

# JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E A NECESSIDADE DE ADAPTAÇÕES PROCESSUAIS

Gabriel Dolabela Raemy Rangel<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, dando ênfase à necessidade de adaptação das técnicas processuais para a sua efetivação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos sociais. Judicialização. Processo. Democracia

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL. 3. O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 4. INEFICIÊNCIA DOS MEIOS PROCESSUAIS. 5. COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS. 6. A BUSCA POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA. 7. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

Como é sabido, a prática desgovernada das liberdades alcançadas na primeira etapa dos direitos fundamentais inauguradas pelas revoluções liberais burguesas do século XVIII, acabou, paulatinamente, causando uma asfixia da comunidade, fazendo com que a mão de obra passasse a ser mercadoria e os princípios estritamente capitalistas orquestraram desigualdades sociais e condições indignas. Isso ficou evidente no período da revolução industrial. Nesse contexto, ganharam força as vozes que passaram a reivindicar direitos sociais. Chegou-se à conclusão de que a simples abstenção do Estado e o reconhecimento de igualdade no plano formal não seria suficiente para garantir uma vida digna<sup>2</sup>.

Passou-se a reivindicar atitudes positivas por parte do Estado, garantindo direitos sociais tais como a previdência social, saúde, educação etc. Assim é que, hodiernamente, a exemplo da Constituição do Brasil de 1988, grande parte das Constituições do mundo consagram esses direitos prestacionais, obrigando ao Poder Público concretizá-los, sob pena

---

<sup>1</sup> Doutorando em sociologia e direito pela UFF, mestre em direito pela UGF, pós-graduado em *Litigation* pela FGV, advogado e professor da UCAM.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9ª Edição. Rio de Janeiro. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004, p. 26.

de incorrerem em omissão e não garantir uma prestação material mínima a uma vida digna. Vale chamar a atenção ao fato de que, embora a Constituição não diga de maneira expressa e clara que os direitos sociais são cláusulas pétreas, é necessário o reconhecimento de limites materiais e a impossibilidade de reformas constitucionais tendentes a ameaçar o padrão de conquistas sociais, sob pena de se admitir retrocessos e olvidas importantes conquistas sociais nucleares de nosso ordenamento.<sup>3</sup>

Nesse passo, em caso de omissões da administração pública na concretização dessa espécie de direitos fundamentais, estão disponíveis mecanismos processuais para se provocar o Poder Judiciário a interferir nessa relação e salvaguardar os direitos. Trata-se do conhecido fenômeno da “Judicialização”, que é definida por Barroso da seguinte forma:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.”<sup>4</sup>

Como se vê, tornou-se comum a busca do Poder Judiciário para a satisfação de direitos não concretizados pela administração pública, que, comumente, trabalhando com escassez de recursos, omite-se. O exemplo talvez mais comum seja a questão de medicamentos, os quais, quando não oferecidos pela administração pública, permitem o ingresso no Poder Judiciário para exigí-los. Sem dúvida, o fenômeno da judicialização é um dos temas mais debatido em direito na atualidade e gera um enorme mosaico de discussões de alta relevância.

Cingir-se-á o presente trabalho, no entanto, à necessidade de adaptações e alterações de técnicas processuais convencionais, para a prestação jurisdicional dos direitos sociais. Em outras palavras, considerando que o processo é um meio para se alcançar um fim específico, o mecanismo processual deve ser desenhado de forma a garantir o direito material envolvido.

---

<sup>3</sup> CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *Os Direitos Sociais como Cláusulas Pétreas na Constituição Federal de 1988*. In. MATIAS, João Luis Nogueira. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Atlas. 2009, p. 193.

<sup>4</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 13, p. 17-32, 2009

Assim, tentar-se-á no presente trabalho traçar uma análise do fenômeno da judicialização dos direitos sociais e suas implicações. Em seguida, serão identificadas algumas deficiências no modelo clássico técnico/processual usado para a consagração desses direitos.

