

FLÁVIO AUGUSTO SPEGIORIN RAMOS

**POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO
CONSTITUCIONAL:
PONDERAÇÕES À LUZ DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Elival da Silva Ramos

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

FLÁVIO AUGUSTO SPEGIORIN RAMOS

**POLÍTICAS PÚBLICAS, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO
CONSTITUCIONAL:
PONDERAÇÕES À LUZ DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Elival da Silva Ramos.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ramos, Flávio Augusto Spegiarin

Políticas públicas, ativismo judicial e diálogo constitucional: ponderações à luz da efetivação dos direitos sociais ; Flávio Augusto Spegiarin Ramos ; orientador Elival da Silva Ramos -- São Paulo, 2020. 191

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direitos sociais. 2. Ativismo judicial. 3. Teoria do diálogo constitucional. 4. Políticas públicas. 5. Diálogo institucional. I. Ramos, Elival da Silva, orient. II. Título.

Nome: Flávio Augusto Spegiorin Ramos

Título: Políticas públicas, ativismo judicial e diálogo constitucional: ponderações à luz da efetivação dos direitos sociais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador: Professor Titular Doutor Elival da Silva Ramos

Instituição: Faculdade de Direito da USP

Assinatura: _____

Professor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor(a): _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

São Paulo

2020

*À Bruna, por caminharmos sempre juntos
em nossos sonhos e por me despertar tanto amor e admiração,
e aos meus pais, por tudo.*

Agradeço, primeiro, ao Professor Elival da Silva Ramos a oportunidade da orientação prestada, a atenção singular sempre concedida e a dedicação profissional inspiradora.

Agradeço à Bruna, minha esposa, por todo o apoio e a atenção dedicados a mim, e aos meus pais e irmão, por serem também meu esteio.

Agradeço a todos os meus grandes amigos que me acompanham na vida, com especial gratidão ao Vinícius.

Agradeço aos sócios do Kestener, Granja e Vieira Advogados pelos anos que juntos trabalhamos, além do apoio e incentivo neste trabalho.

Agradeço ao Professor Fernando Dias Menezes de Almeida e à Professora Mathilde Philip-Gay, que, com disposição e zelo, permitiram que meu estágio de pesquisa na França fosse concretizado.

Agradeço à Universidade de São Paulo e à Université Jean Moulin Lyon 3, por todo o conhecimento adquirido, e à cidade de Lyon, cujos encantos me despertam tanta saudade.

“A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos diretos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.”

Rui Barbosa.

Conferência realizada em 20 de março de 1919 durante campanha eleitoral.

RAMOS, Flávio Augusto Spegiorin. *Políticas públicas, ativismo judicial e diálogo constitucional: ponderações à luz da efetivação dos direitos sociais*. 2020. 191 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RESUMO

O Estado social impõe uma dinâmica político-jurídica distinta à ação do Estado, com reflexo na proteção jurisdicional dos direitos sociais, em especial os programáticos de cunho prestacional. Historicamente, tais direitos enfrentam questões jurídico-políticas importantes, que afetam a forma como são compreendidos, interpretados e efetivados. O Direito sucumbiu, em parte, nas tarefas de encontrar ferramentas precisas para as fórmulas programáticas, de precisar os fins do Estado e de instrumentalizar os anseios constitucionais. A Constituição brasileira de 1988, inserida nesse contexto, agigantou-se quanto aos fins, mas apequenou-se quanto aos meios, restando às políticas públicas certo protagonismo como ferramenta de operacionalidade do Direito na questão social. Porém, as falhas perpetradas pelo Poder Público no campo social possibilitaram que o Poder Judiciário assumisse um papel político e voluntarista, extrapolando limites de sua atuação jurisdicional ao interpretar e aplicar normas daquela natureza. Esse ativismo judicial desfigura o caminho traçado na concretização dessas normas constitucionais e corrompe o processo de realização da dimensão material do projeto constitucional. O trabalho revela que esse fenômeno se comporta de forma híbrida: é impulsionado por questões normativas e, sobretudo, institucionais. A questão institucional – em especial, a dinâmica entre os Poderes e a distribuição de suas funções e limites – tem impacto relevante para o ativismo judicial na questão social. Isso nos permite vislumbrar um potencial reformador no desenho das relações institucionais que anseie o ponto de equilíbrio entre a total contenção do Judiciário (ou passivismo) e seu ativismo. A teoria do diálogo constitucional (com as mudanças no design e na dinâmica das instituições que ela propõe) torna-se medida prospectiva. Assim, reveladas as questões institucionais atreladas ao processo histórico, político e jurídico que acompanham o desenvolvimento do Estado social e identificadas as questões institucionais que dão forma e impulsionam o ativismo judicial no campo dos direitos sociais programáticos de cunho prestacional, o trabalho busca na teoria do diálogo constitucional uma possível resposta ao fenômeno do ativismo. Para isso, passa por parte da evolução do constitucionalismo brasileiro no tema, revela um Estado com potencial articulador e identifica como o diálogo constitucional tem sido invocado na prática constitucional brasileira e quais os desafios prospectivos que o tema impõe.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais; normas programáticas; ativismo judicial; teoria do diálogo constitucional; políticas públicas; diálogo institucional.

