (BERCOVICI, 1999, p. 45-46)

Ao trazer para o texto constitucional essa abordagem de cunho principiológico, a aplicação passa a refletir esses valores quando da demanda para o Poder Judiciário no âmbito da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo comunitarista compreende a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores – há uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela Constituição, cujo sentido jurídico só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva (CITTADINO, 2000, p. 16).

Portanto, fica clara a tentativa de criar vínculos **comunitários**¹⁹ entre os indivíduos, **valores de fundação** do novo Estado Democrático brasileiro e conseqüentemente evitar a fragmentação política²⁰ e a inerente alienação do cidadão, utilizando expressões de Charles Taylor (2000).

¹⁹ Dessa forma, reivindica-se uma liberdade participativa do cidadão, ativamente participante dos temas públicos. As instituições políticas e jurídicas são obedecidas não por medo, mas porque são expressões dos cidadãos que compõem essa sociedade. Trata-se da virtude de um patriotismo de tradição humanista e cívica, segundo a qual a disciplina não é imposta, externamente, como coerção, mas autoimposta, no exercício da diversidade mantida por ideais comuns motivadores, os quais redundam em participação. O objetivo é realçar o equívoco da distinção entre “para mim” e “para você” de um lado, e “para nós”, do outro (TAYLOR, 2000). Assim, o que embasa a crítica comunitarista ao liberalismo é a noção de justiça distributiva, priorizando o bem, e não os direitos como fazem os liberais. E como para os comunitaristas o bem é determinado justamente a partir de sua especificidade histórica e cultural, surge o conceito de comunidade e a sua interface com a noção de participação política, categorias teóricas cruciais para esta análise e na qual concentraremos nossas reflexões a partir de agora. Trata-se de conectar a moralidade com a institucionalidade própria a cada sociedade, à existência de um entendimento comum, um consenso quanto ao bem a ser buscado pela coletividade (MACINTYRE, 1984).

²⁰ Para tratar da fragmentação, o autor inicialmente trata da esfera pública: o espaço comum em que os membros da sociedade se congregam, por meio de uma variedade de meios, bem como em encontros diretos, para discutir questões de interesse comum e, assim, serem capazes de formar uma ideia comum sobre essas questões, sem a mediação da esfera política, em um discurso da razão fora do poder. Essa percepção de esfera pública é crucial para uma democracia. Entretanto, quando o cidadão sente que o poder está a uma grande distância de si, sendo com frequência não responsivo, verifica-se a fragmentação. Essa se caracteriza por um povo cada vez menos capaz de formular um propósito comum e de buscar levá-lo a efeito. Ela advém quando as pessoas passam a ver a si mesmas cada vez mais atomisticamente, cada vez menos ligadas aos compatriotas em projetos e compromissos comuns. “As pessoas podem de fato sentir-se ligadas a outras em alguns projetos, mas trata-se de agrupamentos parciais que não abrangem toda a sociedade: uma comunidade local, uma minoria étnica, os adeptos de alguma religião ou ideologia, os promotores de algum interesse especial.” (TAYLOR, 2000, p. 299). A fragmentação pode ser motivada por várias formas, como pela debilitação dos vínculos de simpatia; pela ruptura de um tipo de cisão do processo decisório democrático (quando os cidadãos menos favorecidos sentem que seus interesses são sistematicamente negligenciados ou negados; quando um grupo ou comunidade cultural se sente não reconhecido pela sociedade mais ampla), e também mediante o fracasso da própria iniciativa democrática. O discurso comunitarista implica essa configuração de valores, de um envolvimento por parte do cidadão além do momento de participação nas eleições, isso porque ele é genuinamente **ouvido** no debate democrático (TAYLOR, 2000). Uma sociedade fragmentada, com cidadãos alienados, pode ser considerada democrática e igualitária, mas a política começa a assumir uma forma diferente: o propósito comum que permanece partilhado é o do regime de direito e a proteção de direitos.

O próprio surgimento da jurisdição constitucional implica uma **valorização** das constituições, a ponto de se exigir a criação de um órgão específico para sua proteção, o tribunal constitucional, exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, como a Constituição abrange não apenas o Estado, mas também a sociedade, houve uma **politização** do texto constitucional, cujo **guardião** é o STF.

Associada a essa valorização, surge a segunda premissa do comunitarismo: a teoria da **sociedade aberta dos intérpretes da constituição** de Peter Habermas (1997), que rejeita uma interpretação constitucional como um **evento exclusivamente estatal**, inserindo todos, mesmo aqueles que não são diretamente afetados por ela. Para o autor, limitar a interpretação constitucional aos intérpretes **corporativos** ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento do próprio conteúdo democrático da Constituição. Isso porque a questão da legitimação da Constituição perpassa pela teoria da democracia, e esta percebe o povo não apenas como um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, mas “[...] também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” (HABERMAS, 1997, p. 37).

Portanto, o autor atrela a interpretação constitucional a uma teoria democrática, à ideia de uma sociedade pluralista, que, por sua vez, está associada à noção de Constituição e realidade constitucional. Essa percepção de realidade constitucional implica a valorização do papel da Constituição não apenas como forma de estruturação do Estado, mas da própria esfera pública, não podendo “tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos” (HABERMAS, 1997, p. 33). Trata-se de integrar **as forças da comunidade política** no processo de interpretação constitucional.

Assim, as duas premissas também se integram ao cenário sociopolítico destacado anteriormente ao realçar a importância da participação do

cidadão nos contextos políticos, que incluem a própria Constituição, norma de conteúdo político e que, conseqüentemente, demanda uma interpretação que vai além do jurídico exclusivamente. Carbonell atrela a consciência social dos direitos a **“la correspondiente existencia de un fuerte activismo social”** (CARBONELL, 2010, p. 35, grifo nosso).²¹

Finalmente, a terceira premissa: a Constituição dirigente/programática. Como norma de caráter **político**, a nova forma de se compreender a Constituição incluindo valores implica também percebê-la como um plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade.²² Esse novo tipo de texto constitucional não foi exclusividade brasileira, mas, sim, tendência global, especialmente em países que passaram por períodos autoritários.²³

Portanto, reconhece-se a centralidade das dimensões social e política no Direito. Essa percepção é importante para o novo posicionamento do Poder Judiciário como ator de caráter decisório em questões até então restritas às esferas políticas, Poder Legislativo e Executivo.

²¹ “Para que tal activismo social se pueda dar es necesario no solamente que la sociedad o algunos de sus grupos se mantengan alertas en la defensa de sus derechos, sino también que el ordenamiento jurídico permita traducir en pretensiones procesales esa vigilancia. Esto suena como algo muy obvio para lectores de países avanzados, pero supone un problema de considerables dimensiones en países que sufren de graves retrasos en la evolución de sus ordenamientos jurídicos, en los que no suele existir vía alguna para que desde la sociedad se emprendan acciones judiciales contra políticos corruptos o contra administraciones públicas que amparadas en la opacidad violan cotidianamente los derechos fundamentales de un buen número de ciudadanos.” (CARBONELL, 2010, p. 35).

²² Canotilho (2001) destaca que a teoria da constituição se pergunta em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade. “Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?” (CANOTILHO, 2001, p. 166).

²³ “São constituições mais ambiciosas, que incorporam direitos sociais e normas programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, direitos do trabalhador, família e cultura.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 122).

Todo esse cenário constitucional permitiu a estruturação de uma nova hermenêutica, um novo padrão de interpretação que ficou conhecido como neoconstitucionalismo, após um período de **passivismo judicial** (CAMPOS, 2014).²⁴ Isso porque, em um primeiro momento, a cultura jurídica ainda estava presa ao paradigma positivista, especialmente à rígida separação dos poderes, em que não caberia ao Judiciário tratar de questões políticas, típicas dos Poderes Legislativo e Executivo. Portanto, os cenários sociopolítico e constitucional apontados anteriormente favoreceram a construção desse novo padrão de interpretação.

O juiz passa a ser um agente das transformações sociais, utilizando “instrumentos da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna” (TORRES, 2009, p. 111). Esse será o discurso legitimador do Judiciário nas demandas que buscam efetivação de direitos sociais, ou seja, no novo arranjo do controle de políticas públicas que abordaremos no próximo capítulo.

Nesse contexto de judicialização da política legitimada pelo texto constitucional, o caráter programático acarretou uma inércia inicial no campo jurídico – as metas eram dirigidas ao Poder Executivo, primordialmente, não cabendo ao Poder Judiciário avançar em função típica desse poder, inclusive diante da ausência de legitimidade, já que as metas dependem de políticas públicas, ou seja, planos governamentais que são elaborados por atores representantes da soberania popular. O campo jurídico resistiu ao papel mais **político** atribuído pelo texto constitucional em um primeiro momento.

A controvérsia sobre a definição de cultura jurídica e seu papel nas mudanças legais ou o contrário, as transformações sociais impulsionando mudanças na cultura jurídica, têm sido objeto de debates na Sociologia Jurídica, conforme esclarece a pesquisa de Junqueira e Oliveira (2001).

²⁴ Analisando o avanço do ativismo judicial no STF, o autor trata das causas que derrubaram o mencionado **passivismo** a partir de fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais, muito próximo da proposta aqui apresentada de cenários.

O direito é um fenômeno social, e pode ser abordado pela perspectiva do **agir** e das **instâncias**, conforme aponta Guibentif: “o discurso jurídico enuncia-se, mais concretamente, em contextos específicos, estruturados ou não apenas pela ‘lógica jurídica’, mas também por lógicas econômicas, pedagógicas etc. que criam as condições materiais de possibilidade desta enunciação.” (GUIBENTIF, 2007, p. 100).²⁵

Nesse sentido, a partir da judicialização das políticas públicas é possível perceber uma específica compreensão sobre a relação entre Direito e papel do Estado, revelando contradições e relações de poder. De uma postura/cultura que utilizava a lei como um **escudo protetor** (JUNQUEIRA; OLIVEIRA, 2001), os atores do campo jurídico assumiram uma **nova** cultura no extremo oposto. A partir do argumento de efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário busca justificar e legitimar

²⁵ Garcia (2014) propõe uma descentralização do sujeito: “O descentramento do sujeito nos convida a tentar captar quais são – independentemente da trajetória dos indivíduos, do seu gênero, sua educação, etc. – as condições cognitivas, ou as estruturas sistêmicas ‘já presentes’ que permitem aos atores comunicar um sentido em vez de outro, isto é, de emitirem uma comunicação, por exemplo, em favor de sanções aflitivas e/ou geradoras de exclusão social, em vez de sanções alternativas menos hostis. Ao descentrar o sujeito para problematizar aquilo que é o sistema, surge, com relação ao tema mencionado, a possibilidade de problematizar de modo pertinente o que são as teorias da pena e a racionalidade penal moderna como sistema de pensamento dominante do Direito Criminal moderno: os atores passam, as ideias permanecem e a comunicação se estabiliza [...]. Dito de outra forma, enfatizam-se as estruturas do sistema de pensamento, e não as estruturas das consciências individuais”. Apesar de a premissa teórica ser de Luhmann, a proposta da autora dialoga com a reflexão aqui apresentada – a partir da análise do discurso dos magistrados, a hipótese levantada é a construção de uma **cultura** reproduzida no campo jurídico que reflete um poder simbólico eventualmente inconsciente.

a resposta à demanda pela efetivação de um direito social, respeitando a lógica interna de cada discurso (JUNQUEIRA; OLIVEIRA, 2001).²⁶

Essa lógica interna reside no neoconstitucionalismo. Barcellos (2005) aponta três premissas fundamentais do ponto de vista metodológico-formal do neoconstitucionalismo:

A normatividade das normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. (BARCELLOS, 2005, p. 84)

Streck (2011) critica a utilização do **neo**, mas concorda que há um redimensionamento na práxis político-jurídica a partir da supremacia da Constituição no lugar da lei; da presença dos princípios e da teoria da interpretação.²⁷

²⁶ Não aprofundaremos a literatura sociojurídica utilizada para análise desse ponto, mas é importante apresentar algumas premissas. A partir de Bourdieu (1989, 1990) é possível construir uma conexão de sentido entre a **fala** dos juízes e a construção de um capital simbólico que se reproduz e impõe o discurso **jurídico** sobre o **político** (Poderes Executivo e Legislativo). Os estudos de Pierre Bourdieu tratam basicamente das relações humanas como relações de poder, que reproduzem um sistema objetivo de dominação interiorizado enquanto subjetividade. A reprodução dessa lógica de dominação não se restringe apenas às instituições estatais, mas se inscreve também em níveis mais profundos, atingindo representações sociais de diversos campos como político, educacional, artístico e linguístico (ORTIZ, 1983). Bourdieu (1989) destaca que o campo jurídico é um espaço de luta pela última manifestação sobre **dizer o que é o direito**. Assim, os diferentes atores jurídicos utilizam um discurso que busca seu capital jurídico, ou seja, diferentes fontes do Direito e argumentos escolhidos a seu favor para convencer que a sua manifestação está correta. Os diferentes campos sociais (científico, político, artístico, jurídico etc.) representam estruturas sociais com diferentes relações de força que buscam monopolizar um capital específico, fundamento do poder e da autoridade específica característica de um determinado campo (BOURDIEU, 1989, 1990, 1996, 2003).

²⁷ “Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões [...]” (STRECK, 2011, p. 36).