## **2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL**

Nas últimas décadas, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. Já se pensou outrora nas normas constitucionais como integrantes de um documento estritamente político, sem caráter normativo. Contudo, hoje é manso que os direitos fundamentais representam direitos subjetivos, que, se violados, ensejam na busca da tutela judicial específica que lhe assegurem efetividade, realizando a promessa constitucional.

Foi decisivo à compreensão e aplicação da Constituição de 1988 dessa forma a doutrina constitucional da efetividade. É que, na antiga ordem constitucional, os pensadores de esquerda tendiam a assumir uma posição crítica e cética em relação à Constituição e seus pactos ideológicos. No entanto, com a democratização do país e promulgação da nova carta constitucional, o papel crítico em relação ao caráter ideológico do direito constitucional volve-se para desenvolver os potenciais emancipatórios da Constituição<sup>5</sup>.

Esses potenciais emancipatórios refletem-se tanto na dimensão garantística quanto na sua parte dirigente<sup>6</sup>. Isto é, a Constituição de 1988, a um só tempo, estabelece liberdades individuais e prevê direitos sociais, que ambicionam, em última análise, um projeto de futuro igualitário. Até porque a má distribuição de renda inexoravelmente terá efeitos diretos no exercício pleno dos direitos políticos. Alguns cidadãos sequer têm dinheiro para comprar a passagem de ônibus para ir às urnas. Nesse sentido são válidas as palavras de Sérgio Moro, para quem os direitos sociais transcendem apenas o viés de uma justiça distributiva, mas também efeitos na vida política:

“Considerando a questão por essa perspectiva, direitos sociais destinados aos pobres transcendem os objetivos de política redistributiva ou assistencialista, visando não somente a promover a igualdade ou a suprir necessidades materiais, mas também a propiciar

---

<sup>5</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014, p. 197.

<sup>6</sup> Sobre o constitucionalismo dirigente, ler CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

aos necessitados condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo no regime democrático.<sup>7</sup>

E, para que isso tudo tenha serventia, busca-se sua efetividade, centrada na atuação do Poder Judiciário em casos de atuação não satisfatória dos demais poderes. Assim, a efetivação da Constituição há de ser alcançada. Caso isso não ocorra pelas instâncias políticas, caberá ao Judiciário fazê-lo.

A judicialização decorre, portanto, em certo aspecto, da vontade do próprio poder constituinte originário que albergou na carta de 1988 um robusto elenco de direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, inúmeros mecanismos de se permitir a atuação do Poder Judiciário. Nessa toada, há uma transferência natural dos holofotes ao Poder Judiciário, que passa a ser protagonista da nossa política nacional. Não à toa, tornou-se comum a expressão “ativismo judicial” para se designar uma conduta proativa do Poder Judiciário.

Alguns autores encaram judicialização e ativismo como sinônimos. Nesse sentido, Leonardo Sarmento:

“Falo do que se convencionou denominar ativismo judicial, que alcunho como sinônimo de judicialização, com a devida máxima vênua aos discordantes, muito em razão da Justiça Constitucional que se faz interveniente e capital em sua derradeira palavra final de dizer o direito dentro de um Estado Democrático de Direito, mas também pelo incômodo promovido às funções políticas de poder, que deixaram de ter em mãos o poder capital do ‘xeque-mate’”.<sup>8</sup>

Já outros autores entendem que, embora noções semelhantes, ativismo e judicialização não se confundem. É esse o posicionamento de Barroso:

“A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo

---

<sup>7</sup> MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 280

<sup>8</sup> SARMENTO, Leonardo. *Controle de Constitucionalidade e Temáticas Afins*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2015, p. 91.

descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”<sup>9</sup>

Certo é que, independentemente de uma distinção entre esses institutos, tem-se um cenário de protagonismo do Poder Judiciário, que passa a ser chamado a solucionar questões que, originalmente, não lhe cabiam. Os juízes passam a intervir intensamente em políticas públicas e na condução da máquina estatal. Disso, inexoravelmente, decorre a discussão sobre o grau de exigibilidade dos direitos sociais e o grau de interferência possível do Judiciário. Ora, os direitos sociais, por representarem uma prestação positiva do Estado, têm custo elevado, sendo certo que, em um cenário de escassez, não conseguirá o Poder Público garantir a todos esses direitos em grau máximo. Nossos governantes diariamente respondem a perguntas do tipo: devo construir uma nova escola ou um novo hospital? São necessárias escolhas e sacrifícios na gestão da máquina pública.

