

# As Cortes, os direitos socioeconômicos e teorias do diálogo: um desenvolvimento possível

*Maria Isabel Romero Rodrigues Henriques*  
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

## Introdução

O fenômeno da judicialização dos direitos socioeconômicos tem sido bastante presente na literatura acadêmica, uma discussão que de certo modo envolve diferentes nuances e subtemas tomados a partir de algumas perspectivas importantes no campo do direito constitucional: o tema da teoria e separação dos poderes, do desenho institucional, da relação entre Cortes e Parlamentos, do ativismo judicial, da capacidade institucional, desempenho deliberativo para a proteção de direitos, modelos de separação de poderes mais ou menos dialógicos, todos eles com algum elemento de contato e aproximação que se desdobra em pensamentos teóricos sobre a concepção de democracia.

Também foram muitos os trabalhos já desenvolvidos na criação, reafirmação ou renovação de antigas tipologias e classificações dirigidas à iluminação de variáveis no tema da relação ente Cortes e Parlamento ou controle judicial e democracia, que permitiram uma análise com *status científico* e linguagem uniforme pela comunidade acadêmica, mas que muitas vezes se revelaram insuficientes para o verdadeiro estudo crítico das Cortes Constitucionais, que exige, além dos elementos normativos ou de desenho institucional, uma análise empírica, da realidade *viva* dos sistemas, dos contextos de erros e incertezas, da participação dos atores e das inúmeras variáveis que integram o processo de deliberação das Cortes.

O que se pretende discutir neste ensaio é uma combinação desses ingredientes, isto é, dos elementos normativos e empíricos, buscando-se expandir os limites convencionais da discussão do trinômio Cortes, direitos e mudanças sociais, para promover uma análise da Corte após

a decisão judicial (*beyond the courtroom*<sup>1</sup>), num contexto que pretende afastar critérios idealizados para buscar respostas num ambiente de falibilidades e contingências, sujeitando-o ao “teste de realidade”<sup>2</sup>.

Trata-se de fenômeno detectado nos países em desenvolvimento, países social e economicamente menos desenvolvidos e instáveis, em regra marcados por profundas desigualdades econômicas, sociais e políticas, como nos países da América do Sul, na África do Sul e na Índia, terreno fértil para o estudo dos direitos socioeconômicos, com produções inovadoras que fomentam o debate pelos pensadores do direito constitucional mundo afora. A experiência das Cortes Constitucionais desses países tem demonstrado que entornos jurídicos formalistas típicos da teoria constitucional tradicional não constituem suporte fundamental ao estudo das inovações judiciais ocorridas e aqueles que se propuseram a pesquisar este fenômeno realizaram contribuições importantes nos planos conceitual, metodológico e teórico da teoria constitucional. São autores que pretenderam analisar um “*punto cego no debate*”, a partir da observação empírica a respeito do funcionamento dos três poderes do Estado para cumprir os deveres gerados em reconhecimento dos direitos sociais, com defesa empírica do ativismo judicial dialógico.<sup>3</sup>

César Rodríguez Garavito<sup>4</sup> é o grande expoente desse movimento, cuja pesquisa teve como marco inicial uma decisão que ganhou proeminência e destaque no constitucionalismo comparado, a decisão “*T-025 de 2004*” da Corte Constitucional da Colômbia (doravante CCC), em que se reconheceu a situação dramática de três milhões de pessoas “*desplazadas*” (doravante entendidas como aquelas que sofreram um deslocamento forçado, segundo maior número no mundo depois de Sudão, segundo Acnur 2009) e um “*estado de coisas inconstitucional*”,

<sup>1</sup> Expressão utilizada por César Rodríguez Garavito, em *Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*, *Tx. L.*, v. 89, p. 1669-1698, 2010-2011.

<sup>2</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, jan. 2012.

<sup>3</sup> O próprio autor Garavito indica que sua obra se complementa com outras publicadas na mesma coleção como *Constitucionalismo democrático*, de Robert Post e Reva Siegel, e *Por una justicia dialógica*, de Roberto Gargarella.

