



CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: SOBRE OS RISCOS DA VITÓRIA DA SEMÂNTICA SOBRE O NORMATIVO

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES: ABOUT THE RISKS
OF SEMANTIC CONSTITUTION PREVAILING OVER THE NORMATIVE ONE

Vanice Regina Lírio do Valle

Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV e Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (2006), é também Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA/RJ, Procuradora do Município do Rio de Janeiro e membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Tem ainda em seu background, o desenvolvimento de atividades de gerenciamento na área pública, titularizando a Secretaria Municipal de Administração do Rio de Janeiro, e ainda a Secretaria de Estado de Administração do Rio de Janeiro. A experiência na área de Direito Público, com ênfase nos temas de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, tem direcionado sua atividade acadêmica, mantendo-se sempre o contato com o Direito Administrativo. Produção em inglês pode ser consultada em Vanice Valle. E-mail: vanicevalle@gmail.com

Resumo

A Constituição Brasileira abriga uma larga lista de direitos socioeconômicos, revelando um compromisso com a transformação social e a inclusão. Estes direitos têm sido assegurados pelo Judiciário como importante agente na promoção da desejada mudança no quadro de exclusão social e pobreza. O problema nesta prática institucional reside em seu potencial de regressão social e condução a uma democracia enfraquecida. O ideal da jurisdição constitucional como um short cut legítimo no processo de deliberação democrática é contrastada com a possibilidade de reforço pelo Judiciário, de estereótipos culturais, que podem consolidar (ao invés de reverter) a exclusão social. Impõe-se novo modelo de jurisdição que incorpore uma dimensão distinta de diálogo, participação social e reconhecimento dos destinatários da política pública controlada como cidadãos autônomos, aos quais se tenha reconhecida, por sua própria dignidade humana, a possibilidade de integrar os processos de escolhas públicas que definem o conteúdo de seus próprios direitos fundamentais. Esta proposta se desenvolveu a partir de uma perspectiva de comparativismo constitucional, e de experiências estrangeiras em jurisdição constitucional.

Palavras-chave: constitucionalismo de transformação - controle judicial de políticas públicas - regressão social - jurisdição dialógica.

Abstract

The Brazilian constitution holds a large list of socioeconomic rights, revealing a commitment with social transformation and inclusion. Those rights have been enforced by Judiciary as an important agent in promoting the desired change in social exclusion and poverty. The problem in that institutional practice is that the skill proclaimed by the Judiciary to control public policies could lead not to a real transformation, but to social regression and to a weakened democracy. The ideal of judicial review as a legitimate short cut to the political process giving voice to the excluded, is contrasted with the possibility of reinforcement in cultural stereotypes held by the Judiciary – which may consolidate (rather than change) social exclusion. The aim in that paper is to explore a model in judicial control of public policies, able to incorporate a distinctive dimension of dialogue, social participation, and recognition of its addressees as autonomous citizens, entitled by their own human dignity, to integrate the public choices processes that arrange the continent of fundamental rights. That proposition is built taking into account a comparative perspective, in constitutional order and in foreign judicial review experiences.

Keywords: transformational constitutionalism - judicial review of public policies - social regression - dialogical jurisdiction.

1. UM NOVO PATAMAR DE EDIFICAÇÃO DO SENTIDO CONSTITUCIONAL

Aproximamo-nos dos 25 anos da Constituição de 1988 – e o cenário jurídico e político permite uma avaliação em caráter muito mais abrangente do que significou a adoção daquele texto, no puro exercício de construção e reconstrução do conteúdo de uma Carta Fundamental (ROSENFELD, 2003, p. 44) que, por suas circunstâncias de formação, jamais permitiria naquele fim de década, determinação plena de conteúdo.

De outro lado, a perspectiva de compreensão do texto constitucional brasileiro revela-se enriquecida, seja pela reprodução de experiências no constitucionalismo latino-americano (VALLE, 2012a, p. 277-306); seja pela pluralidade de vivências no campo internacional de estratégias orientadas à implementação de direitos sociais, e do papel do Judiciário no projeto constitucional de transformação.

O debate atual se dá não mais a partir das velhas perspectivas da (in)sindicabilidade dos direitos sociais; mas tendo por origem uma compreensão ampliada do processo democrático como valor também associado ao constitucionalismo do século XXI, e uma visão de dignidade da pessoa que compreenda seu reconhecimento como sujeito constitucional – e não como objeto daquelas previsões. É preciso evitar que a jurisdição promova a regressão – e não a mudança; o objetivo portanto é prevenir esse efeito deletério e incorporar uma dimensão emancipadora do sujeito – esse o problema enfrentado no presente texto.

