

MERCANTILIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O POTENCIAL REGRESSIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE¹

1. INTRODUÇÃO: OS QUESTIONAMENTOS QUE A MATURIDADE CONSTITUCIONAL PROPÕE NO CAMPO DA EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

O transcurso em 2013, do vigésimo quinto ano de vigência da Constituição-Cidadã encerra um ciclo histórico onde temores que antes assaltavam o universo político e o meio jurídico se pode ter por superados. Assim, a hipótese da rejeição do texto constitucional por vícios inerentes ao seu processo constituinte², ou mesmo a insustentabilidade política de um projeto mais profundo de transformação social e outras proclamações de Cassandras de plantão se revelaram desmentidas pela consolidação – ainda que sujeita a impactos periódicos – da Carta de 1988.

Sinal evidente dessa recepção do texto como Documento Fundante – no sentido mais amplo que se possa conferir à palavra – é a clara transcendência de um primeiro estágio onde se priorizava a restauração da dimensão representativa do regime democrático, para compreender igualmente a necessária garantia de efetividade da Carta Fundamental no que toca a seus compromissos finalísticos, irradiados a partir da ideia central da dignidade da pessoa. Assim, se os primeiros 10 anos de vigência do texto se orientaram especialmente à (re)construção dos aspectos mais elementares da formatação da deliberação democrática; o inaugurar do século XXI trouxe à cena o papel dos direitos fundamentais no processo de transformação da

¹ Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, vinculada à linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV-Rio; Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

² Essa possibilidade – da rejeição – era apontada como presente no cenário político, e já premonitoriamente rejeitada por MOREIRA NETO (1988, p. 63-68) por ocasião da promulgação da Carta de 1988. Transcorridos já 10 anos de sua vigência, ainda se tinha aqueles que afixassem estar ela fadada a desaparecer muito jovem (DALLARI, 1999, p. 36). Ou ainda que anunciassem a proximidade de seus funerais (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 35-47).

sociedade brasileira, na busca da superação de um legado ditatorial que envolvia, a par dos conhecidos desmandos de forças de exceção, a manifestação mais insidiosa de violência, que é a exclusão social.

O discurso da efetividade dos direitos fundamentais – evidentemente reforçado pelos termos do art. 5º § 1º CF – associado decerto a uma inércia dos poderes públicos no que toca à real incorporação do projeto constitucional de câmbio, viabilizou uma intensa onda de judicialização, deflagrada inicialmente no campo da saúde, e depois estendidas a outras áreas onde igualmente se tem o signo da jusfundamentalidade. O fenômeno não é localizado no Brasil, e o desafio da efetividade dos direitos sócio econômicos se apresenta em países tão distintos como a África do Sul, Índia, Colômbia, onde a estrutura constitucional apostou nesse mesmo caminho de emancipação social. A dificuldade está não na afirmação teórica em si do caráter exigível de direitos sociais, mas no real alcance da efetividade em searas onde a estrutura envolvida no seu provimento é de alta complexidade, e envolve distintos agentes que atuam conjuntamente³, num cenário onde se pode verificar igualmente a tensão entre direitos fundamentais de distintas dimensões que concorrem entre si.

As dificuldades operacionais na garantia de direitos sociais tem conduzido o Judiciário muitas vezes ao uso de prestações substitutivas, numa lógica de que se a execução da obrigação *in natura* se revela inviável, a solução é a compensação pecuniária. No campo do direito à moradia são comuns as ordens que se traduzem na outorga de prestação pecuniária mensal (vulgarmente conhecidas como “aluguel social”); na seara ambiental a compensação financeira muitas vezes ganha mais presença do que a recuperação em si do gravame ou o desenvolvimento de medidas compensatórias no estrito campo ambiental. Até pelas más condições nas cadeias públicas já se requereu em favor dos presos, indenização pelas más condições associadas ao encarceramento, em conhecido episódio onde o

³ A opção constitucional pela enunciação de competências comuns (art. 23 CF) em áreas de atuação diretamente relacionadas ao provimento de direitos fundamentais, e ainda a indeterminação de quem seja o responsável direto (como se tem em relação àqueles enunciados no art. 6º, *caput* CF) contribui para essa superposição de agentes envolvidos na concretização de tais direitos sociais.

Superior Tribunal de Justiça recusou-se a institucionalizar o “pedágio-masmorra”⁴.

Esse é o objeto portanto das presentes considerações; evidenciar a presença de uma estratégia de enfrentamento dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, em que as dificuldades inerentes à sua garantia *in natura* têm conduzido a um *trade off* do bem ou serviço em si que traduz a materialização do referido direito por pecúnia; estratégia resultante da aplicação de uma matriz de composição de litígios que é própria do conflito individual. A isso se denomina mercantilização dos direitos fundamentais, posto que a alternativa substitui por dinheiro aquilo que se revelava como o efetivo desiderato constitucional: a busca da efetiva oferta de programas de ação estatal, traduzidos em políticas públicas consistentes e compatíveis com os compromissos axiológicos emanados da Carta de 1988.

A conversão de direito fundamental em dinheiro transforma o primeiro em mercadoria, numa aproximação incompatível com a sua própria essência teórica, desconsiderando ainda que no mais das vezes, as linhas de atuação que efetivamente garantem o direito social em cogitação não se têm disponíveis no mercado. A hipótese com que se está lidando é aquela de que a garantia do direito fundamental em si não se alcançará – mesmo num cenário de curto ou médio prazo – com a ordem de oferta de prestação substitutiva do bem da vida em discussão⁵. Esse tipo de condenação, ao revés, com frequência se apresentará tão-somente como uma representação pacificadora para o Judiciário, num cenário em que (com o concurso dessa mesma estrutura de poder) no imaginário social, só o juiz poderá assegurar a cada um a sua parcela de direitos.

⁴ A hipótese envolvia demanda em que se reconhecia as dificuldades inerentes à reforma dos estabelecimentos prisionais, oferecendo-se como medida compensatória ao sofrimento inerente ao encarceramento, a reparação pecuniária (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011).

⁵ É de se ter em conta que eventualmente, o direito fundamental em si se traduza no seu todo ou em parte, em pecúnia; o exemplo mais claro envolve as garantias atinentes ao trabalhador (da iniciativa privada ou pública) relacionadas diretamente à sua remuneração. Assim, o direito à remuneração adicional pelo desenvolvimento de horas extras se materializa diretamente em pecúnia, e a sua tutela por esse mesmo meio não apresenta o viés substitutivo que se está a censurar. O mesmo não se pode dizer em relação ao direito à proteção ao patrimônio cultural (infungível), onde o que se busca é a proteção ao bem culturalmente relevante em si, figurando a reparação pecuniária como fraco substitutivo ao gravame representado pelo perdimento em si do mesmo bem.

A maturidade constitucional a que se chegou, com já 25 anos de sua aplicação, é de ser tida como momento em que se possa, de forma realista, revisitar as primeiras soluções que os desafios de sua efetividade tenham proposto. Hoje revela-se possível olhar criticamente o texto da Constituição de 1988 e o modo segundo o qual ela tem sido aplicada especialmente pelas estruturas institucionais de poder que criou, sem que disso se extraia um receio de negação da sua efetividade. O objetivo portanto é pautar as dificuldades que o segundo estágio de concretização dos compromissos axiológicos da Constituição-Cidadã esteja propondo, especialmente no campo da função jurisdicional, abdicando do conforto do uso das práticas institucionais já conhecidas, para numa visão construtivista, deflagrar um processo de exploração das alternativas de solução de conflitos que previnam uma trajetória potencialmente regressiva, e que resultem em maior aptidão para o real enfrentamento da complexidade de que se reveste a tarefa transformadora que foi traduzida pela Carta de 1988.

2. HIPERCOMPLEXIDADE FÁTICA E JURÍDICA *VIS A VIS* A TENDÊNCIA À SIMPLIFICAÇÃO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

Ponto de partida para a análise do fenômeno apontado – despontar da mercantilização dos direitos fundamentais como alternativa de sua pretensa tutela judicial – é a análise de suas origens. Nesse campo, o evidente descompasso entre o quadro de hipercomplexidade que presentemente se põe no plano dos fatos e das relações sociais; e a pressão no campo da prestação jurisdicional para a simplificação se apresenta como possível explicação.

2.1 – HIPERCOMPLEXIDADE COMO ATRIBUTO DAS RELAÇÕES SOCIAIS NO ESTADO PÓS-MODERNO

É conhecida a literatura que sinaliza as transformações do Estado pós-moderno, e seus reflexos no direito. Aludindo a tempos hipermodernos, Dromi (2005, p. 21) caracteriza-os como um processo de globalização, com liberalismo econômico, fluidez midiática e hiperconsumo, que coexistem a nível de estados integrados, que buscam associar seus recursos políticos, econômicos e culturais, também na luta contra os riscos e adversidades

comuns. Esse cenário de inovação deita sérios reflexos na própria compreensão do que seja o Estado e seu papel (CHEVALLIER, 2009), desafiando os velhos paradigmas que operavam a partir de uma bipolaridade entre o público e o privado (CASSESE, 2010).

Inevitável a repercussão direta dessa nova moldura de ação do Estado no Direito – instrumento de ordenação e da miríade de relações que passa a se desenvolver nesse cenário cambiante. Afinal o direito da modernidade, vincado pela aplicação subsuntiva, quase mecanicista (MORAND, 1999, p. 25), revela pouca afinidade para com as fórmulas híbridas, onde vários atores se combinem, permanente ou episodicamente, na busca de interesses que convirjam, também ainda que por curto espaço de tempo (MORAND, 1999, p. 29).