RAMOS, Flávio Augusto Spegiarin. *Public policies, judicial activism and constitutional dialogue: considerations in the light of the realization of social rights*. 2020. 191 f. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The social State imposes a distinct political-legal dynamic on the action of the State, which reflects on the judicial protection of social rights, especially the programmatic ones that requires a gradually strive towards their full realization (those with prestatational legal status). Historically, such rights face important legal-political issues that affect how they are recognized, interpreted and enforced. Law succumbed in part to the tasks of finding precise tools for programmatic formulas, specifying the function of the State, and instrumentalizing constitutional aspirations. The Brazilian Constitution of 1988, inserted in this context, loomed as to the purposes, but was reduced as to the means, leaving to the public policies a certain prominence as an instrument of operation of the Law in the social question. However, the failures perpetrated by the Public Power in the social field made it possible for the Judiciary Power to assume a political and voluntarist role, going beyond the limits of its jurisdictional performance by interpreting and applying norms of that specific legal status. This judicial activism disfigures the path traced in the realization of these constitutional norms and corrupts the process of realizing the material dimension of the constitutional project. The work reveals that this phenomenon behaves in a hybrid way: it is driven by normative and, above all, institutional issues. The institutional matter - in particular, the dynamics among the Powers and the distribution of their functions and limits - has a relevant impact on judicial activism in the social question. This allows us to consider a potential reformer in the design of institutional relations that pursues the balance between the full restraint of the Judiciary (or passivism) and its activism. The theory of constitutional dialogue (with the changes in design and dynamics of the institutions that it proposes) becomes a prospective proposal. Thus, revealing the institutional issues linked to the historical, political, and legal process that accompany the development of the social State, and identifying the institutional issues that delineate and foment judicial activism in the field of programmatic social rights with prestatational legal status, this study pursues in the theory of constitutional dialogue a potential response to the phenomenon of judicial activism. In this regard, the study considers the evolution of the Brazilian constitutionalism in the theme, reveals a State with articulating potential, and identifies how the constitutional dialogue has been invoked in the Brazilian constitutional practice and what are the prospective challenges that the theme imposes.

KEYWORDS: social rights; programmatic norms; judicial activism; theory of constitutional dialogue; public policies; institutional dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1. PLANO NORMATIVO DOS DIREITOS SOCIAIS	25
1.1 A evolução do modelo de Estado e o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais	25
1.1.1 Considerações sobre a evolução do modelo de Estado e sobre o contexto do surgimento do Estado de Direito social	25
1.1.2 O regime jurídico-constitucional dos direitos sociais e as circunstâncias que impõem uma nova dinâmica ao Estado.....	34
1.1.3 Eficácia das normas constitucionais no campo dos direitos sociais	43
1.2 O plano normativo dos direitos sociais na Constituição brasileira de 1988.....	52
1.2.1 A questão social no constitucionalismo brasileiro	52
1.2.2 A repercussão da teoria da Constituição Dirigente na teoria do constitucionalismo brasileiro e a dimensão prospectiva da Constituição	58
1.2.3 A proteção jurisdicional direta e indireta das normas constitucionais de cunho programático	65
2. O ATIVISMO JUDICIAL NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	73
2.1 O conceito jurídico de políticas públicas e a complexidade que permeia o tema	73
2.2 As políticas públicas como instrumento de consecução da dimensão material do projeto social de cunho programático	80
2.2.1 As políticas públicas como elemento completo dos instrumentos de operacionalidade do Direito no âmbito do Estado social	80
2.2.2 O Poder Judiciário no centro do debate do controle jurisdicional de políticas públicas	93
2.3 A disfunção no controle jurisdicional de políticas públicas como mecanismo de efetivação de direitos sociais: o ativismo judicial	100

2.3.1	As <i>judicializações</i> e o ativismo judicial	100
2.3.2	O conceito e o alcance do ativismo judicial	101
2.3.3	Os limites da função jurisdicional e os fatores – de feição institucional e de feição normativa – de impulsão do ativismo judicial no Brasil.....	109
2.3.4	O ativismo judicial e suas consequências no processo de realização da dimensão material do projeto constitucional: constatações de uma disfunção de natureza sistêmica e institucional.....	117
3.	A QUESTÃO INSTITUCIONAL NO ATIVISMO JUDICIAL E AS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL.....	126
3.1	A identificação e a relevância do componente institucional no fenômeno do ativismo judicial	126
3.2	O diálogo constitucional e suas questões institucionais prospectivas	131
3.2.1	A compreensão do conceito e da metáfora do diálogo constitucional	131
3.2.2	Perspectivas sobre as diferentes teorias do diálogo constitucional	136
3.2.3	O enfoque às questões institucionais: novas opções institucionais aos clássicos modelos de constitucionalismo	145
3.2.4	O paradigma do caso canadense e os contornos das experiências na Nova Zelândia e no Reino Unido	149
3.2.5	Potenciais benefícios de um novo modelo dialógico e sua compatibilização com a revisão judicial.....	157
3.3	Expressões de um potencial diálogo no constitucionalismo brasileiro	163
	CONCLUSÃO.....	178
	REFERÊNCIAS.....	185

INTRODUÇÃO

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA E AS PREMISSAS QUE ORIENTAM A PESQUISA

A Constituição brasileira de 1988 foi auspiciosa ao projetar a ideia de um Estado de Direito social e democrático, consolidando e ampliando aspirações lançadas na Constituição de 1934, quando o texto constitucional se apoiou em questões ideológicas influenciado pela questão social revelada no constitucionalismo alemão do pós-guerra.

As normas de natureza programática, notadamente aquelas definidoras de direitos sociais de cunho prestacional, sempre foram pauta no debate que acompanha o desenvolvimento do Estado social. Foram, ademais, acusadas de ocasionar a queda no grau de juridicidade das constituições, quer porque o Direito conhecia apenas a lógica de interpretação e aplicação de normas no modelo de Estado liberal, quer porque ainda imperava a incompreensão quanto aos instrumentos que o Direito utilizaria para lidar com esse novo tipo de norma. Das várias críticas que acompanham aquelas normas até os dias de hoje, duas ganham relevo na doutrina: a formulação textual dessas normas, por vezes fluidas, abertas ou principiológicas, e sua possível dependência da política para uma efetiva concretização.

As políticas públicas, a partir da década de 1990, assumem um papel relevante no processo de concretizar a dimensão material do projeto constitucional. Tornam-se instrumento capaz de dar densidade à lógica e à operacionalidade do Estado social, mas não deixam de ser resultado de uma ação estatal complexa, planejada e projetada a partir das finalidades que o texto constitucional prescreve. Essa ação estatal, aliás, é permeada por questões econômicas igualmente complexas, além de questões institucionais que acompanham o intrincado processo de formulação, de implementação e de execução de políticas públicas. Embora não se negue a ineficiência do Poder Público em muitos temas, todas aquelas questões complexas acabam passando ao largo do Poder Judiciário, que, cada vez mais, tem avocado um papel voluntarista e garantista na tarefa de interpretar e aplicar o texto constitucional no campo dos direitos sociais, resultando num comportamento ativista ao ultrapassar os limites pertinentes à atividade jurisdicional.