Seja neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, a questão é a de que essa nova grade de leitura confere um papel de protagonista ao Poder Judiciário e constrói uma ideologia que defende o constitucionalismo como melhor opção para o Estado e uma nova visão da interpretação e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, ultrapassando o raciocínio meramente subsuntivo, de descrição da norma que deve ser aplicada ao caso (SANCHIS, 2001; COMANDUCCI, 2002).²⁸

Bercovici (2003) destaca, entretanto, que essa teoria, ao recetar deixar a Constituição nas mãos do legislador, acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao Poder Judiciário. Como os problemas da Constituição são de concretização constitucional, favorece-se o crescimento do papel político do tribunal constitucional (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal), que se autoconverteria em **senhor da Constituição**.

Essa concepção está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito destacado anteriormente. Ademais, consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política. Esse é o contexto constitucional da judicialização da política que desenvolveremos a seguir.

²⁸ “En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.” (SANCHIS, 2001, p. 127).

1.3 A judicialização da política

A expressão **judicialização da política**²⁹ passou a ser utilizada pelas ciências sociais a partir da obra de Tate e Vallinder (1995), em que os autores abordam não apenas o conceito, mas também as condições institucionais para o processo de expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, em uma pesquisa empírica comparada em diferentes países. Os autores apontam dois contextos para judicializar a política: transferência do processo de decisão do Poder Legislativo e do Poder Executivo para as cortes e expansão dos métodos de decisão judicial para além do campo estritamente jurídico.

Os autores destacam as seguintes condições para a caracterização do fenômeno da judicialização da política:

- a. democracia, condição necessária mas não suficiente para o surgimento da judicialização;
- b. separação dos poderes, mas também não é suficiente;
- c. política de direitos, especialmente quando positivados em uma constituição, apesar de existirem casos em que não o são;
- d. uso dos mecanismos de controle da constitucionalidade, ou seja, dos tribunais constitucionais, por grupos de interesse na realização de seus objetivos;

²⁹ A expressão judicialização da política é questionada por Maciel e Koerner (2002) como variável para análise empírica das relações problemáticas entre instituições judiciais e instituições políticas na democracia brasileira. Para os autores, judicialização da política e politização da justiça são expressões correlatas que indicam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. A expressão faz parte do repertório das ações de grupos políticos que defendem o recurso das arenas judiciais para ampliar a proteção estatal à efetividade de direitos de grupos discriminados ou excluídos. No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Nesse sentido, alguns autores apontam que a judicialização da política representa a difusão dos procedimentos judiciais em arenas de deliberação política – ou seja, o ajuizamento de ações que envolvam questões políticas por si só já caracterizaria o fenômeno.

- e. uso dos mecanismos de controle da constitucionalidade (Tribunais Constitucionais) por grupos da oposição a fim de alterar decisões aprovadas pela maioria;
- f. ineficiência das instituições majoritárias, por exemplo quando as Cortes reconhecem direitos das minorias, ainda que as Cortes não sejam consideradas “representativas”;
- g. percepção das instituições políticas como ineficazes, diferentemente da percepção que se tem do Judiciário;
- h. delegação por parte de instituições majoritárias de questões com alto custo político às Cortes, como aborto e eutanásia (TATE; VALLINDER, 1995).

Vianna (1999) destaca que o processo de judicialização da política também advém de uma espécie de “revolução passiva”, ou seja, uma revolução sem revolução, em que o Judiciário seria investido da capacidade de interpretar o conteúdo constitucional, transcendendo suas funções tradicionais de simplesmente adequar o fato à lei, mas de inquirir a realidade à luz dos valores e princípios dispostos constitucionalmente, ou seja, os valores universais de uma sociedade que não se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação.³⁰ A afirmação retoma a ruptura com o paradigma positivista que apontamos anteriormente – nesse não caberia ao Judiciário solucionar questões de cunho **político**, típicas dos outros dois poderes.

Entretanto, essa nova percepção da função jurisdicional trouxe consigo a questão da própria legitimidade do juiz constitucional. Isso porque a Constituição passa a ser cada vez mais um ato de caráter jurisprudencial, ou seja, o que o juiz constitucional entender que deve

³⁰ Garapon destaca que um novo papel é imposto ao juiz: “não como escolha deliberada, mas como reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. O juiz surge como o recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. Ele é o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.” (GARAPON, 2001, p. 26-27).

ser. Nesse sentido, ainda, torna-se crucial a crítica de Ingeborg Maus (2000): a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na justiça. O que a autora aponta é a projeção no Judiciário da definição da moral, substituindo o Poder Legislativo, eleito pelo povo, pelo governo dos juízes constitucionais. Essa é, na verdade, a grande crítica feita à expansão da judicialização da política.³¹

Dessa feita, atrelada à notória expansão de judicialização da política, é possível verificar o debate sobre o caráter democrático dessa judicialização, e, portanto, do papel do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, em especial em países em que a judicialização da política surge no interior do processo de consolidação democrática após períodos autoritários, como é o caso brasileiro.³² Na Colômbia, Yepes (2007) também aponta o papel da corte constitucional na efetivação do texto constitucional de 1991, que exigia um Estado mais intervencionista,

³¹ Para Boaventura de Sousa Santos (1996), a procura pelo Poder Judiciário não representa uma **emancipação** do direito, porque emancipatórios e não emancipatórios são os movimentos, as organizações e os grupos cosmopolitas subalternos que recorrem à lei para levar as suas lutas por diante. Nesse sentido, a judicialização da política seria uma estratégia de diferentes atores na defesa de seus interesses.

³² Ao constitucionalizar os direitos sociais, o texto constitucional de 1988 atribuiu uma centralidade ao Direito e ao Poder Judiciário, mas, com o aumento das demandas junto ao Supremo Tribunal Federal, é possível refletir sobre a judicialização da política como um importante instrumento de **aprofundamento da democracia brasileira**, na medida que ampliou o acesso ao STF (VIANNA, 1999, p. 260). “Em outras palavras, a abertura constitucional [ampliação do rol de legitimados] permite que cidadãos, partidos políticos, associações, etc. integrem o círculo de intérpretes da constituição, democratizando o processo interpretativo - na medida em que ele se torna aberto e público - e, ao mesmo tempo, concretizando a constituição.” (CITTADINO, 2002, p. 19). A ampliação dos entes que podem solicitar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, um dos processos típicos da jurisdição constitucional, representa uma das principais inovações da Constituição de 1988, permitindo que o Supremo esteja mais aberto às demandas de diversos setores políticos, sociais e corporativos.

e cujos juízes assumiram com vigor o papel de desenvolvimento dos direitos fundamentais.³³

Contudo, percebe-se que, ao constitucionalizar os direitos, tira-se da política o seu papel preponderante, passando para os tribunais constitucionais (no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal) a discussão de cunho político (BERCOVICI, 2004). Isso de certa forma foi **legitimado** pelo próprio texto constitucional – é atribuição do Supremo, a ação é de competência exclusiva dessa corte, o grupo que pode provocar a jurisdição constitucional foi ampliado. O próprio desenho institucional do controle de constitucionalidade **judicializou** a política e de certa forma a legitima.³⁴ Trata-se da tensão entre constitucionalismo e democracia que mencionamos anteriormente: diante da previsão constitucional da jurisdição constitucional o debate passa a ser sobre os limites da atuação do Judiciário, tema que trataremos no próximo capítulo.

Ainda que possamos trazer as estratégias de alguns atores no fenômeno da judicialização da política, ou seja, da utilização do Poder Judiciário por grupos que buscam alcançar interesses específicos, inclusive por parte dos “perdedores”, trata-se também de uma nova arena para defesa de “subcidadãos”, minorias e movimentos sociais. Os movimentos

³³ “A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático.” (YEPES, 2007, p. 65).

³⁴ “Ademais, a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social nela existente, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura jurídica hegemônica - que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes, e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação -, são fatores que contribuíram, cada um ao seu modo, para que a jurisdição constitucional ganhasse um destaque na vida pública nacional até então inédito.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 124).

sociais são responsáveis pela politização de vários temas que permitiram a reivindicação de novos direitos, ampliando os tradicionais espaços públicos de cidadania e participação, incluindo o Poder Judiciário.³⁵

Portanto, apesar dos cenários sociopolítico e constitucional, que provocaram a judicialização da política, existem riscos e possibilidades para a própria democracia diante do constitucionalismo. Nesse sentido, apresentamos uma síntese interpretativa da extensa literatura sobre os principais riscos e possibilidades no caso brasileiro (YEPES, 2007; SARMENTO; SOUZA NETO, 2013; CAMPOS, 2014).³⁶

³⁵ Desse modo, para os grupos minoritários, a existência e a consciência desses direitos são um espaço de participação, o mínimo de inclusão que tem na sociedade civil, e por isso os valorizam. É assim que, em vários países, e até mesmo no que se refere ao direito internacional, vemos que, historicamente, os direitos ajudaram, em muitos casos, algumas das lutas dessas minorias. A mobilização legal por parte de determinado movimento social ou associação contribui para que as minorias que representa adquiram uma maior consciência dos seus direitos, podendo criar ou reforçar a ideia de identidade coletiva (DUARTE, 2005, p. 9).

³⁶ “Toda a nova disciplina constitucional e infraconstitucional acerca da estrutura e do funcionamento do Supremo, ampliando o acesso à jurisdição concentrada e abstrata e aos poderes de decisão, favoreceram a judicialização da política e das grandes questões sociais em seu âmbito de atuação. Importantes questões, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – passaram, rotineiramente, a ser questionadas no Supremo, principalmente por meio de ADIs [Ação Direta de Inconstitucionalidade]. Aos poucos, a judicialização da política se tornou uma realidade na nova democracia brasileira.” (CAMPOS, 2014, p. 240). Ao abordar a dificuldade democrática, Sarmiento e Souza Neto propõem que a questão não é o remédio, ou seja, a jurisdição constitucional, mas, sim, a sua dosagem: “Esta dosagem, na nossa opinião, não corresponde a uma fórmula universal, válida em todos os países e contextos. Ela depende de fatores contingentes, como o grau de representatividade dos poderes políticos majoritários, sua performance na proteção de direitos fundamentais e de minorias, a credibilidade e independência do sistema judicial, e a existência, no âmbito do Poder Judiciário, de uma cultura não elitista, que se deixe impregnar pelos anseios dos grupos e camadas mais vulneráveis da população.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 138). “A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiores contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas condições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático.” (YEPES, 2007, p. 65).

Quadro 1 | Riscos e possibilidades da judicialização da política

RISCOS	Desmobilização popular	Diante da omissão ou do descrédito dos poderes políticos representativos (Executivo e Legislativo), a sociedade não se mobiliza politicamente para reivindicar seus direitos, para se autogovernar, depositando no Judiciário, não eleito, a responsabilidade para equacionar conflitos políticos, sociais e morais da sociedade.
	Litígio estratégico ³⁷	Diferentes atores utilizam o Judiciário como arena estratégica para seus interesses, sejam eles legítimos ou não, inclusive diante de uma batalha perdida na arena político-eleitoral, já que o Judiciário também pode errar contra as minorias estigmatizadas.

³⁷ Litígio estratégico é a utilização do espaço judicial como arena de deliberação política sobre um tema constitucional que envolva a transformação da realidade e que ainda não foi objeto de debate público (MANEIRO; PULCINELLI, 2017).

POSSIBILIDADES	Garantia de direitos e maior eficácia constitucional	A efetivação de direitos constitucionais via arena judiciária, diante de omissões ou descaso dos poderes políticos, Legislativo e Executivo. A judicialização permitirá ainda a construção de agendas políticas de temas que não estejam alcançando os representantes eleitos.
	Proteção de minorias e grupos estigmatizados	Minorias e grupos que não têm voz no Legislativo e Executivo podem ter seus direitos protegidos diante dos abusos de maiorias político-eleitorais mais conservadoras e abusivas, sensibilizando os atores políticos por meio da judicialização.

Fonte: elaboração própria.

Cumpre retomar ainda que esses riscos e possibilidades estão inseridos na ideologia neoconstitucionalista já apontada, que aproxima direito e moral, valoriza o papel do Poder Judiciário e suscita a ponderação como estratégia de interpretação dos princípios constitucionais, superando o raciocínio subsuntivo, e dependendo sempre da análise do caso concreto.³⁸ Por isso, acompanhando Sanchis (2001), inclinar-se

³⁸ “Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.” (SANCHIS, 2001).

a favor do **legalismo** ou do **judicialismo** como modelos predominantes é uma opção ideológica, que demanda também uma racionalidade para as decisões judiciais, mas também para as decisões legislativas, o que acarretaria um certo equilíbrio. Essas controvérsias argumentativas serão abordadas no próximo capítulo.

2 Direito e Políticas Públicas

Após a contextualização dos cenários sociopolítico e constitucional da centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico, especialmente o Supremo Tribunal Federal, no caso da judicialização da política, passaremos a analisar o objeto principal deste livro: a relação entre Direito e políticas públicas.

O desdobramento da judicialização da política como a transferência de demandas políticas típicas dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário é a judicialização das políticas públicas – o questionamento sobre a efetivação de direitos fundamentais sociais no Poder Judiciário. As controvérsias sobre a efetivação dos direitos sociais são marcadas por uma divergência sobre a natureza e a função do Estado, do Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais em um contexto de problemas distributivos (ALEXY, 2006), conforme apontaremos no decorrer deste capítulo.

A judicialização das políticas públicas é a provocação do Poder Judiciário pela sociedade, seja individualmente pelo cidadão, seja por intermédio de algum ator do campo jurídico, como Ministério Público ou Defensoria Pública, para a efetivação de um direito fundamental social.