Completa o quadro de mudança de paradigmas, a inequívoca funcionalização da atividade do Estado, cujo agir passa a ser orientado pelos compromissos finalísticos contidos na Constituição – todos esses, por sua vez, fundados na ideia central da dignidade da pessoa humana. Cogita-se portanto, no século XXI, de um agir estatal que há de ser deflagrado e manter compatibilidade com o direcionamento axiológico originário da Carta de Outubro; harmonizando interesses contrários e diversificados, numa coletividade que se sabe cada vez mais plural.

Se de um lado o paradigma da legalidade estrita se tem por afastado; de outro lado, a busca da legitimidade passa a depender de elementos mais fluidos como a abertura democrática no procedimento de escolhas públicas, e a legitimação pelo resultado. O cenário é de flexibilização do universo normativo – o que gera por sua vez um incremento do ônus argumentativo na formulação das decisões estatais.

Constituições de caráter nitidamente transformativo, como a brasileira, reclamam do poder mais do que a simples organização do convívio social; essas mesmas instâncias políticas tem a si posta a tarefa de promover o câmbio da realidade na qual se insere a sociedade que regem (VALLE, 2013a); tarefa que não se desenvolve se não com a devida abertura à realidade, incorporando variáveis que se porão no caminho desse resultado, originárias do cenário político, econômico e cultural onde a aplicação da Carta se dá (FARIA, 2010, p. 22).

Inequívoco que o ambiente é de elevada complexidade, onde “a ideia de ‘justiça’ inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como um princípio de ‘balanceamento’ de interesses redutíveis a uma medida universal e geral” (FARIA, 2010, p. 23). O poder se organiza segundo matrizes novas; age na busca do atendimento a interesses muitas vezes contraditórios entre si; se vale de fórmulas híbridas onde público e privado perdem suas fronteiras; tudo isso na busca da legitimidade última que decorre de um resultado que não se tem por objetivamente definido: proteger a dignidade da pessoa.

Terreno fértil onde se verifica essa hipercomplexidade é aquele da efetivação dos direitos socioeconômicos. Ainda que de há muito se tenha por superada a velha discussão sobre a sua sindicabilidade jurisdicional⁶, os direitos sociais, por sua forte inclinação distributiva envolvem a formulação de juízos de prioridades, e a materialização de escolhas trágicas que transcendem em muito o desenho tradicional do conflito de interesses individual submetido à apreciação judiciária. Se expandimos o olhar ainda para os direitos de terceira dimensão, alcançando bens da vida transindividuais como aquele ao meio ambiente, à proteção ao patrimônio cultural – dentre outros – tem-se uma intensificação no quadro de dificuldades, até pelas indeterminações da técnica aplicável nessas mesmas searas.

No terreno da jurisdição, com a ênfase que se conferiu à garantia do acesso à justiça, e a compreensão de que sua efetividade esteja a reclamar assegurar-se a todos, seu “dia na Corte”; o que se tem é a crescente judicialização da vida e da política. Os conflitos de interesse rapidamente são direcionados à solução jurisdicional, o que conduz a um crescimento geométrico das demandas⁷, nos vários segmentos do Judiciário nacional.

⁶ Diz-se à muito superada a discussão no cenário brasileiro, onde tais direitos se veem revestidos de eficácia imediata na forma no art. 5º, § 1º CF. Essa não é a realidade em outros países do mundo, onde direitos de cariz socioeconômico podem não se revestir desse mesmo atributo, seja pela existência de cláusula expressa de implementação gradual (VALLE e HUNGRIA, 2012), seja pela exclusão formal do referido efeito em relação a esses direitos de segundo dimensão pelo texto constitucional. Vale ainda assinalar que em outras experiências internacionais como por exemplo, aquela da Colômbia (VALLE e GOUVÊA, 2014), a eficácia imediata inicialmente assegurada tão-somente àqueles direitos de liberdade, se viu expandida pelo conceito de conectividade entre aqueles primeiros e os direitos socioeconômicos.

⁷ Tomando-se por exemplo o Estado do Rio de Janeiro, se em 2003 o número de casos novos que ingressaram em 1º grau (sem considerar os feitos de competência originária do Tribunal) alcançavam 464.411 feitos; em 2012 o mesmo número no mesmo Estado já alcançava a cifra de 609.143, num aumento de cerca de 30% (CNJ, 2003 e 2012).

No cenário brasileiro, judicialização da vida e da política se irmanaram no crescente espectro de demandas orientadas justamente à garantia de direitos fundamentais, iniciando-se no campo da proteção à saúde (BARROSO, 2007), e hoje compreendendo as mais diversas manifestações da busca dos compromissos axiológicos formulados pela Carta de 1988.

O fenômeno, a rigor, não se tem por circunscrito ao universo brasileiro, valendo citar a referência de Garapon (1999, p. 160) à justiça como “...um dos últimos espaços de visibilidade da democracia...”, do que decorreria a sobrecarga posta a esta mesma função. Noutra perspectiva, Rosenfeld (2008, p. 3) denuncia que a inércia da burocracia pode determinar disfunções que abram espaço ao Judiciário para empreender à correção de patologia do processo político. Não se está aqui sequer a cogitar da judicialização da política – também esse fenômeno verdadeiramente mundializado como já se tinha denunciado por Tate e Valinder (1995); a referência se faz à judicialização da vida, dos conflitos ordinários de interesse, das pretensões contrariadas nas relações privadas e naquelas com o Poder Público. Submeter conflitos ao Judiciário apresenta-se como uma *new trend*, numa trajetória que não apresenta ainda sinais de declive.

2.2 – O DESAFIO DA OFERTA DA RESPOSTA JURISDICIONAL: A SIMPLIFICAÇÃO COMO ALTERNATIVA

De outro lado – e retomando a perspectiva localizada nacional –; é também resultado direto da sobrevalorização do acesso à justiça como garantia constitucional, a preocupação com o não represamento dessas mesmas solicitações direcionadas ao Judiciário. Destaque-se que essa é uma cogitação virtuosa – em tese, a judicialização da vida expressa um descompasso entre o funcionamento ordinário do poder e a percepção dos destinatários de sua atuação acerca do que lhes seria assegurado pela Carta. Assim, se é uma patologia do agir cratológico que leva o conflito ao Judiciário; a inaptidão para oferecer resposta, e resposta em tempo razoável seria a derrocada dessa mesma estrutura institucional de poder⁸.

⁸ A inserção no texto constitucional pela Emenda 45, da duração razoável do processo como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII CF), nada mais é do que o reforço simbólico desse

Esse o contexto em que o combate ao represamento de demandas judiciais ganha importância, despontando como mecanismo de impulso a fixação de metas pelo Conselho Nacional de Justiça, num processo que se tem repetido ao longo dos anos, numa perspectiva sempre incremental⁹. Decidir – em números mensuráveis, e ainda preferencialmente crescentes, é o mote da atuação jurisdicional; é o que se aponta como atributo desejável de um Tribunal afinado com seu desiderato constitucional. Celeridade é a palavra de ordem; ideário que se tem por reforçado pelo processo eletrônico e outros suportes que em tese, conferiram a aceleração que, traço típico desses tempos hipermodernos, alcançou igualmente ao Judiciário.

Nesse mesmo contexto de adaptação institucional do Judiciário a um novo espaço institucional do cenário tripartido de organização do poder¹⁰, tem-se a incorporação e outros elementos que inequivocamente induzem a uma abordagem simplificadora, como é o caso das súmulas vinculantes, da decisão de mérito havida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, e mesmo daquelas proferidas em sede de recurso especial repetitivo. Em que pese o debate em torno da vinculatividade *stricto sensu* de cada qual desses institutos, inequívoco o intuito de se cunhar enunciados sintéticos que parametrizem de maneira mais objetiva, a solução de demandas de massa que abarrotam os escaninhos dos tribunais por todo o país¹¹. Revela-se portanto um contra movimento, uma oscilação do pêndulo de novo em favor da solução subsuntiva – em que pese o discurso quase que unânime

imperativo – eis que a rigor, essa mesma conclusão se poderia extrair dos preceitos já antes existentes que asseguram acesso à justiça e devido processo legal.

⁹ A consulta aos critérios fixados pelo CNJ para 2014 aponta critérios quantitativos de produtividade (decisões proferidas), nas metas 1 a 6 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas Nacionais para 2014 aprovadas no VII Encontro Nacional do Judiciário*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2014>>; acesso em 7 de julho de 2014). O olhar histórico, desde a primeira proposta de meta de homogeneização, evidencia que a preocupação com aumento do número de processos decididos; com a não geração de um “estoque” de demandas represadas é uma constante.

¹⁰ O percurso das emendas já havidas ao Texto de 1988 evidencia que, no que àquelas que incidiram sobre a estrutura e organização do poder, a mais significativa quanto ao número de preceitos alcançados foi a Emenda 45, que envolve justamente o realinhamento de alguns atributos da estruturação e dos instrumentos de atuação do Poder Judiciário (VALLE, 2013b).

