

DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA: INTERFACES A PARTIR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY: INTERFACES BASED ON PUBLIC POLICIES

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA: INTERFACES A PARTIR DE POLÍTICAS PÚBLICAS

José Alcebiades de Oliveira Júnior¹

Marcos Cáprio Fonseca Soares²

RESUMO

Os direitos humanos têm sido aclamados por muitos como expressão de importantes conquistas rumo à concretização democrática. Mas, uma vez consolidada sua positividade, estabelece-se cotidianamente o desafio de sua implementação. O Judiciário, por sua vez, tem sido instigado a partir de exigências que o confrontam cada vez mais com as não realizações do Estado de bem-estar social. Pensar esta realidade é pensar alguns dos principais dilemas da sociedade/política contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Democracia. Estado. Política.

ABSTRACT

Human rights have been acclaimed by many as an expression of important milestones towards achieving democracy. But having achieved their legalization, the daily challenge of actually implementing them remains. The Judiciary has been instigated, based on the demands that it is increasingly confronted with, by the failures of the Welfare State. Thinking about this reality involves a consideration of some of the main dilemmas of contemporary society and politics.

KEY WORDS: Judicialization. Democracy. State. Policy.

RESUMEN

Los derechos humanos han sido aclamados por muchos como expresión de importantes conquistas rumbo a la concreción democrática. Empero, una vez consolidada su positivación, se establece cotidianamente el reto de su implementación. El Poder Judicial, a su vez, ha sido instigado a partir de exigencias que lo confrontan cada vez más con las no realizaciones del Estado de bienestar social. Pensar esta realidad es pensar algunos de los principales dilemas de la sociedad política contemporánea.

PALABRAS CLAVE: Judicialización. Democracia. Estado. Política.

1 Professor Titular das Faculdades de Direito da UFRGS e da URI. Endereço eletrônico: alcebiadesjunior@terra.com.br.

2 Advogado, sociólogo e pesquisador. Endereço eletrônico: caprio Fonseca@terra.com.br.

INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu acerca da temática das políticas públicas, especialmente quando se enfrentam as mazelas ainda remanescentes em nosso Estado brasileiro (pobreza e exclusão social). Mas a par das variadas formas pelas quais este tema possa ser enfrentado, parece-nos que alguns apontamentos, num viés sociológico, nos ajudarão a ter uma aproximação maior acerca das interfaces envolvendo o Direito e o Estado, já que as políticas públicas são, antes de mais nada, *políticas*, e como tais, nos remetendo à ideia aristotélica da *melhor* forma de fazer algo, expressa uma *atividade*, um fazer, em última instância. Assim, vamos enfocar a ação do Estado, como ação social que é.

O objetivo é problematizar o significado sociológico da ideia de política pública, o que nos remeterá à dinâmica e à caracterização do Estado no contexto em questão. Ao refletir acerca desta caracterização, como desdobramento dos significados que podem assumir as políticas públicas, pretende-se conectar a isto conclusões acerca do modo pelo qual o Direito restará como expressão ou indutor deste processo.

Para tanto, será reconstruída a noção de políticas públicas, conectando a mesma a formas de sociedade, e se aferirá como o pensamento jurídico racionaliza esta dinâmica.

Urge lembrar que o momento atual é aquele da judicialização da própria política, para além das relações sociais. Assim, como restará comentado mais adiante, o próprio judiciário passa a se constituir em agente não negligenciável neste processo.

1 O ESTADO EM AÇÃO

1.1 Políticas públicas e democracia

A compreensão da temática das políticas públicas passa, necessariamente, por uma consideração da democracia. As características essenciais desta nos conduzem a esta conclusão, na medida em que traz insita a ideia de pluralidade de atores. Com efeito, a *advocacy coalition framework*, uma das principais grades analíticas das políticas públicas, nos incita, efetivamente, a lançar um olhar neste sentido, na medida, por exemplo, em que sustenta que as competições entre diferentes *coalizões* definem as decisões em matéria de políticas públicas. As coalizões são descritas como agrupamentos de atores que perseguem interesses determinados. A associação é estimulada para efeitos de maior eficácia na disputa pela implementação de seus objetivos³.

Ao falarmos em políticas públicas, somos remetidos à distinção oferecida por Claus Offe, segundo a qual o indivíduo está relacionado à autoridade estatal de três formas básicas, as quais expressam os três aspectos da noção de cidadania nos Estados de bem-estar liberal-democráticos: os indivíduos são *criadores*; são *ameaçados* (estão submetidos à força de coerção) e são *dependentes* (dos serviços públicos)⁴.

Neste sentido, pode-se dizer que os componentes das relações modernas entre Estado e cidadãos são: Estado de direito; democracia representativa e Estado do bem-estar. São projeções político-institucionais dos três aspectos acima referidos. A questão crucial, da qual podemos partir para nossa reflexão, diz respeito à dinâmica a ser estabelecida entre os três elementos desta noção de cidadania nos Estados de bem-estar liberal-democráticos. A correlação entre política democrática de massas e a condição de *bem-estar* das democracias liberais pode ser menos viável e confiável do que se tem admitido, conforme a opinião de Offe.

Conforme nos lembra Offe, muitas teorias convencionais defendem que as democracias capitalistas reforçam o Estado de bem-estar. Ao mesmo tempo, este último contribuiria para reforçar a primeira. Tais teorias partem de um duplo pressuposto: se "agentes racionais, em uma democracia, se unirão a uma maioria a favor do Estado de bem-estar e que uma vez estabelecidas as instituições do bem-estar, elas se tornarão imunes a objeções", então, por um lado, espera-se

3 SABATIER, Paul A.; Christopher M. WEIBLE. The advocacy coalition framework: innovation and clarifications. In: Paul A. Sabatier (Org.). *Theories of the policy process*. Cambridge, MA: Westview Press, 2007.

4 OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 269.

que qualquer eleitor racional apoie o Estado de bem-estar à medida que este ajuda a evitar males coletivos. Por outro lado, a autorreprodução institucional, a inércia e a irreversibilidade imunizariam, de modo geral, os Estados de bem-estar contra desafios e revisões básicas⁵.

Todavia o que se tem verificado é exatamente um movimento diferente, no qual tal relação não se estabeleceu como tais teorias, ditas convencionais, esperavam.

Devemos atentar às mudanças ocorridas a partir dos anos 1980 na Europa Ocidental. Nenhuma mudança no plano constitucional que sinalizasse à abolição da democracia. Mas a visão acerca das políticas sociais mudou radicalmente. Esta mudança é derivada de mudanças estruturais e de novas situações em que se encontram os agentes políticos (tanto individuais como coletivos). Assim, a relação de apoio mútuo entre democracia e bem-estar não se sustenta mais, ao contrário, tudo indica que a democracia de massas não funcionará como defesa sólida do Estado de bem-estar⁶.