<sup>4</sup> Especialmente três obras e um artigo: “*Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformo el desplazamiento forzado en Colombia*” (Colección Dejusticia); *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global* (Colección Dejusticia), “*Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*” (Colección Estudios CIJUS), e artigo “*Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America*”, *Tx. L.*, v. 89, p. 1669-1698, 2010-2011.

uma “*violação massiva e reiterada dos direitos humanos da população carente*” e “*falhas estruturais das políticas do Estado colombiano são um fator central que contribuiu para tal estado*”.

O *desplazamiento* na Colômbia está inserido no contexto do conflito armado com início a partir de 1946, tendo aumentado significativamente a partir da segunda metade dos anos 1990, com êxodo massivo em várias partes do país, período que coincidiu com a expansão dos grupos paramilitares e com a ruptura dos diálogos de paz com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC). As principais razões para o abandono são as ameaças diretas, assassinato de familiares e parentes, os massacres e os combates armados. Até a metade dos anos 1990, a gravidade e magnitude do *desplazamiento* forçado eram atribuídas pelos sucessivos governos como decorrentes de razões econômicas e desastres naturais, **sem reconhecer a incidência do conflito armado como fenômeno, o que redundava na ausência de políticas públicas**. Somente em 1995, o Governo Nacional reconheceu que o *desplazamiento interno* estava ligado de maneira estreita à violência, sendo, ademais, um problema humanitário urgente que deveria se incorporar à agenda nacional, motivando a aprovação do Programa Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, a partir de quando se seguiram novas legislações sobre o problema.

A produção de Garavito insere-se num contexto de avanço quantitativo e qualitativo de ativismo judicial progressista, representado por decisões judiciais em casos estruturais voltados à discussão de violações aos direitos econômicos, sociais e culturais marcadas por injustiças socioeconômicas fundamentais de privação das condições materiais básicas de uma vida digna, acesso à educação, saúde e moradia juntamente com questões de minorias étnicas e raciais, vítimas da discriminação e imigração, no qual a CCC assumiu o *locus* de **mediação** para enfrentamento e discussão de tais direitos, com potencial para atuar como Poder inibidor dessas violações e promotor de transformações<sup>5</sup> na realização dos direitos dos desafortunados, com impactos indiretos na sociedade civil, nos movimentos sociais e na opinião pública.

Desde 1997, a Corte Colombiana vinha tomando decisões de tal envergadura, em circunstâncias diversas, como a relativa à superlotação carcerária (*Sentencia T-153* de 1998), a que discutia falha à proteção nos direitos de defesa dos acusados (*Sentencia T-590* de 1998), a

<sup>5</sup> *Juicio a la exclusión*: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, p. 24.

relativa ao descumprimento por parte do Estado de incluir seus funcionários ao sistema de seguridade social (*Sentencia SU 090* de 2000) e aquela que ordenou ao Governo aprovar políticas para sanar falhas estruturais do sistema de saúde pública (*Sentencia T-760* de 2008), entre outras.<sup>6</sup>

O que singulariza a produção de Garavito é a apresentação de um argumento original, útil e juridicamente plausível, a partir da ênfase às decisões *mais ambiciosas* e *mais visíveis* da CCC. Sua teoria iluminou conceitos como efeitos diretos e indiretos<sup>7</sup>, decisões monológicas e dialógicas, efeitos simbólicos, remédios e monitoramento, além de ter introduzido metodologia e técnica de investigação quantitativa que permitiram medir os efeitos da decisão da Corte, com definição, escalonamento e diferenciação entre decisões dialógicas e monológicas a partir de três elementos: i) afirmação de direitos no conteúdo substantivo da sentença (efeitos materiais); ii) remédios (forte e fraco), e iii) monitoramento.

Ainda, foi capaz de reposicionar a equivocada noção de “ativismo judicial”, que tem sido utilizada de maneira generalizada tanto na literatura quanto no discurso acadêmico, sem observância da diversidade de significados e os diferentes níveis e formas de intervenção judicial<sup>8</sup>, quer no campo do reconhecimento de direitos<sup>9</sup>, quer na determinação dos remédios, acrescentando um terceiro elemento: o *seguimento* das medidas adotadas, isto é, o reconhecimento da legitimidade da Corte para supervisionar a implementação do direito, nas formas forte, moderada e fraca.