Essas questões, brevemente descritas, formam o contexto da pesquisa realizada neste trabalho, que é orientado por algumas hipóteses: existe algum elemento ou circunstância

capaz de justificar e articular, do ponto de vista jurídico-político, todas essas questões acima? No campo dos direitos sociais, qual a lógica jurídico-política que justifica a concretização da dimensão material do projeto constitucional por meio de normas programáticas de cunho prestacional? De que forma as políticas públicas contribuem para esse processo, instrumentalizando o Direito para lidar com tais temas? Qual o impacto do ativismo judicial nesse complexo contexto? Considerando o amadurecimento da doutrina após a Constituição brasileira de 1988, quais as perspectivas jurídico-institucionais para o arrastado debate sobre a efetividade dos direitos sociais?

Para isso, são três os pilares que sustentam este trabalho: direitos sociais e políticas públicas, ativismo judicial e diálogo constitucional. Busca-se compreender qual a lógica que sustenta a dinâmica da concretização material do Estado de Direito social e sua influência no processo de interpretar e aplicar as normas constitucionais programáticas de cunho prestacional, em especial a partir de um olhar amadurecido sobre o tema e problematizado com questões contemporâneas; avaliar não só as particularidades relacionadas ao papel ativista desempenhado pelo Poder Judiciário no campo das políticas públicas e dos direitos sociais, mas também as disfunções sistêmicas que ele provoca, propondo uma nova classificação para os fatores de impulsão desse fenômeno que nos permita revelar novas implicações e inferências; e, considerando as conclusões construídas ao longo dessa análise, investigar como o diálogo constitucional pode contribuir como questão prospectiva nesse campo, identificando questões de cunho institucional importantes para o debate e para a possível construção de respostas pelo Direito pátrio.

A busca pelas respostas a que se propõe esta pesquisa é dirigida por uma premissa maior bastante específica: identificar qual o elemento comum que une e justifica todas essas questões, interligando-as, e que também é capaz de revelar e orientar não só novas inferências sobre a problemática exposta, mas também uma possível resposta no campo da teoria do diálogo constitucional. A finalidade é encontrar e analisar os *pontos de intersecção* dos três pilares deste trabalho, contribuindo para enriquecer a doutrina jurídica com novos enfoques e novas conclusões sobre um tema dinâmico, que, vale salientar, não passa alheio às questões políticas e sociais que interagem com o Direito no contínuo processo de realizar a dimensão material do projeto constitucional.

2. PROPOSTA DE TRABALHO E APRESENTAÇÃO DO TEMA

O trabalho se estrutura em três capítulos, divididos conforme os três tópicos fundamentais que são pilares da obra: (i) Plano Normativo dos Direitos Sociais; (ii) O Ativismo Judicial no Campo dos Direitos Sociais; e (iii) A Questão Institucional no Ativismo Judicial e as Contribuições da Teoria do Diálogo Constitucional. Cada capítulo se subdivide em novos tópicos, propiciando, assim, esmiuçar a investigação do tema a partir das hipóteses e premissas que orientam a pesquisa e que vão construindo as conclusões alcançadas ao longo do trabalho.

No primeiro capítulo, o trabalho se curva à análise dos direitos sociais no constitucionalismo contemporâneo, traçando, para isso, um breve histórico de construção do Estado social que nos permita compreender não só o contexto em que surgem os direitos sociais e sua proteção jurídica – em particular, os de cunho programático e prestacional –, mas, principalmente, qual a dinâmica jurídico-política que os cerca e direciona sua concretização por meio de políticas públicas, além da forma distinta de ação ou articulação por parte do Estado. Além disso, o capítulo absorve a dinamicidade e a problematização que envolvem o tema e o analisa considerando não só a evolução na sua discussão pela doutrina, mas também os pontos em que a doutrina é convergente, resultado do amadurecimento do debate ao longo das últimas décadas. Assim, a análise realizada nesse capítulo comporta-se como premissa geral deste trabalho, pois contribui para revelar questões jurídico-institucionais que convergem para a prática do ativismo judicial no campo dos direitos sociais e das políticas públicas (tema que é objeto de análise no segundo capítulo).

O Estado é considerado uma das mais complexas organizações sociais, permeado por questões relacionadas ao desenvolvimento histórico, social, político, econômico e filosófico. Apesar de existirem algumas diferentes perspectivas sobre a evolução do Estado, parecem-nos mais pertinentes aquelas que, de alguma forma, dedicam-se a analisar a relação ou associação entre a Política e o Direito como tópico importante nessa evolução, ou que considerem, nesse cenário, a influência da razão humana no processo lógico e político de organização social, tal como ocorre com a teoria das Constituições.

O Estado social reflete grandemente essa complexidade, somando tarefas muito além daquelas que propunha o Estado em sua configuração liberal. Busca, sobretudo, proclamar direitos sociais enquanto protege liberdades e garantias, promove a igualdade jurídica ao

tempo em que assume a segurança nacional como tarefa essencial, e, ainda, impulsiona a conexão entre o liberalismo político e a democracia.¹

Essa complexidade que reveste o Estado social, além da mudança na lógica de perceber a função de Estado, às vezes imprecisa, repercutiram no processo de materializar essa realidade nos textos constitucionais. A figura de um Estado com intenções teleológicas, ou a falta de um impulso revolucionário nas constituições, como acreditava Pontes de Miranda², repercutiu na criação de normas com formulações programáticas, em especial aquelas de cunho prestacional. Essa circunstância tem dividido a doutrina entre aqueles que acreditam que a fórmula programática representa a essência e a dinâmica político-jurídica dos direitos sociais, e aqueles que entendem que tais formulações fragilizam a ideia de direito social, pois o condicionam às questões políticas e à vontade de agir do Estado.

Esse contexto ressoa na discussão sobre a maior ou menor aplicabilidade ou eficácia das normas de direito social de cunho programático, influenciando no processo de interpretar e aplicar essas mesmas normas (e, conseqüentemente, no processo de realizar o projeto constitucional). Esse debate, bastante dinâmico, tem se arrastado por longo tempo na doutrina jurídica, que ainda diverge sobre como equacionar o problema dessas normas que dependem de respostas do Estado. Esse cenário põe em xeque a proteção jurisdicional sob o ângulo das obrigações positivas do Estado e, ainda que o Direito Constitucional contemporâneo tenha oferecido algumas ferramentas para lidar com o problema, essas ferramentas não têm se mostrado suficientes ou, quando utilizadas, envolvem outras questões (normativas e não normativas) relacionadas a inúmeros fatores que não deveriam se submeter apenas a um comando judicial.