Neste contexto de transformações, destacam-se a estagnação e a decomposição parcial nos Estados de bem-estar europeus desde a década de 1970. Dentre as mudanças citadas, frisem-se as derrotas dos partidos social-democratas e a emergência de novos conteúdos aos conflitos sociais (lutas pelos direitos dos cidadãos, direitos afetos ao meio ambiente, etc.), os quais não constavam na agenda do bem-estar. O próprio dilema da esquerda (desconfiança do Estado) se insere neste contexto.

Neste ponto, entendemos ser muito relevante, de fato, a questão da desilusão/inconformidade política dos novos revolucionários, contra a “velha esquerda”, na medida em que os mesmos se depararam com um mundo ainda injusto, mesmo após a chegada ao poder. Referimo-nos ao contexto em que a esquerda chega ao poder, deparando-se com demandas novas, e ao mesmo tempo com a insatisfação acerca daquelas demandas mais antigas. Depois de 1968, segundo Immanuel Wallerstein, o grande desafio que se colocou à esquerda foi: como se reconstruir e como revisar sua estratégia política histórica⁷?

Para pensarmos esta tensão que passa a ser constatada na segunda metade do século XX, devemos atentar ao papel desempenhado pelas noções de *identidade coletiva* e sentimento de *semelhança*, ambos associados à percepção de pertença a um grupo. Somente com estas noções podemos pensar na produção de bens públicos.

Devemos procurar mudanças estruturais nas sociedades modernas que condicionam, sugerem e dirigem os padrões interpretativos de *semelhança* prevalentes. Sob esta perspectiva, que é sociológica, supõe-se que os padrões (por exemplo, de divisão do trabalho, diferenciação cultural ou organização e representação política) são determinantes subjacentes do tipo e do âmbito de coletividade à qual as pessoas se referem usando o termo *nós*.

Nesta lógica, a desorganização de vastas, estáveis e abrangentes comunidades de interesse econômico, filiação associativa e estilos de vida “constitui a chave para a compreensão adequada do enfraquecimento geral dos compromentimentos de caráter solidário”. Para Claus Offe, o Estado de bem-estar perde rapidamente seu apoio político por razões de mudança estrutural. Tal mudança não pode ser explicada apenas por argumentos ligados à crise fiscal e econômica, nem por argumentos políticos que enfatizam a ascensão de elites e ideologias neoconservadoras⁸.

O que ocorreria seria uma desintegração estrutural, a qual nos deixa um padrão interpretativo pelo qual as políticas sociais não são vistas como *bens públicos*. Elas tendem a ser vistas em termos de ganhos e perdas, exploração, em suma, categorias individualistas do *homem econômico*.

Como causas da desestruturação dos fundamentos culturais e normativos do Estado de bem-estar, podem ser elencados: crescentes disparidades de oportunidade de vida nas sociedades altamente industrializadas; crescimento sem emprego (aqui se insere a vulnerabilidade política das pessoas

5 *Ibidem*, p. 281.

6 *Ibidem*, p. 283.

7 Três tipos de estratégias revisadas foram observadas nos 30 anos posteriores: 1. múltiplos maoísmos; 2. nova esquerda (ecologistas, feministas, direitos das minorias étnicas, etc.). Destacam-se aqui as três objeções delimitadas pelo autor, que esta nova esquerda desferiu à velha esquerda; 3. direitos humanos. Wallerstein aponta a terceira estratégia de revisão como sendo centrada na questão dos direitos humanos. WALLERSTEIN, I. Los dilemas del espacio abierto: el futuro del FSM, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Barcelona, 2004, nº 182, 2004.

8 OFFE, Claus. *Idem*, p. 308.

excedentes); a crise econômica do Estado de *bem-estar* gera orientações políticas individualistas; os meios (interventores) do Estado de bem-estar passam a ser vistos como exploradores; emergência de uma classe-média com bom padrão de vida. Ela tende a valorizar a lógica privada; e, por fim, o desaparecimento do projeto político plausível e mobilizador na esquerda europeia⁹.

Entendemos que as transformações estruturais referidas são de consideração inafastável quando está em jogo a análise da temática das políticas públicas. Entendemos, por isso, que a análise e a consideração de ditas transformações devem ser alargadas, dando espaço para pensarmos as mudanças no âmbito tecnológico e da informação (ou no acesso a ela). Assim, a ideia de *rede* aparece como nuclear, na medida em que nos remete aos intercâmbios de informações, ao estabelecimento de relações estáveis entre atores, bem como à coordenação de interesses mútuos.

Nesta direção vai a contribuição de Silke Adam e Hanspeter Kriesi. Para eles, haveria diferentes sentidos para o emprego do termo *redes de políticas públicas*. Inicialmente, designando a nova estrutura da *governança*¹⁰. A ênfase é dada naquilo que seria um viés horizontal, pelo qual temos a coordenação da auto-organização entre os atores públicos e privados, os quais estão envolvidos nas negociações e no esclarecimento de problemas. Os governos são confrontados com as redes, que resistem em serem norteadas pelo mesmo. Aqui, devemos abrir um parêntese para lembrar a crescente atuação de ONGs e movimentos sociais, que se articulam em redes e, recentemente, têm estimulado toda uma literatura sobre as transformações da chamada *governança mundial*.

A noção de *redes de políticas públicas* também pode designar diversos tipos de padrões empíricos de interação entre atores públicos e privados em específicos subsistemas de políticas públicas.

1.2 Políticas públicas e *welfare state*

Tecidas tais considerações acerca das tensões contemporâneas, envolvendo as atuais sociedades democráticas e as propostas de Estado de bem-estar, cumpre passarmos a uma delimitação mais aproximada desta ideia de *welfare state*. O Estado de bem-estar social (*welfare state*), tradicionalmente, é definido como um Estado dotado de responsabilidade em termos de garantia do bem-estar básico dos cidadãos. Mas Gosta Esping-Andersen propõe uma reconceituação do termo. Neste esforço, problematiza a constatação de Marshall, segundo a qual a cidadania social constituiria a ideia fundamental de um *welfare state*.

Assim, pondera-se que esse conceito deverá envolver a garantia dos direitos sociais. Os direitos sociais adquirem “o *status* legal e prático de direitos de propriedade, quando são invioláveis e quando são assegurados com base na cidadania em vez de terem base no desempenho, implicam uma ‘desmercadorização’ do *status* dos indivíduos frente ao mercado.”¹¹ O conceito de cidadania também envolveria estratificação social, ou seja, o *status* de cidadão compete com a posição de classe da pessoa.