Portanto, as demandas junto ao Poder Judiciário na judicialização de políticas públicas podem incluir a efetivação de um direito fundamental social que ainda não foi implementado por intermédio de uma política pública; a efetivação de um direito fundamental social existente em

política pública, mas não implementada; a alteração no desenho da política pública; o desenho de uma política pública, entre outros.³⁹

Portanto, a demanda nesse caso pode implicar a existência de uma política pública ou não, isso porque os direitos sociais estão constitucionalmente previstos e, eventualmente, os poderes políticos ainda não os implementaram.⁴⁰ Aqui reside uma das polêmicas na judicialização das políticas públicas: estamos tratando de direitos prestacionais, ou seja, que demandam a intervenção do Estado, de escolhas políticas discricionárias que dependem “da macroeconomia, da organização dos setores produtivos, da inserção do Estado na econômica mundial, enfim, de variáveis estranhas ao direito” (BUCCI, 2006, p. 4).

Como apresentaremos adiante, a discussão sobre os limites na efetivação dos direitos sociais é objeto de grande debate jurídico e político, uma vez que implica a definição do tipo de Estado que se almeja. Queiroz (2006) trata a questão a partir do conceito de constituição e constitucionalismo, ultrapassando a noção essencial de instrumento limitativo do poder. Para tanto, a autora propõe três leituras para o “novo” constitucionalismo:

³⁹ Abramovich (2005) destaca cinco casos de atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais: legalizar uma decisão de política pública já assumida pelo Estado; executar uma lei ou uma norma administrativa que determina obrigações jurídicas em matéria social; estabelecer um padrão dentro do qual a administração deva planejar e implementar ações concretas e supervisionar sua execução; determinar uma conduta a seguir; ou, em certos casos, constituir em mora o Estado em relação a uma obrigação, sem impor um remédio processual ou uma determinada medida de execução.

⁴⁰ “Os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais... Como se pode ver, os direitos sociais, ditos de segunda geração, que mais precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração.... O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais. Isso ao mesmo tempo em que se multiplicam as formas de opressão, tanto pelo Estado como pela economia.” (BUCCI, 2006, p. 2-3).

a) Para quem entenda a constituição como fundada em princípios valorativos superiores, haverá que concluir que entre estes se depara o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto “indivíduo”, racional e emocionalmente determinado, e “cidadão”.

b) Por outro lado, na configuração do elemento de sociabilidade, não se entende já por indivíduo – máxime, cidadão – o ser individual e isoladamente considerado, mas a pessoa inserida num determinado contexto social.

c) Esse contexto social, assente na intersubjectividade e na relação com os outros, não se opõe, ponto por ponto, ao Estado (ou “esfera pública”), antes deverá ser entendido que entre os dois – ou melhor, com o concurso dos dois – tem por objectivo a realização da dignidade da pessoa humana, em todas as facetas do desenvolvimento da sua personalidade, e que esta se mostra indissociável da construção e manutenção de uma sociedade tendencialmente igualitária e justa. (QUEIROZ, 2006, p. 12-13)

Nesse sentido, a ordem constitucional define os direitos fundamentais, os procedimentos decisórios governamentais e os critérios de participação política que definirão a natureza do Estado. No caso brasileiro, um Estado Democrático de Direito, o texto constitucional prevê também um Estado social, na medida em que aponta a dignidade da pessoa humana e a cidadania como fundamentos da República Federativa do Brasil, e objetivos os incisos do art. 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais e a promoção do bem de todos. Conforme destacamos no Capítulo 1, as escolhas do constituinte provocaram uma releitura do papel do Direito e do campo jurídico.

Ao constitucionalizar fins, objetos e projetos para a sociedade por intermédio das políticas públicas, optou-se por um Estado não apenas regulador e garantidor da coesão social, mas também protetor (VALLE, 2009b). Essa percepção condiciona certos posicionamentos no âmbito das

políticas públicas, determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos.⁴¹

Diante dos argumentos utilizados no âmbito da problemática da judicialização das políticas públicas, surge a reflexão sobre o papel exercido pelo Poder Judiciário, a resposta à demanda social.⁴² Essa problemática está inserida em um tema fronteiro entre Direito Constitucional e Direito Administrativo: o controle de políticas públicas. Apesar da relevância da vinculação ao conteúdo constitucional, cresce a importância da função controle, seja administrativo (interno e externo), seja jurisdicional. “Passa-se ao serviço público como categoria que já incorpora os destinatários da ação pública não mais como meros sujeitos passivos do exercício

⁴¹ Couto aprofunda esse debate utilizando três dimensões do termo política, em inglês, já que em português a palavra política é sempre a mesma e permite confusões: “Por exemplo, uma normatividade constitucional poderá ser considerada *democrática* a depender dos procedimentos (*quem* governa e *como* governa) que estipula, mas também como *social*, ou de *bem-estar* social, caso assegure a seus cidadãos direitos sociais mínimos (o que garante o Estado como direitos)... poderíamos definir a política constitucional, consubstanciada no ordenamento normativo superior do Estado, com o termo *polity*. A segunda dimensão, a da *política competitiva*, concerne à atividade política que tem lugar no âmbito da institucionalidade estatal. Política aqui é *jogo*, com suas diversas possibilidades: conflito, cooperação, alianças, vitórias, derrotas, empates, ganhos, perdas etc. Mais uma vez usando o termo em inglês aqui a *politics*. Finalmente, a terceira dimensão, a das *políticas públicas*, concerne ao produto da atividade política que tem lugar nas instituições de Estado. É a política pública tudo aquilo que o Estado gera como um resultado de seu funcionamento ordinário. Na denominação em inglês, teríamos aqui a *policy*” (COUTO, 2006, p. 98-99).

⁴² A análise aqui proposta se concentra no controle judicial, mas todos os elementos e reflexões estão também presentes também na atuação do Ministério Público. “[...] o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.” (FRISCHEISEN, 2000, p. 59). Para a autora, conciliar as diversas demandas constitucionais é o desafio atual para o administrador, e, diante da complexidade das atividades e a necessidade de sua fiscalização, são criados órgãos e instituições de controle interno (auditorias e corregedorias) e externos (Ministério Público e Tribunais de Contas). “Agindo como mediador de conflitos surgidos na sociedade que anseia pela efetiva implementação dos direitos sociais, demandando judicialmente contra os administradores dos executivos federal, estadual e municipal e ainda contra órgãos públicos de fiscalização e entidades privados, o fenômeno da ‘politização’ antes imputado apenas ao Judiciário, passa também a ser mencionado relativamente ao Ministério Público” (FRISCHEISEN, 2000, p. 117).

desse poder, mas como credores de uma atuação instrumental ao bom desenvolvimento da vida em sociedade.” (VALLE, 2009b, p. 25).

Conforme destacamos no capítulo 1, ao constitucionalizar direitos sociais e políticas públicas, há “uma opção fundante no Estado, pelo signo da justiça distributiva, pela solidariedade como estratégia de ação nos temas públicos não estatais” (VALLE, 2009b, p. 51). E essa opção requer escolhas: como erradicar a pobreza? Quais medidas devem ser adotadas? Para a solução dessas questões, a opção da tradição jurídica centrada no órgão estatal e na legalidade é substituída por uma racionalidade que descreve a política pública como “um universo complexo e incerto, a partir do choque e das cooperações entre racionalidades limitadas de diferentes atores que se vejam mobilizados por aquela específica linha de ação estatal” (VALLE, 2009b, p. 59).

Nesse sentido, dá-se a relevância da compreensão jurídica do termo políticas públicas: programa de ação governamental, visando realizar objetivos determinados (BUCCI, 2006). As categorias que estruturam o conceito de políticas públicas não são próprias do Direito, mas sim da política e da administração pública, carregando elementos estranhos ao campo jurídico, como dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o poder público quer atingir, e/ou à concretização de direitos (BUCCI, 2006).⁴³

Contudo, a norma jurídica desempenha a função de plasmar os objetivos, diretrizes e meios dessa atividade estatal, que normalmente surge a partir de uma agenda política diante de um aspecto da vida social

⁴³ “As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico” (BUCCI, 2006, p. 31).

que demanda a atuação do Estado de forma prestacional,⁴⁴ normalmente condicionada ainda a princípios e objetivos constitucionais.

Aqui a relevância do conceito de políticas públicas está no direito administrativo, reduzindo o grau de arbítrio da administração pública. “Se as políticas públicas materializam indicações constitucionais e, na medida em que a administração pública encontra sua razão de ser no espaço constitucional, incumbe aos administradores continuarem este processo na trama sucessiva que é o constitucionalismo moderno.” (OHLWEILER, 2010, p. 297). Esse é o contexto do controle das políticas públicas.

O controle jurisdicional de políticas públicas está fundado nas premissas constitucionais apontadas até aqui e dimensiona as ações governamentais em dois âmbitos: formal e material.⁴⁵ Isso porque juridicizar as políticas públicas é traduzir do ponto de vista do sistema do

⁴⁴ “Hoje é indissociável à noção de Estado a ação sobre os rumos da sociedade, ação esta que deve estar direcionada a buscar o aprimoramento da vida em comum como requisito da legitimidade e de legitimação. É também assentado que o Estado deve valer-se do direito para tanto, fazendo inscrever os objetivos a serem alcançados em normas jurídicas, sejam elas constitucionais, sejam infraconstitucionais. Com isto, o direito passa a apresentar, além de suas funções tradicionais identificadas, outras já plenamente enraizadas, em que vem caracterizado como médium para o estabelecimento desses objetivos, cuja materialização é implementada por meio de políticas públicas econômicas e sociais” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 51).

⁴⁵ “O problema referente ao controle jurisdicional das políticas públicas remete para um tema bastante debatido no Direito Administrativo, referente ao controle da administração pública. Controlar indica direcionar, impor determinado horizonte de sentido para uma ação. Adotando as condições de possibilidade do Estado Democrático de Direito, o controle das políticas públicas quer dizer delimitar certo campo de ação para o agente público. Muito embora, efetivamente, haja grande similitude entre políticas públicas e atos políticos, é plenamente possível, em especial com a viragem hermenêutico-constitucional proporcionada pelo neoconstitucionalismo, ultrapassar as posturas restritivas que têm vigorado com relação ao controle destas ações de governo. Na medida em que as políticas públicas devem estar voltadas para a materialização de todo um conjunto de preceitos, princípios, direitos e garantias fundamentais, o controle jurisdicional a ser realizado, em última análise, relaciona-se diretamente com o fundamento das políticas públicas. A finalidade do controle será assegurar que tais espécies de ações da administração pública estejam pautadas por tal fundamento, no caso, o fundamento que é dado pelo constitucionalismo moderno” (OHLWEILER, 2010, p. 303).

Direito quais são as escolhas dos outros sistemas: político, econômico, de influência social e outros.

O controle formal é a garantia de submissão à legitimidade democrática, ou seja, o processo de construção da política pública deve obedecer a transparência administrativa. O controle material é quanto às opções sobre o papel do Estado previstas no texto constitucional, especialmente os que se ancoram na dignidade da pessoa humana. E, nesse controle, retomamos a cultura jurídica apresentada no capítulo 1 – ela ultrapassa o paradigma liberal-individualista em um raciocínio dedutivista para um controle de “ponderação de bens, direitos e interesses envolvidos na construção de políticas públicas” (OHLWEILER, 2010, p. 304).

Contudo, a grande problemática surge na definição das prioridades. Diante de recursos escassos e de processos de escolhas, o campo jurídico construiu uma leitura do controle jurisdicional a partir do constitucionalismo moderno: no constitucionalismo liberal tradicional, as decisões eram políticas e não jurídicas, de conveniência e não de princípio. São decisões típicas dos poderes eleitos, Executivo e Legislativo. Lembram da controvérsia sobre a aproximação entre Direito e política? (LOPES, 2010). Ela é retomada no processo de constitucionalização do Direito Administrativo e no controle de políticas públicas. Ao assumir o papel de norte interpretativo do ordenamento jurídico, o conteúdo constitucional vincula a administração pública, autorizando um controle jurisdicional mais intenso dos atos administrativos classificados como discricionários (OLIVEIRA, 2010).⁴⁶

⁴⁶ Nessa linha, sobressai o princípio da juridicidade no lugar da legalidade: a administração não está vinculada apenas a regras previstas nas leis, mas também no próprio Direito, incluindo os princípios constitucionais. “A substituição da lei pela Constituição, portanto, reforça a ideia da força normativa da Constituição. A consagração da tese da força normativa dos princípios constitucionais, por vezes em conflito em uma sociedade pluralista, implica a necessidade de utilização da ponderação de interesses por parte da administração pública na sua atuação. Sendo a finalidade precípua da administração a concretização da Constituição, a ponderação passa a ser uma ferramenta importante no processo de resolução de conflitos entre princípios” (OLIVEIRA, 2010, p. 76).

Arelado a um descrédito sobre a atuação dos gestores públicos, a constitucionalização do Direito Administrativo é o alicerce do exercício do controle de políticas públicas.