Os textos constitucionais estão mais maduros quanto aos temas relacionados ao Estado social e sua execução, mas isso não afastou a contenda que o acompanha. Ao contrário, todo esse debate é bastante dinâmico, porque segue a evolução político-jurídica da sociedade, e o atual momento político, econômico e social tem alimentado ainda mais as discussões e reforçado a hipótese de que o Direito pode não ter todos os instrumentais necessários para a solução do problema.

No Brasil, o protagonismo da questão social veio com a Constituição Federal de 1988, embora o tema tenha percorrido o constitucionalismo nacional bem antes, por

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 40-41. Ver também MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 96.

² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição da República dos E. U.do Brasil*. t. 1. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936. p. 13-14.

inspiração alemã e influência das constituições do pós-guerra. A Constituição de 1988 conferiu relevância e dimensão jurídica necessárias à construção de um Estado de Direito social e democrático, sem que o país tivesse percorrido e implementado o Estado de Direito social ao tempo e modo semelhantes a outros países, potencializando o desafio que o texto constitucional propunha para o modelo de Estado que aqui se consolidava.

Sobrevive, assim, o debate sobre a questão social das Constituições contemporâneas, em especial, para este trabalho, a Constituição brasileira de 1988, sobre a programaticidade de algumas de suas normas e sobre quais instrumentos devem servir para efetivar e materializar o direito que essas normas prescrevem. Mais que isso, ainda se questiona se esses instrumentos seriam essencialmente jurídicos ou deveriam ser, também, políticos. Aliás, a doutrina ainda diverge sobre as duas dimensões que, embora próximas, se distanciam quanto à subjetivação dos direitos sociais: a defesa de algum potencial direito público subjetivo a prestações por parte do Estado e a defesa de um autêntico direito subjetivo individual a tais prestações. O espaço – por vezes extenso – entre essas duas dimensões divide o posicionamento de juristas quando se debruçam sobre o tema.

A partir desse contexto e particularmente na questão brasileira, analisamos se as políticas públicas se convergem em instrumento jurídico-político de realização da dimensão material do Estado social e de concretização das normas programáticas de cunho prestacional, integrando questões econômicas, sociais e culturais com a vontade política organizada. Ao se confirmar a premissa, então a lógica estabelecida nessa instrumentalidade não pode fugir à hermenêutica jurídica; ao contrário, deve orientá-la. Os desafios, assumidos ao longo do trabalho, buscam equacionar (a) a lógica histórico-político-jurídica que acompanha a previsão de direitos sociais concretizáveis por meio de normas programáticas de cunho prestacional, (b) a consciência de que o Estado brasileiro assumiu tarefas muito maiores do que aquelas que efetivamente conseguiria implementar em tempo razoável e, enfim, (c) as questões de ordem estrutural e institucional relacionadas à separação dos Poderes que influem nesse processo de concretização da dimensão material proposta por um Estado social.

A realidade brasileira permitiu que o Poder Público usasse esse complexo contexto como escudo contra sua ineficiência. O resultado disso foi que o Poder Público perdeu credibilidade no desempenho de seu papel constitucional no campo dos direitos sociais, abrindo espaço para que os comandos constitucionais passassem a ser cada vez mais reclamados ao Poder Judiciário, que avocou funções atípicas que não lhe competem e assumiu um papel garantista na realização do projeto constitucional, desviando-se da melhor

técnica interpretativa e ultrapassando os limites próprios da atividade jurisdicional. É dizer, o Judiciário tem assumido um papel político na concretização do Estado de Direito social e democrático, garantindo a fruição de direitos sociais de cunho prestacional amparando-se em interpretações engenhosas da Constituição e geralmente distantes das balizas da dogmática jurídica.

Por isso, o trabalho se propõe a avaliar quando e como o Poder Judiciário ultrapassa esses limites e, então, ponderar possíveis questões prospectivas para essa problemática que não sejam apenas adequações normativas ou a prescrição de formas adequadas de se interpretar e aplicar o texto constitucional. Especificamente, a questão institucional do problema parece se revelar conforme se aprofunda nessas discussões. É a partir desse contexto que aprofundamos o debate no segundo capítulo deste trabalho. Nele, propomos investigar se (e como) o ativismo judicial se revela em disfunção na tarefa de concretizar direitos sociais de natureza programática e de cunho prestacional. Além disso, investigamos quais são os fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil e, nesse aspecto, propomos uma nova classificação desses fatores de impulsão no Brasil a partir da identificação de feições normativa e institucional, contribuindo para que a doutrina possa compreender, de forma mais nítida, quais os efeitos e as consequências dessa disfunção sistêmica no processo de realizar a dimensão material do projeto constitucional.

Essa é uma das principais premissas que sustentam o debate e a conclusão que se busca alcançar: identificar e analisar o peso do componente institucional no fenômeno do ativismo judicial e entender sua relação com a forma como os Poderes interagem entre si e como realizam o projeto constitucional no campo social. Todo esse caminho é percorrido após avaliações sobre o tema do ativismo judicial na doutrina jurídica, em especial para delinear os contornos característicos do ativismo judicial no Brasil e identificar as dessemelhanças quando comparado ao fenômeno do ativismo judicial no constitucionalismo estadunidense, ou, ainda, entender as razões pelas quais o ativismo não floresceu em países como a França, o que se faz no intuito de descobrir o peso que a questão institucional impõe ao tema.

O terceiro capítulo, assim, se propõe a entender possíveis questões prospectivas de natureza institucional (e não apenas normativa) que igualmente possam colaborar para a busca do equilíbrio entre a total contenção do Poder Judiciário (o que corresponderia ao *passivismo judiciário*³) e seu oposto, o ativismo judicial. É nesse contexto que tratamos das

³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 132.

contribuições institucionais a partir da teoria (ou teorias) do diálogo constitucional, passando pela análise das interações entre os tribunais e os ramos políticos do governo na tomada de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais.