O *welfare state*, além de direitos e garantias, compreende, conforme Esping-Andersen, como a forma das atividades estatais se entrelaça com o papel do mercado e da família em termos de provisão social.

Devemos, neste ponto, frisar o significado dos direitos sociais no contexto do *welfare state*. O bem-estar dos indivíduos passou a depender das relações monetárias quando os mercados tornaram-se universais e hegemônicos, o que, para Esping-Andersen, teve um significado de *mercadorização* do indivíduo. Porém a introdução dos direitos sociais modernos teria implicado no afrouxamento desse *status* de mercadoria, assumido pelo indivíduo. A desmercadorização ocorreu quando a prestação de serviços passou a ser vista como questão de direito ou quando uma pessoa conseguiu manter-se sem depender do mercado¹².

Procedendo a uma tipologia do Estado de bem-estar social, Esping-Andersen apresenta três *regimes* passíveis de identificação, ao analisarmos as diferentes manifestações em diversos países: liberal, conservador e social-democrata.

⁹ *Ibidem*, p. 315.

¹⁰ As redes de políticas públicas são apresentadas pelos autores como uma específica forma de governança, que é caracterizada pela informalidade, descentralização e uma relação horizontal.

¹¹ ESPING-ANDERSEN, Gosta. *As Três Economias Políticas do Welfare State*. Lua Nova. vol. 24, 1991, p.101.

¹² *Ibidem*, p. 102.

Pontuando inicialmente aquilo que seria um *welfare state liberal*, Esping-Andersen destaca como características a assistência restrita aos comprovadamente pobres, reduzidas transferências universais ou planos modestos de previdência social. Os benefícios atingem clientela de baixa renda, em geral da classe trabalhadora, ou dependentes do Estado. O progresso da reforma social foi limitado pelas normas tradicionais e liberais da ética do trabalho: os limites do bem-estar social equiparam-se à propensão marginal à opção pelos benefícios sociais em lugar do trabalho. As regras para habilitação aos benefícios são estritas e associadas ao estigma. O Estado encoraja o mercado: garantindo o mínimo e subsidiando esquemas privados de previdência. Esse modelo minimiza os efeitos da desmercadorização, contém o domínio dos direitos sociais e edifica a ordem de estratificação (mistura de igualdade relativa da pobreza entre os beneficiários do Estado e um dualismo político de classe). Os Estados Unidos, o Canadá e a Austrália seriam os exemplos típicos deste modelo (ESPING-ANDERSEN, 1991, p.108).

Por outro lado, temos o modelo do *welfare state* conservador e fortemente corporativista (exemplo dos casos de Áustria, Alemanha, França e Itália), em que se atende à nova estrutura de classe pós-industrial. Predomina a preservação das diferenças de *status*, direitos estão ligados à classe e ao *status*. O corporativismo estatal estava pronto para substituir o mercado como provedor de benefícios sociais. A previdência privada e os benefícios ocupacionais extras desempenham papel secundário. São moldados também pela Igreja, preservando, assim, a família tradicional. A previdência social exclui as esposas que não trabalham fora, os benefícios encorajam a maternidade. Creches e outros serviços prestados à família são subdesenvolvidos. O princípio de subsidiaridade enfatiza que o Estado só interfere quando a capacidade da família de servir aos seus membros se exaure.

Por fim, teríamos o modelo do *welfare state* do regime social-democrata, o qual ocorreria nos Estados nos quais os princípios de universalismo e desmercadorização dos direitos sociais estendem-se também às novas classes médias. Tais Estados buscaram um *welfare state* que promovesse a igualdade com os melhores padrões de qualidade. Os trabalhadores braçais desfrutam dos mesmos direitos que os empregados do *white-collar* assalariados ou funcionários públicos, todas as camadas são incorporadas a um sistema universal de seguros, mas os benefícios são graduados de acordo com os ganhos habituais. Como explica Esping-Andersen, a emancipação do regime social-democrata dirige-se tanto ao mercado como à família tradicional. Aqui, diferentemente do modelo conservador, a ideia não é esperar o exaurimento da capacidade de ajuda da família. Ao revés, é “socializar antecipadamente os custos da família”. Busca-se capacitar a independência individual e não a dependência da família. Há uma ideia subjacente de solidariedade (todos se beneficiam, são dependentes e supostamente se sentirão obrigados a pagar). Nesses termos, diz-se ser uma espécie peculiar de fusão de liberalismo e socialismo. Nele, são garantidas transferências diretas aos filhos e assume-se responsabilidade direta pelo cuidado de crianças, idosos e desvalidos, permite-se que a mulher possa trabalhar fora do ambiente doméstico. Está comprometido com a garantia do pleno emprego e dependente de sua concretização. Para este Estado ser eficaz, necessita minimizar problemas sociais e maximizar os rendimentos e, para isso acontecer, é preciso contar com o maior número de pessoas trabalhando e com o mínimo possível vivendo de transferências sociais¹³.

Quanto às causas pelas quais podemos chegar a estas três distinções, deve-se, acompanhando mais uma vez Esping-Andersen, elencar três grandes fatores.

Em primeiro lugar, devemos refletir acerca da natureza da mobilização de classe (trabalhadora): varia conforme seus objetivos, ideologia e capacidades políticas. Tanto no desenvolvimento de sindicatos como de partidos políticos as diferenças nos modelos consistem na articulação das demandas políticas, da coesão de classe e do alcance da ação dos partidos dos trabalhadores.

Em segundo lugar, temos as estruturas de coalização política de classe: é determinada pela formação da classe. As classes rurais foram decisivas para o futuro do socialismo. A Grã-Bretanha foi a primeira nação a ter como a camada ascendente os *white-collar*. Após a 2ª GM, o *welfare state* passou a depender das alianças políticas com as novas classes médias. Destaca-se a transição de uma economia rural para uma sociedade de classe média.

Por fim, o legado histórico da institucionalização do regime. Na Europa Continental, o terceiro regime foi marcado pelas classes médias, desenvolvidas por forças políticas conservadoras. Esses regimes institucionalizaram a lealdade da classe média à preservação tanto de programas de previdência social segregados ocupacionalmente quanto das forças políticas que o geraram.

13 *Ibidem*, p. 109.