Essa problemática tende a se resumir na busca de um chamado “mínimo existencial”, ou seja, no “conteúdo mínimo dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata.”<sup>10</sup> Daí o não novo embate entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

### **3. O MÍNIMO EXISTENCIAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Antes de enfrentar o clássico embate entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, é de se questionar o que compõe o mínimo existencial. Pode-se, a grosso modo, falar em uma teoria absoluta, que sustenta a existência de um mínimo existencial previamente determinado. Trata-se de um núcleo de cada direito que não se sujeitará a ponderações.<sup>11</sup> Nessa acepção, por exemplo, hoje, no Brasil, a listagem de tratamentos do Sistema Único de Saúde (SUS) compõe o mínimo existencial do direito à saúde.

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 13, p. 17-32, 2009, p. 21.

<sup>10</sup> COSTA, Susana Henriques. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador, Juspodium, p. 397-421, 2017, p. 400.

<sup>11</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 90.

Ocorre que grande força é atribuída à Teoria Relativa, que, em outro giro, abraça a ideia de que a determinação do mínimo existencial não pode ser pré-estabelecida. Ao revés, dependerá sempre da ponderação de todos os bens e direitos envolvidos, realizada no caso concreto.

Certo é que, não obstante essa divisão doutrinária, comumente haverá um conflito desse princípio do mínimo existencial com a ideia de reserva do possível. É que o Estado possui dois limites fáticos, que, juntos, formam o princípio da reserva do possível. Trata-se da real existência de recursos públicos e a possibilidade jurídica de o Estado dispor desses recursos, se realmente existirem. Assim, o âmago da questão é avaliar até que ponto o Poder Judiciário, a pretexto de salvaguardar um mínimo existencial, poderá condenar a Fazenda Pública a custear algum direito social, sabendo dos escassos recursos e das dificuldades de escolhas políticas.

Nesses temas atinentes às políticas públicas, há aqueles que defendem não ser cabível a intervenção do Poder Judiciário, fala-se que a referida matéria está ligada à discricionariedade e à conveniência do Poder Executivo, não podendo ser alvo de pleito judicial, sob pena de desrespeitar o princípio da Separação dos Poderes. Para os partidários dessa posição, é atribuição exclusiva do poder estatal decidir de que forma e em que os recursos públicos devem ser aplicados. Fala-se, ainda, sobre a falta de legitimidade democrática para decidir sobre política, já que não eleitos pelo povo, olvidando-se que isso o faz distante de pressões políticas que recaem sobre os poderes majoritários, influenciando nas suas escolhas.<sup>12</sup>

Durante muito tempo os Tribunais brasileiros adotaram essa postura restritiva, esquivando-se de adentrar sobretudo na análise do mérito administrativo. Embora já houvesse uma previsão em alguns casos na Lei da Ação Popular (Lei 4717/1965) de apreciação judicial do mérito administrativo, foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada nesse sentido.<sup>13</sup>

A Constituição traz expressamente em seu art. 5º, inciso XXXV, a possibilidade de se recorrer às vias judiciais quando da violação de direitos, de sorte que não há usurpação das funções de um poder sobre o outro, tampouco invasão, até porque o Poder Judiciário é inerte e só age quando provocado. Mas é inquestionável que a decisão envolvendo tais direitos tem, em certo grau, natureza política, já que acaba envolvendo uma escolha política de alocação de

---

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. In. GRINOVER, A.P. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvados. Juspodivm. p. 440.

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 429.

recursos públicos escassos. Desse modo, parece necessária uma revisão e adaptação da forma de decidir esse tipo de questões.