A análise que se faz no terceiro capítulo deste trabalho, portanto, planeja alcançar três objetivos gerais. O primeiro é o de compreender a ideia de diálogo constitucional relacionada à interação dos Poderes no âmbito do controle de constitucionalidade. O segundo objetivo é identificar a questão institucional que se relaciona e integra a ideia de diálogo constitucional. Por fim, o terceiro objetivo geral é entender o diálogo constitucional como questão prospectiva ao ativismo judicial e ao processo de interpretação-aplicação das normas constitucionais no campo dos direitos sociais de cunho programático, em especial no processo de concretização da dimensão material do projeto constitucional.

Apesar das teorias do diálogo constitucional projetarem modelos e dinâmicas institucionais diferentes, buscamos avaliar se temas sensíveis e complexos, como é o caso dos direitos sociais de cunho programático e prestacional, podem se beneficiar da teoria do diálogo constitucional, na medida em que se sujeitariam a uma deliberação mais acertada e menos equivocada ou conflituosa no processo de interpretar e aplicar as normas constitucionais que os positiva.

Esse possível novo modelo de constitucionalismo do Commonwealth⁴, como denominou Stephen Gardbaum, parte das experiências obtidas a partir de arranjos normativo-institucionais promovidos pelo Canadá, pela Nova Zelândia e pelo Reino Unido, que buscaram desvincular o controle de constitucionalidade da supremacia judicial em busca de um equilíbrio institucional, de uma responsabilidade conjunta e de um diálogo deliberativo entre tribunais e parlamentos. Analisamos, assim, como essas mudanças intrasistema (ou mudanças no design constitucional, na dinâmica das instituições) podem proporcionar maior interação entre os Poderes e, com isso, incentivar o compartilhamento das responsabilidades na tomada de decisão constitucional em temas tão complexos, como é o caso da realização da dimensão social proposta na Constituição.

Por fim, analisamos como o constitucionalismo brasileiro tem se comportado frente à teoria do diálogo constitucional. Para isso, consideramos não só o posicionamento da doutrina, mas, principalmente, como tem se desenvolvido a prática constitucional brasileira por meio da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Com isso, buscamos

⁴ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 12 maio 2019.

avaliar a ocorrência ou não de situações que corresponderiam às teorias do diálogo constitucional e, mais especificamente, se e como o constitucionalismo brasileiro tem absorvido a teoria e quais os caminhos que ainda precisamos percorrer para que esse tema alcance a maturidade que aqui se propõe.

Sabemos que o debate proposto neste trabalho é bastante complexo e envolve temas por vezes diversos. No entanto, esperamos que nosso trabalho contribua não só com um novo olhar amadurecido sobre as questões que desafiam a realização da dimensão material da Constituição, em especial no campo dos direitos sociais, mas principalmente com novas proposições e a identificação de novas questões convergentes nessa problemática que possam direcionar respostas desafiadoras e criativas a serem oferecidas pelo Direito.

CONCLUSÃO

Não há forma ultimada para o Estado. Sua formação, sua modificação e as características que lhe estruturam estão em constante processo de mutação. Por isso, ao analisar alguns dos elementos associados a essas mudanças, podemos compreender não só como surge, mas principalmente como tem se desenvolvido o constitucionalismo desde o final do século XVIII, notadamente em razão dos movimentos bastante diversos e conexos de natureza econômica, social, política e filosófica, que acompanham e, por vezes, promovem mutações significantes no modelo e na dinâmica do Estado. Exemplo disso foi o final do século XVIII, cujas importantes transformações foram impulsionadas pelas Revoluções Francesa e Industrial e pelo surgimento das primeiras constituições escritas.

Já o período de transição dos séculos XIX e XX, também reconhecido como era das ideologias e revoluções, foi decisivo para a projeção e construção de um novo modelo e ideal de Estado, que absorveria, no decorrer do liberalismo, uma nova e singular concepção de ordem social, até então incógnita. Como demonstramos no primeiro capítulo deste trabalho, foi bastante denso e dificultoso o desafio de repensar um modelo de Estado que trouxesse mudanças significativas na ordem constitucional, desafiando o modo de pensar e articular os papéis e os objetivos do Estado.

Precisamente, coube a essa nova ordem constitucional articular as liberdades e garantias com a proclamação de uma nova configuração de direitos, até então desconhecida (os direitos sociais). Coube a ela, ainda, promover a igualdade e a segurança jurídica ao mesmo tempo em que buscou promover a igualdade e a segurança social, além de conectar o liberalismo político com os novos ideais democráticos invocados na ordem social.⁵⁰⁰

Esses desafios buscavam, sobretudo, superar a contradição que havia entre a igualdade política e a desigualdade social, construindo um modelo de Estado em que novos direitos, de cunho social, seriam positivados nas constituições e materializados a partir de ações do Estado, como revelamos ao longo do trabalho. O Estado, a partir desse momento, absorve a desafiadora função de impulsão, de governança e de ação (uma função, portanto, construtiva), de maneira que sua atuação e sua dinâmica teriam peso igual ou até maior que a valorização da autonomia, própria do liberalismo.

⁵⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 96.

Essa transição entre os modelos liberal e social foi marcada pelo conflito entre as teses constitucionais que cada modelo pregava e por um período de incerteza e indefinição na doutrina jurídica. O Direito não sabia como lidar com essa nova ordem constitucional que impunha ao Estado novos parâmetros de comportamento. Na prática, o Direito sucumbiu na tarefa de encontrar ferramentas precisas e imediatas para concretizar as fórmulas programáticas que passaram a ocupar os textos constitucionais, motivando a queda no grau de juridicidade das constituições e revelando certa incapacidade do Direito de dar fins precisos ao Estado e de instrumentalizar sua ação pretendida.

O primeiro e grande desafio do Direito foi, então, adaptar-se à nova lógica que nasce com o Estado social. É dizer, superar a visão enviesada pela lógica do liberalismo e, então, compreender e adaptar-se à nova ordem constitucional que se estabelecia naquele momento. Embora alguns juristas compreendam esse obstáculo enfrentado pelo Direito como mero resultado de uma fase anárquica ou desorientada da doutrina, ou até como uma ignorância consentida ou deliberação propositada, demonstramos, no primeiro capítulo, que há razões para divergir desse entendimento.