Por isso, a judicialização das políticas públicas decorre com frequência de uma debilidade das instituições democráticas de representação: a efetivação dos direitos sociais é transferida para a esfera judicial,⁴⁷ sem, contudo, resolver a tensão entre constitucionalismo e democracia apontado anteriormente, justamente diante do que é conhecido como micro e macro justiça na efetivação do direito individual pelo Poder Judiciário. Microjustiça porque individualmente o cidadão alcança a efetivação do direito social almejado. Na concepção da justiça comutativa, ou seja, da solução para uma controvérsia individual, com partes claramente limitadas e com objeto definido, a questão está resolvida.⁴⁸

Contudo, ao atender individualmente, o Poder Judiciário indiretamente afeta a coletividade no processo de definição da política pública. A política pública está no âmbito da justiça distributiva: a

⁴⁷ “A debilidade das instituições democráticas de representação, bem como a deterioração dos espaços tradicionais de mediação social e política, contribuíram para transferir à esfera judicial conflitos coletivos que eram dirimidos em outros âmbitos ou espaços públicos ou sociais, reeditando em especial o tema dos direitos sociais – a velha polêmica sobre as margens de atuação das instâncias judiciais em relação às instâncias administrativas” (ABRAMOVITCH, 2005, p. 204).

⁴⁸ “Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior). Logo, pode-se dizer que há regras para as trocas, há regras para a retribuição e para a correção. Em geral, a troca tem regras estabelecidas para relações bilaterais” (LOPES, 2006, p. 145).

distribuição de bens coletivos, relacionados ao bem comum.⁴⁹ O conflito não se resume a dois indivíduos, na perspectiva bilateral; não se resume apenas ao reconhecimento de um direito individual, mas de fazer ou prover um serviço público para a sociedade. O acesso ao serviço público é de todos e não de um único cidadão, o que transforma o conflito em plurilateral (LOPES, 2006).⁵⁰

Nesse sentido, a pulverização/proliferação dos conflitos na arena judicial afeta a macrojustiça: deslocamento e desorganização do processo de seleção de prioridades e reserva de meios (recursos econômicos)

⁴⁹ “Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios). Uma boa parte da questão jurídica sobre os direitos sociais dá-se em torno da lentidão ou dificuldade da distribuição (afinal, nisto se interessam os direitos sociais, ou seja, a distribuição dos benefícios da vida em sociedade) pelo processo legislativo e pela administração pública. Na falta destas duas ordens de soluções, o sistema judicial vê-se confrontado com as expectativas de diversos grupos sociais que, apelando para os termos da declaração de direitos da Constituição federal, desejam vê-los realizados e exigidos” (LOPES, 2006, p. 144/160).

⁵⁰ “Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva. Dizem respeito à participação dos pobres no fundo econômico comum (socialmente produzido, mesmo que por meio da propriedade privada). Dizem respeito à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (direito à não-discriminação em razão de cor, religião, convicção política, sexo ou orientação sexual). Dizem respeito à defesa do patrimônio comum da humanidade (história, ecologia, cultura). Neste contexto, quem é a parte adversa, a parte contrária, é o réu nos processos judiciais? Mesmo que se apresentem alguns réus determinados (o Estado, uma agência governamental, uma federação de patrões, uma empresa ou pessoa jurídica privada), o que está em jogo é, muitas vezes, algo que diz respeito à organização social, eventualmente concretizada num litígio determinado. Aqui está uma das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário hoje: a discussão judicial, a discussão política, faz-se ainda sob o signo do confronto de vontades, de interesses, de atores individualizados (mesmo que os atores sejam sindicatos, corporações). Uma política pública (uma política industrial, um regime de importações, uma política educacional, um plano de estabilização monetária) não pode ser compreendida senão em referencia plurilateral, e às disputas em torno de um bem comum, que não é o interesse do Estado, nem da maioria, nem dos mais ruidosos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação social. Neste sentido, chegam ao Judiciário, como fórum de discussão pública, questões que o sistema representativo brasileiro e a sociedade não têm conseguido resolver” (LOPES, 2006, p. 128).

definidos durante o ciclo da política pública⁵¹ e de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo.⁵²

Por isso, a discussão sobre a resposta dada pelo Poder Judiciário é tão intensa. De um lado, mais do que uma forma de proteção contra os abusos do Poder Executivo, a judicialização da política pública, no Brasil, ocorre em função da escassez de políticas que assegurem a efetivação dos direitos de cidadania. De certo modo, não é sobre o reconhecimento da autonomia do sujeito ou da exigência por participação no controle social que aumentam os processos judiciais, mas é da cobrança pelo acesso aos serviços públicos, principalmente de saúde, educação e assistência. Muitos desses processos são ajuizados na expectativa de que os juízes forcem o governo a cumprir o direito (SIERRA, 2011).⁵³

⁵¹ Os ciclos da política pública são: formação, execução, controle e avaliação (MASSARZABE, 2006).

⁵² “O efeito indesejado que pode decorrer desse fato [pulverização dos conflitos na arena judicial] é o deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridade e reserva de meios, cerne da construção de qualquer política pública, dos Poderes Executivo e Legislativo, onde se elabora o planejamento e se define, como consequência, o orçamento público, segundo uma ótica global, para o contexto isolado de cada demanda judicial, cuja perspectiva, mesmo nas ações coletivas, é do indivíduo ou grupo de indivíduos (ou talvez de uma comunidade, mas nunca ou quase nunca com a mesma abrangência das leis orçamentárias, de âmbito municipal, estadual ou federal).” (BUCCI, 2006, p. 36).

⁵³ Apesar de a análise ser do caso colombiano, Yepes (2007) traça bem a dicotomia entre a efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário em um contexto democrático: “A existência desses direitos é, pois, um elemento essencial para que a democracia possa realmente ser considerada um regime em que os cidadãos são livres e deliberam para se auto-governar. Entretanto, para que essas pessoas sejam verdadeiramente livres, é necessário também assegurar-lhes condições mínimas de dignidade, que lhes permitam desenvolverem-se como indivíduos autônomos. Os direitos fundamentais representam então esses bens, considerados indispensáveis para que todas as pessoas gozem da dignidade necessária para serem cidadãos verdadeiramente livres, iguais e autônomos. Nessa medida, esses direitos aparecem também como uma espécie de pressupostos materiais do regime democrático, pois, sem cidadãos livres e iguais, mal poderíamos falar de governo democrático. Portanto, se os direitos fundamentais são tanto pressupostos processuais como materiais da democracia, esses direitos devem ser garantidos, independentemente da opinião das maiorias” (YEPES, 2007, p. 65).

O caráter dirigente/programático não retira a vinculação jurídica dos atos políticos, e conseqüentemente a concretização dos direitos pelo Poder Judiciário. O contexto favorável e legitimado constitucionalmente para a expansão do Poder Judiciário amplia a própria presença do Direito nas práticas sociais que já retratamos. Nesse contexto, o Judiciário representa uma nova autoridade, a quem é atribuída a função de legitimar a ação política, estruturar o sujeito, organizar os laços sociais, dispor as construções simbólicas, certificar a verdade (GARAPON, 2001).

Aqui encontramos a linha que divide o paradigma formal da separação dos poderes preponderante até então e uma interpretação mais aberta, que defende uma centralidade nos operadores do Direito no sentido de concretização da norma.

De outro lado, os impactos negativos na delimitação de prioridades e de recursos por parte do Judiciário em detrimento das escolhas de atores que representam a sociedade e foram eleitos para as definições de cunho político. Isso sem mencionar a “utilização predatória” do Poder Judiciário por determinados atores, que não têm interesses propriamente legítimos; e as dificuldades de acesso à justiça no Brasil, como custas e honorários. Essas são algumas das críticas à cultura de centralidade do Direito e do campo jurídico que podemos concentrar na percepção ideológica do neconstitucionalismo brasileiro já apresentado.

Conforme destaca Cittadino (2002, p. 33), o campo jurídico confere “prioridade ao **dever de ação** e não ao **dever de abstenção** por parte do Estado”, o que acarreta uma nova grade de leitura da realidade, que tem o

Direito como principal ator,⁵⁴ seja no âmbito da jurisdição constitucional, seja nas primeiras instâncias, na judicialização das políticas públicas.

Essa nova grade de leitura evoca posturas tidas como **ativistas**, que abordaremos no último capítulo, após a apresentação dos principais argumentos utilizados no discurso dos atores envolvidos em uma demanda por direito social: a reserva do possível e o mínimo existencial.

2.1 Reserva do possível

Conforme já apontamos anteriormente, na própria controvérsia sobre macro e microjustiça, surge a variável econômica, ou seja, a necessidade de o Estado definir prioridades diante da escassez de recursos. Para alguns⁵⁵ predomina a necessidade de se articular a multiplicação de direitos sociais com a competitividade dos estados no âmbito econômico, enquanto outros relativizam essa compreensão em países periféricos, que

⁵⁴ “Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de uma mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais do que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende **reencantar** o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo democrático brasileiro que se pretende resgatar a **força do direito**, rompendo com a tradicional cultura jurídica.” (CITTADINO, 2002, p. 26-27).

⁵⁵ Podemos dividir a doutrina brasileira no seguinte sentido: Amaral (2001) é a favor da argumentação da **reserva do possível** na perspectiva de um limite para a atuação do Poder Judiciário; Krell (2002) é contrário diante do histórico de desigualdade brasileiro; Torres (2009) e Barcellos (2005, 2008) estão no meio termo, compreendendo que o argumento é um óbice à realização de parte das demandas amparadas em direitos fundamentais, mas não de todas, não impedindo a realização judicial de direitos indispensáveis a assegurar um mínimo existencial.

não passaram pelo Estado social, como os países da América Latina e suas profundas desigualdades sociais.⁵⁶

Nos estados que consolidaram os direitos individuais e políticos durante o século 18, conforme a construção histórica de Marshall (2002) salientada no capítulo 1, os direitos sociais já foram demandados e efetivados durante o Estado Social. No caso brasileiro e de outros estados de recente democratização, os direitos sociais previstos nesse novo paradigma constitucional ainda estão em processo de implementação diante de desigualdades sociais históricas, o que de certa forma legitima a atuação do Judiciário na condução **garantística** desses direitos.⁵⁷

A reserva do possível identifica-se, por outro lado,

[...] com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado. A questão nodal, aqui, diz respeito à existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa, tendo em vista o princípio da legalidade da despesa. (SARMENTO, 2008, p. 573)⁵⁸

⁵⁶ “Esse processo de ampliação de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do Estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal, que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretexto de variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico” (BUCCI, 2006, p. 5).

⁵⁷ “A preservação da esfera individual de liberdade em face do Estado, a partir do século XVIII, foi possível graças à criação de estruturas e à formação de uma “consciência institucional garantística” que se inseriu de diferentes modos nas realidades de cada país...Nos Estados que tardaram mais a criar as condições de funcionamento do Estado liberal, as demandas por liberdade vêm associadas a um pleito pela realização do Estado social. Isso explica que a tarefa constitucional nos Estados de democratização mais recente seja imensamente maior e mais onerosa do que nos Estados onde as tarefas básicas da civilização foram cumpridas há mais tempo, num período em que as relações sociais não haviam sido permeadas tão profundamente pelo direito, como ocorre hoje” (BUCCI, 2006, p. 7).

⁵⁸ Por não ser objeto específico do presente trabalho, remetemos o leitor à literatura mais especializada para maiores detalhamentos sobre esses dois conceitos, como, por exemplo, Ingo Sarlet (2006), Ana Paula Barcellos (2008), Daniel Sarmento (2008) e Cláudio Pereira de Sousa Neto (2008).

A questão passa a ser em que medida o Judiciário pode definir questões orçamentárias sem representatividade política.

A expressão surgiu em um contexto muito diferente do que tem sido utilizado. Ela foi construída no âmbito do Tribunal Constitucional da Alemanha, em um julgado que discutia o acesso a duas universidades alemãs no curso de medicina: “a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a **todos** os candidatos” (KRELL, 2002, p. 52; TORRES, 2009). Para a corte, a reserva do possível advém daquilo que o indivíduo pode, racionalmente falando, exigir da coletividade.⁵⁹

A questão é a decisão discricionária sobre a disponibilidade dos recursos na esfera das decisões governamentais e dos parlamentos, e não uma “reserva do orçamento” ou uma disponibilidade financeira. Na interpretação alemã, a reserva do possível se aproxima a uma “reserva democrática”, “no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador” (TORRES, 2009, p. 105), em uma análise racional do que os indivíduos podem esperar de direitos sociais prestacionais.⁶⁰

⁵⁹ “A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o curriculum do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver a reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total. Já a Universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos campi daquela Universidade” (SCAFF, 2010, p. 151). O Tribunal entendeu que a limitação da Universidade da Bavária não era adequada declarando-a inconstitucional.

⁶⁰ “As prestações positivas para a proteção dos direitos sociais e econômicos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Subordinada à chamada **reserva do possível**, a implementação dos direitos sociais depende de reserva da lei – instituídos das políticas públicas –, da reserva da lei orçamentária e do empenho da despesa por parte da administração. **A pretensão do cidadão é a política pública, e não a adjudicação individual de bens públicos**” (TORRES, 2009, p. 106).

A interpretação do campo jurídico brasileiro⁶¹ segue duas lógicas diferentes: uma “fática”, uma exaustão orçamentária, com inexistência absoluta de recursos, uma impossibilidade material para efetivação dos direitos, devendo ser judicialmente demonstrado, o que impossibilitaria o Judiciário de substituir o administrador (TORRES, 2009; AMARAL, 2001; BARCELLOS, 2008; KRELL, 2002). A segunda lógica é da reserva do possível “jurídica”, esta sim mais próxima da origem alemã, pois trata da ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular (BARCELLOS, 2008).