¹¹ A tendência à simplificação se tem igualmente manifesta nos próprios institutos, onde se tem pouca energia intelectual invertida na identificação daqueles casos que se mostrem efetivamente representativos da controvérsia – o que pode resultar, num país com as dimensões físicas e a diversificação de realidades socioeconômica e cultural como o nosso, na eleição como paradigma, de um precedente que em verdade não reflita, em absoluto, a complexidade associada àquela discussão jurídica.

da doutrina, de que esse tipo de operação intelectual, típico do positivismo, não mereça mais guarida no atual sistema jurídica, quando menos, não guarida como estratégia preferencial.

É natural que para o cumprimento da tarefa a que se propôs, a tendência do Judiciário na busca do alcance da referida produtividade, seja a cunhagem de soluções igualmente de massa – resposta previsível aos conflitos desse mesmo cariz. Some-se o *non liquet* às metas do CNJ, e o resultado inexorável será a construção da decisão judicial em cada qual dos milhares de demandas, a partir preferencialmente de mecanismos familiares, que aparentemente promovam à resposta definitiva, e que portanto se apresentem na estatística como composição do conflito¹².

Identifica-se portanto um descompasso significativo entre a realidade que circunda a jurisdição – hipercomplexa –; e o impulso que se põe à atuação dessa mesma instituição, que ruma no sentido da simplificação, que é sempre a estratégia preferível quando se cuida de gestão por “atacado”. Esse é um paradoxo que ameaça a efetividade da prestação jurisdicional – que simplificada pela pressão da produtividade, pode não guardar a adesão à realidade que seria de se desejar, resultando em números que impressionam na estatística, mas que não se revestem de aptidão para intervir concretamente sobre a realidade.

Esse descompasso está – decerto – por trás da inclinação natural em favor das práticas substitutivas que se está a denunciar no presente texto; em especial, prestação pecuniária no lugar do bom ou serviço constitucionalmente assinalado. Ainda que o conflito envolva um nível diferenciado de complexidade, a rotina da prestação jurisdicional não se coaduna com a produção diária de soluções igualmente requintadas e diferenciadas. As experiências de decisões estruturantes ou de jurisdição supervisora¹³

¹² Não se pode desconsiderar nessa análise, a importância no desenvolvimento da carreira do magistrado, de indicadores igualmente relacionados à produtividade – métrica essa que ainda se tem muito mais orientada à dimensão quantitativa do que qualitativa.

¹³ Decisões de caráter estruturante são aquelas em que mais do que a entrega pura e simples de um bem, ou a garantia do acesso a um serviço público; o que se busca é a ordenação estrutural de uma determinada atuação estatal. Assim, uma ação civil pública que postule, por hipótese, a criação ou aperfeiçoamento de uma política pública como um todo – e não a inclusão deste ou daquele jurisdicionado nesse mesmo programa de ação estatal – revela-se estruturante. Já a jurisdição supervisora é aquela que se desenvolve por etapas, sem a pretensão da solução do conflito de uma única vez, mas com a construção de um diálogo entre

demandam tempo, energia criativa, e se apresentam ao final na estatística, com valor 1 – da mesma maneira que a solução simples de um conflito de vizinhança, ou uma ação de cobrança¹⁴.

O ferramental disponível e familiar, aquele que se construiu na Universidade ainda na graduação, soa como mais à mão, e mais consentâneo com o cumprimento das metas. A reação previsível é o emprego do modelo tradicional do processo e suas garantias, mecanismos que Garapon (2001, p. 162) aponta como arcaicos, prosaicos e frágeis.

A ausência de uma matriz de pensamento compatível com a realidade¹⁵ em situações revestidas de alta complexidade, e de mecanismos processuais que permitam uma aproximação adequada desses mesmos problemas, conduz a uma outra patologia que a realidade tem ocultado, a partir de uma afirmação canônica de que toda decisão judicial, porque busca seguir a máxima de Ulpiano e dar a cada um o que é seu, se apresenta como determinante de progresso ou incremento no grau de efetividade de direitos fundamentais. Esse verdadeiro postulado – do caráter eminentemente incremental da decisão judicial – é de ser reexaminado, eis que se revela de difícil sustentação, especialmente no cenário já descrito de hipercomplexidade.

A hipótese das presentes cogitações, é de que em demandas de alta complexidade, o emprego no exercício da jurisdição da pecúnia como prestação substitutiva e para futuro, na suposta garantia de direitos fundamentais, pode ocasionar em verdade regressão no grau de efetivação de direitos fundamentais – seja na perspectiva do indivíduo que propõe o litígio,

os atores do processo, onde o Judiciário acompanha as etapas de desenvolvimento da solução. Essas várias alternativas de provimento jurisdicional – compreendendo possibilidades outras que não a adjudicação pura, simples e direta do bem da vida postulado na origem – se tem sistematizadas por Landau (2011).

¹⁴ Embora se note já na sucessão de relatórios da série “Justiça em Números” publicada pelo CNJ, a distinção entre os diversos tipos de processo judicial (hoje já se distinguem feitos cíveis, criminais, de competência originária dos Tribunais, execuções fiscais e outras categorias), não se tem alcançado o grau de sofisticação que permita uma diferenciação por complexidade. Registre-se que essa diferenciação se apresenta como uma possibilidade no longo e médio prazo – mas fato é que hoje ela não existe.

¹⁵ Essa é uma expressão empregada por Rodríguez-Araña (2006, p. 27) para descrever um atributo que o autor reputa indispensável ao exercício da função administrativa – todavia, seu conteúdo se evidencia como útil também ao desenvolvimento da função jurisdicional: “poderíamos dizer que a abertura à realidade, a aproximação aberta e franca às condições objetivas de cada situação e a abertura à experiência são componentes essenciais, atitudes básicas da disposição ético desde a qual devem se construir as novas políticas públicas”.

seja naquela da coletividade, real destinatária da ação estatal que se deve traduzir em políticas públicas. É o que se passa a demonstrar.

3. JURISDIÇÃO COMO MECANISMO INSTITUCIONAL EM PRINCÍPIO VOCACIONADO A PROMOVER A EFETIVIDADE PROGRESSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de efetividade do texto constitucional se identifica, na lição de Barroso (2003, p. 85), à “...realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.” A esse desenho conceitual mais amplo é de se acrescentar que a efetividade “...representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser normativo*, e o *ser* da realidade social.” (BARROSO, 2003, p. 85). Inescapável portanto na afirmação da efetividade, a geração de um autêntico impacto no mundo da vida, impacto esse – decerto – que incrementa o grau de arrimo àquilo que a Constituição distinguiu com a sua proteção.

3.1 – EFETIVIDADE DA CARTA DE 1988 E PROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM DEMANDA DE DIREITOS SOCIAIS: DESCONSTRUINDO UMA ASSOCIAÇÃO EQUÍVOCA

O projeto de transformação social cunhado pela Carta de 1988, por sua vez, tem sua manifestação mais evidente no vasto elenco de direitos fundamentais ali inscrito; estratégia empregada pelas forças de mudança presentes na Assembleia Nacional Constituinte no sentido de avançar numa pauta de câmbio social (WERNECK VIANNA, 2008), e que se revelou apta a gerar um “...compromisso maximizador, que garantiu que todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte tivesse satisfeita ao menos parcela de seus interesses” (VIEIRA, 2013, p. 18). Cogitar de efetividade da Constituição Cidadã no que toca aos direitos sociais por ela contemplados, é exercício que não pode prescindir da avaliação da transposição para o mundo da vida, desses mesmos direitos que se reputou instrumentais ao sucesso do projeto de transformação.

A cláusula de eficácia imediata desses mesmos direitos, de outro lado, abriu espaço – como já se afirmou – à judicialização; mas a existência em si de um número progressivo de demandas, em que pese opiniões em

contrário¹⁶, não significa por si só o triunfo (ou menos ainda o fracasso) do projeto de câmbio social preconizado pelo Texto Fundamental. Em verdade, *concessa venia*, a existência em si de demandas expressa tão-somente que há insatisfação em relação a um estado atual de coisas; irresignação essa que se submete à apreciação da instância apresentada como veículo próprio à solução da suposta insinceridade normativa (BARROSO, 2003, p. 59-65).

Esse um ponto relevante, e que permite desconstruir o mito de que toda decisão de procedência em matéria de direitos sociais, será por princípio, progressista, apta a incrementar a sua efetividade. Não há aqui, a rigor, uma novidade – afinal, integra o senso comum a ideia de que nem todo aquele que se dirige ao Judiciário tem razão. Essa premissa, todavia, fica enevoadada quando se está no campo dos direitos socioeconômicos; quer porque o autor muitas vezes se revele vulnerável, o que lhe granjeia uma simpatia apriorística; quer pela ainda forte presença no imaginário nacional da ideia de que o Estado *lato sensu* é um renitente descumpridor de seus compromissos. Ambos os enunciados, todavia, são simplificadores: nem todo vulnerável tem direito àquilo que postula, e nem toda ação ou inação estatal é intrinsecamente errada. Fato é que, especialmente no campo dos direitos socioeconômicos, seu conteúdo – e portanto, as prestações, bens ou serviços que sejam exigíveis pelos seus destinatários – depende da formulação de escolhas públicas, traduzidas nas políticas também públicas correspondentes, opções essas que se de um lado promovem inclusões, de outro lado tem por resultado, inevitavelmente, e na mesma medida, exclusões. O vício na atuação do poder não repousa portanto, na eventual exclusão que dela decorra – mas na ausência de fundamento constitucional para que ela aconteça¹⁷.