A programaticidade no pós-guerra decorreu, principalmente, de movimentos e demandas de proteção social relacionados com as revoluções na transição dos séculos XIX e XX, mais complexas justamente porque aspiravam muito mais do que a lógica do liberalismo podia oferecer. Consequentemente, impunham ao Direito um desafio também complexo de internalizar todas essas aspirações nos textos constitucionais e de encontrar formas jurídicas adequadas que permitissem instrumentalizar essas demandas.

Não se nega que o Direito tenha falhado, em parte, na instrumentalização da programaticidade e na definição dos fins almejados pelo novo modelo de Estado. Mas uma das razões que evidenciam a complexidade do Estado social, em especial no campo institucional e normativo, é que o conteúdo das constituições que modelam o Estado social – e, consequentemente, das normas que materializam os direitos sociais de cunho programático e prestacional – permanece semelhante até os dias atuais, a despeito do tempo e do amadurecimento da doutrina jurídica sobre o tema. Seguir associando a programaticidade das constituições apenas a uma fase de desorientação doutrinária é seguir repetindo o problema do início do século XX, quando se tentava entender a ordem social a partir de uma visão assentada na ordem e lógica liberais.

Além disso, a análise do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais que tratamos no primeiro capítulo revela um conjunto de atributos que nos permite examinar como ocorre a juridificação desses direitos e a distinta dinâmica de concretização de seu

conteúdo no âmbito do Estado social. Contribui, também, para esclarecer a coerência que deve existir no processo de compreender, interpretar e concretizar as normas definidoras de direitos sociais, em especial os de cunho prestacional. Apenas um – dentre os sete atributos analisados – se relaciona diretamente à crítica negativa que parte da doutrina faz sobre a programaticidade: a adequação das formas de tutela, pois expõe a dificuldade de instrumentalização do Direito para lidar com normas dessa natureza.

Os outros seis atributos, ao revés, reforçam a natureza da programaticidade dos direitos sociais de cunho prestacional e revelam que seu processo de concretização está atrelado a questões completivas que compõem a dinâmica de realização do texto constitucional no modelo social. Nesses seis atributos estão compreendidos: as tarefas e incumbências impostas ao Estado, a participação social, o não-retorno da concretização, a repartição de custos, a dependência da realidade constitucional e das questões além das normas, assim como as condições econômicas, socioculturais e institucionais.⁵⁰¹

Todos eles, portanto, ampliam e reforçam a ideia de programaticidade e demonstram que o processo de concretização desse tipo de norma constitucional – as programáticas de cunho prestacional – impõe a consideração de elementos diversos, próximos das atividades desenvolvidas pelos demais Poderes da União.

Eventual crítica sobre a carência de instrumentalidade – ou seja, a crítica amparada no atributo da adequação das formas de tutela – não é, *per se*, capaz de atingir a estrutura e fragilizar o sistema do regime jurídico-constitucional desses direitos. Ao contrário, reforça a importância de todos os demais elementos e atributos completivos, demonstra que os direitos programáticos de cunho prestacional devem ser compreendidos com olhares diferentes da lógica estabelecida no Estado liberal, além de enfatizar a conclusão de que esses direitos se comportam de maneira distinta e com dinâmica própria, demandando a consideração de elementos diversos, muitas vezes próximos dos Poderes Legislativo e Executivo. Isso, então, potencializa a atuação dos outros Poderes – não só do Judiciário – na tarefa de efetivar o texto constitucional, como analisamos no primeiro capítulo a partir das considerações sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais.

O Estado social, portanto, impõe uma dinâmica jurídico-política distinta. Por isso, não se sustenta a crítica que suscita a fragilidade desses direitos sociais (de natureza programática e cunho prestacional) apenas porque conexos às questões políticas. A crítica, quando se direciona nesse sentido, afasta-se da compreensão da lógica histórico-política do

⁵⁰¹ MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010. p. 29-36.

Estado social e busca apenas privilegiar e transcender o papel de um só Poder – o Judiciário – no complexo processo de concretizar e efetivar direitos daquela natureza.

Igual conclusão se observa ao se estabelecerem alcance e limites na proteção jurisdicional desses direitos, em especial a partir da Constituição Federal de 1988, com o protagonismo da questão social na realidade constitucional brasileira, que almejou reconciliar um recente passado ineficaz no campo social.

Especificamente, normas constitucionais programáticas de cunho prestacional são dotadas de eficácia, mas essa eficácia é indireta, vinculando materialmente o Poder Público e, assim, dirigindo as ações e decisões políticas. Orientam, também, o sentido de interpretação e a aplicação das outras normas constitucionais e infraconstitucionais, mas são dependentes de interposição normativa e estruturação material da atividade do Estado. Como bem esclarece Elival da Silva Ramos, não necessitam de complemento para produzir efeitos jurídicos ou irradiar sua carga eficaz, mas sim para definir os procedimentos e as condições de fruição do direito que prescrevem.⁵⁰²

Essas normas, portanto, criam um potencial direito público subjetivo a prestações por parte do Estado, mas não um autêntico direito subjetivo individual. Revestem-se de inequívoca proteção jurisdicional indireta – e esse deve ser o parâmetro de interpretação da Constituição brasileira de 1988.

Tais normas não preveem direitos subjetivos plena e diretamente exercitáveis e esse problema de base jurídico-política se desdobra em outros dois: problema de competência, pois demanda interposição legislativa, e problema de instrumentalização, pois o Direito e suas ferramentas não são inteiramente suficientes para implementar direitos dessa natureza, como demonstrado ao longo do trabalho. À vista disso, a Constituição de 1988 agigantou-se quanto aos fins, mas apequenou-se quanto aos meios.

Por isso, as políticas públicas assumem certo protagonismo de instrumentalizar a dimensão material do projeto constitucional previsto na Constituição brasileira de 1988, o que nos permite afirmar que completam e integram o quadro de instrumentos de operacionalidade que o Direito dispõe para efetivar as normas dessa natureza.