Apesar da relevância da finitude dos recursos econômicos, parcela do campo jurídico rejeita o argumento utilizado de forma exaustiva e casuística pelo Poder Público em uma sociedade que não passou pelo Estado Social, com circunstâncias particulares e um contexto cultural e socioeconômico bem diferente do alemão (KRELL, 2002; BARCELLOS, 2008)⁶², em uma adoção de solução estrangeira mal refletida e descontextualizada (KRELL, 2002).

Diante da interpretação de que o Direito não pode se isolar de questões próximas da macroeconomia, e da necessidade de interpretação

⁶¹ Conforme já destacamos, aqui reside o papel da doutrina. O argumento da reserva do possível foi e é amplamente utilizado pela administração pública para identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas (BARCELLOS, 2008).

⁶² “Todavia, parece difícil que um ente público não possa conseguir ‘justificar’ sua omissão social perante critérios de política monetária, estabilidade, contenção de gastos, as exigências financeiras dos diferentes órgãos (Assembleias Legislativas, Tribunais de Justiça, Tribunais de Contas, etc.). Resta observar que não se trata definitivamente de ‘conferir certo caráter messiânico ao texto constitucional’, mas simplesmente de levá-lo a sério. No Brasil, como em outros países periféricos, é justamente a questão analisar quem possui a legitimidade para definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas face à composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos. Os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação social dos países-membros da União Europeia” (KRELL, 2002, p. 53).

sobre os custos dos direitos, individuais⁶³ e sociais,⁶⁴ surge outra argumentação: a do mínimo existencial.

2.2 Mínimo existencial

O mínimo existencial pode ser interpretado como um argumento que busca construir um parâmetro, um conteúdo mínimo para a exigibilidade dos direitos sociais e contra o qual o argumento da reserva do possível não possa ser utilizado de forma casuística. Esse mínimo é necessário para a sobrevivência do homem – “a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo” (TORRES, 2009, p. 36).

Diante do cenário sociopolítico, cultural e constitucional já apontados e em um contexto que demanda a análise da capacidade financeira estatal, o campo jurídico construiu um padrão mínimo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim como no caso da

⁶³ “Também os direitos individuais e os políticos demandam gastos por parte do Poder Público. São necessários recursos públicos, *e.g.*, para a manutenção da polícia e dos bombeiros, cuja função principal é proteger não apenas a vida, mas também a propriedade, direito tipicamente individual. Boa parte de toda a atuação do Poder Judiciário – que custa dinheiro, lembre-se – destina-se à proteção dos direitos individuais, como a propriedade, diversas formas de expressão da liberdade, a honra, a imagem etc. O cadastramento eleitoral e a realização de eleições, para não alongar os exemplos, também dependem de recursos públicos” (BARCELLOS, 2008, p. 264-265).

⁶⁴ A expressão decorre da obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, *The Cost of Rights* (1999), que salientam que a análise econômica do custo dos direitos não é apenas dos direitos sociais, mas também dos direitos individuais, cujos remédios são custosos. A crença de que apenas os direitos sociais teriam custos descortina uma opção ideológica que encoberta a orientação conservadora de proteção máxima dos direitos individuais. “A verdade é que, a partir da consideração de que todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação, o que implica custos públicos, há que se proceder a uma releitura das noções que envolvem os direitos fundamentais”, ou seja, de que “direitos não nascem em árvores.” (GALDINO, 2005, p. 215).

reserva do possível, Krell (2002) aponta que essa interpretação também recebeu influência alemã, jurisprudencial⁶⁵ e doutrinária⁶⁶.

Trata-se de o Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para as pessoas mais necessitadas, como a garantia da liberdade real e a proteção dos pressupostos da democracia (SARMENTO, 2008; SARMENTO, 2011), inserido na lógica da cidadania inclusiva e da questão social mencionada no início desta obra. Sarlet e Figueiredo (2010) ainda alegam que o mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional, pois decorre da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.

Essa interpretação, de que o Estado está condicionado a prover direitos prestacionais “mínimos”, e que essas prestações poderão ser

⁶⁵ “A teoria engenhosa que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos Direitos Fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Carta de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional.” (KRELL, 2002, p. 60). “A Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado social (artigo 20, I, LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um ‘mínimo vital’.” (KRELL, 2002, p. 61).

⁶⁶ A doutrina alemã é contrária à inclusão de direitos sociais nos textos constitucionais pois poderia provocar uma impressão negativa no cidadão, uma promessa vazia (KRELL, 2002), contudo: “Há poucos constitucionalistas alemães de renome que não rejeitam a existência de um Direito Fundamental individual para a concessão de prestações positivas e a interferência ativa em políticas públicas por parte do juiz, alegando que este seria o papel dos Poderes Legislativo e Executivo, mas não do Judiciário, que não estaria democraticamente legitimado e tecnicamente aparelhado para tomar este tipo de decisão. Ao mesmo tempo, quase todos os autores – até os mais conservadores – aceitam e defendem que o Estado Social deve intervir para garantir a existência física da pessoa, o ‘mínimo social’.” (KRELL, 2002, p. 61). Alexy (2006) destaca que mesmo quando não previstos, os direitos a prestações são direitos fundamentais sociais atribuídos por meio de interpretação. O autor ainda explica que a controvérsia reside nas razões utilizadas da obrigatoriedade ou não destes direitos fundamentais sociais, garantem direitos subjetivos ou normas que apenas obrigam o Estado de forma objetiva, se são vinculantes ou não vinculantes – “neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal” (ALEXY, 2006, p. 500/501).

exigidas diante do Judiciário, acarreta uma nova questão: se o mínimo existencial é o fundamental da exigibilidade diante do Judiciário, sob pena de violação da dignidade humana, que prestações concretas compõem esse mínimo?⁶⁷

A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar⁶⁸, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico (BARCELLOS, 2008, p. 226).

Portanto, a discussão sobre a judicialização das políticas públicas reside no contexto argumentativo do controle jurisdicional das políticas públicas e pode ser resumida em três correntes: os favoráveis ao controle pleno do Judiciário; os que recusam o controle, pois a matéria é típica de deliberação política dos Poderes Legislativo e Executivo; e várias correntes intermediárias, “muitas vezes inspiradas mais pelo clamor que decorre dos detalhes do caso concreto do que por uma sistematização teórica do conceito e de seu significado para o sistema do direito” (VALLE, 2009b, p. 98).

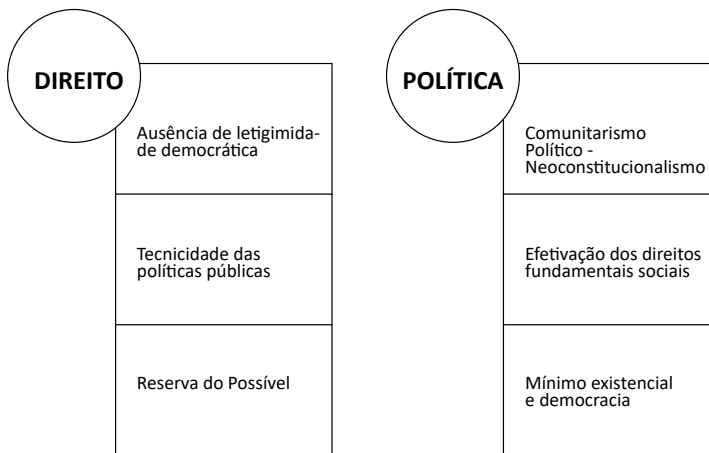
Valle (2009b) aponta dois eixos principais de dificuldades para o controle judicial de políticas públicas: objeções relacionadas ao déficit

⁶⁷ Barcellos (2008) aborda essa questão a partir do direito à saúde básica: “Ainda mais: se a dignidade é igual para todos, e a saúde de cada um e de todos é igualmente preciosa, com base em que critérios escolher o que poderá ser exigido judicialmente e o que não poderá?” (BARCELLOS, 2008, p. 311).

⁶⁸ Conforme já destacamos no capítulo 1, o raciocínio subsuntivo foi substituído pela ponderação diante dos princípios constitucionais e a impossibilidade de resolver o caso concreto apenas aplicando a premissa maior. Ponderar e otimizar significa buscar o equilíbrio entre interesses, buscar a melhor decisão quando na argumentação concorrem razões justificadoras conflitivas e de mesmo valor (SANCHIS, 2001).

democrático e objeções que apontam as deficiências funcionais do Poder Judiciário. No Diagrama 1 construímos argumentos favoráveis e contrários a partir desses eixos, aqui organizados em seus contextos: o do Direito e o da política.

Diagrama 2 | Argumentos favoráveis e contrários à judicialização das políticas públicas na perspectiva do paradigma positivista (Direito) e neoconstitucionalista (política)



Fonte: elaboração própria.

A autora prossegue apresentando uma distinção na judicialização de políticas públicas: quando a demanda envolve a implementação de uma política pública já definida, mas não implementada; e a demanda que envolve a própria formulação da política pública. Para ela o primeiro caso representa “função jurisdicional típica de reconduzir o poder à trilha de funcionamento que ele mesmo estabeleceu”. Já no segundo caso, “mas sim de uma decisão de caráter nitidamente substitutivo, inequivocamente se estará numa seara sujeita a um ônus argumentativo maior, sem o que não se terá por legitimada a decisão” (VALLE, 2009b, p. 106).

A tentativa de construir uma linha entre legitimidade e ilegitimidade da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas é o pano de fundo para a discussão do próximo capítulo.

3 Efetivação de Direitos, Ativismo e/ou Diálogos Institucionais?

No contexto do controle de políticas públicas, surge a análise e reflexão sobre a forma como o Poder Judiciário responde à demanda. Como temos salientado até aqui, há um cenário sociopolítico e constitucional favorável à construção de uma cultura jurídica que defende uma lógica de resposta do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, ainda há muito debate sobre a legitimidade das decisões, seja no contexto da judicialização da política, seja na judicialização das políticas públicas.

Em pesquisa no âmbito do Supremo Tribunal Federal, chegou-se à conclusão de uma precedência do ativismo judicial do STF sobre o fenômeno da judicialização da política, que se revela como condição subjetiva – uma atitude assumida pelos magistrados sem relação às decisões (e omissões) dos demais poderes – indispensável para se intensificar o processo de judicialização no sistema político brasileiro (VALLE, 2009a, p. 38). A pesquisa enfatizou a corte como parte de uma complexa equação de poder, ilustrada no interesse dos ministros na legitimação do próprio tribunal para a resolução de problemas e questões controvertidas, redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional.⁶⁹

⁶⁹ Para os pesquisadores o “ativismo jurisdicional privilegia não o perfil ideológico e técnico-jurídico, mas a corte como parte de uma complexa equação de poder” (VALLE, 2009a, p. 40). “O ativismo brasileiro, portanto, centra-se no ativismo jurisdicional como mecanismo a assegurar a ampliação de competências (formal e normativa), caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juízes. Mas não qualquer juiz, já que a vinculatividade das decisões tornou-se um traço marcante do nosso sistema: por intermédio dela, reduz-se o espaço de atuação dos demais órgãos na dinâmica político-institucional interna ao Judiciário” (VALLE, 2009a, p. 136).

Essa atuação seria ilegítima? A legitimidade reside no que Roosevelt III (2006, p. 37) chama de “exercício apropriado da autoridade judicial”.⁷⁰ Uma decisão seria ilegítima quando há uma impropriedade. Mas o que é **impróprio**? Como alertar sobre desvios e excessos do Poder Judiciário na sua atuação de cunho político?

De origem americana, o *judicial activism* foi atribuído à Suprema Corte de 1947 pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr., em uma análise sobre o exercício do poder político no país, inclusive os juízes (VALLE, 2009a; LEAL, 2010).⁷¹ Por isso, alguns estudos acadêmicos apontam o caráter vazio da expressão na medida em que representa o “discurso do perdedor” (ROOSEVELT III, 2006; LINDQUIST; CROSS, 2009).⁷²

Entretanto, a dificuldade reside na definição do ativismo judicial, na sua diferenciação com a efetivação dos direitos fundamentais no cenário favorável já exposto. Após o primeiro momento de inércia do Poder Judiciário diante do caráter programático/dirigente dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, passou-se a defender a necessidade de atuação, de concretização desses direitos.

⁷⁰ “Citizens or government officials may disagree with a legitimate decision, but it provides no basis for charging that the judges have exceeded their proper role.” (ROOSEVELT III, 2006, p. 37).

⁷¹ A questão abordada pelo jornalista era o New Deal (plano de recuperação econômica dos Estados Unidos) do Presidente Roosevelt. Como a corte entendeu que as leis aprovadas eram inconstitucionais, Roosevelt enviou projeto de lei ao Congresso, incluindo um juiz na Suprema Corte para cada juiz que tivesse mais de 70 anos de idade. Com isso a composição da corte seria substancialmente alterada e os novos juízes poderiam ser favoráveis aos programas do Executivo. Diante dessa proposta, a corte acabou revisando sua decisão, mas dividia entre um grupo que praticava o ativismo judicial, pois via o tribunal como um instrumento para alcançar a justiça social; o outro, a autocontenção judicial, pois atuava para permitir que o Poder Legislativo elaborasse políticas voltadas para essas questões por meio das maiorias (LEAL, 2010).

⁷² “It does not do so by developing a theory of activism, for in practice ‘activist’ turns out to be little more than a rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with.” (ROOSEVELT III, 2006, p. 3) e “[...] perhaps because critics commonly cry activism whenever they personally disagree with a judicial decision.” (LINDQUIST; CROSS, 2009, p. 30).