1.3 O Brasil e as políticas públicas

Para incorporarmos a situação brasileira nesta reflexão que aqui desenvolvemos, é importante buscarmos um diálogo com o sistema normativo constitucional vigente (e aí já damos um passo à frente em nossa proposta, aproximando-nos ainda mais da segunda dimensão de nosso objeto, o Direito, para dar conta de suas interfaces com o Estado). Assim, pontuemos que a teoria constitucional tenta dar respostas às questões políticas fundamentais (das quais a ciência política se ocupa): quem governa? Como governa? E quem deveria governar?

Para problematizarmos a realidade das políticas públicas no Brasil e pensá-las a partir de nossa realidade jurídica, devemos atentar à estrutura constitucional de nosso Estado, a qual se caracteriza, basicamente, como *federalista*. Há certo consenso teórico quanto às dimensões do federalismo como instituição: dimensão do *desenho constitucional* e dimensão da divisão territorial do poder governamental.

Atendo-nos à dimensão do *desenho constitucional*, inicialmente, vamos encontrar, na Constituição de 1988, o reflexo de um processo de *constitucionalização* que caracteriza o direito e a sociedade de muitos Estados contemporâneos. Assim, para além de regular princípios, regras e direitos individuais coletivos e sociais, também institucionaliza um amplo leque de políticas públicas.

Celina Souza elenca os chamados *princípios constitucionais da federação*: “triplo federalismo¹⁴, estatuto dos entes constitutivos e distribuição de competências entre os entes constitutivos”¹⁵.

Pode-se dizer que o Brasil adotou um federalismo *simétrico* em uma federação *assimétrica*. Todas as unidades constitutivas possuem poderes e competências iguais. Mas o Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁶ tem decidido no sentido de que as constituições e as leis estaduais apenas reflitam a CF/88. Assim, os estados passam a meros gestores do direito federal. Em contraste, México, EUA e Austrália, por exemplo, preveem que as Assembleias dos estados devem ratificar as emendas constitucionais¹⁷.

No diagnóstico de Celina Souza, o federalismo brasileiro é muito competitivo e *sem canais institucionais de mediação de interesses e de negociação de conflitos*¹⁸.

Analisando a estrutura do federalismo brasileiro, Celina Souza destaca seu caráter complexo de freios e contrapesos. Dentro deste quadro complexo, o Senado Federal se destaca pela ampla gama de competências (como, por exemplo: julgar, nos crimes de responsabilidade, membros do STF e o Presidente da República; além de decidir sobre pedidos de empréstimos internos e externos dos entes dos três níveis de governo).

Analisando a distribuição de competências na CF/88, vemos o Poder executivo federal: contemplado em 25 itens, conforme o art. 21 da CF (competência exclusiva). Deve-se destacar a área de políticas públicas, na qual o executivo tem competência de aprovar diretrizes, o que direciona as mesmas.

A União, por sua vez, tem competência exclusiva para propor leis que tratam sobre 29 itens, previstos no art. 22. Além disso, na legislação concorrente (art. 24), à União cabe emitir normas gerais.

No alvitre de Celina Souza, o constitucionalismo brasileiro não conseguiu superar as assimetrias regionais, mas a federação teria sido fortalecida, na medida em que a CF/88 promoveu maior equilíbrio entre os entes constitutivos.

Algumas tensões sobre as normas constitucionais, merecedoras de menção, seriam: demandas macro-econômicas (superávit primário); contradição entre a constitucionalização e o *timing* da nova agenda macroeconômica (as mudanças constitucionais exigem longas negociações no Congresso).

14 Referindo-se ao triplo federalismo e ao reconhecimento das esferas federal, estadual e municipal.

15 SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *São Paulo em perspectiva*, v.2, n. 18, 2005, p. 111.

16 Acerca do papel do STF na questão referente ao federalismo brasileiro, interessante consultar o estudo de Luiz Werneck Vianna (1999), acerca das Ações Diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas por governadores de estados perante essa Corte.

17 Assim, a autora critica as tendências interpretativas do STF, que considera inconstitucionais as tentativas mais criativas nas constituições estaduais (a CF manda apenas seguir seus princípios).

18 *Ibidem*, p. 114.

Assim, como marcas características da nossa federação, figuram as altas desigualdades regionais; tendência a dar tratamento uniforme às instâncias subnacionais; escassez de mecanismos de cooperação intergovernamental.

A solução para os problemas do federalismo, para a autora, depende do encaminhamento de conflitos políticos mais amplos (desigualdades regionais e prioridades governamentais). Menos da Constituição em si, e mais das políticas públicas. De fato, pode-se dizer que muitos constrangimentos enfrentados hoje pelo federalismo brasileiro decorrem antes das dificuldades dos governos de redirecionar o rumo de certas políticas e de lidar com questões macroeconômicas não antecipadas pelos constituintes de 1988, do que de problemas decorrentes do desenho constitucional. Isto mostraria uma distância entre os dispositivos constitucionais referentes ao federalismo e a realidade econômica e política.

2 O DIREITO E A PRÁXIS

2.1 A judicialização na sociedade contemporânea

No primeiro item deste trabalho, provocamos uma reflexão a partir da lógica direta do Estado como ator político e social que é. Nesta qualidade, procuramos delimitar aspectos de sua prática, na medida em que voltada à consecução de determinadas metas, expressas em políticas públicas. Nisto, realçamos a dimensão política de tal *fazer estatal*. Com recursos heurísticos da sociologia política, pudemos inclusive esboçar uma espécie de tipologia da ação estatal caracterizada como modelo *welfare state*. Agora, por outro lado, propomos chamar a atenção para a esfera jurídica, como forma de respondermos às inquietações lançadas na introdução. Para tanto, devemos atentar à dimensão própria da esfera jurídica, que efetivamente dialogue com a perspectiva pela qual contemplamos a esfera estatal (lembre: como ator em ação). Assim, propomos uma reflexão acerca da *práxis*, mais exatamente, acerca do fazer jurídico no âmbito jurisdicional.

Podemos perceber que, de uns tempos para cá, o Direito vem sendo requisitado para a resolução de questões dos mais diversos setores, os quais, em outras épocas, restavam a cargo da religião, da tradição, etc.

A emergência do Estado de bem-estar social como reação às demandas dirigidas ao Estado por grupos sociais que se constituíram em verdadeiros atores sociais na reivindicação por maior tutela estatal significou uma transformação do Direito. Urge pontuar a consequência prática deste processo, posto que a mesma consistiu numa maior instrumentalização do Direito por parte do Estado, refletindo-se na regulação dos mais diversos setores sociais. A partir daí, Habermas fala em uma *publicização da esfera privada*, bem como em uma *abertura do direito para o tempo futuro*, na medida em que o mesmo se apresenta com normas constituídas por certa indeterminação e generalidade, avessas ao antigo dogma da *certeza jurídica*.