No cumprimento desta tarefa constitucional, no entanto, as falhas perpetradas pelo Poder Público em relação aos deveres constitucionais programáticos (e, por conseguinte, no

⁵⁰² RAMOS, Elival da Silva. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 19 jan. 2018. p. 337.

processo de implementar e executar políticas públicas) abriram espaço para que o Poder Judiciário assumisse um papel político e voluntarista, extrapolando limites de sua atuação jurisdicional, ora impondo ao Estado o dever de materializar um direito originário a prestações sociais, ora interferindo abusivamente no processo de formular, implementar e conduzir políticas públicas.

Esse ativismo judicial perpetrado no constitucionalismo brasileiro, distinto do fenômeno verificado no sistema *common law*, desfigura o que fora preceituado na Constituição e corrompe o processo de concretização da dimensão material do projeto constitucional em temas programáticos. O ativismo judicial envolve questões normativas e institucionais próprias do Estado social no Direito moderno,⁵⁰³ não obstante o Poder Judiciário não dispor de estrutura, instrumentos e características institucionais necessárias para lidar com a questão social prestacional e programáticas.⁵⁰⁴

O trabalho revela, particularmente, que o ativismo judicial se comporta como um fenômeno híbrido: compõe-se não só de questões normativas, mas é sobretudo impulsionado por questões institucionais relevantes. Para isso, no segundo capítulo, também apresentamos uma nova classificação dos fatores de impulsão do ativismo judicial no Brasil, identificando, entre eles, características que os aproximavam e que nos permitiram separá-los em dois grupos: os fatores de impulsão de feição normativa e os fatores de impulsão de feição institucional.

A partir dessa classificação, revelamos, com maior clareza: (a) que há, entre os fatores de feição normativa, um elemento de intersecção que é a violação das fronteiras da discricionariedade na atividade jurisdicional; e (b) que os fatores de feição institucional estão relacionados com o modelo e a dinâmica de funcionamento do Estado brasileiro, apontando para situações em que o Poder Judiciário ultrapassa os limites de sua função constitucional para invadir a esfera de atuação dos demais Poderes -, o que, como visto, deforma o processo de concretização do direito social prestacional por meio da política pública em desfavor do próprio modelo de federalismo social.

Assim, considerando o trabalho desenvolvido no segundo capítulo e no início do terceiro capítulo, foi possível revelar que a questão institucional – em especial, o desenho institucional dos Poderes, sua dinâmica e a distribuição de suas funções e limites – tem

⁵⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 42.

⁵⁰⁴ VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2008. 264 f. Tese de Doutorado em Direito Processual – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 84-86.

impacto relevante para o fenômeno do ativismo judicial na questão social. Isso nos permite olhar adiante e vislumbrar um potencial reformador no desenho institucional dos três Poderes da União que anseie o ponto de equilíbrio entre a total contenção do Poder Judiciário e o ativismo judicial.

Nesse contexto, a teoria do diálogo constitucional contribui com potenciais medidas prospectivas, notadamente em razão das propostas institucionais que traz para a relação entre os Poderes na tarefa de concretizar o texto constitucional. Dela se extraem novas opções ou arranjos institucionais inovadores que, incorporados pela teoria constitucional, podem modificar regras de organização e operação dos Poderes ou modificar aspectos do design constitucional que favoreçam a interação e a deliberação em temas constitucionais relevantes. São exemplos, ainda que exordiais, os casos observados no Canadá, na Nova Zelândia e no Reino Unido.

O objetivo, ao final, é que as decisões sejam mais acertadas, evitando o monopólio de apenas um Poder no processo de interpretar e concretizar a dimensão material do projeto constitucional. Reveladas as questões institucionais atreladas ao processo histórico, político e jurídico que acompanham a criação e o desenvolvimento do Estado social, e identificadas, também, as questões institucionais que dão forma e impulsionam o ativismo judicial no campo dos direitos sociais programáticos de cunho prestacional, o trabalho busca na teoria do diálogo constitucional – em especial, na parte prospectiva institucional da teoria – uma potencial resposta ao ativismo judicial.

Com isso, é possível expandir a compreensão sobre caminhos intermediários, construídos com arranjos institucionais alternativos (modelos e dinâmicas institucionais) que não precisem, necessariamente, sepultar a ideia de que a última palavra pertence ao Poder Judiciário, mas que sejam intermediários entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa.

O que a teoria do diálogo constitucional revela, portanto, é a possibilidade de mudanças intrasistema, quando antes se vislumbrava apenas mudanças intersistemas. Dessa maneira, as modificações no design constitucional e na dinâmica das instituições permitem maior interação entre os Poderes na tomada de decisão constitucional, amenizando o peso da última palavra notadamente em matérias sensíveis, como é o caso da questão social que a Constituição brasileira de 1988 projeta.

A história do constitucionalismo brasileiro revela que há, no Estado, um potencial de articulação em prol da realização do projeto constitucional, fortalecendo a ideia de Poderes

que agem de forma coordenada com seus objetivos constitucionais, ao invés de um Estado promotor de Poderes estritamente rivais.

A análise de alguns julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal também mostra, na prática, reações de superação legislativa de decisões judiciais por meio de emendas à Constituição Federal ou por maiorias legislativas simples, que buscam, ao final, superar a interpretação proclamada pelo Judiciário.

Mais que isso, o próprio Supremo Tribunal Federal não só tem invocado a teoria do diálogo constitucional em sua jurisprudência, como também a tem considerado como teoria promotora de um diálogo que elimina o fetichismo institucional (e a leitura idealizada das instituições que ele promove) e a ideia de monopólio da tarefa de interpretar o conteúdo da Constituição.

Todavia, no constitucionalismo brasileiro, a teoria do diálogo constitucional tem sido considerada apenas em temas restritos, principalmente quando envolvem interesses exclusivos da classe política (o que justifica maior disposição em encontrar alternativas legislativas para superar a decisão judicial proferida). Ademais, na prática brasileira, as superações legislativas ocorrem não em razão de mudanças intrasistema (no design constitucional e na dinâmica das instituições, como seria desejável), mas apenas ocasionalmente, com a mera invocação dos efeitos e implicações da teoria.