Cabe, portanto, ao Judiciário, a defesa dos direitos fundamentais. Quando está em jogo a dignidade da pessoa humana, as opções escolhidas pelos mandatários do povo na representação momentânea dos poderes constituídos, Executivo e Legislativo, não podem prevalecer diante de uma agressão aos princípios permanentemente eleitos e consagrados por esse mesmo povo quando no exercício do poder constituinte e estabelecidos na Constituição – isso não se chama de invasão de um poder nas atribuições do outro; denomina-se exercício da função de **guarda da Constituição**.

Essa postura de compromisso com a efetivação dos direitos sociais foi batizada como ativismo judicial, desconsiderando o fato que o Poder Judiciário só age quando provocado. O ativismo judicial implica uma postura “invasiva” do Poder Judiciário no tocante à definição de políticas públicas, motivada por um descrédito ao caráter majoritário dos outros dois poderes. Nesse sentido, perpassa uma **vontade de agir** em um contexto favorável para sua insurgência – a judicialização das políticas públicas, uma judicialização da questão social, em uma interferência dos aparatos de controle judicial sobre a pobreza (SIERRA, 2011).

O ativismo judicial representa a **atitude** propositiva do Poder Judiciário de expansão do seu poder, “invadindo” outras esferas e competências, determinando escolhas políticas sem o devido debate público. Contudo, essa nova postura do Poder Judiciário não decorre de mera **vontade**, mas dentro dos cenários apontados anteriormente e na construção da cultura jurídica neoconstitucionalista.⁷³ Então toda e qualquer atuação no sentido de efetivação de direitos sociais seria

⁷³ Sanchis (2001) destaca que o neoconstitucionalismo acarreta uma abertura ao **judicialismo**, exigindo uma teoria argumentativa apurada capaz de garantir a racionalidade e o consenso nas decisões judiciais. “Sea como fuere, de lo expuesto hasta aquí se desprende que el neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica.” (SANCHIS, 2001).

ativista? A atuação é excessiva, desmedida, exagerada? Ou ela se insere em um novo paradigma e assim é necessária, pertinente?

A discussão sobre os limites da expressão e da própria atuação do Poder Judiciário diante da cultura jurídica neoconstitucionalista está inserida no que Comanducci (2002) chama de neoconstitucionalismo ideológico: a diminuição do grau de certeza do Direito decorre da técnica de interpretação da ponderação e da leitura moral da Constituição, e essas duas questões são subjetivas e remetem à compreensão sobre o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Por isso a discussão acaba construindo um ciclo vicioso sem fim, principalmente quando o discurso pela efetivação dos direitos fundamentais é manifestamente invasivo aos outros poderes.⁷⁴

⁷⁴ Um exemplo nessa linha de raciocínio está no discurso doutrinário e jurisprudencial que ignora a política pública. Na doutrina: “Além do que acima foi retratado, a missão atribuída ao Poder Judiciário de ‘guarda da Constituição’ exige também repensar o exercício da atividade jurisdicional. Controlar políticas públicas requer muito mais do que simplesmente ser um juiz ‘boca da lei’, mas um agente público preocupado com os destinos de toda uma comunidade. Obviamente não o único, mas questões constitucionais que envolvem a materialização dos planos de governo merecem um juiz capaz de dar-se conta do conjunto de mazelas que assola a sociedade, das desigualdades e dos férteis campos de patrimonialismo que pupulam pelo Brasil. Corolário, não se pode ter um olhar ingênuo sobre as políticas públicas, adotando posições que deixam ao alvedrio dos administradores decidirem o que fazer com a coisa pública” (OHLWEILER, 2010, p. 307-308). Na jurisprudência, falando sobre as políticas públicas de assistência social: “Essa ânsia de amarrar um conceito que possa dar conta da complexidade da vida em sociedade remonta à antiga tendência de reprodução de uma metodologia científico-natural, que lida com objetos distintos daqueles sobre os quais se voltam as ciências do espírito, pois essas têm um caráter histórico-cultural. Não bastasse essa fragilidade das previsões conceitualmente detalhadas, o pior é que podem elas chegar a tal ponto de engessamento que acabam por desassociar o Direito do próprio mundo da vida, conferindo-lhe um alto grau de idealização, de tal forma que aquilo que os tribunais julgam parece já não ser o caso submetido à sua apreciação, mas uma maquete dele reproduzida e transfigurada” (OHLWEILER, 2010, p. 307-308).

Assim, causas complexas, independentemente da sua complexidade, seriam aquelas cujo valor é inferior a 60 salários mínimos; miserável já não seria aquele que vive em penúria, mas o que vive com uma renda *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo; e assim por diante. **“Os problemas concretos que desse modelo decorrem são tantos que, não raro, vemos tentativas de padronizar exceções não contempladas pelo legislador”** (CJF, 2016, p. 163-165, grifo nosso).

Importante destacar ainda que, apesar do estereótipo negativo atribuído à categoria teórica **ativismo judicial**, por estar associada ao exercício excessivo do poder judicial violando o princípio da separação dos poderes, eventualmente o ativismo judicial pode ter um lado positivo. Isso porque é por intermédio de uma nova postura do Poder Judiciário que um novo direito pode ser inserido na agenda pública e assim sensibilizar o poder público para a formulação de uma política pública específica. HIRSCHL (2006) destaca que as cortes, como qualquer outra instituição, não⁷⁵ atuam no **vazio** e sim em contextos favoráveis.

Consoante já se afirmou, na base da centralidade do Direito e do Poder Judiciário, após a Segunda Guerra Mundial, está a pressão da sociedade organizada, perceptível tanto na Europa quanto na América, que, mais consciente dos direitos conquistados, e com mais oportunidades de acesso à justiça, tem deslocado o foco de tensões sociopolíticas dos poderes clássicos – Executivo e Legislativo – para o sistema de justiça. Esse deslocamento do *locus* conflitivo vem ocasionando um certo esgotamento do modelo clássico e estanque de separação dos poderes, substituindo-o por uma técnica distributiva de funções entre órgãos relativamente separados, mas interconectados entre si (PORTO, 2006, p. 206-207).

A linha entre ativismo judicial e legítima efetivação de direitos sociais é bastante tênue, inclusive porque o Poder Judiciário não pode ser um “salvador” das patologias democráticas brasileiras, o “guardião de promessas” (GARAPON, 2001).⁷⁶ O ativismo judicial representa a **atitude**

⁷⁵ “Like any other political institutions, constitutional courts do not operate in an institutional or ideological vacuum. Their explicitly political jurisprudence cannot be understood separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Indeed, political deference to the judiciary, and the consequent judicialization of mega-politics, are integral parts and important manifestations of those struggles, and cannot be understood in isolation from them.” (HIRSCHL, 2006, p. 744-745).

⁷⁶ “O juiz surge como um recurso contra à implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. [...] O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política.” (GARAPON, 2001, p. 27).

propositiva do Poder Judiciário de expansão do seu poder, invadindo outras esferas e competências, determinando escolhas políticas sem o devido debate público; um ato **voluntário** do Poder Judiciário de engrandecimento institucional, que exagera no cumprimento de suas funções.

Vários autores americanos (CANON, 1983; HIRSCHL, 2006;⁷⁷ KMEIC, 2004;⁷⁸ ROOSEVELT III, 2006) vêm tentando definir as possibilidades do ativismo judicial, estabelecendo critérios.⁷⁹ A partir de uma pesquisa empírica e um levantamento bibliográfico, Lindquist e Cross (2009) desenvolvem quatro dimensões de análise das decisões da Suprema Corte americana no período de 1953 a 2004:

- a. “maiorista” e de respeito aos poderes eleitos – quando a corte escolhe não acatar decisões de outros atores governamentais, refletindo um certo “contragolpe” à maioria;
- b. estabilidade dos precedentes e fidelidade à lei – o conceito de *stare decisis* acarreta estabilidade e previsibilidade no sistema do *rule of law*, portanto, quando uma decisão visa refutar um precedente há uma atitude ativista;

⁷⁷ “A political sphere conducive to the judicialization of such purely political questions is therefore at least as significant to its emergence and sustainability as the contribution of courts and judges. This insight highlights a “court-centric” fallacy common among critics of judicial activism who often blame “power hungry” judges and “imperialist” courts for “expropriating” the constitution, for being too assertive and excessively entangled with moral and political decision making, and subsequently disregarding fundamental separation of powers and democratic governance principles.” (HIRSCHL, 2006, p. 753-754).

⁷⁸ “Today, a charge of “judicial activism” standing alone means little or nothing because the term has acquired so many distinct and even contradictory meanings. Nevertheless, when explained carefully, the term can be a starting point for meaningful conversation about the judicial craft, an opportunity to ask the subsidiary questions that go beyond the superficial.” (KMEIC, 2004, p. 1477).

⁷⁹ Under otherwise favourable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy solutions they derive for those derived by other institutions (GINSBURG, 2003, p. 33).

- c. enaltecimento institucional – simples expansão da autoridade institucional judicial para atender casos e controvérsias. Aceitando alguns casos que anteriormente eram considerados de competência exclusiva do debate legislativo/parlamentar, a corte está reduzindo o poder do Legislativo e aumentando o poder do Judiciário;
- d. exercício jurisdicional visando ao resultado e a “fazer” política (no sentido de elaborar política pública) – a corte exerce sua autoridade impondo a visão dos juízes do que é uma boa política pública para a nação. Aqui a grande questão reside na definição de constituição.

Uma ressalva importante na análise americana: o sistema é o anglo-saxão, que pode ser resumido na relevância conferida ao precedente (decisões anteriores), com força vinculativa. No Brasil, cujo sistema é o romano-germânico, em que o mais importante é a lei, o juiz não precisa acompanhar uma jurisprudência, ainda que dominante, ou seja, reiteradamente confirmada.

Portanto, apesar dos diferentes modelos, a partir da literatura americana, percebe-se que o ativismo judicial implica uma postura “invasiva” do Poder Judiciário no tocante à definição de políticas públicas, seja por intermédio de um descrédito ao caráter majoritário dos outros três poderes, por despreocupação com a legislação existente, com o objetivo de engrandecer o papel do Poder Judiciário, seja para impor uma visão pessoal sobre determinada política pública. Nesse sentido, a resposta dada é ativista quando perpassa uma “vontade de agir”, um “exercício expansivo”.

Para tentar solucionar o embate entre legitimidade e ilegitimidade do ativismo, ou até mesmo sua incoerência conceitual em alguns contextos, Campos (2014) e Canon (1983) apresentam uma proposta conceitual multidimensional colocando “fronteiras objetivas de forma que decisões particulares possam ser descritas como ativistas ou não ativistas

conforme o critério de cada dimensão” (CANON, 1983, p. 239). Campos (2014, p. 275) analisa as experiências do Supremo Tribunal Federal, ou seja, a judicialização da política, e revela as seguintes dimensões:

- a. dimensão metodológica – interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e direitos constitucionais;
- b. dimensão processual – autoampliação de suas competências, ampliando hipóteses de cabimento de ações e recursos, bem como os efeitos das decisões;
- c. dimensão estrutural ou horizontal – interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, ocupando espaços tradicionais de atuação desses;
- d. dimensão de direitos – avanço de posições de liberdade, dignidade, igualdade social, interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas;
- e. dimensão antidialógica – afirmação do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

Para organizar essas dimensões e construir uma proposta de análise que comprove a subjetividade sobre a expressão ativismo judicial, considerando os cenários sociopolítico e constitucional abordados anteriormente, apresentamos duas dimensões: a metodológica-reivindicatória e a metodológica-estrutural.

Na nossa opinião, a dimensão metodológica de Campos (2014) está em todas as dimensões, na medida em que todos os atores do campo jurídico interpretam com base em uma nova grade de leitura, a neoconstitucionalista. Nesse sentido, a metodológica-reivindicatória inclui a ideologia neoconstitucionalista e a centralidade da discussão

sobre os direitos fundamentais.⁸⁰ Não incluímos as dimensões processual e antidialógica porque essas estão inseridas em uma abordagem técnico-processual (Direito Processual Constitucional) que não é objeto deste trabalho.

O Quadro 2 explica cada uma das dimensões e apresenta um exemplo para cada tipo de judicialização, da política e das políticas públicas.

⁸⁰ “Os direitos fundamentais estão no centro da jurisprudência do Supremo e isso tanto sob perspectiva quantitativa como qualitativa. Fatores políticos e institucionais produzem essa circunstância: a superação do regime político autoritário, que sobrepujou o Supremo e não permitia a validade prática do discurso dos direitos humanos, e a própria vigência da Constituição de 1988, que tem esses direitos em seu núcleo normativo e axiológico. Ademais, o discurso dos direitos fundamentais se popularizou, passando a fazer parte da consciência e do tráfego social. A sociedade bate na porta do Judiciário e, destacadamente, do Supremo, reivindicando direitos fundamentais e isso com frequência quase inacreditável” (CAMPOS, 2014, p. 322).