<sup>6</sup> Curioso o relato do autor ao mencionar que a Colômbia foi considerada um dos países com violações mais graves dos direitos humanos, mas que passou a ser exportador de jurisprudência constitucional e de inovações institucionais para assegurar o cumprimento de decisões ambiciosas de direitos. Em *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Colección Dejusticia, p. 15.

<sup>7</sup> Baseado no estudo de Michel McCann e Gerard Rosenberg, estabelece classificações ao traçar que as decisões podem ter efeitos diretos e indiretos. Os efeitos diretos consistem nas condutas ordenadas para a falha e afetam os atores do caso. Os efeitos indiretos são todas as determinações judiciais que derivam da sentença e afetam não somente os atores do caso, como, por exemplo, o surgimento de organizações na sociedade civil para participar do procedimento instaurado após a sentença e a transformação na maneira como os meios de comunicação informam sobre o tema. Além disso, as decisões ainda podem se classificar como instrumentais ou simbólicas. São instrumentais quando implicam na modificação da conduta dos indivíduos ou grupos, como criação de programas de atenção. Efeitos simbólicos são aqueles que implicam na mudança de ideias, comportamentos e percepções sociais sobre o tema objeto dos litígios, mudanças culturais ou ideológicas.

<sup>8</sup> *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. p. 26.

<sup>9</sup> O reconhecimento de direitos fortes, segundo Garavito, está relacionado à concepção de “núcleo mínimo” e à competência dos juizes para exigir a um governo que garanta ao menos um nível mínimo (núcleo) de bem-estar material. p. 28.

Seu argumento principal está no estabelecimento de uma relação entre o tipo de decisão tomada pela Corte e a efetivação/eficácia de direitos socioeconômicos no contexto pós-julgamento, de tal modo que quanto mais forte, eficiente e diligente o acompanhamento maior será o impacto da decisão da Corte quanto à transformação do direito social. Distingue as decisões dialógicas das monológicas afirmando que a decisão monológica envolve ordens precisas (remédios fortes), enquanto numa decisão dialógica a Corte tende a desenhar procedimentos e metas amplas (remédios moderados), decisões que importam em transferência para o governo da função de desenhar e implementar as políticas públicas e inclusão de novas Instituições, Agentes e Atores Sociais no diálogo, com perspectiva de real transformação da política pública questionada<sup>10</sup>.

A T-025<sup>11</sup> é um caso substantivamente importante porque identifica os casos passíveis de alcançaram a CCC, denominados “litígios estruturais” ou “casos estruturais”, como aqueles que: i) afetam um número grande de pessoas que alegam violação de direitos, por meio de organizações e associações das comunidades atingidas. A Corte agrupou 108 demandas, propostas em 22 cidades por 1.150 famílias compostas em média por quatro membros<sup>12</sup>; ii) envolvem várias entidades estatais demandadas como responsáveis pelas falhas sistemáticas de políticas públicas; iii) exigem ordem e determinações completas da Corte, mediante as quais é possível instruir as várias entidades públicas a empreender ações coordenadas para proteger toda a população afetada. A decisão da Corte teve amplo alcance por se tratar de um caso estrutural, com variadas vantagens, pois permitiu a concentração das causas sistêmicas, evitando decisões judiciais caso a caso; ofereceu a concentração da decisão pela Corte com mecanismos de seguimento e supervisão; fomentou o diálogo significativo e colaborativo entre o Estado e a sociedade civil.

A CCC promoveu determinações definidas como “efeitos deliberativos”, estabeleceu um comando fluido e aberto que permitiu a abertura para intenso envolvimento da sociedade civil na criação e implementação de programas para enfrentamento da crise humanitária gerada

<sup>10</sup> Foram analisadas pela Corte 108 demandas, atingindo 1.150 famílias. *Más allá del desplazamiento...*, p. 26.