Susana Henriques da Costa, sustenta que, nesse cenário, deve o Poder Judiciário agir de maneira consequencialista, estratégica e mediadora.<sup>14</sup> Isto é, deverá o juiz avaliar as consequências de suas decisões, sem ser alheio a eventual complexidade de sua execução. Devem as decisões, também, importar em elevado grau de atividade cognitiva, para estrategicamente atender à complexidade dos casos concretos, incluindo nessa estratégia, ainda, a função mediadora, até porque, muitas vezes, a solução de uma política pública depende da atuação de vários Poderes e órgãos, sendo mister um diálogo entre as instituições.

Nesse aspecto, cumpre destacar a contribuição de Richard Posner, ao delinear o atuar de um juiz pragmático. Ao analisar as posições formalistas e consequencialistas adotadas pelo Poder Judiciário, o autor americano defende um pragmatismo, que consistiria, a grosso modo, em uma busca de razoabilidade para avaliar decisões, buscando respostas práticas, empíricas, respeitando sim os precedentes e as leis, que criam certa expectativa e confiança, mas também abrindo os olhos às consequências. Assim, os juízes devem:

“proferir a decisão mais razoável que puder, pesando os prós e contras (sendo certo que) prós e contras incluem não apenas consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a deseabilidade de preservar os valores da norma jurídica.”<sup>15</sup>

Portanto, deve o Poder Judiciário atuar e intervir em políticas públicas mal prestadas ou negligenciadas pelo Poder Público, visando a garantir o núcleo do mínimo existencial. Contudo, por serem decisões judiciais com carga política, merecem padrões decisórios pragmáticos, atendo as consequências e com um olhar estratégico, seguindo o dever de proporcionalidade<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> COSTA, Susana Henriques. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador, Juspodium, p. 397-421, 2017, p. 403

<sup>15</sup> POSNER, Richard. A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 50.

<sup>16</sup> “O conceito de proporcionalidade, como critério de aferição da constitucionalidade das medidas restritivas de direitos, traduz uma estrutura de pensamento consistente em avaliar a correlação entre os fins visados e meios empregados nos atos do Poder Público. Não se trata, assim, de um parâmetro aplicável a todo e qualquer caso, mas sua utilização pressupõe a existência de uma finalidade que é perseguida, de um meio que visa a implementá-la e de uma relação de causalidade entre eles. O princípio da proporcionalidade serve para analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto, podendo ser qualificado, portanto, como um critério estrutural para determinação do conteúdo constitucionalmente vinculante dos direitos fundamentais” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade*. In. BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 162/163.)

#### 4. INEFICIÊNCIA DOS MEIOS PROCESSUAIS

O ponto central do presente trabalho gira em torno de uma necessidade de revisão de alguns instrumentos processuais, na busca de uma satisfação mais eficaz e democrática dos direitos sociais em juízo. Isto é, aceitando como premissa básica que a judicialização das políticas públicas é uma realidade inafastável, merece ser aventada a forma com que esse tema é tratado pelo Poder Judiciário. Como foi dito, a gênese dos direitos sociais está associada à busca por uma igualdade material, exigindo-se prestações positivas do Estado a fim de que desigualdades e ofensas à dignidade humana sejam dirimidas.

Sucedo que, quando se fala na judicialização desses direitos sociais, busca-se, a grosso modo, uma justiça distributiva de bens escassos e, considerando que o acesso à justiça no Brasil é completamente deficiente, pode-se chegar com facilidade à conclusão de que o fenômeno da judicialização pode ter o condão de maximizar as desigualdades, já que beneficiará somente aquela parcela da população que tem acesso à justiça. Em que pese o fato de se ter no Brasil a previsão da justiça gratuita desde os anos 50, defensorias públicas bem organizadas desde os anos 90 e a lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099) desde 1995, é forçoso aceitar que o acesso à justiça ainda é ineficiente e, como consequência, o exercício da justiça distributiva de direitos sociais também o é.