O modelo de Estado social, portanto, impõe uma dinâmica político-jurídica distinta à ação do Estado, o que reflete na proteção jurisdicional dos direitos sociais programáticos de cunho prestacional. No constitucionalismo brasileiro, porém, o ativismo judicial, considerado como uma desvirtuação da atividade típica do Poder Judiciário perpetrada no campo das políticas públicas, desfigura o caminho traçado na concretização de normas constitucionais daquela natureza e corrompe o processo de realização da dimensão material do projeto constitucional. Embora o ativismo judicial seja potencializado por algumas questões normativas, as questões institucionais ganham peso, pois igualmente o fomentam e são afetadas pelas implicações negativas daquele fenômeno.

Por isso, a teoria do diálogo constitucional (com as mudanças no design e na dinâmica das instituições que ela propõe) torna-se medida prospectiva para o problema. Seu efetivo resultado, no entanto, dependerá de mudanças intrasistema concretas que busquem alcançar deliberações mais acertadas em temas constitucionais sensíveis e de grande repercussão, como é o caso da concretização da dimensão material programática e prestacional da Constituição brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 15, n. 57, jan./mar., 1978, p. 223-328.

AMORIM NETO, Octávio. O Poder Executivo, centro de gravidade do sistema político brasileiro. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2007.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BAKKER, Bradley M. Blogs as constitutional dialogue: rekindling the dialogic promise? *New York University Annual Survey of American Law*, v. 63, jan., 2008, p. 215-266. Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ecm_pro_064593.pdf>. Acesso em: 13 maio 2018.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan.-abr. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55825/35006>>. Acesso em 10 jul. 2019

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. n. 63, 2008. p. 320-344.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 20 set. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRUM, Guilherme Valle; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari; COUTINHO, Diogo. Arranjos jurídico-institucionais da política de inovação tecnológica. Uma análise baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. p. 313-340. In: COUTINHO, Diogo R.; FOSS, Maria Carolina; MOUALLEM, Pedro Salomon B. *Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais*. São Paulo: Blucher, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

_____. *Estudo sobre direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008.

_____. ¿Revisar la/o romper con la constitucion dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 43, jan.-abr. 1995, p. 9-23. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/24881974>>. Acesso em 10 abr. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr.-jun. 1998.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In *A política pública como campo multidisciplinar* (Eduardo C. L. Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs.) São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013, p. 181-200.

_____. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (eds). *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: UNESP; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 103-104, *apud* TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. *Hoover Institution*, 30 jan. 2003. Disponível em: <<https://www.hoover.org/research/judicializing-politics-politicizing-law>>. Acesso em 21 maio 2019.

FERRAZ, Anna Candida Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

_____. Governabilidade e revisão constitucional. Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 1-11, jul.-set., 1993.

_____. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141/2923>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 12 maio 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. 2. ed., reimpressão. Paris: Dalloz, 2015.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Editora Mestre Jou: São Paulo, 1968.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 102, jan.-dez. 2007, p. 371-395. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67760>>. Acesso em 15 set. 2019.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited: or "much ado about metaphors". *Osgoode Hall Law Journal*, 45.1, 2007. p. 53-54. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

HOOG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997.

KATYAL, Neal Kumar. *Judges as advicegivers*. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. p. 1821. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1732>>. Acesso em 22 jul. 2018.

KNOPFF, Rainer. *Courts don't make good compromises*. Policy options, abr., 1999.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris : Marcel Giard, 1921.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de A. C.; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Teoria do adimplemento substancial e ativismo judicial. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 88, p. 5-31, 2019.

LECLAIR, Jean. Réflexions Critiques au Sujet de la Métaphore du Dialogue en Droit Constitutionnel Canadien (Critical Thoughts on the Dialogue Metaphor in Canadian Constitutional Law) *Revue du Barreau*, numéro spécial, p. 377-420, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1923130>>. Acesso em 01 jul. 2019.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, n. 3, p. 487-539, jul.-sep., 2008. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/20454346>>. Acesso em 05 jun. 2019.

LUCHAIRE, François. *Le juge constitutionnel em France et aux États-Unis: étude comparée*. Paris: Economica, 2002.

MARQUES, Eduardo C. L. As políticas públicas na Ciência Política. In *A política pública como campo multidisciplinar* (Eduardo C. L. Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs.) São Paulo: Editora UNESP/Editora Fiocruz, 2013, p. 23-46.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov., 2000.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Rui. Constitucionalismo de matriz lusófona: realidade e projecto. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, n. 4, 2010/2011. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/460>>. Acesso em: 13 maio 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MEUWESE, Anne C.M.; SNEL, Marnix, “Constitutional Dialogue”: an overview. *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 2, p. 123-140, mar. 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2244818>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

MEYNAUD, Jean. L'Exécutif dans l'État moderne. In: *Le rôle de l'Exécutif dans l'État moderne*. Bulletin International des Sciences Sociales, Paris, v. X, n. 2, 1958. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000024714_fre>. Acesso em: 16 maio 2019.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t. 2.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. O regime dos direitos sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVER, Dawn. *Constitutional reform in the United Kingdom*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

PETTER, Andrew. *Twenty years of Charter justification: from liberal legalism to dubious dialogue*. U.N.B. Law Journal, v. 52, 2003.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Duke University Press, 2004.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras, volume III, 1934*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição da República dos E. U.do Brasil*. t. 1. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1936.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

ROACH, Kent. Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1177403>>. Acesso em: 15 fevereiro 2019.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, ano 2, n. 8, out.-dez. 2008, p. 55-92.

SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *O constitucionalismo brasileiro (evolução institucional)*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>>. Acesso em: 19 jan. 2018. p. 197-227.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. 2016. 486 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

TAVARES, André Ramos. O federalismo social. In: RAMOS, Dircêo Torrecillas. Org. *O federalista atual: teoria do federalismo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

_____. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição dirigente e o direito regulatório do estado social: o direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Org. *Curso de especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal: programa de apoio ao fortalecimento do combate social no SUS*. Brasília, DF; Rio de Janeiro: Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2002.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *Oxford University Press and New York University School of Law*, 2005. I-COM, v. 3, n. 4, 2005. p. 617-648.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 407-440, jul.-dez., 2008.

_____. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2008. 264 f. Tese de Doutorado em Direito Processual – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. 2013. 204 f. Tese de Doutorado em Direito do Estado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, jul.-dez., 2008. p. 441-464.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.) *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WHITTINGTON, Keith E. Constitutionalism. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008.