Este quadro redundou numa maior participação do Judiciário, na qualidade de interventor, nas relações sociais, daí Werneck Wianna falar em *judicialização das relações sociais e da política*. A este respeito¹⁹, o autor assevera que a causa da judicialização da política, no Brasil, reside na adoção, no artigo 103, pela CF, do controle de constitucionalidade. Por meio disso, o Judiciário exerce seu controle sobre o soberano. Inicialmente teria havido certa resistência do Judiciário em desempenhar este novo papel, mas isto estaria mudando, consentâneo as conclusões da pesquisa, no que se refere ao STF, que estaria assumindo o papel de guardião da CF e dos direitos fundamentais.

Este cenário de crescimento dos poderes dos juizes, acompanhado do protagonismo dos mesmos no processo social e político, atribui um novo roteiro ao debate sobre a democracia na atualidade. Não é de balde que os pensadores têm tematizado as reflexões sobre a democracia a partir do Direito e vice-versa, os juristas têm inserido cada vez mais argumentos de teoria política em suas práticas discursivas. Veja-se, por exemplo, a emergência do neoconstitucionalismo dentro da hermenêutica jurídica, e mesmo a chamada constitucionalização do direito civil, a qual tanta polêmica tem gerado no meio acadêmico.

19 VIANNA, L. Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.

2.2 Direitos sociais em juízo: notas a partir de uma sociologia dos tribunais

2.2.1 Introdução

Nesse horizonte, questões repropostas por Boaventura de Souza Santos no Brasil²⁰ e que sintetizam o protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito mostram um pouco das muitas indagações de uma sociologia judiciária: Por que razão estamos hoje tão centrados na ideia do direito e do sistema judicial como fatores decisivos da vida coletiva democrática, do desenvolvimento de uma política forte e densa de acesso ao direito e à justiça, enfim, na ideia de levar a sério o direito e os direitos? Como é que chegamos até aqui? E até onde podemos ir com os instrumentos que temos?

2.2.2 A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios

Primeiramente, em consonância, mesmo que indireta, com preocupações de Boaventura Santos, já no ano de 2000 publicaram-se dois artigos no livro *Teoria jurídica e novos direitos*²¹, com debates muito próximos a esse questionamento. O primeiro, *A importância do Poder Judiciário para a democracia e seus atuais desafios*, abarcando temas como a posição do Poder Judiciário no quadro dos Estados constitucionais modernos, por um lado e, por outro, discutindo os atuais desafios desse poder para desincumbir-se dessa missão, dentre os quais, o enfrentamento da lentidão, da globalização e as obscuridades dos ditos novos direitos. O segundo artigo, tendo por título *Sobre Politização do Direito e Juridicização da Política*, na esteira das primeiras preocupações e considerando a eminente e real crise do positivismo jurídico clássico, defendia a importância de um Poder Judiciário voltado para o atendimento das aspirações sociais, porém a partir de um conceito de direito que não perdesse de vista a especificidade do jurídico. Assim, pois, naquele momento, já estava claro, para nós, a crise do conceito de direito de base positivista e por isso a necessidade de se ir adiante.

As exigências sociais, portanto, desde os anos 80, necessariamente contribuíram para a abertura do conceito de direito à interdisciplinaridade, sobretudo àquelas advindas das pesquisas dos sociólogos e politólogos.

Passando a uma breve síntese das discussões do primeiro texto, pode-se dizer que os assuntos foram tratados a partir de uma tese e de três hipóteses desafiadoras da mesma. A tese procurou sustentar que o Judiciário, além de suas atribuições normais e mesmo por causa delas, tem o importante papel de guardião constitucional e, como tal, de construtor da democracia no Brasil. Como se tem assinalado em trabalhos anteriores, não de uma democracia formal de base tão somente legal, mas de uma democracia substantiva, de resultados concretos em relação à realização da dignidade da pessoa humana. Dito de outra forma, a tese que propomos é a de que o Poder Judiciário carrega hoje as esperanças da sociedade civil na realização das diversas gerações de direitos humanos constitucionalizados, porém com muitos desafios a superar.

Para se compreender corretamente a expressão *Estado democrático de direito*, é preciso considerar que o direito não pode mais ser entendido como a expressão de uma metafísica dos costumes ou da tradição, pois passou a ser a expressão de acordos racionais democraticamente firmados e expressos por meio de enunciados normativos postos através de decisões políticas, formando um sistema que possui, em sua base ou em seu ápice, dependendo do ângulo que se observe, regras e princípios de caráter constitucional.

Pois é esse caráter de constitucionalidade do direito moderno que oferece, muitas vezes, dificuldades adicionais ao operador jurídico na construção de um Estado não apenas de direito, mas democrático de direito. E as razões, como dissemos em textos anteriores, residem no fato de que o direito, sob parâmetro constitucional, não se constitui em uma dogmática expressa por um conjunto de regras claras e objetivas que não apresentam lacunas e não são contraditórias. Ao contrário, o

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez 2007, p. 11.

21 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

direito moderno exprime-se, além de regras, por meio de princípios, que são normas abertas e amplas que, para serem plenamente aplicadas, requerem uma hermenêutica finalística, de otimização. Com efeito, são normas que possibilitam reger não apenas o presente e a estrutura jurídico-política dos Estados, mas as metas futuras relativas aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em particular, assumindo a característica de compromissórias e programáticas, em vez de dogmáticas.

Em decorrência do exposto, emerge a importante questão da eficácia das constituições e de como obtê-la de modo legítimo e não apenas discricionário, na medida em que elas tratam de interesses os mais diversos. Hoje em dia, é comum existirem duas normas aplicáveis a um mesmo caso concreto. Qual delas deveria ter preferência?²² Um questionamento imediatamente cabível diante do jogo contraditório de interesses seria o de nos perguntarmos com relação aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, qual deles deveria ter maior peso na determinação final do direito a ser prestado. Em caso de se entender ser o Judiciário essa instância, veríamos a confirmação de nossa tese inicial acerca da importância e do protagonismo desse poder contemporaneamente.

Quanto aos *desafios* ao Poder Judiciário, sabemos que eles são muitos: faltam prédios, faltam juízes, faltam computadores, enfim, falta dinheiro. Inobstante, começando com o tema da lentidão, sem pretender reproduzir o que muitos vêm dizendo, gostaríamos de opor e comentar duas soluções que vêm sendo bastante discutidas: de um lado, as Súmulas Vinculantes; de outro, os Juizados Especiais.