¹⁶ A associação entre aumento de demandas e materialização não só da garantia constitucional de acesso à justiça, quanto também da efetividade das próprias decisões já foi anteriormente empreendida pelo Min. Gilmar Mendes, então Presidente do CNJ, quando da apresentação do relatório Justiça em Números 2008 (MENDES, [s/d]).

¹⁷ Parece evidente que quando o texto constitucional assegura, dentre os direitos sociais contemplados no art. 6º, *caput* CF, o direito à moradia, não se está pretendendo, quando menos num primeiro momento, a garantia de casa em favor de todo e qualquer brasileiro. O caráter distributivo da previsão constitucional é de clareza solar, exigindo a delimitação de critérios a apontar quais sejam os beneficiários dessa distribuição. Nesse momento – da delimitação de quem são os beneficiários da prioridade na execução de política pública assecuratória do direito à moradia – já se tem inclusões e exclusões, devendo o crivo jurisdicional recair, a rigor, sobre os critérios orientadores dessa seletividade, que é difícil, mas é exigida pela realidade da vida.

Em verdade, só se poderá afirmar que a judicialização contribui para um grau mais expressivo de fidelidade constitucional quando for superado o desafio de construir uma métrica aplicável a esse mesmo efeito, que permita afirmar a aptidão da decisão judicial para promover a real concretização dos compromissos constitucionais, ainda que isso não represente a total satisfação da pretensão ofertada pelo autor da demanda. Importante papel terá aqui a percepção de que a determinação constitucional de deveres do Estado em relação, por exemplo, à saúde, se tem sim por atendida quando se outorga a quem faz jus um medicamento que lhe vinha sendo negado – mas o real desiderato constitucional só se terá realmente alcançado quando todos aqueles que desse mesmo medicamento necessitem, tenham a ele acesso independentemente da movimentação da máquina judicial.

Mas não só por essa dualidade – garantia do direito fundamental em sua projeção na esfera individual de direitos e na visão macro – se terá dificuldades postas ao cumprimento da vocação natural da jurisdição, a saber, promover o incremento no grau de efetividade da Carta de 1988 (VALLE, 2008, p. 327-328). Também pelo caráter aberto de muitos de seus preceitos, não se pode ter como certeza inabalável a antes referida premissa da sempre aptidão da decisão judicial para materializar os compromissos constitucionais. É o que se passa a cuidar.

3.2 – EFETIVIDADE DA CARTA DE 1988 E AS DISTINTAS PERCEPÇÕES INDIVIDUAIS DO CONTEÚDO DO DIREITO ASSEGURADO

Parece extenuante de dúvidas que a decisão que julga procedente *in totum* o pedido; que concede ao demandante exatamente o direito fundamental que lhe parecia negado, a ele se afigurará como assecuratória, de forma inequívoca, da efetividade constitucional. O mais leve desvio, todavia, dessa mesma predeterminação já permitirá o debate, a imputação de que o direito fundamental restou malferido. No campo de direitos de conteúdo indeterminado (como o são muitos daqueles de cariz social), a dissintonia entre o que o seu suposto titular imagina lhe seja devido, e a prestação que a política pública em curso lhe reconheça é ocorrência relativamente frequente. No debate em torno do direito à saúde, a discussão quanto ao dever de

fornecimento do medicamento especificamente apontado pelo Autor da demanda – ou a admissibilidade *ex vi constitutionis* de se ter a proteção à saúde assegurada pela oferta de medicamento genérico contido nas listas laboradas pelo SUS¹⁸ – é manifestação dessa divergência entre a percepção pelo jurisdicionado do conteúdo do direito, e a sua delimitação pela Corte Constitucional. O mesmo fenômeno pode se pôr em relação a outros direitos sociais onde a enunciação constitucional é sumária, e as possibilidades de concretização se multiplicam¹⁹.

Essa sensibilidade individual para o que traduza efetivamente assecuração do direito fundamental perseguido, e o que se afigure como insuficiente a esse mesmo resultado relaciona-se diretamente ao grau de indeterminação de que esses mesmos direitos se revestem. Mais ainda, a condição individual do jurisdicionado – de maior ou menor proximidade fática com o ideal de concretização daquele mesmo direito social – igualmente deitará efeitos sobre essa percepção subjetiva de efetividade (ou não) da garantia constitucional que lhe foi jurisdicionalmente assegurada²⁰.

Tudo isso se traz à consideração para evidenciar que, embora sob a perspectiva do desenho institucional, a atuação jurisdicional tenda a conferir maior efetividade aos direitos socioeconômicos, a tessitura aberta desses mesmos direitos e a inevitável formulação de escolhas públicas quanto ao seu

¹⁸ A discussão foi de tal forma recorrente, que se tem contida no item 5 da quesitação formulada pelo Min. Gilmar Mendes, quando da convocação da audiência pública relacionada à judicialização da saúde (Supremo Tribunal Federal, 2009).

¹⁹ Retomando um exemplo que já se utilizou nas presentes considerações, qual a prestação estatal adequada à concretização do direito à moradia? A entrega de uma unidade habitacional pronta e acabada? A inscrição em programa progressivo de outorga dessas mesmas unidades? A garantia de prestação pecuniária para que o jurisdicionado busque por seus próprios meios o provimento da moradia?

²⁰ Ainda no campo do direito à moradia, aquele que se encontra ao desabrigo, porque atingido por um desastre natural, ou por desalijo; pode reputar suficiente a determinação de que lhe seja conferido o auxílio financeiro conhecido como aluguel social. Já aquele que tem moradia – muitas vezes em área de risco, ou erigida em área pública, ou de proteção ambiental – não se tem por satisfeito quando a prestação jurisdicional que lhe é assegurada envolve essa mesma prestação pecuniária, que muitas vezes não se revelará suficiente a que ele aceda a um imóvel nas mesmas condições daquele que ele ocupava, ainda que em área de risco. Essa é uma dificuldade frequentemente relatada no bojo do Programa Minha Casa, Minha Vida – onde o deslocamento para o universo da ocupação formal, com os custos a ela inerentes (luz, gás, água, condomínio, etc.) se apresenta para o jurisdicionado, por vezes, como verdadeiro agravamento em relação à sua situação anterior, a saber, de ocupação clandestina, sem esses mesmos gastos.

conteúdo no que toca a cada particular jurisdicionado pode se apresentar como primeiro elemento de controvérsia encaminhado à solução judicial.

Já a partir desse primeiro tema de divergência, se pode perceber que a busca da efetividade constitucional – da “...realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social” (BARROSO, 2003, p. 85) – não é trajetória de sentido único, que conduza a um único ponto de chegada. Isso porque “...a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais...”; “...a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser normativo*, e o *ser da realidade social*.” (BARROSO, 2003, p. 85) não é resultado que se tenha por objetivamente delimitado pelo próprio texto constitucional.

O projeto de transformação proposto pela Carta de 1988²¹ tinha ponto de partida – mas não um ponto de chegada²²; sua atualização como aspiração²³ em favor do povo brasileiro é a um só tempo, o principal mérito e o maior desafio da Carta.

É nessa arena de conflito que se desenvolve a jurisdição – e por isso, embora sua vocação natural, como se veio demonstrando nesse subitem, seja promover o incremento do grau de efetividade constitucional, isso não se apresenta como um postulado, um atributo inafastável da composição oficial dos conflitos. A associação de hipercomplexidade, com o ambiente de simplificação gerado pelas demandas de massa pode revelar, em verdade, um potencial regressivo das decisões judiciais – e a mercantilização, estratégia já referida como em crescente aplicação, é uma das manifestações mais insidiosas desse potencial de decesso no que toca à efetividade constitucional, É a temática que se segue.

4. POTENCIAL REGRESSIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO CAMPO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

²¹ Ainda em aval dessa afirmação, é útil o dado empírico coligido por Nassar (2013, p. 43), que informa que 30,5% dos preceitos originais da Carta de 1988 – o que totaliza .627 dispositivos – dispõem sobre políticas públicas, que como programas de ação estatal que são, direcionam o câmbio social que a Constituição Cidadã almejava alavancar.

²² Essa identificação da transição política e transformação social a ser empreendida sob o influxo inspirador da Constituição como uma trajetória sem final, é apropriada por Langa, com a referência a uma ponte que se cruza incessantemente, não por simples repetição, mas pelo aprimoramento da jornada (LANGA, 2006).

²³ O caráter propositivo do texto constitucional, que parametriza e impulsiona um projeto de transformação da sociedade sobre a qual incide, ao revés de simplesmente refleti-la – determinou mesmo a cunhagem da expressão *aspirational constitutionalism* (WEBER, 1993).

Ponto preliminar a se clarificar, é que o apontamento do potencial regressivo de decisão judicial no campo de direitos sociais não significa negar a validade ou importância do *judicial review* como mecanismo de impulsionamento da concretização dos compromissos constitucionais. O que busca é evidenciar esse mesmo virtual retrocesso para provocar um exercício construtivo de alternativas em que se maximize a reaproximação entre prestação jurisdicional e real incremento à efetividade constitucional. Conhecer os riscos não é abdicar da caminhada – mas se preparar para melhor desenvolver o percurso; esse o propósito das presentes considerações.