Quadro 2 | Dimensões da atuação judicial sob a ideologia neoconstitucional

	JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DIMENSÃO METODOLÓGICA-REIVINDICATÓRIA	<p>Diante de transformações sociais e contemporâneas, o Supremo tem assumido a defesa de direitos de liberdade e igualdade, cujos representantes não conseguem voz no âmbito do Legislativo.</p> <p>O exemplo típico é a equiparação de direitos entre as uniões estáveis hetero e homossexuais. Diante de uma inércia do Legislativo de decidir os diferentes projetos em andamento, o STF assumiu que o descompasso entre a realidade e o Direito demandava a manifestação da corte, inclusive diante de manifestações institucionais anteriores ao julgamento como o reconhecimento de benefícios previdenciários, como pensão por morte aos parceiros homossexuais pela Advocacia-Geral da União e o Ministério da Previdência.⁸¹</p> <p>A judicialização da política no caso supre a inércia do legislador na proteção e na garantia da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e proibição de preconceito por orientação sexual.</p>	<p>Diante dos direitos fundamentais sociais, o cidadão individualmente demanda a efetivação de um direito. Ao atender à demanda individual, o Judiciário concretiza a microjustiça, mas afeta a macrojustiça, pois o Executivo precisará realocar os recursos disponíveis para atender a essa demanda específica.</p> <p>Esse tipo de questão é recorrente na efetivação do direito à saúde:</p> <p>Decisão do STF suspendeu liminar que determinava ao Estado de Alagoas a aquisição de medicamentos para pacientes transplantados renais e renais crônicos, não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em seus programas. As associações de pacientes alegaram que a decisão limitava o direito do cidadão à saúde e à assistência terapêutica integral.⁸²</p>

⁸¹ STF. ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto: “Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que fazem parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.” (p. 28, voto relator). “A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana” conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante aos elementos essenciais do conceito.” (p. 13, voto Min. Marco Aurélio).

⁸² Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n° 91, de 26 de fevereiro de 2007. “No debate e sob a ótica do indivíduo, o indeferimento de uma ação judicial que reclama a oferta de determinado produto farmacêutico pelo Estado reveste-se de conotação desumana.” (VIEIRA, 2008, p. 2).

**DIMENSÃO
METODOLÓGICA-
-ESTRUTURAL**

Diante do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais à liberdade e à saúde da mulher gestante, foi solicitado que o STF se manifestasse sobre a possibilidade de a mulher interromper a gestação de feto anencéfalo, excluindo o caso do alcance do Código Penal. O debate foi extenso, com ministros alertando para a atuação legislativa solicitada, pois o STF preencheria uma lacuna no Código Penal ao acrescentar mais uma hipótese de aborto autorizado.⁸³

Apesar da discussão, prevaleceu o entendimento de que a obrigatoriedade de conduzir a gestação até o fim viola o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à proteção da liberdade, da autonomia, da privacidade e da saúde da mulher.⁸⁴

O Ministério Público demanda a reforma de instituição de ensino no Distrito Federal diante da precariedade das instalações. O Tribunal de Justiça manteve decisão que negava a interdição absoluta da escola e a transferência dos alunos para escolas próximas. “Nesse caso, vislumbra-se que a sua interdição até que o Distrito Federal realize sua reconstrução completa implicará maiores prejuízos aos alunos, os quais serão deslocados para instituições de ensino que já trabalham com a capacidade máxima, o que geraria superlotação e prejuízo à qualidade do ensino.

Ademais, também inexistiu prova de riscos efetivos e graves contra a saúde dos estudantes ou mesmo algum laudo emitido pela Defesa Civil sugerindo a interdição do prédio, em razão de risco de desabamento ou qualquer outra coisa do gênero.

Considerando que a escola é composta de cinco edifícios, vislumbra-se ser possível a reconstrução gradual dos blocos provisórios e a reforma do bloco de alvenaria, garantindo-se em todos os atos o resguardo da integridade física dos estudantes e professores, além de trazer menos transtornos à comunidade.”⁸⁵

Fonte: elaboração própria.

⁸³ STF. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. “VIII. Competência exclusiva do Congresso Nacional para normatizar a situação-problema. Impropriedade da atuação do STF como ‘legislador positivo’. Cabe apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade.” Ora, ninguém disputa, como já afirmei, que “o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das hipóteses autorizativas do art. 124 [do Código Penal]”⁶⁷. Se o Congresso não o fez, parece legítimo que setores da sociedade lhe demandem atualização normativa, mediante atos lícitos de pressão política. Daí, ter concluído, no voto sobre a questão de ordem, que “essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais da sociedade e decidir quais possam ser as diretrizes determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação do parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude” (voto Min. Cezar Peluso, p. 411, grifos no original).

⁸⁴ STF. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio: “Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contrário, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sustentação oral pelo eminente Professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas as Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como “atalho fácil” para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar” (voto Min. Ellen Gracie, p. 15-16, 27 de abril de 2005).

⁸⁵ Ementa Acórdão TJDFT nº 619.375.

Assim, o debate mais atual envolve não só a perseguição de prestações concretas, a serem oferecidas por um Estado que se crê garantidos de um mínimo existencial; mas também o desenvolvimento por esse mesmo Estado, agora já em sua condição de articulador das forças sociais, de funções de planejamento e fomento de um conjunto de outras atividades que, se não devem mais nele encontrar o executor exclusivo, ao mesmo tempo não podem dispensar sua presença como agente de coordenação. (VALLE, 2009b, p. 70)

Esse é o contexto da discussão sobre a judicialização das políticas públicas no Direito Administrativo.

Essa afirmação se coaduna com a ideia de que, apesar do contexto e de eventuais contribuições positivas no controle de políticas públicas, inclusive individualmente, é preciso que a política recupere seu espaço na esfera pública. Essa é uma possibilidade nos diálogos institucionais.

Diálogos institucionais podem ser entendidos como mecanismos que implicam a interação e cooperação entre atores do campo jurídico e político, buscando a efetivação de direitos fundamentais, superando a tensão entre constitucionalismo e democracia já mencionados aqui.⁸⁶

Trata-se de uma recente grade de leitura para a judicialização da política e das políticas públicas baseada em experiências internacionais, como o caso do Canadá, em que a *Carta de Direitos e Liberdades*, em 1982, previu a **cláusula não obstante** (*notwithstanding clause*), permitindo que o Legislativo possa aplicar um dispositivo considerado inconstitucional. Apesar de raramente utilizada, a experiência canadense provocou uma

⁸⁶ "Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors." (BATEUP, 2006, p. 1).

série de interpretações e reflexões sobre a possibilidade de canais de comunicação institucional⁸⁷ (VICTOR, 2015).

A partir dessa experiência e outras, a doutrina no campo jurídico tem se debruçado teoricamente sobre a possibilidade dos diálogos institucionais, abordando arranjos institucionais que possibilitem o reequilíbrio entre poderes, minimizem o ativismo judicial e assegurem a concretização de direitos fundamentais, especialmente de grupos estigmatizados (SILVA *et al.*, 2012).

Diante das experiências, o Brasil ainda não se posicionou efetivamente sobre os diálogos, mas algumas experiências também podem ser enquadradas como dialógicas, especialmente no âmbito da judicialização da saúde. É o caso dos Núcleos de Assessoria ou Apoio Técnico (NAT)⁸⁸, cuja criação tem sido estimulada pelo Conselho Nacional de Justiça

⁸⁷ Para conhecer mais sobre a experiência canadense e outras, ver Victor (2015); Silva *et al.* (2012); Clève e Lorenzetto (2015). Dixon (2006, p. 1) faz uma reflexão sobre a experiência na África do Sul com o caso Grootboom, “which provided important evidence of the possibility of judicial enforcement of socio-economic rights in a way which is both appropriately transformative and sensitive to concerns about both judicial competence and democratic legitimacy.”

⁸⁸ Analisando o caso de Araguaína/TO, Pinheiro (2016, p. 4) salienta que: “Esses núcleos têm como finalidade o auxílio aos magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Permitem ainda o melhor atendimento do cidadão, no sentido de agilizar a solução de seu problema, além de reduzir o número de demandas impetradas. Além de atuar como meio de solução administrativa na fase pré-processual e emitir pareceres técnicos durante a fase litigante, o NAT pode atuar como instrumento de gestão junto às Secretarias de Saúde, estaduais e municipais, no sentido de identificar a maior incidência das demandas para oferecer subsídio ao planejamento das ações de saúde, com o objetivo de otimizar o atendimento prestado aos usuários.” A autora finaliza a pesquisa: “O exemplo de Araguaína ilustra o percurso histórico de um arranjo que tem sido construído e modelado ao longo dos últimos cinco anos pelos atores políticos que convivem nesse contexto. Resolutividade, caráter consultivo e pedagógico, celeridade, comprometimento, imparcialidade, organização, sustentabilidade e inovação são características que marcam o núcleo em estudo. O modelo, passível de ser replicado para outros municípios do país, consideradas as devidas adaptações, estrutura-se a partir da oitiva do gestor pelo sistema de justiça e evidencia que a superação dos desafios cotidianos só é possível quando há o espaço institucional para o diálogo e há vontade política de todos os envolvidos.” (PINHEIRO, 2016, p. 38).

(CNJ) para minimizar uma das grandes críticas à atuação do Judiciário na área: o desconhecimento técnico.⁸⁹ Contudo, importante registrar que a análise de algumas “boas práticas” demonstra a dependência da atuação isolada de determinados atores jurídicos. A institucionalização da prática e do diálogo evitaria desdobramentos negativos sobre a atuação de um determinado jurídico.⁹⁰

Apesar de ainda em construção, é perceptível que o fato de os diferentes atores explicitarem suas escolhas de poder no jogo democrático já se revela útil para aprimorar a própria representação democrática (SILVA *et al.*, 2012). A lógica dos NATs na judicialização da saúde e a recomendação do CNJ parecem seguir esse caminho, em uma espécie de teoria estrutural de diálogo (BATEUP, 2006),⁹¹ saindo da discussão sobre o conteúdo da decisão judicial,⁹² se ativista ou não, e se concentrando em mecanismos institucionais ou políticos que permitam o diálogo entre os

⁸⁹ A Recomendação nº 31/2010 do CNJ recomendou o apoio técnico aos magistrados e demais operadores do direito na formação de um juízo de valor quanto a demandas judiciais individuais envolvendo a assistência à saúde.

⁹⁰ Neste sentido, pesquisa de Asensi e Pinheiro (2016) sobre a judicialização da saúde em Lages/SC: apesar de uma experiência que demonstra a necessidade de atuação compartilhada entre Executivo e Judiciário, o juiz foi declarado suspeito para julgar as demandas. “A preocupação em adotar uma metodologia que superasse a lógica do processo não isentou o juiz de riscos e críticas, o que fez com que a atuação extrajudicial em Lages não fosse livre de contradições.” (ASENSI; PINHEIRO, 2016, p. 63).

⁹¹ “Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement. On this more positive understanding, dialogue about constitutional meaning emerges when these mechanisms of response are engaged, enabling a dynamic process of to-and-fro to take place between judges and other constitutional actors.” (BATEUP, 2006, p. 32).

⁹² “Diante das dificuldades encontradas para justificar o controle de constitucionalidade por diferentes correntes que afirmam que esse dispositivo deva ser utilizado, a teoria dialógica buscou enfatizar não os aspectos interpretativos que deveriam ser empregados pelos magistrados na formulação de suas decisões, mas qual a função institucional ocupada pela fiscalização constitucional. Assim, não se trata mais de (apenas) ressaltar a importância dos valores morais fundamentais resguardados pela Constituição, mas como definir as estruturas de Poder de modo que a produção de decisões não seja o resultado de ‘monólogos.’” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 197).

diferentes atores envolvidos.⁹³ Na própria lógica da aproximação entre Direito e política, a ressignificação da teoria da separação dos poderes e novos arranjos institucionais deve ser objeto de debate da sociedade e dos diferentes atores do campo político e jurídico.

Esta é a linha adotada por Oliveira, Silva e Marchetti (2018): os autores analisaram as respostas dadas às decisões judiciais e seus efeitos, verificando dois possíveis comportamentos do Executivo diante da decisão judicial: estratégia política e estratégia judicial. Na primeira, o Executivo se organiza para cumprir a decisão; já na estratégia judicial, o Executivo se mobiliza para “evitar e/ou reverter os efeitos da decisão judicial, e não para cumpri-la” (OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018, p. 666), podendo ser preventiva ou protelatória.

Na primeira, o Executivo criaria mecanismos para convencer os atores judiciais a evitar a arena judicial, atraindo-os para a arena política. Na segunda, lançaria mão de instrumentos recursais para impedir o cumprimento imediato da decisão judicial, bem como a possibilidade de reformá-la em definitivo nas instâncias superiores. (OLIVEIRA; SILVA; MARCHETTI, 2018, p. 666)

A análise proposta pelos autores decorreu do estudo de caso da judicialização da educação infantil no município de São Paulo. Neste caso, o Executivo agiu por meio da estratégia política para cumprir as decisões judiciais, pois as decisões liminares exigiram respostas rápidas.

A mesma análise foi utilizada para outro direito social judicializado: o direito à moradia. Mallak (2019) analisou o processo de judicialização

⁹³ “O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual sorte, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações, de mudanças estruturais que venham a adequar a tensão entre o direito e a política. Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões entre direito e política ocorrem através da dialógica institucional.” (CLÈVE; LOREZETTO, 2015, p. 203).

dos conflitos fundiários urbanos no município de Diadema, em São Paulo, começando com um inquérito civil em 2011 sobre as ocupações existentes em faixa de domínio na Rodovia Imigrantes. Apesar da tentativa de resolver o problema por parte do município, da Ecovias, (concessionária obrigada a zelar pela integridade das áreas correspondentes às faixas de domínio), da DERSA (Desenvolvimento Rodoviário S.A. – sociedade anônima de capital misto criada para a construção da rodovia na década de 1970), e a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU), a pressão exercida pelo Ministério Público é destacada: “apesar de lenta, a judicialização tira o Executivo da inação, levando-o a atentar para as demandas sociais nas quais há atores do sistema de justiça envolvidos e cobrando atuação” (MALLAK, 2019, p. 285).