Pode-se dizer que o poder e a norma são as duas faces de uma mesma medalha, a justiça. E *poder* sem obediência às normas é totalitarismo, e *normas* sem a efetividade do poder é utopia. Por isso, em certo sentido, compreende-se a posição de defesa das súmulas vinculantes por parte do professor Aurélio Wander Bastos²³, ao afirmar que “o nosso sistema de recursos inviabiliza decisões rápidas”. Entretanto a oposição contra essas súmulas é muito maior. Eros Grau também, em jornal de circulação nacional, as chamou de totalitárias.²⁴ Conforme disse, “a atribuição de eficácia contra todos e de efeitos vinculantes às decisões de que trata o Supremo, importa atribuir a ele função legislativa”. A atribuição de efeito vinculante às decisões de que se trata implica a imposição de uma espécie de censura ou limitação ao exercício das funções dos demais órgãos do Estado. Nenhuma razão justifica essa manifestação de totalitarismo, também nenhuma lógica pode sustentar, atropelar e sufocar a independência dos juízes. Com a Emenda 45, as súmulas se tornaram realidade, muito embora a polêmica ainda permaneça.

Seria interessante notar que, assim como existe uma quase total oposição às súmulas, existe um *endeusamento* dos chamados *Juizados Especiais*. E a pergunta no contexto do trabalho ora apresentado é: o que as súmulas vinculantes e os juizados especiais podem contribuir com a efetividade de políticas públicas?

Por outro lado, o segundo desafio já aludido ao Poder Judiciário é a globalização. Recepcionando Luigi Ferrajoli, professor da Universidade de Camerino, um dos pais do denominado *direito alternativo*, assistimos, hoje, mesmo nos países de mais avançada democracia, a uma crise profunda e crescente do direito que se manifesta sob várias formas e em múltiplos níveis:

- 1) uma crise da legalidade;
- 2) uma inadequação estrutural das formas do Estado de Direito; e

3) uma crise do Estado de Direito ligada à crise do Estado de Bem-Estar Social²⁵. Por nossa parte, entendemos que todos esses ângulos da crise do direito, de uma maneira ou de outra, têm a ver com a globalização.

Indiscutivelmente, quando o autor italiano fala de uma crise da legalidade, sustentando a presença de máfias que tomam de assalto os Estados nacionais, colocando em crise seu aparato político-jurídico, por certo não devemos ser ingênuos e supor que ele está falando ainda do predomínio da *cosa nostra*, embora continue a existir. Não se trata aqui de uma preocupação

22 Aqui se tem discutido muito as teses de Herbert Hart e Ronald Dworkin. O primeiro defende a discricionariedade do juiz diante de normas antinômicas; o segundo defende a tese da resposta correta, isto é, de que sempre existirá uma solução melhor que a outra e, portanto, uma norma que deveria ser preferencialmente aplicada.

23 Cfe. *Jornal do Comercio*, de 31/5/1998.

24 *Folha de São Paulo*, Tendências e Debates, novembro 1998.

25 OLIVEIRA JÚNIOR, (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 89 e ss.

com forças ocultas dessa natureza, senão que com forças ocultas bem mais poderosas, criaturas e criadoras da nova ordem internacional²⁶. Com efeito, a globalização não é o efeito de um puro movimento autopoietico.²⁷

Exemplo claro dessas forças pode ser percebido quando se difunde o discurso *o Brasil não fez seu dever de casa*. Ora, aqui também não sejamos ingênuos, é certo que o *deficit* público é um problema de má gestão. No entanto por que o dito *dever de casa* é tão lembrado quando existe uma crise na Ásia ou uma queda do dólar? Será que o Brasil não tem que fazer um *dever de casa* para contribuir com o dólar, para que ele possa fazer frente ao euro?

De qualquer modo, a crise de legalidade de que fala Ferrajoli pode ser associada à globalização quando se toma em conta o quanto poderes executivos comprometidos (com o dever de casa) rompem o sistema de tripartição dos poderes, clássico no Estado de Direito, basicamente com a execução de uma enxurrada de medidas provisórias. Assim, configura-se o exercício do poder apenas com aparência formal de legalidade, já que a maioria das medidas se traduz em uma imprópria forma de legislar que, em nome da urgência, coloca decisões não discutidas pelos representantes eleitos para tal.

O aspecto da inadequação estrutural das formas do Estado de direito às funções do *welfare state* refere-se, por um lado, à inadequação da filosofia individualista que perpassa a prática dos tribunais diante de um mundo com problemas sociais coletivos e massificados e, por outro, a uma falta de revisão de conceitos e ações que possam abarcar as questões coletivas. Como diz Ferrajoli:

(...) essa crise está associada a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, que consiste num conjunto de limites e de proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, e o Estado social que, ao contrário, exige aos mesmos poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas, nem sempre predetermináveis de forma geral e abstrata e, portanto eminentemente discricionárias ou contingentes subtraídas aos princípios da certeza e da estrita legalidade e confiadas à mediação burocrática e partidária.²⁸

Em outras palavras, como diria Enrique Zuleta Puceiro, vivemos uma lógica da emergência sob a camisa de força de uma lógica da racionalidade burocrática que tudo dificulta. De certo modo, isso até justifica a referida enxurrada de *leggi-provvedimento* (medidas provisórias). E assim, lamentavelmente, quando a sociedade necessita de algo, em função do sistemismo e da burocracia, busca caminhos alternativos à política e ao direito tradicional.

Enfim, a crise do Estado social em face das integrações regionais, e a globalização, colocam bem claramente a crise do direito e do Estado-nação em face à nova ordem. Está havendo perceptivelmente algumas alterações:

- 1) Um deslocamento dos lugares da soberania;
- 2) Uma alteração dos sistemas das fontes do direito;
- 3) Um enfraquecimento do constitucionalismo;
- 4) Enfim, avança, além de um direito comunitário, um direito do mercado, da produção, de ordem infra e supraconstitucional (direitos das favelas, arbitragem e mediação, por exemplo).