Pois bem. No tema, precioso será o concurso da sistematização empreendida por Liebenberg (2010), a partir da experiência igualmente rica de *judicial review* desenvolvida pela Corte Constitucional da África do Sul na adjudicação em matéria de direitos socioeconômicos. Cumpre destacar, por fidelidade intelectual ao pensamento da autora, que a construção por ela desenvolvida parte da premissa de uma relação intrínseca, verdadeiramente simbiótica entre os direitos sociais, e a democracia que eles mesmos querem viabilizar e fortalecer²⁴. Tal premissa todavia em nada prejudica a transposição das conclusões por ela gizadas para nosso próprio cenário de reflexão, eis que também no Brasil, os direitos fundamentais se tem associados a uma compreensão de dignidade da pessoa inserida no Estado Democrático de Direito.

Mas de que maneira se pode ter uma decisão judicial – que em princípio, assegura ao jurisdicionado algum resultado supostamente útil – materializando não o incremento de efetividade da Constituição, mas o regresso em relação a ela?

4.1 RETROCESSO PELO ARREFECIMENTO DO DEBATE PÚBLICO

²⁴ Importante ter em conta que a experiência de redemocratização sul-africana, a superação do *apartheid* envolvia um forte viés de sobrelevação da exclusão social – tática fartamente utilizada para perpetrar a segregação que se tinha por finda. Tal ideário se viu transposto para a Constituição pela enunciação de um significativo elenco de direitos socioeconômicos, que embora sujeitos, vários deles, à cláusula de implementação gradual, foram de pronto afirmados como justiciáveis pela Corte Constitucional (VALLE e HUNGRIA, 2012).

Primeiro efeito regressivo possível das decisões judiciais no campo de direitos socioeconômicos envolve a inibição do debate público – seja ele aquele inicial, provocador da quebra da inércia do Poder Público; seja a disputa que busca o aprimoramento do que já existe como ação estatal em desenvolvimento.

Assim é que no que toca à definição das políticas públicas, inspiradas a partir dos compromissos valorativos postos pela Constituição, a principal força motriz há de ser a luta popular pelo que possa ou deva ser acolhido como prioridade no discurso político mais abrangente (LIEBENBERG, 2010, p. 39). A definição de prioridades de ação e dos mecanismos de proteção – por exemplo – à cultura, ou ao meio ambiente, ou ainda ao idoso, é deliberação que há de se dar de baixo para cima, a partir do que se apresente como o desejo da coletividade; e é de estar sujeita a uma atualização dinâmica de conteúdo, refletindo novas aspirações da sociedade, e ainda os erros e acertos das estratégias em andamento²⁵. Isso significa, naturalmente, estabelecer prioridades nos programas de ação estatal; primazia essa que se tem por fixada a partir do exercício democrático do poder, e da qual decorrerão contentes e descontentes. Assim, quando se fixa como prioridade de ação estatal, por exemplo, a recuperação da Zona Portuária do Rio de Janeiro; disso decorre que se secundariza esse mesmo recobrimento do bairro da Penha, ou da Santa Cruz. É no resultado desse jogo de prioridades que se pode apresentar a intervenção judicial – afirmando, pela outorga de tutela de urgência, ou de sentença de mérito, que a prioridade deva ser outra; outro bairro, ou mesmo outra ação estatal.

Observe-se que essa refixação de prioridades pela intervenção judicial pode envolver um mesmo espectro de ação estatal, ou ainda áreas distintas dessa mesma atuação. No Município do Rio de Janeiro, numa mesma esfera de atuação – promoção dos serviços de esgotamento sanitário, por exemplo – convivem ações individuais e coletivas, todas pretendendo que a prioridade se dê em relação à rua “X” ou ao bairro “Y”. A atuação substitutiva do Judiciário em situações que tais, determinando qual deva ser a prioridade a ser

²⁵ É conceito basilar no âmbito da teoria das políticas públicas, aquele segundo qual a avaliação de seus resultados permite o seu aperfeiçoamento, deflagrando novo ciclo (aprimorado) de ação estatal.

observada pelo Poder Público – não a rua “X” nem o bairro “Y”, mas a área “Z” – esvazia o debate público e o exercício democrático, eis que agora não cabe mais discutir relações de precedência, mas sim cumprir aquela que foi judicialmente fixada.

Observe-se que a crítica que aqui se formula não envolve o conhecido argumento de ausência de *expertise* do Judiciário para o enfrentamento desse tipo de opção estratégica, mas a evidenciação de que essa intervenção torna inútil a discussão pública e democrática, eis que seu resultado não é oponível ao controle judicial, e pode por ele ser redesenhado. Num cenário de certo desencanto com a política pela sensação de impotência que nos acomete (BAUMAN, 2000, p. 9), o esvaziamento do potencial de eficácia da deliberação pública consolida o sentimento de que não há como se traduzir os problemas ou agruras pessoais em causas comuns, e que portanto, o investimento de energia é de se fazer na proteção da liberdade e dos direitos individuais (BAUMAN, 2000, p. 11).

Vale destacar que esse arrefecimento do debate como efeito deletério possível da excessiva judicialização, pode se dar também a partir da perspectiva de que manifestação judicial expresse uma aprovação à linha de conduta desenvolvida pelo Poder Público, seja pela conclusão no sentido da improcedência de postulação diversa daquilo que já se oferece, seja pela repetição em sede judicial daquilo que a Administração provê. Aqui o aval judicial à estratégia materializada pelo Poder Público pode determinar uma sensação de inevitabilidade das coisas (LIEBENBERG, 2010, p. 41), e de que se tenha alcançado uma espécie de “ótimo constitucional”.

4.2 RETROCESSO PELA DESCONSIDERAÇÃO DA HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo efeito – sutil, mas não menos importante no seu potencial regressivo – envolve a circunstância da eventual prevalência na judicialização dos direitos socioeconômicos, de uma matriz dual de pensamento em que se contrapõe público e privado (LIEBENBERG, 2010, p. 39), figurando o Poder Público, no mais das vezes, como o principal garantidor de todos os

compromissos constitucionais²⁶, esvaziando a relevância do papel de agentes privados na consecução desses mesmos objetivos fundamentais da república²⁷.

Esse tipo de aproximação, mais conservadora, se não esvazia absolutamente de conteúdo a chamada horizontalidade dos direitos fundamentais; quando menos reduz essa importantíssima dimensão à proclamação de deveres negativos postos aos agentes privados, incumbindo toda a carga positiva, prestacional, ao Estado *lato sensu*. Importante destacar que especialmente em países organizados sob o signo da transformação, onde o elemento redistributivo se afigura como importante vetor desse mesmo câmbio social, o prestígio e o alargamento da esfera de incidência da horizontalidade dos direitos fundamentais nas relações privadas se afigura como indispensável à construção de soluções coletivas para as desigualdades sociais iníquas²⁸.

4.3 RETROCESSO PELA REPRODUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS CULTURAIS EM RELAÇÃO AOS LITIGANTES

²⁶ A preferência por essa divisão dicotômica Estado X sociedade é apontada por Faria (2010, p. 22) como recurso típico do plano da teoria política num modelo em que à Constituição se apresenta tão somente um papel supostamente neutro de organização do convívio. Essa separação rígida, segundo o mesmo autor, se revelaria inconsistente com um sistema jurídico que se tenha o direito como um instrumento de promoção social, como é o caso da normatividade inaugurada pela Carta de 1988.

²⁷ No Brasil, seara onde essa “preferência” pelo Poder Público como garantidor entra em franca rota de colisão com os próprios objetivos fundamentais da República é aquela da assistência social. Isso porque, não obstante o signo da solidariedade se apresente no art. 3º, I CF; a seguridade social seja posta no art. 194, *caput* CF como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade; fato é que no imaginário social, e muitas vezes, na apreciação judicial, a situação de vulnerabilidade social é de ser primeiramente socorrida pela Administração – ainda que se tenha eventualmente a possibilidade de uma solução que compreenda igualmente o papel solidário da família. Propondo uma leitura distinta dessa mesma engenharia constitucional, numa aproximação mais harmônica com um constitucionalismo de transformação, consulte-se Ajouz (2012).

²⁸ Exemplo que bem ilustra o potencial regressivo de decisões judiciais na sua interseção com a horizontalidade dos direitos fundamentais, envolve demandas em que propriedades privadas se têm invadidas, e da proteção possessória decorrerá a questão da proteção ao direito à moradia. A casuística não é desprezível no Município do Rio de Janeiro, e se tem resolvido, no mais das vezes, com uma absoluta segregação do aspecto supostamente privado da contenda, imitando-se o proprietário (uma vez mais) na posse, cindindo-se aí a discussão para iniciar um novo dissídio onde os efeitos do desalijo se atribuem exclusivamente ao Poder Público, chamado a prover garantia ao direito constitucional social à moradia. Curiosamente, o tema da observância da função social da propriedade – condicionante de sede constitucional posto igualmente ao proprietário privado – não se põe na primeira “rodada” de debates, numa clara manifestação de uma dicotomia entre público e privado, que não se harmoniza, rigorosamente, com o atual perfil constitucional.

Finalmente, é de se ter em conta o risco da outorga da prestação da jurisdição a partir de uma perspectiva de que os litigantes sejam sujeitos passivos de uma ação corretiva do desvio de poder; beneficiários de uma ação restauradora – e não titulares de direitos, ativamente envolvidos na sua proteção e construção de sentido.

É aqui que o retrocesso que se vem apontando como um efeito possível da prestação da jurisdição, é de ser contido pela compreensão de que direitos sociais se direcionam a seres humanos inseridos numa coletividade da qual devem ou almejam fazer parte; uma comunidade de iguais, em direitos e obrigações. Não se cuida portanto de um óbolo, uma concessão magnânima de um constituinte benevolente; mas da garantia de um patamar básico para o exercício da condição humana de cidadão participante de uma coletividade. O projeto constitucional não é de garantia de condições mínimas de subsistência, mas de resgate da dignidade.