<sup>11</sup> *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, p. 22.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 81.

pelo *desplazamiento* forçado, a partir da: i) criação de um plano de ação para superar o estado de coisas inconstitucional; ii) realização de todos os esforços possíveis para atender aos “*desplazados*”; iii) garantia de direitos mínimos para as situações mais graves e urgentes (mulheres, crianças, idosos), com fixação de um prazo de seis meses para cumprimento.<sup>13</sup>

Embora a CCC tenha dedicado atenção na identificação de uma larga lista de falhas estatais no ciclo da política pública (omissões, práticas inconstitucionais), ela limitou-se a reconhecer que o recurso orçamentário já reservado era insuficiente para satisfazer a demanda, proteger os direitos e dar cumprimento às políticas já previstas em lei. A Corte não exigiu um gasto preciso por parte do Governo, nem destinação de montante determinado, mas sua decisão serviu como elemento de pressão para deflagrar a atenção do Governo à população *vítima do deslocamento forçado*, tendo as Instituições exercido um esforço para cumprir suas funções.

A Corte determinou à Administração Pública realização de cálculo com as quantias necessárias para atender à emergência do *desplazamiento*, devolvendo o problema ao Executivo, redundando no cumprimento em destinação de verba para financiamento da política pública.<sup>14</sup>

A CCC estabeleceu um monitoramento (sentença em movimento) quanto ao cumprimento da decisão de alocação de recursos e atendimento aos *desplazados* pelos entes governamentais e demais atores sociais. Durante dez anos, a Corte conservou sua jurisdição sobre o caso com o fim de obrigar o cumprimento e avaliação do progresso do governo. Tais medidas, embora num primeiro momento pudessem despertar a reação quanto ao baixíssimo resultado, revelaram-se de grande impacto simbólico<sup>15</sup>. Marcaram-se audiências públicas, sessões técnicas celebradas por regiões com participação de associações locais e a criação de uma Sala Especial em Seguimento, todas voltadas a um

<sup>13</sup> *Cortes y cambio social...*, p. 206.

<sup>14</sup> Em ternos financeiros, a cifra de 4,7 bilhões de pesos calculadas pelo Governo no período de 1995-2004 e 1,3 bilhões de pesos para a solução da política de atenção integral à população desplazada.

<sup>15</sup> Ao estabelecer um “*proceso de seguimiento regular*”, seguiram-se quatro fases, com participação pública, audiências públicas, entrevistas ao longo de 10 anos, sendo que até abril de 2014, havia a Corte celebrado um total de 20 audiências; sessões técnicas, regionais e informais. Tal ordem de determinações fez criar a “*Sala Especial de Seguimiento*”, com o fim de assumir a responsabilidade de avaliar o progresso, o atraso e superação da determinação, com adoção de decisões substantivas e processuais relacionadas com a T-025.

largo e sofisticado processo de construção de indicadores para medição de avanços e retrocessos no direito dos *desplazados*<sup>16</sup>.

As decisões da CCC romperam com a tradicional noção de “*bloqueio institucional*” dos casos relacionados aos direitos socioeconômicos nos quais se critica a capacidade institucional da corte em promover o desenho da política pública (alcance, abrangência, orçamento, receita), inviabilizando a concessão de remédios aos demandantes para, ao contrário, assumir o papel de fortalecimento da capacidade institucional dos demais agentes.

O *efeito desbloqueador* fez nascer um novo tipo de ativismo judicial denominado “dialógico”, que buscou responder às demandas de “*proteção de direitos*” com mecanismos institucionais que se diferenciam dos precursores do ativismo clássico: i) o ativismo dialógico tende a oferecer ordens mais abertas e remédios mais fracos; ii) tende a abrir um processo em seguimento para discussão de alternativas de políticas públicas para solucionar o problema estrutural detectado e a falha; iii) as ordens não implicam obrigações de resultado muito precisas, cabendo à autoridade pública desenhar e implementar políticas que avancem na proteção dos direitos dos vulneráveis; iv) tende a incluir mais atores sociais no processo de seguimento<sup>17</sup>; v) tende a ser mais eficaz, no sentido de gerar maiores efeitos para o direito social (em oposição às decisões monológicas (nas quais o juiz simplesmente concederia o direito requerido pela parte, sem transformar o direito social).

No caso da decisão T-025, todos os efeitos acima descritos puderam ser percebidos, como a formulação e implementação de novas normas e políticas públicas por parte das Autoridades, inclusão da ONG litigante nas audiências e no processo em seguimento, na melhoria do financiamento e prestação de alguns serviços aos “*desplazados*”, percepção pública de que o “*desplazamiento*” tende a ser visto como um grave problema de violação de direitos humanos e transformação da opinião pública sobre a gravidade e urgência do problema.