Para concluir acerca das abordagens do primeiro texto, temos o terceiro desafio que está ligado à emergência dos ditos “novos direitos” que, em grande parte, atravessam as constituições contemporâneas. Como salienta o prof. Silvio Dobrowolski, as denominadas Constituições dogmáticas, que se caracterizavam pela livre iniciativa, pela segurança jurídica e pelo respeito absoluto à propriedade, cederam espaço para as constituições ditas compromissórias, que se caracterizam por uma pluralidade de valores e princípios muitas vezes conflitantes. Como exemplo, temos a

26 As grandes organizações multinacionais, oligopólios, etc.

27 Expressão utilizada por Niklas Luhmann para falar dos sistemas fechados, autorreferentes. Etimologicamente, o termo autopoiesis indica autoprodução, autocolocação ou, ainda, de forma mais clara, (re)produção a partir dos próprios produtos. Ver o texto *Estrutura e função do direito na teoria da sociedade*, de Daniela Ribeiro Mendes Nicolla, in *Paradoxos da auto-observação – percursos da teoria jurídica contemporânea*, organizado por Leonel Severo Rocha (1997, p. 226). Seria como supor que a ordem internacional se auto-organizasse sem qualquer intervenção de fora ou de alguém, atuando aí um conceito de complexidade *indomável*.

28 Conforme *O direito como sistema de garantias* (In: OLIVEIRA JÚNIOR, 1997, p. 90).

defesa da propriedade privada x função social da propriedade; a defesa da livre concorrência e do consumidor, e assim por diante.

Pode-se concluir que o problema hermenêutico ligado à pluralidade e ao choque de valores integrantes do ordenamento jurídico é o grande desafio de hoje. É preciso um critério para o adequado uso do instrumento jurídico. E os problemas se agravam porque ainda hoje questionamos sem chegarmos a um consenso, qual a matriz epistemológica mais adequada para as ciências sociais, incorrendo-se, muito frequentemente, em respostas sociológicas e judiciais reducionistas do problema que se pretende resolver. Na era da manipulação genética, de descobertas microscópicas, o feito mais impressionante não é o da descoberta em si, mas o aprofundamento da dominação discursiva, expressa em todas as áreas, aliás, como já havia previsto Orwel.

2.2.3 Politização do direito e judicialização da política

Por outro lado, no segundo texto aludido e publicado no ano de 2000, coincidentemente também com as análises atuais de Boaventura Santos, pugnou-se pela necessidade de se compreender as diversas etapas históricas da federação brasileira, sobretudo os amplos momentos de autoritarismo, para deciframos as razões da submissão do Poder Judiciário e do direito aos demais poderes de Estado, especialmente ao Executivo.

Na direção de estudos interrogantes dessa situação, apontaram-se os trabalhos de Roberto Lyra Filho, na Universidade de Brasília, e de Luis Alberto Warat, na UFSC, ambos procurando desmistificar o lado obscuro das relações do Direito com o *poder*. O primeiro, demonstrando o caráter de classe do direito brasileiro e, o segundo, acentuando a necessidade de se acabar com as crenças positivistas que fizeram do *elogio das certezas* o principal objetivo da ciência jurídica.

Tal como se disse, com a morte de Lyra Filho, muitos de seus seguidores moveram-se desordenadamente no âmbito de uma crítica ao Direito, exceção nobre é José Geraldo de Souza Junior (atualmente Reitor da UnB), que até hoje desenvolve importantes estudos de sociologia do direito (ver *Sociologia do direito, condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000). Warat, em meio à pressão política do autoritarismo, deixou transparecer que teria abandonado a filosofia do direito, tendo se centrado em questões psicanalíticas do sujeito e em análises críticas das artes e das demais ciências, mormente as relações de dominação vistas a partir do cinema, realizando esporádicas aplicações ao direito.

Como relatado também em outro texto, "Crítica do direito pós-autoritarismo" (Revista Sequência, n. 26, p. 67-69), diante desse quadro de submissão, mereciam destaque alguns trabalhos realizados em São Paulo pelo grupo de José Eduardo Faria e Celso Campilongo (ver deles: *A sociologia jurídica no Brasil*. Fabris, 1991, e outros), e os de Leonel Severo Rocha que, com seu doutoramento realizado em Paris, sob a regência de Claude Lefort, insistia na importância da democracia para o Brasil, com pesquisa histórica que remontou a Rui Barbosa.

Com efeito, nos textos aludidos, insistia-se numa assertiva que vale considerar ainda hoje: "em meio ao crepúsculo das possibilidades críticas do direito, existe sempre o perigo de que surjam alguns iluminados que se ofereçam para fazer, como dizia Warat, o 'simulacro de uma odisséia libertária'".

Enfim, o momento que vivemos hoje continua pautado por indefinições, mas, como dizíamos à época e servindo perfeitamente aos dias de hoje, quaisquer que sejam os caminhos que se deseje programar, é preciso compreender que o *normativismo* e certa concepção até mesmo *dogmática* da importância do Estado de Direito não são nefastos de *per se*. Recolhendo elementares princípios linguísticos que ainda alguns tentam ignorar, é preciso reconhecer que as leis não possuem sentidos essenciais (nem bons, nem maus). Em determinadas conjunturas (e isto tem sido assim historicamente), o discurso normativista e o da dogmática jurídica, longe de programar em uma estratégia de ocultamento social, podem permitir a elaboração de construções teóricas que favoreçam o acesso à condição de cidadão por certos setores marginalizados. A visão do direito estatal como um puro e exclusivo mecanismo de expressão de uma dominação de classe não é, hoje em dia, mais que o fetichismo de um anarquismo residual.

Com efeito, a emergência e o protagonismo do direito e do sistema judicial em tempos modernos encontram-se devido ao Estado social ou ao *welfare state* que, com a positivação dos Direitos

Sociais, têm colocado o Poder Judiciário como ponto equidistante entre o Legislativo e o Executivo, no âmbito de uma relação sempre conflitada entre direito e economia.

Se pudéssemos falar da existência de uma lógica do direito e outra da economia, o que se verificaria é que as racionalidades dessas duas ciências, além de distintas, tendem a uma hegemonia de uma ou de outra. Com exceção de algumas políticas sociais esparsas e de algumas decisões judiciais isoladas, a lógica do mercado tem regido o mundo globalizado (muito embora o susto da crise americana com repercussão mundial em 2008). Com efeito, em que pese a complexidade das relações entre direito e economia, os direitos sociais em muito ainda são expectativas, embora uma já maior consciência da sociedade de que eles devam ser exigidos, situação essa que tem crescido desde a Constituição de 1988.

Quanto à questão da intervenção na economia em busca de justiça, pode acontecer, a partir do tamanho do Estado, discussão que era feita à época e continua hoje (neoliberalismo *versus* socialismo ou estado social ou intervencionista). Acredita-se que a superação deva ser pensada sob outro viés, como ressaltou em sua posse o novo presidente americano Barak Obama: o da eficiência do Estado, o que, para nós juristas, reabre várias outras questões. Igualmente, sobre o Estado dever estar ou não submetido à lógica econômica, cabe lembrar episódio de triste memória do Governo Collor: bloqueio dos cruzados que, ao visar a uma distribuição mais justa de bens, cometeu uma das maiores ofensas aos direitos individuais. Ora, e o pior é que o STF, à época, entendeu por não cassar a Medida Provisória 168, transformada em Lei n. 8241/90, em nome do argumento de que a cassação resultaria em enormes transtornos para a economia, pois injetaria trilhões, o que poderia trazer o retorno de uma hiperinflação.