Ademais, ainda há certa falta de paridade de armas na dinâmica processual brasileira, que insiste em consagrar mecanismos que favorecem sobremaneira o Poder Público em juízo. Tome-se como exemplo o instituto da suspensão de segurança, que, sem sequer ter natureza recursal, permite por decisão do Presidente do Tribunal a suspensão de decisão em desfavor da Poder Público, sem muitas exigências. Merece a transcrição das palavras de Marcelo Abelha Rodrigues, que malgrado reconheça a importância do instituto, o reconhece como um “balde de água fria”:

“Sob o prisma do autor da demanda, a suspensão requerida e concedida pelo presidente é uma ducha de água fria, porque lhe retira a esperada eficácia obtida numa liminar ou sentença em processo que se caracterizam pelo fenômeno da urgência, tais como mandado de segurança, ação civil pública, ação cautelar, ação popular, tutela antecipada, *habeas data* etc.(...)”<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 4ª Edição. Salvador. Editora JusPofivm, 2016, p. 249.



Esse é apenas um exemplo em meio a muitos outros. Estipulam-se prazos e condições diferenciadas para o Poder Público e uma série de prerrogativas que, talvez, já merecessem uma revisão. Tudo isso à luz de um suposto princípio da primazia do interesse público, que, hodiernamente, já passa a ser objeto de revisão por parte da doutrina<sup>18</sup>. Contudo, o âmago do presente trabalho diz respeito ao fato de que a judicialização dos direitos sociais, que visaria a uma justiça distributiva, de maneira geral, é realizada de maneira individualizada, atomizada, eis que, ao tempo que os direitos sociais são de todos, também o são de cada um.

Esse tratamento individualizado, a despeito de ser legítimo, pode proporcionar consequências nefastas, eis que, múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, vão interferir no planejamento das políticas públicas em curso e, além disso, esse tratamento atomizado não permite um diálogo do problema como um todo, mas somente do problema individual daquele autor que buscou a tutela jurisdicional no seu caso concreto. Em resumo, a pretexto de garantir os direitos sociais, o Poder Judiciário pode acentuar desigualdades, como bem esclarece Susana Henriques Costa:

“Esta última consequência é que mais aponta para uma contradição intrínseca: por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos; por outro, o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo. Em suma, para fazer cumprir os mandamentos constitucionais de igualdade, o Poder Judiciário acabou se transformando em gerador de desigualdades. Isso ocorre porque não é possível resolver questões de justiça distributiva em um modelo processual individualista, que trabalha com questões de justiça comutativa.”<sup>19</sup>

Assim, merecem, repise-se, serem revisitados os mecanismos processuais utilizados na judicialização desses direitos sociais. O presente trabalho, nos capítulos que se seguem, tratará sobre possíveis técnicas de coletivização das demandas individuais e da necessidade de uma abertura democrática das demandas.

---

<sup>18</sup> Nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo. V.239, p 227, 2005.

<sup>19</sup> COSTA, Susana Henriques. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. Op. Cit. p. 406.

## **5. COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS INDIVIDUAIS**

A despeito de existir projeto de lei nesse sentido<sup>20</sup>, o sistema processual brasileiro não possui técnica de coletivização de demandas individuais. Esses mecanismos permitiriam que o magistrado vislumbrasse que uma demanda individual representa uma parcela de um problema maior, massificado, de índole coletiva. Com isso, poderia coletivizar a ação individual, permitindo, como consequência, que o assunto fosse tratado de maneira isonômica e estratégica, com melhor diálogo entre os envolvidos e o Poder Público, trazendo melhores soluções.

No Brasil há incipientes sinais de mecanismos de agregação de demandas, que não se confunde com a coletivização, mas que tem objetivo semelhante. Trata-se da hipótese de, por força da dimensão coletiva dos direitos sociais, multiplicarem-se ações individuais sobre o mesmo assunto. Nesse sentido, devido à identidade da matéria das demandas, seria possível agregá-las de algum modo, para soluções isonômicas.

Já se desenha no Brasil mecanismos variados visando à agregação de demandas. O novo Código de Processo Civil trata dos recursos extraordinários repetitivos e traz o incidente de julgamento de demandas repetitivas, por exemplo. São, pois, alguns engenhos que identificam demandas individuais representativas sobre determinado assunto e, após seu julgamento, tem-se como julgadas todas as outras demandas presentes e futuras sobre o mesmo assunto. Contudo, ainda assim parece haver certa timidez da nossa cultura processual nesse sentido.