Garavito aposta na importância de detectar os efeitos materiais e simbólicos das decisões das Cortes. Baseado nas evidências de seus estudos de caso, defende que os efeitos relevantes compreendem não apenas a ação governamental específica, que se destina a cumprir o

<sup>16</sup> *Cortes y cambio Social...*, p. 196.

<sup>17</sup> *Idem*, p. 55.

mandamento da sentença ou concessão de remédios, mas também o reposicionamento dos direitos sociais como problemas de direitos humanos, o fortalecimento das capacidades de lidar com tais problemas, a formação de coalisões para incorporar a causa no processo de implementação da decisão, a promoção de deliberação pública e uma *busca coletiva* de soluções em questões complexas de alocação de recursos.

Garavito identificou os efeitos das estratégias jurídicas de movimentos e os efeitos indiretos do litígio, muitas vezes superiores aos diretos, apontando que embora as vitórias judiciais declaradas pelas Cortes não tenham se traduzido automaticamente na mudança social desejada, puderam ajudar a redefinir o término das disputas entre grupos ou trazer profundos efeitos simbólicos e transformadores. Promove uma análise interna da Corte, reconhecendo sua legitimidade para enfrentando e controle de políticas públicas, a partir de um pensamento que enxerga virtudes no processo judicial por meio de um olhar diferenciado para a teoria da separação de poderes, buscando a possibilidade de busca permanente de soluções coletivas também pelo Poder Judiciário a partir do “ativismo dialógico”.

Algumas variações de ordens mais ou menos “abertas” podem ser constatadas nas cortes constitucionais sul-africana e argentina<sup>18</sup>, decisões que muitas vezes debilitaram a concessão do almejado “remédio” ou que não foram capazes de atender as providências requeridas, crítica que não afasta a virtude da originalidade da teoria, que soube apresentar uma metodologia para representação de um fenômeno e a defesa do ativismo dialógico como tipo ideal para análise de casos estruturais dentro da teoria política constitucional, na busca de equilíbrio dos valores de proteção de direitos e o imperativo democrático da separação de poderes<sup>19</sup>, abordagem com potencial para ser replicada numa variedade de casos voltados à discussão dos direitos sociais.

A abordagem de Garavito tem potencial para ser replicada numa variedade de casos voltados à discussão dos direitos sociais. A agenda envolvendo políticas públicas, aquela voltada ao reconhecimento e implantação de direitos socioeconômicos, tais como prestações relacionadas ao direito à saúde, à moradia, à educação, ao direito dos presos,

---

<sup>18</sup> Como no famoso caso *Govt of the Republic of South Afr v. Grootboom* (na literatura, Pearlle Joubert, Grootboom dies homeless and penniless, *Mail & Guardian Online*, Aug. 8, 2008) e no caso *Verbisky*.

<sup>19</sup> *Cortes y cambio social...*, p. 57.



é uma agenda ainda “aberta”, em que se permite sejam aplicadas várias teorias de Poder e métodos de interpretação do direito, mas que também envolve estudos e investigações, lógicas jurídicas e econômico-administrativas, que convidam quer o estudioso, quer o aplicador do direito (Executivo, Parlamento e Cortes) a lhe dar um sentido compartilhado, isto é, um maior engajamento, aproximação dos atores sociais que colocam o discurso supremacista em xeque, quer sob o ponto de vista da legitimidade democrática, quer, e principalmente, sob o ponto de vista de resultados eficientes e duradouros.<sup>20</sup> Eis o fio condutor da investigação de Garavito.

---

<sup>20</sup> *Cortes y cambio social...*, p. 194.

## Bibliografia

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito de Estado*, n. 18, abr./maio/jun. 2009.

COUTINHO, Diogo R. O direito no desenvolvimento econômico. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 26, jan. 2012.

GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? *Perfiles Latinoamericanos*, n. 28, p. 9-32, 2007.

GARGARELLA, Roberto. Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales? In: ARANGO, Rodolfo (Ed.). *Filosofía de la democracia – fundamentos conceptuales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Universidad de los Andes: Centro de Estudios Socioculturales e Internacionales, 2007. p. 377-408.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (Ed.). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.