Como salientou Luis Warat à época, desde sua condição de um dos principais mentores da teoria crítica latino-americana:

(...) en las dos últimas décadas prosperaron en latinoamerica muchas críticas a las teorías jurídicas de corte dogmático. Ellas reivindicaban la importancia de la dimension política de lo jurídico. Porém, esas teorías acabaron em un gran esceso en el final de los años 80... Lo político pasó a adquirir um peso tan grande para la concepcion del derecho, que llegó a anular el papel de la ley em la administracion de justicia (Por quien cantan las sirenas).

De todo modo, como dissemos, muito embora a lei seja um instrumento fundamental para os direitos e para a cidadania, é insuficiente. É preciso vontade política para fazê-la valer. E a fragilidade semântica da linguagem jurídica só pode ser superada pelas condições intelectuais adequadas dos profissionais envolvidos, quer morais (pluralismo cultural, por exemplo), quer políticas.

Acreditamos ser por essas razões que, desde sociólogos clássicos, como Max Weber, até os atuais, como Boaventura Souza Santos, a dimensão de respeito aos sujeitos possui grande importância na configuração daquilo que se entende por sociedade democrática e cidadã, na medida em que são eles os protagonistas da cultura e das instituições, e há que transformar sua força comunicativa em administração efetiva da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode perceber ao longo das páginas anteriores, a partir de um instrumental sociológico, é possível reconstruir as ligações estruturais entre Direito e Estado, o que pode ser especialmente pertinente para pensarmos algumas variáveis importantes na compreensão dos rumos de nossa sociedade contemporânea. Parece-nos que o estabelecimento destas pontes é fundamental para afastarmos certos determinismos ou reducionismos na leitura dos fatos sociais e também na compreensão do fenômeno jurídico. Particularmente, já se realizaram levantamentos empíricos a partir dos quais as interfaces aqui estabelecidas externaram desdobramentos na realidade jurídica, que podem ser percebidos em diferentes de seus setores, mas especialmente no âmbito do direito privado²⁹. No presente trabalho, no entanto, delimitou-se a esfera de análise ao âmbito público, mediante reflexão acerca das políticas públicas. Nisto, vimos como seu conceito pode ser estruturalmente conectado ao de direitos sociais, a partir da tipologia das formas de *welfare state* acima exposta.

29 Vide, a respeito disso, o trabalho de Marcos Cáprio Fonseca Soares, *Contrato e Racionalidade*, publicado na Revista de Direito do Consumidor, n. 56.

Indiscutivelmente, os caminhos de efetivação das políticas públicas requerem, talvez, como diria Habermas, uma radicalização da democracia deliberativa, conceito que embora requeira um outro texto para explicá-lo, sem dúvida passa por um ir além da mera representação política e participação social pelo voto. Como fazer isso talvez seja o grande desafio. Mas o certo é que a este modelo de sociedade, dotada de uma radicalidade democrática, corresponderá um direito não mais substancializado em dogmas ontologizadores da realidade social, ou que guardem uma pretensão eminentemente formalista em relação à mesma. Assim, outro desafio igualmente colocado diz respeito à devida delimitação dos contornos desta nova feição jurídica, proporcionalmente mais reflexiva. Se a noção de *welfare state* passa numa de suas feições pela noção de direitos sociais, e se este novo direito guarda efetivamente as características ligeiramente mencionadas, então as políticas públicas doravante não poderão ser pensadas sem a adequada problematização da reflexividade, que parece ser uma das marcas jurídicas do direito desta sociedade cuja democracia restaria densificada. Naturalmente, muitas das considerações aqui tecidas nos remeteram a realidades de Estados, embora não tenhamos negligenciado o foco nacional. Mas mesmo no primeiro caso, entendemos que a pertinência do debate proposto se faz sentir na medida em que nos viabilizam parâmetros para uma espécie de crítica às práticas vigentes.

REFERÊNCIAS

ADAM, Silke; Hanspeter KRIESI. The network approach. In: Paul A Sabatier (Org.). *Theories of the policy process*. Cambridge, MA: Westview Press. 2007. p.129-154.

BASTOS, Wander. In: *Jornal do Comercio*, de 31/5/1998.

CÁPRIO F. S.; Marcos. Contrato e Racionalidade. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 56, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIMENSTEIN, Gilberto. *Democracia em pedaços: direitos humanos no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As Três Economias Políticas do Welfare State. Tradução de Dinah da Abreu Azevedo. *Lua Nova*. vol. 24: 85-116. 1991.

GRAU, Eros. Tendências e Debates. In: *Folha de São Paulo*, novembro 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2 Volumes, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

INGRAM, Helen; Anne L. SCHNEIDER; Peter DELEON. Social construction and polity design. In: SABATIER, Paul A. (Org.) *Theories of the policy process*. Cambridge, MA: Westview Press. 2007. p. 96-126.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação – percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução de Walda Caldeira Branst/Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Sociologia Judiciária*. Brasília: STJ-Enfam, 2010 (no prelo).

_____. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. (Org.) *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OSTROM, Elinor. Institutional Rational Choise. An Assessment of the Institutional Analysis and Development Framework. In: Paul A. Sabatier (Org.). *Theories of the policy process*. Cambridge, MA: Westview Press, 2007. pp.21-54.

SABATIER, Paul A.; Christopher M. WEIBLE. The advocacy coalition framework: innovation and clarifications. In: SABATIER, Paul A. (Org.). *Theories of the policy process*. Cambridge, MA: Westview Press, 2007. p.189-204.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Democracia e pensamento jurídico crítico: novas e velhas leituras. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *São Paulo em perspectiva*, v.2, n. 18, p. 105-121, 2005.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *Sociologia do direito, condições sociais e possibilidades teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000.

TRUE, J. L.; JONES, B. D.; BAUMGARTNER, F. R. Punctuated-Equilibrium Theory: explaining stability and change in public policymaking. In: SABATIER, Paul A. (Org.). *Theories of the Policy Process*. Westview Press, 2007, pp. 155 – 187.

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

WALLERSTEIN, I. Los dilemas del espacio abierto: el futuro del FSM. Tradução de Chloé Keraghel y Jai Sen. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, Barcelona, 2004, nº 182, pp. 66-81