A aproximação a ser empreendida quando do exercício da jurisdição do tema de direitos fundamentais e seu conteúdo, é aquela que associa, na proteção à dignidade da pessoa, a preservação da sua autonomia, com a necessidade de se reconhecer que todos nós vivemos em comunidades (SACHS, 2009, p. 173)²⁹. Uma vez mais, a premissa fixada na experiência sul-africana se revela transponível para o ambiente brasileiro, onde a construção de uma sociedade mais justa e solidária se apresenta como objetivo fundamental da República, e se vê refletida por várias vezes ao longo do Texto Fundamental no compartilhamento de responsabilidades entre cidadão, família, Estado e sociedade.

A evocação da ideia de pertencimento a uma coletividade não se faz no sentido tão somente de reconhecer o necessário respeito a valores compartilhados e a conseqüente possibilidade de que disso decorram “...restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa...” (BARROSO, 2012, p. 88). Não se está aqui tão somente navegando no terreno do “constitucionalismo comunitário” no Brasil

²⁹ Consigne-se que essa mesma referência à autonomia e ao valor comunitário como vetores integrantes do conceito de dignidade da pessoa se tem por apontadas por Barroso (2012), acrescidas todavia do elemento de nítido cariz kantiano, do reconhecimento do valor intrínseco do ser humano.

(CITADINO, 2000, p. 14-22). Mais do que reconhecer a importância dos valores da coletividade como orientadores da ação estatal, parâmetros para o seu controle, e vetores de atualização de sentido do texto. O que se pretende é reconhecer que integrar uma comunidade envolve um necessário nível de engajamento nessa mesma coletividade, em seus problemas, e na busca de soluções.

A dimensão dignitária, referida por Sachs (2009, p. 173) sugere não só a importância de compreender-se uma decisão no campo de direitos sociais numa perspectiva mais abrangente que aquela da esfera individual do jurisdicionado; mas também de entender que este último não deve ser visto como objeto da proteção estatal materializada pela prestação jurisdicional – mas sim como sujeito ativo, a ser necessariamente envolvido na construção da solução.

Não se está portanto no campo da incitação à renúncia utilitarista, mas naquela do chamamento à responsabilidade e cada qual para com seu próprio destino e aquele da coletividade. A dignidade da pessoa que se protege na concepção ora defendida não é paternalista nem condescendente – mas tem em seu quadro conceitual, o elemento de emancipação do indivíduo.

Delineados aspectos inerentes ou associados à decisão judicial que contém efetivamente potencial regressivo, cumpre retomar a cogitação inicial, que envolvia o emprego da prestação pecuniária como mecanismo substitutivo de garantia de direito socioeconômico, para evidenciar seja essa uma hipótese sensível à geração do retrocesso.

5. MERCANTILIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E SECUNDARIZAÇÃO DE SUA MÁXIMA EFETIVIDADE

A provocação inicial para as presentes considerações, envolve a hipótese de que a substituição de um bem ou serviço assegurado pela Carta de 1988 em seu elenco de direitos sociais, por prestação pecuniária – periódica, ou de uma só vez – possa traduzir em última análise, resultado concreto que não promova, ao menos não na amplitude desejada, a efetividade da Constituição.

Acolhida a premissa de que haja um conteúdo ético associado aos direitos fundamentais, que expressariam e se poriam a serviço dos valores básicos para a vida em sociedade (MARMELSTEIN, 2011, p. 18); tem-se por claro que no sistema construído pela Carta de 1988, compreende-se dentre as funções postas a esses mesmos direitos, especialmente aqueles de matriz social, aquela de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades (BRANCO, 2011, p. 183). Disso decorre que o desiderato constitucional é facilitar, pela via dos direitos sociais em especial, essa equalização de chances. Efetividade constitucional portanto, no que toca a essas cláusulas, envolverá a realização do objetivo posto àquele direito, associado à construção de uma coletividade de iguais – ao menos, em oportunidades.

Evidente portanto o caráter instrumental que os direitos sociais têm, na concretização e proteção da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Assim, o já antes referido “ótimo constitucional” envolverá preferencialmente a garantia *in natura* do bem ou serviço apontado na Carta Fundamental, é esta prestação que se revelará apta à promoção da igualdade e inclusão social. O afastamento portanto dessa matriz, já traz contra si um signo de presunção de inefetividade – eis que o que se está apontando é a oferta de algo que não o determinado assegurar pelo texto constitucional.

5.1 DELIMITANDO O QUE SE ESTÁ A DENOMINAR “MERCANTILIZAÇÃO” DE DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

Cumprido aprofundar os contornos do fenômeno que se está denominando “mercantilização” de direitos sociais. Já em passagem anterior desse mesmo trabalho se adiantou que tem-se por mercantilização, a substituição do bem ou serviço constitucionalmente assinalado ao campo dos deveres de agir do Estado, por valores pecuniários, pagos de uma só vez ou em prestações periódicas.

Duas ressalvas são de se fazer quanto a hipóteses onde, não obstante a condenação pecuniária, não é de se falar em mercantilização. A primeira delas diz respeito a situações em que o conteúdo do direito em si se traduz não em bem ou serviço – mas em pecúnia. Assim é que, no campo dos direitos dos trabalhadores (art. 7º CF); muitos deles têm sua tradução inicial e imediata

em pecúnia, como por exemplo, o décimo terceiro salário, salário família, remuneração acrescida do serviço extraordinário, etc. Em casos que tais, a garantia do direito em si é de se dar, a partir da literalidade do texto constitucional, pela outorga de prestação pecuniária – donde não há que se falar em mercantilização quando da superveniência de condenação dessa mesma natureza.

Segunda ressalva a se formular diz respeito às hipóteses em que a decisão esteja a proclamar um verdadeiro perdimento do bem da vida protegido, numa apreciação claramente retrospectiva. Aqui se está no campo da indenização – individual ou coletiva – a um dano perpetrado, e que não admite reposição ao *status quo ante*, na forma do preceituado pelo art. 947 do Código Civil. No campo da proteção ao patrimônio cultural ou mesmo ambiental, por exemplo, é possível que ação ou omissão, de particular ou mesmo do Poder Público, determine o desaparecimento irreversível do bem protegido – hipótese em que, claramente, é admitida a condenação pecuniária, como se infere inclusive da literalidade do art. 13 da Lei 7347/85³⁰.

O fenômeno de cariz regressivo que se está a apontar, é aquela decisão judicial que, dispondo para futuro – assegurando portanto, prospectivamente, o direito social evocado como fundamento da demanda – opta pela outorga de prestação pecuniária substitutiva, no mais das vezes, ante as dificuldades inerentes à garantia do bem ou direito em si. O exemplo mais claro desse tipo de inversão, é a suposta garantia do direito fundamental à moradia, mediante a outorga de prestação pecuniária conhecida como aluguel social, auxílio habitacional ou outras expressões assemelhadas – ferramenta que se tem disseminada por todo o país, no mais das vezes para o atendimento temporário e de situações excepcionais que determinaram o desabrigo. Tal disciplina se tem estendido a demandas diversas que evocam a proteção ao direito fundamental à moradia, criando-se uma massa de destinatários de uma

³⁰ Registre-se que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dispondo sobre a admissibilidade da cumulação de condenações no curso de ação civil pública, refere expressamente a que tal orientação “...fundamenta-se na eventual possibilidade de que a restauração *in natura* não se mostre suficiente à recomposição integral do dano causado...” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1415062/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014). Na mesma linha, a assertiva de que a condenação pecuniária tenha lugar “...a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado...” (REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

prestação pecuniária mensal, sem que se tenha qualquer preocupação em aferir se o direito em si discutido (moradia) se vê alcançado com a referida pecúnia, ou será futuramente atendido com a entrega de unidades imobiliárias nos vários programas públicos (estes sim) destinados à outorga de habitação.

5.2 POTENCIAL REGRESSIVO DA MERCANTILIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

Vários são os efeitos deletérios que a referida mercantilização pode determinar no que toca à efetividade de direitos sociais – e, portanto, na concretização do projeto constitucional de transformação; e aqui se dialoga com o já exposto no subitem 4 acima.

Assim, no que toca ao arrefecimento do debate público, a substituição do bem ou serviço constitucionalmente cogitado por dinheiro, evidentemente, amortece a disputa em torno do conteúdo da política pública existente (ou ainda não formulada) no sentido da asseguaração do direito reivindicado.

Em última análise, a judicialização em torno de um direito social supostamente não assegurado traz como hipótese, a inexistência ou inadequação do referido programa de ação estatal. A decisão judicial que, secundarizando esse debate, elege solução alternativa (e não compreendida na política pública objeto de crivo), a saber, a prestação pecuniária, deixa de empreender à análise de compatibilidade do referido programa de ação estatal com as determinações constitucionais que no tema discutido incidam. Assim, a intervenção judicial dita corretiva, deixa de contribuir para o aperfeiçoamento da política pública em curso, porque quanto a ela a rigor não se manifesta, apontando alternativa – o pagamento em dinheiro.