A inexistência de mecanismos de coletivização, a timidez da agregação e a exacerbada rigidez da processualística brasileira acabam, como consequência, dificultando a efetivação dos direitos sociais de maneira igualitária e realmente distributiva, favorecendo uns e olvidando outros.

## **6. A BUSCA POR UMA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA**

Ainda no que diz respeito às adaptações processuais, merece destaque a busca por uma jurisdição mais democrática, com ampla participação da sociedade civil. É que, considerando que o Poder Judiciário virou um grande protagonista do cenário nacional, passando a decidir sobre políticas públicas e direitos sociais, passa-se a discutir acerca de sua legitimidade,

---

<sup>20</sup> Projeto de Lei 8058 de 2014

mormente considerando que seus membros não são eleitos pelo povo.<sup>21</sup> Nesse sentido, passam a ser ventilados mecanismos de oxigenar a atuação do Poder Judiciário com a participação da sociedade.

Nesse ponto, merece destaque a obra do alemão Peter Häberle, que desenvolveu teoria pregando a ideia de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. A ideia central é de que o papel de interpretar a norma não seria destinado somente aos funcionários formais do Estado, mas a toda a sociedade, que, em última análise, é destinatária da norma.<sup>22</sup> O que se extrai dessa teoria é a necessidade de inclusão da sociedade civil no processo de tomada de decisões do Estado, inclusive do Poder Judiciário.

Se nos direitos subjetivos individuais a legitimação da decisão cinge-se, a grosso modo, à observância do contraditório e de fundamentação, quando se pensa em direitos sociais, sobretudo em processos coletivos, deve-se buscar maior reforço na legitimação. Daí a importância de técnicas hoje tão festejadas de inclusão da sociedade civil no processo, a saber: as audiências públicas e a intervenção de *amicus curiae*.

Esse diálogo com a sociedade tem o condão de fazer, inclusive, com que as decisões judiciais sejam mais bem recebidas pelo tecido social, uma vez que, mesmo aqueles que discordarem da decisão, terão ao menos a sensação de que foram ouvidos, de que puderam participar. O diálogo gerará consensos e dissensos saudáveis, que poderão influenciar nas decisões e permitir uma fundamentação mais robusta e aceita democraticamente.

As audiências públicas são um mecanismo já antigo em sede do Poder Legislativo. Isto é, há muito que no processo de criação de leis se convoca audiências públicas para ouvir os interessados. No Poder Judiciário, contudo, a convocação de audiências pública é mais recente. A primeira vez utilizada foi em 2007, no julgamento da ADI 3510, que discutia a Lei de Biossegurança. A partir daí tornou-se comum no Supremo Tribunal Federal, embora seja ainda usada com timidez em outros órgãos do Poder Judiciário.<sup>23</sup> Essas audiências permitem que sejam ouvidos interessados e envolvidos na questão em discussão, permitindo ao magistrado um melhor convencimento, para proferir decisão embasada e democrática.

---

<sup>21</sup> Sobre o tema: RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo. Editora Laços, 2014.

<sup>22</sup> HABERLE, Peter. *HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTERPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997

<sup>23</sup> RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. Op. Cit. p. 152.

Já a figura do *amicus curiae*, o amigo da corte, tem ganhado grande destaque, notadamente porque o novo Código de Processo Civil lhe destinou seu artigo 138, da seguinte forma:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se vê, o legislador conferiu amplitude na participação desse terceiro que ingressa no feito objetivando um interesse institucional objeto da demanda. Essa figura permite um aprofundamento da discussão, trazendo elementos de convencimento, permitindo uma decisão mais refletida, considerando a participação da sociedade civil. O amigo da corte será o porta voz de algum grupo e contribuirá para maior legitimação da decisão, principalmente se tratando de matéria de políticas públicas.