Assim, os casos apontados demonstram as possibilidades dos diálogos institucionais na judicialização de outros direitos sociais além da saúde. Isso porque a tensão entre constitucionalismo e democracia é a tônica da relação entre Direito e política: apesar de impor limites para a decisão das majorias quando uma minoria não tem voz, o exagero também pode ser antidemocrático e cercear a possibilidade do povo de se autogovernar (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013).⁹⁴

A teoria dos diálogos institucionais tem como principal proposta o aumento da cooperação, da colaboração e do intercâmbio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo-se as instituições jurídicas, como Ministério Público e Defensoria Pública, além da sociedade civil;

⁹⁴ Nesse sentido, os autores apontam que o fato de o STF proferir uma decisão não impede que seja editada uma nova lei, com conteúdo similar. “O nosso objetivo neste artigo é apresentar duas ideias que, se adotadas, podem minimizar a chamada ‘dificuldade majoritária’ da jurisdição constitucional: (a) a adoção de uma teoria de diálogos constitucionais, que negue tanto à Corte Constitucional como aos poderes políticos majoritários a prerrogativa de dar a ‘última palavra’ sobre o significado das normas constitucionais; e (b) a definição de diferentes *standards* de deferência do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, em face de atos ou omissões dos outros poderes, que sejam sensíveis ao princípio democrático.” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 139).

em uma espécie de meta para aprimoramento dos arranjos institucionais (CLÈVE; LOREZETTO, 2015).⁹⁵

Considerações finais

A judicialização da política e das políticas públicas é um dado diante da relação mais próxima entre Direito e política.⁹⁶ As controvérsias sobre a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, são marcadas por uma divergência sobre a natureza e a função do Estado, do Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais em um contexto de problemas distributivos.

A visão de que cabe ao juiz se restringir ao aspecto legal conduz à segurança jurídica, à previsibilidade. No entanto, na complexa sociedade atual e diante das escolhas constituintes em um país de profunda desigualdade social, essa cultura jurídica foi substituída por outra, a neoconstitucionalista. Assim, o juiz também tem espaço para uma participação ativa na integração entre política e direito. A desneutralização do Judiciário implica libertá-lo do condicionamento estrito da legalidade.

⁹⁵ Até mesmo no âmbito do litígio estratégico, apresentado como risco da judicialização da política no capítulo 1, os diálogos institucionais acarretariam a demonstração de compromisso com a política por parte do Judiciário: “Assim, o que se pretende propor é a oportunização do diálogo institucional durante o julgamento do litígio estratégico, antes mesmo do proferimento provimento jurisdicional final; pois, assim, será possível a aplicação do critério objeto de deliberação legislativa, em uma clara demonstração não somente de deferência, mas, acima de tudo, comprometimento com a restauração da responsabilidade política – evitando-se as implicações democráticas de uma atividade judicial adjudicativa.” (MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 212).

⁹⁶ “As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado, em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (*address*) a questão” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 202).

Contudo, essa mesma cultura jurídica reproduz uma percepção específica sobre o papel do Estado e do Direito: uma supremacia do direito jurisprudencial definido caso a caso sobre o direito legislado, representado nas definições da política pública.⁹⁷

Aqui reside o impasse entre constitucionalismo e democracia:

[...] embora os juízes e os tribunais constitucionais careçam de legitimidade democrática formal, pois não têm origem na vontade popular, o certo é que gozam de uma legitimidade democrática substancial, na medida em que asseguram os direitos fundamentais e protegem a continuidade e a imparcialidade do processo democrático. (YEPES, 2007, p. 65-66)

Os riscos da abertura neoconstitucional para a centralidade do Direito e dos atores do campo jurídico demandam atenção de todos os envolvidos. Na leitura do comunitarismo que influenciou o desenho de jurisdição constitucional brasileiro e que provocou o surgimento dessa cultura jurídica, o cidadão e os movimentos sociais devem ter sempre a possibilidade de lutar na esfera pública – no Judiciário e em outros campos – pela sua leitura da Constituição, aproximando as práticas constitucionais do ideal político (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013).

Nesse sentido, a contribuição desta obra é clarear a construção de um discurso jurídico favorável à judicialização da política e das políticas públicas, retirando discursos mais acalorados e **ativistas**, de cunho ideológico. Isso porque esses discursos dificilmente são legítimos, pois demonstram a subjetividade do que proferem.

Assim, nem sempre é possível falar de “última palavra” sobre a atuação do Poder Judiciário na relação entre Direito e políticas públicas. A produção das políticas públicas está condicionada às escolhas

⁹⁷ Aqui discordamos de Leal e Alves (2014) sobre os termos. Para nós, a tensão entre direito jurisprudencial (a resposta do Judiciário às demandas a ele apresentadas) e o direito legislado (direito/norma resultado de processo deliberativo típico das esferas políticas, Executivo e Legislativo) é decorrente do fenômeno da judicialização da política, que é a discussão de temas tipicamente políticos da esfera dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.

discricionárias do administrador dentro da lógica constitucional, sem, entretanto, encerrar o ciclo (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013; COUTO, 2006).⁹⁸

Diante de eventuais dificuldades na implementação de direitos fundamentais sociais, o desafio parece ser retomar a política por meio do diálogo entre os atores envolvidos. Assim, a política recuperará seu espaço na esfera pública: por mais legítima que seja a atuação judicial, é na valorização do diálogo que a tensão entre constitucionalismo e democracia será minimizada.

⁹⁸ Couto (2006), tratando da relação entre as três dimensões e falando especificamente sobre as políticas públicas apresentadas no capítulo 2: “Podemos dizer, por isso, que a produção das políticas públicas é **condicionada** tanto pela política competitiva como pela política constitucional, sendo que esta última define duas coisas. Primeiramente, a Constituição define os parâmetros possíveis no âmbito dos quais a competição política pode se desenvolver – ou seja, as regras do jogo. Em segundo lugar, ela estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam dos desfechos do jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos.” (COUTO, 2006, p. 99).

Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 2, n. 2, p. 189-223, 2005.
- _____. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la Cepal*, n. 88, abr. 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trota, 2010. p. 106-116.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha - em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). *R. Dir. Sanit.*, São Paulo, v.17 n.2, p. 48-65, jul./out. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al. Direitos fundamentais – orçamento e “reservado do possível”*. Porto Alegre: Advogado Editora, 2010. p. 101-132.
- BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, n. 71, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999, p. 35-51.
- _____. A constituição dirigente e a crise da teoria da constituição. In: BERCOVICI, Gilberto *et al. Teoria da constituição – estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 75-150.
- _____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, 2004. p. 5-24.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOSCHETTI, Ivanete. *Assistência social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo*. 2. ed. Brasília: Ivanete Boschetti, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- _____. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- _____. *Razões práticas*. Campinas: Papyrus, 1996.
- _____. *Questões de Sociologia*. Fim de Século: Lisboa, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- CANON, Bradley C. Judicial Activism. *Judicature*. V. 66, n. 6, p. 237-247, dec.-jan. 1983.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CARBONELL, Miguel. Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Revista de Derecho Público*, v. 73, p. 23-38, 2010.
- CARDOSO JR., José Celso. Estado e (des) proteção social no Brasil: a crise do modelo bismarchiano-contributivo. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 37, n. 4, p. 455-470, out./dez. 2006.
- CARVALHO, José Murilo. Cidadania na encruzilhada. In: BIGNOTO, N. (Org). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 105-130.
- _____. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigação Constitucional*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- _____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.
- COLIN, Denise; JACCOUD, Luciana. Assistência social e construção do SUAS – balanço e perspectivas. In: CRUS, José Ferreira da et al. (Org). *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. 1. ed. Brasília: MDS, 2013. p. 42-65.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 89-112, abr. 2002.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Recomendação nº 31, de 31 de março de 2010*. Recomenda aos tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Brasília, 2010.
- COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.
- COUTO, Berenice Rojas. *O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?* 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- _____. Assistência social: direito social ou bem-estar? *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 124, p. 665-677, out./dez. 2015.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 97-130.

- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong V. Weack-form judicial review revisited. *CHRGJ Working Paper*, n. 3, New York, 2006.
- DRAIBE, Sônia Miriam. As políticas de combate à pobreza na América Latina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 4, n. 2, p. 18-24, abr./jun. 1990.
- DUARTE, Madalena. Novas e velhas formas de protesto: o potencial emancipatório da lei nas lutas dos movimentos sociais. *Oficina do CES*, Coimbra, jul. 2004. Disponível em: <www.ces.fe.uc.pt>. Acesso em: nov. 2005.
- FLEURY, Sonia. Dilemas da coesão social. *Nueva Sociedad*. Out 2007. Disponível em: www.nuso.org
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em Direito: “descentrar” o sujeito, “entrevistar” o sistema, e dessubstancializar as categorias jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 182-209, jan. 2014.
- GIACÓIA, Gilberto. Ministério Público vocacional. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 197, p. 279-286, 2007.
- GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies - Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- GUIBENTIF, Pierre. Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmannf ace ao Direito. *Cidades - Comunidades e Territórios*, Jun. 2007, n. 14, pp. 89-104
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.
- HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, p. 721-754, 2006.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The costs of rights*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.
- JACCOUD, Luciana. Pobres, pobreza e cidadania: os desafios recentes da proteção social. *Texto para discussão n. 1372*. Brasília: Ipea, jan. 2009.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho; OLIVEIRA, Luciano. *Através do espelho – ensaios de sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2001.
- _____. *Ou isto ou aquilo – a sociologia jurídica nas faculdades de Direito*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.
- KMIEC, Keen. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, v. 92, p. 1441-1478, 2004.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Mônia Clarrisa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. A judicialização da política e do direito: fenômeno decorrente de múltiplas causas, sob diferentes abordagens. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. 11, Santa Cruz do Sul, 2014. *Anais [...]*. Universidade de Santa Cruz do Sul, 2014.

LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?* O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring judicial activism*. New York: Oxford University Press, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. _____. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Direitos fundamentais – orçamento e “reservado do possível”*. Porto Alegre: Advogado Editora, 2010. p. 155-173.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, p. 113-133, 2002.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in Moral Theory*. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame, 1984.

MALLAK, Fernanda Kagan. Judicialização dos conflitos fundiários urbanos e o direito à moradia. In: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org). *Judicialização de políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2019. p. 265-287.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e a abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. *Revista de Investigação Constitucional*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017.

MARSHALL, T.H. *Cidadania e classe social*. 2. ed. Brasília: Senado Federal/Centro de Estudos Estratégicos/Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. *Novos Estudos Cebrap*, n. 58, 2000, p. 183-202.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Direitos fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Advogado Editora, 2010. p. 289-324.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa; CARVALHO, Ernani. A judicialização da política: um tema em aberto. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DA PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS – ANPOCS. Caxambu, 2002. *Anais [...]*. Caxambu, 2002.

OLIVEIRA, Vanessa; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. Judiciário e políticas públicas: o caso das vagas em creches na cidade de São Paulo. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 39, n. 144, p. 652-670, jul.-set. 2018.

- ORTIZ, Renato. A procura de uma sociologia da prática. In: BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983. p. 7-38.
- PAULA, Renato Francisco dos Santos. Assistência social: direito público e reclamável. In: CRUS, José Ferreira da *et al.* (Org.). *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. 1. ed. Brasília: MDS, 2013. p. 88-99.
- PINHEIRO, Mariana Carvalho. *Núcleos de assessoramento técnico: estratégia à judicialização da saúde?* 2016. Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Brasília, DF, jun. 2016.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais – considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SANCHIS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de Madrid 5, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Direitos fundamentais – orçamento e “reservado do possível”*. Porto Alegre: Advogado Editora, 2010. p. 13-50.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUSA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.
- _____. SOUSA NETO, Cláudio Pereira. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). *Constitucionalismo e democracia*. Salvador: Jus Podium, 2013. p. 125-160.
- _____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 73-113.
- SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Bahia, ano 1, n. 1, v. 1, abr. 2001. Disponível em: <direitopublico.com.br>. Acesso em: fev. 2019.
- SCAFF, Fernando Facury *et al.* *Direitos fundamentais – orçamento e “reservado do possível”*. Porto Alegre: Advogado Editora, 2010. p. 133-153.
- SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. *Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264, jul. /dez. 2011.
- SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SOUSA SANTOS, Boaventura; MARQUES, M. M. L.; PEDROSO, J.; FERREIRA, P. L. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SPOSATI, Aldaíza. Modelo brasileiro de proteção social não contributiva: concepções fundantes. In: _____. *Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil*. Brasília: MDS/Unesco, 2009. p. 13-56.

_____. Os 20 anos de LOAS: a ruptura com o modelo assistencialista. In: CRUS, José Ferreira da *et al.* (Org.). *20 anos da Lei Orgânica de Assistência Social*. 1. ed. Brasília: MDS, 2013a. p. 20-40.

_____. Proteção social e seguridade social no Brasil: pautas para o trabalho do assistente social. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 116, p. 652-674, out. /dez. 2013b.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, N; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009a.

_____. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009b.

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

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Revista Saúde Pública*, p. 1-5, 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Direitos sociais e campo jurídico – sujeitos de “direitos” ou de “necessidades”? In: XIMENES, Julia Maurmann. *Judicialização dos direitos sociais e seu impacto na democracia*. Brasília: IDP, 2014. p. 81-100.

_____. Judicialização dos benefícios de prestação continuada e impactos simbólicos na cidadania. *Pensar*, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 600-625, maio/agosto 2016.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. N. 6, ano 4, p. 52-69, 2007.