Na perspectiva do debate político que se dá fora do Judiciário, este resta bloqueado ou desacelerado; seja porque não conta com a contribuição qualificadora daquele braço especializado de poder, seja porque em relação ao Poder Público, o sentimento é de que não obstante a oxigenação que se possa empreender ao conteúdo da política pública, isso nunca será suficiente para afastar a intervenção judicial. Já no que toca aos jurisdicionados, tem-se o sentimento de inevitabilidade a que se referira Liebenberg (2010, p. 41), eis que a tendência do agente decisor, ainda por força da simplificação já

apontada no subtítulo 2 deste trabalho, será repetir para toda e qualquer hipótese, a mesma solução pecuniária, o mesmo *quantum*.

Mas o principal foco regressivo da decisão que mercantiliza bens ou serviços que expressam o conteúdo de direitos fundamentais sociais é o afastamento daquilo que efetivamente se pretendia alcançar com a sua enunciação, que é o desenvolvimento da pessoa, cuja dignidade, como se sabe, foi erigida como ideia-força de o sistema constitucional brasileiro.

Já se apontou no início das presentes considerações, o caráter instrumental do elenco de direitos fundamentais traduzido na Carta de 1988; suporte para um projeto de transformação social que se tinha como pano de fundo do movimento de redemocratização do país. O câmbio que se pretendia alcançar não envolvia só a dimensão político-representativa do regime, mas também e especialmente, a superação de padrões de exclusão social que se revelavam incompatíveis com os anseios da sociedade brasileira. Assim, esse elemento axiológico há de orientar a compreensão do papel dos direitos sociais no sistema normativo brasileiro, de modo que a sua efetividade é de orientar-se sempre à maximização desse mesmo resultado.

De outro lado, muitos dos objetivos constitucionais instrumentalizados pelos referidos direitos de segunda dimensão, não prescindem de programas estatais que aglutinem agentes (públicos ou privados), viabilizem recursos (financeiros, técnicos, humanos, etc.), criem a arena de debate público e procedam à delimitação de prioridades que se revele compatível com a superação do legado de violência social. Nesses termos, pôr a *latere* a análise da existência e adequação desses mesmos programas públicos, em favor da solução imediatista da outorga de prestação pecuniária substitutiva implica em adotar uma *second-order decision* (SUNSTEIN, 2000)³¹ – aquelas que buscam diminuir o fardo da escolha num primeiro momento, adotando a solução mais à mão da pecúnia substitutiva, transferindo esse mesmo ônus decisório para

³¹ Analisando o modo pelo qual pessoas e instituições formulam suas escolhas, Sunstein (2000) destaca o uso frequente de estratégias simplificadoras adotadas previamente ao enfrentamento da questão principal; elemento atitudinal esse que encontra explicação na resistência (natural) que esses mesmos atores têm em adotar decisões imediatas. A reflexão tem toda pertinência na submissão do Judiciário de conflitos envolvendo a proteção a direitos sociais, que no mais das vezes tem a si associada pedidos de tutela de urgência, o que caracteriza exatamente as *on-the-spot decisions* às quais se refere o autor americano como escolhas em relações às quais normalmente se tenha resistência na sua formulação.

um segundo agente para o qual a decisão central, que envolve a efetivação em si do direito *in natura* é “exportada”.

Essa “transferência” do ônus decisório traduzida na decisão judicial que mercantiliza direitos sociais, é fenômeno insidioso; seja porque ela não se revela àquele que a formula³², seja porque pode culminar por trasladar os ônus da decisão principal, àquele que é o menos instrumentalizado a suportá-lo, a saber, o jurisdicionado. Um exemplo ilustra.

No campo da saúde, por exemplo, tem-se claro que a ordem judicial é de envolver o bem ou serviço que se revela necessário ao paciente. Isso porque a substituição desse direito *in natura* pelo correspondente pecuniário não revela aptidão para a produção do resultado desejado – proteção à vida ou ao bem estar. Assim, medicamentos experimentais ou controlados tendo em conta a natureza da patologia; exames médicos e intervenções cirúrgicas; todos são manifestações diversas do conteúdo possível de um direito à saúde, que normalmente se assegura judicialmente *in natura*, porque a transferência do ônus da concretização da providência de proteção à saúde para o paciente poderia importar praticamente em negação do mesmo direito³³. Essa mesma percepção, que se tem tão agudamente desenvolvida nas questões que dizem respeito à preservação da vida ou do bem estar, não se tem tão claramente posta em outras searas – e mais uma vez, o direito à moradia, foco de nova onda de judicialização, ilustra o potencial regressivo.

Assim é que a ordem de outorga de prestação pecuniária não tem o condão de gerar unidades imobiliárias disponíveis em favor do Autor – ainda que a título de locação. Eventualmente, a multiplicação de determinações dessa mesma natureza tenderá a se refletir no mercado imobiliário – ainda aquele informal com o qual normalmente se relacionará aquele que busca

³² É certo que o magistrado que determina a outorga de prestação pecuniária substitutiva da obrigação de outorga de bem ou serviço *in natura*, o faz na certeza de que está garantindo o direito social requerido da maneira que se lhe afigura possível; o propósito das presentes considerações é revelar que essa primeira impressão de empoderamento dos referidos direitos rapidamente se tem por descaracterizada, nesse complexo universo que são as relações em sociedade.

³³ Um jurisdicionado que tivesse a si assegurado um determinado montante em dinheiro, muitas vezes não lograria a prioridade na internação em UTI em hospital público ou privado que a ordem judicial de concretização dessa mesma conduta alcança. Ainda no campo da saúde, tampouco de nenhuma valia seria a ordem de entrega de dinheiro para aquele que precisa de medicamento para tuberculose – que não se tem disponível no mercado.

proteção judicial ao direito à moradia. Afinal, a lei da oferta e da procura segue sendo parâmetro plenamente aplicável, mesmo ao mercado informal de moradia. O resultado portanto é que a ordem de outorga de prestação pecuniária transfere, não para o Estado, mas para o jurisdicionado a *first-order decision*; a concepção de como se possa concretamente conferir efetividade à promessa constitucional.

Ainda é de se cogitar de outro efeito regressivo possível dessa transferência da *first-order decision*, que é a trestinação dos recursos por parte daquele que é deles destinatário. Não é incomum – ao contrário, é cada vez mais frequente – que prestações pecuniárias substitutivas de direitos sociais à assistência, à moradia, ao trabalho e tantos outros, terminem por se somar, gerando uma “renda” que o jurisdicionado aplica segundo lhe pareça conveniente, recaindo essa última escolha, muitas vezes, em atividades outras que não a proteção ao direito social que deu ensejo aquela receita. Esse tipo de consequência é uma patologia do sistema – que deve ser conhecida e considerada, de molde a que se previna a sua rotinização.

5.3 PREVENINDO O POTENCIAL REGRESSIVO: DUAS PROPOSTAS

Situa-se o tema em exame, numa encruzilhada: de um lado, assegurar efetividade ao texto constitucional é pressuposto inafastável à vitória daquele projeto de transformação social; de outro lado, essa mesma efetividade pode se ver seriamente comprometida com o emprego de técnicas decisórias que se revelem regressivas – e não progressistas – como é o caso da mercantilização de direitos sociais.

Duas propostas se apresenta, no sentido de mitigar os referidos efeitos involutivos.

Primeira delas envolve a subordinação da vigência da ordem de conteúdo substitutivo (pecuniário) a um prazo determinado de tempo. Se a ordem judicial possível outorgar no momento envolver não o bem ou direito *in natura*, mas uma retribuição financeira, é preciso que essa alternativa se caracterize como provisória – e não como a solução *sine die* para a alegada violação a direito.

O referido signo de provisoriedade, de pronto afasta o efeito regressivo da percepção subjetiva (do Autor ou do Poder Público) de que com dinheiro se tenha por solucionada a lesão a direito que traduz em última análise, infidelidade constitucional. Com isso igualmente se evita a criação de uma espécie de “zona de conforto” em favor da Administração Pública, que veja (eventualmente) na simples outorga de auxílio financeiro judicialmente determinado, um mecanismo muito menos oneroso (na perspectiva financeiro e mesmo de atividade administrativa) do que a real construção e implementação de uma política pública concretizadora do direito fundamental em discussão.

Também o debate público se tem, a rigor, por preservado quando a decisão judicial já sinaliza para a precariedade de sua outorga. E isso, na perspectiva da engenharia constitucional tem um valor inestimável, que é aquele do fortalecimento, em igual medida, dos mecanismos democráticos de exercício do poder, de formulação das escolhas públicas e de reivindicação de seu aprimoramento. Previne-se assim a consolidação no imaginário popular de que a sede principal para a cunhagem e efetivação de políticas públicas seja o Judiciário, cuja vocação primária, certamente, não é essa.

Nem se diga que a provisoriedade na outorga da prestação pecuniária não materialize o direito sindicado. Em verdade, o que não materializa esse mesmo direito é a sua substituição por pecúnia – e não o interstício de tempo em que isso se dá. A provisoriedade, de outro lado, permite a reavaliação da solução, que por não envolver aquilo que realmente era o querer constitucional, a saber, a outorga do bem ou serviço *in natura*, não empreende, na máxima extensão da expressão, à garantia da efetividade do Texto Fundante.

Segunda proposição que se apresenta, é a do indispensável monitoramento da efetiva aplicação da prestação pecuniária substitutiva, no custeio do bem ou serviço que não foi possível assegurar *in natura*. Assim, a ordem de prestação pecuniária – por exemplo, para o acompanhamento pela mãe ao filho que é objeto de tratamento de saúde ou qualquer outra providência de mesma natureza em local distinta de sua residência – deve ter a si inexoravelmente associado o dever de prestação de contas; a evidenciação de que esse foi o destino dos recursos.