## 7. CONCLUSÃO

É de se concluir pelo que se tentou expor que a previsão de direitos sociais em nossa Constituição e legislação, associada à doutrina da efetividade, teve como consequência prática um deslocamento da tutela desses direitos para o Poder Judiciário, tornando-se comuns expressões como “judicialização” e “ativismo judicial”. O Poder Judiciário, portanto, passa a enfrentar questões que outrora caberiam somente às instâncias políticas, tais como distribuição de saúde, educação e saneamento básico.

A tutela dos direitos fundamentais e a garantia de um mínimo existencial passaram a ser a justificativa de intervenção do Poder Judiciário quando da omissão ou ineficiência dos demais Poderes. No entanto, esse movimento tem gerado uma série de questionamentos em meio a bens escassos — o que se traduz no princípio da reserva do possível — e escolhas políticas realizadas pela administração pública democraticamente eleita para seu exercício.

Portanto, há um emaranhado de discussões atinentes aos limites da atuação do Poder Judiciário e da sua legitimidade.

O presente trabalho visou a demonstrar que, a pretexto de garantir uma justiça distributiva de bens escassos, em um contexto de acesso à justiça deficiente, o fenômeno da judicialização pode ter o condão de maximizar as desigualdades, já que beneficiará somente aquela parcela da população que tem acesso à justiça, principalmente se se partir de demandas individuais e não coletivas. De tal modo, é mister adaptação dos meios processuais nas demandas envolvendo direitos dessa natureza com carga política.

No Brasil, malgrado tenhamos técnicas de julgamento coletivos e alguns possíveis mecanismos de agregação de demandas, não temos uma legislação prevendo técnicas de coletivização de demandas individuais, o que importa em enfrentamento das questões relativas a direitos sociais de maneira individualizada, sem uma visão macro do problema. É imperiosa uma evolução legislativa nesse aspecto.

Foi enfrentada, ainda, no presente trabalho a questão da democratização da atividade jurisdicional. Nesse sentido, é de se aplaudir mecanismos como as audiências públicas e *amicus curiae*, que, a cada vez mais, têm aplicação mais ampla e relevante no Brasil. É necessário, para exercício de uma atividade jurisdicional legítima, um diálogo constante com o tecido social.

A consagração dos direitos sociais e sua judicialização são fenômenos já consolidados, uma realidade. Contudo, é necessário o aprimoramento das técnicas processuais, permitindo uma real justiça distributiva, eficiente e democrática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, v. 13, p. 17-32, 2009
- BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo. V.239, p 227, 2005
- BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9ª Edição. Rio de Janeiro. Elsevier. Rio de Janeiro. 2004
- CAMPOS, Juliana Cristine Diniz. *Os Direitos Sociais como Cláusulas Pétreas na Constituição Federal de 1988*. In. MATIAS, João Luis Nogueira. *Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais*. São Paulo. Atlas. 2009, p 185-194.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, 2001
- COSTA, Susana Henriques. *A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo*. In GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador, Juspodium, p. 397-421, 2017
- FELITTE, Beatriz Valente. *Atuação do juiz brasileiro na intervenção em Políticas Públicas: o controle jurisdicional na Ordem Econômica e Financeira*. Revista de Processo, São Paulo, RT, fevereiro de 2017, n° 264, p. 321-355.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*. In. GRINOVER, A.P. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvados. Juspodivm. p. 423-448.
- HABERLE, Peter. *HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A SOCIEDADE ABERTA DOS INTERPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUIÇÃO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E PROCEDIMENTAL DA CONSTITUIÇÃO*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor. 1997
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os Imperativos de Razoabilidade e de Proporcionalidade*. In. BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p 153-215.
- POSNER, Richard. A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro, Forense, 2010
- RANGEL, Gabriel Dolabela Raemy. *A Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático: uma reflexão no pós-positivismo*. São Paulo. Editora Laços, 2014

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 4ª Edição. Salvador. Editora JusPofivm, 2016

SARMENTO, Leonardo. *Controle de Constitucionalidade e Temáticas Afins*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2015

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª Edição. Belo Horizonte. Fórum, 2014