Aqui, uma vez mais a ideia é caminhar na trilha da efetividade do projeto constitucional, evitando a já referida tredestinação de recursos, que milita (também ela) no sentido de infidelidade constitucional, a par de desprestigiar o princípio republicano. Outro efeito desejável do referido monitoramento na aplicação dos recursos, é inclusive a identificação da insuficiência do que se tenha antes determinado – o que pode conduzir à revisão da decisão para maior. Fato é que nessa hipótese (de revisão para mais dos valores fixados como prestação pecuniária substitutiva), ainda que se possa ter uma oneração da entidade administrativa destinatária da ordem, isso estará se dando no campo de uma racionalidade objetiva por comparação – e não a partir de parâmetros abstratos do que possa materializar um ideal de prestação jurisdicional.

De outro lado, e em absoluto espírito de coerência, a identificação da tredestinação dos recursos deve determinar a revisão da decisão de outorga, seja porque ela se revela inapta a produzir o resultado desejado (a saber, proteção ao direito sindical, ainda que pela via substitutiva); seja porque ela pode revelar em verdade, uma desnecessidade da outorga³⁴.

É certo que as duas proposições introduzem elementos que complexificam a prestação da jurisdição – o que mais uma vez aponta para a tensão entre hipercomplexidade (da vida) e simplificação (tendência à qual se vê compelido, muitas vezes, o Judiciário, nos termos do demonstrado no subitem 2 acima). Não é menos verdade que essa aparente contradição está na raiz da própria compreensão do que seja a garantia constitucional dos direitos sociais, e ainda do acesso à justiça.

Dar a cada um o que é seu, na segunda década do século XXI não tem mais a simplicidade que essa mesma máxima pudesse apontar no Império Romano. Esse é um dado fático inerente à nossa realidade; negá-lo é condenar à inefetividade, ambas as promessas constitucionais, de acesso à justiça (no sentido mais amplo que a palavra possa ter) e de transformação social.

³⁴ Uma vez mais, no campo da moradia, não é incomum que a ordem judicial de pagamento de aluguel social vá encontrar o jurisdicionado, tempos depois, abrigado em casa de parentes, ou numa comunidade onde tenha ele erigido nova edificação, o que evidencia que o direito evocado como gerador da referida prestação pecuniária já se tenha por atendido por outros mecanismos inerentes à vida e ao convívio nas grandes cidades.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO

A mercantilização de direitos sociais é fenômeno que vem à tona na busca de não se transformar as promessas da Carta de 1988 em preceitos meramente simbólicos. O que se deseja é realizar; atuar na realidade da vida – mas essa opção, que parte inequivocamente de um viés mais pragmático; ao se afastar de uma concepção mais transcendental da afirmação da efetividade constitucional, deve levar o compromisso com a factibilidade até uma dimensão mais profunda. Significa dizer que parâmetros abstratos como as “regras de experiência”, ou ainda a “verdade sabida”, afirmados a partir de uma compreensão ideal do mundo ou dos mecanismos de redução das desigualdades, não se revela suficiente à concretização do projeto constitucional de transformação.

A mercantilização de direitos fundamentais – sua tradição por prestações pecuniárias substitutivas do bem ou serviço que traduza a essência do que se deseja assegurar em favor do jurisdicionado – é estratégia que emprestada do mundo dos parâmetros abstratos da instituição Poder Judiciário, aplicada em grau de generalidade, pode conduzir a uma alienação em relação à tarefa maior (e mais complexa, sem dúvida), de emancipação do sujeito constitucional, entendido no seu sentido mais amplo, e não na concepção que privilegia a matriz individualista³⁵, que é tão típica destes tempos pós-modernos.

Sem negar a importância das instituições e das regras como instrumentos de organização do convívio e delimitação de compromissos axiológicos expressos na Constituição-Cidadã; é preciso reconhecer que “...as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional, e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver (SEN, 2011, p. 48)”. Assim, é preciso emancipar a visão e avaliação acerca da efetividade ínsita na ordem

³⁵ A transformação que uma constituição que se pretende normativa quer empreender, envolve a cunhagem de um processo político que transcende os limites da individualidade, e tem por sujeito constitucional autor e destinatário, não o eu, mas o eu e o outro (ROSENFELD, 2003, p. 31); plurais, com querer e necessidades distintas – mas todos integrando esta mesma coletividade que a Carta quer regular. Isso tem profundos reflexos sobre o modelo institucional que deve operar essa mesma constituição – que há de refletir esse sujeito constitucional cuja auto identidade depende da vontade e da autoimagem do outro.

que opta pela mercantilização dos direitos fundamentais para além da sua consagração preceitual como parâmetros genérico, para aferir se no mundo sensível, essa mesma promessa de composição do direito malferido se revela possível.

Essa sofisticação de análise entra em evidente rota de conflito com a pressão pela simplificação da jurisdição – mas em pleno alinhamento com a busca real da justiça, não aquela idealizada nas representações da deusa Têmis, mas a que retira a venda dos olhos, e concretiza não no seio das paixões e falhas humanas, mas sem desconhecê-las, como elementos integrantes dessa mesma humanidade.

Referências bibliográficas

AJOUZ, Igor. O direito fundamental à assistência social, e a distribuição de deveres entre o estado e a família. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Funerais da Constituição de 1988. *in* FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto. *Debate sobre a Constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001 p. 35-47.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*. Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 89-114, jul./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcos Penchel, Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. *in* MENDES, Gilmar Ferreira e _____. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., revista e atualizada, 2ª tiragem, 2011, p. 153-285.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números Relatório 2003*. [on line]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>, acesso em 4 de julho de 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números Relatório 2012*. [on line]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>, acesso em 4 de julho de 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas Nacionais para 2014 aprovadas no VII Encontro Nacional do Judiciário*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2014>>; acesso em 7 de julho de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 04/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1269494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1415062/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Despacho de convocação de audiência pública, de 5 de março de 2009* [on line]. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/De spacho_Convocatorio.pdf>, acesso em 8 de julho de 2014.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Tradução Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes Editora, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Tradução Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. Traduzido de L'État post-moderne.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição: 10 anos de resistência. in CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *1988-1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-36.

DROMI, Roberto. *El derecho publico en la hipermodernidad*. Novación del poder y la soberanía. Competitividad y tutela del consumo. Gobierno y control no estatal. Madrid-México: Servicios de publicaciones – Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2005.

FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. in _____ (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed., 5ª tiragem, 2010.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. O guardião de promessas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, Vol. 53, No. 1, 2012; FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 488. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1774914>>; acesso em 18 de julho de 2014.

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, 2006, [online], disponível em <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>, acesso em 1º de abril de 2012.

LIEBENBERG, Sandra. *Socio-economic rights. Adjudication under a transformative constitution*. Claremont : Jta & Co. Ltda, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar. Aumento de processos reflete democratização do acesso à Justiça. Conselho Nacional de Justiça, Agencia CNJ de notícias [s/d], [online], disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/6721:aumento-de-processos-reflete-democratizacao-do-acesso-a-justica>>; acesso em 9 de julho de 2014.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: L.G.D.J., 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transição constitucional (pela estabilidade democrática). *Revista Forense*, Vol. 304, 1988, p. 63-68.

NASSAR, Paulo André. Compromisso maximizador e metas de transformação social: quadro comparativo 1969, 1988, 2002 e 2012. in DRIMOULIS, Dimitri et. al.. *Resiliência constitucional [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. (Série pesquisa direito GV), São Paulo: Direito GV, 2013, p. 43-50.

RODRÍGUEZ-ARAÑA, Jaime. *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Adaptado a la Ley 5/2006, de 10 de abril. Madrid: Thomson – Aranzadi, 2006.

ROSENFELD, Gerald N. *The hollow hope. Can Courts bring about social change?* 2nd. edition, Chicago-London: The University of Chicago Press, 2001.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 31.

SACHS, Albie. *The strange alchemy of life and law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. and Ullmann-Margalit, Edna, Second-Order Decisions. *Ethics*, 2000. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=193848>>, acesso em 30 de julho de 2014.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York – London: New Yrk University Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito sociais e jurisdição: riscos do viver jurisdicional de um modelo teórico inacabado. *in* KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direito Público e evolução social*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 309-328.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, p. 226-238, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constitucionalismo e transição: sobre a arte de conciliar o aparentemente inconciliável. *in*: VALLE, Vanice Regina Lírio do. (Org.). *Justiça e constitucionalismo em tempos de transição*. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013a, v. , p. 88-119.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transição política e construtivismo constitucional: uma análise empírica das emendas constitucionais brasileiras. *in*: CAMARGO, Margarida Maria Lacom; LOIS, Cecília Caballero; MARQUES, Gabriel Lima. (Org.). *Democracia e jurisdição: novas configurações brasileiras*. 1ed. Rio de Janeiro: Imo's Graf. e Ed., 2013b, v. , p. 331-360.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVEA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. *in*: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, 2014, Florianópolis. DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 219-245.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente, *in* DRIMOULIS, Dimitri *et. al.*. *Resiliência constitucional [livro impresso]: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. (Série pesquisa direito GV), São Paulo: Direito GV, 2013, p. 18-24.

WEBER, Robin. The Aspirational Constitution, *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, p. 241-268 (1993).

WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. *in* R. G. Oliven et alii (orgs.), *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.