A análise aqui proposta se dá a partir de uma perspectiva estabelecida na Parte 2, da Constituição como alavanca de mudança no constitucionalismo transformador. O percurso segue com a análise do conhecimento já consolidado na potencialidade de controle políticas públicas (Parte 3), avançando para a indicação dos riscos possíveis de uma jurisdição essencialmente substitutiva e verticalizada (Parte 4). Completa-se o percurso, na Parte 5, com a proposta de atributos a serem observados na jurisdição voltada à transformação social. O objetivo, claramente, é contribuir para a cunhagem de um conteúdo indispensável da decisão judicial em matéria de promoção

de direitos socioeconômicos, que preservem seu intuito de promoção da igualdade e da transformação, resgatando a perspectiva coletiva de sua tutela.

2. COMPROMISSO CONSTITUCIONAL COM A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A CONSTITUIÇÃO COMO ALAVANCA DA TRANSFORMAÇÃO

Mais de duas décadas depois de sua promulgação, a Carta de Outubro pode ser analisada sob a perspectiva das diversas categorias de constitucionalismo que vão desde aquele identificado como de transformação (MARLE, 2009, p. 286-301), passando pelo latino-americano (PASTOR e DALMAU, [s/d]), aspiracional (SCHEPEELE, 2003, p. 296-324), e tantos outros que a literatura mais recente aponta.

Não se pretende analisar todos esses fascinantes modelos de constitucionalismo indicados pela fervilhante produção na área; é possível, partir de um elemento que é comum a todas essas categorias, a saber, a afirmação de um compromisso do Texto Fundante para com uma agenda de mudanças que promova à inclusão social (YEH JIUNN-RONG e CHANG WEN-CHEN, 2009, p. 145-183), normalmente num contexto de superação de legado de um passado, muitas vezes recente, de violência e exclusão.

Não se está aqui afirmando nada que não se inclua na compreensão já consolidada de que os modelos de constituição do período pós-45 tinham na ideia força da dignidade da pessoa um elemento irradiante e subordinante de toda a compreensão da arquitetura constitucional, determinando uma orientação finalística à atuação do poder (MOREIRA NETO, 2011, p. 80). O que se pretende destacar é que o desiderato constitucional associa a busca da transformação social e da indispensável inclusão, à consolidação de uma democracia substantiva; projeto coletivo e cognitivo, que não pode se ver reduzido, pelas dificuldades a ele inerentes, a uma atuação pontual de qualquer dos braços especializados de poder.

Relevantes são os efeitos do prestígio em favor desse propósito constitucional de promoção da inclusão social (LANGA, 2006): um compromisso com o acesso à justiça igualitária, uma mudança na estrutura da decisão pública que se desloca de um eixo da autoridade para o da justificação, a cunhagem de uma nova cultura e formação jurídica, e ainda um compartilhamento de responsabilidades pela promoção desta transformação.

A chave de compreensão desse propósito dos constitucionalismos já do século XXI está em que se cuida: 1) de um projeto de inclusão cunhado sob o signo da igualdade; 2) que subordina igualmente a todos os poderes políticos organizados; 3) cuja materialização requer uma especial justificação; 4) num contexto de responsabilidades comuns. Tudo isso se desenvolve tendo o direito quando menos, por canal de veiculação (KLARE, 1998).

Observe-se que a promoção da inclusão social envolve uma prática pública cujo apoio está na legitimação permanente de suas escolhas – atributo que só se conquistará com um processo necessariamente plural, que transcende aos limites do poder político formal (Estado), e busca na sociedade o compartilhamento dos desafios inerentes ao câmbio. Afinal, o Direito é canal possível da transformação – mas não esgota em si todos os elementos necessários à sua promoção. A pretensão inclusiva e igualitária no campo de direitos que são por sua própria natureza compartilhados, envolverá sempre um acordo em relação a um determinado nível de abdicção ou renúncia daqueles que já usufruam daquela situação subjetiva, em favor dos que ainda não a alcançaram. Por isso, os reclamamosno constitucionalismo transformador, da

permanente construção social do consenso possível, preferencialmente pelas vias de deliberação política ordinária - legislativo e executivo. Essa formulação tem ainda por inequívoca vantagem, o reforço de um processo de avanço da agenda de inclusão, que não exclui os não (mais) titulares do poder político majoritário, contribuindo, por essa prática de conciliação, para a consolidação da estabilidade em favor da nova ordem político-institucional.

A transformação que uma constituição que se pretende normativa¹ 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 outro²; plurais, com querer e necessidades distintas - 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 auto-imagem do outro (ROSENFELD, 2006, p. 37).

De outro lado, é inequívoco que os déficits de atenção estatal do passado criam situações fáticas absolutamente apartadas do ideário de vida digna, o que reclama premência no seu enfrentamento. Significa dizer que o projeto de transformação exige cautela na sua implementação, mas tem urgência - o que cria uma evidente contradição a ser enfrentada pelas estruturas institucionais incumbidas deste mister.

Na experiência brasileira, a consolidação da dimensão representativa do princípio democrático determinou de pronto, um redirecionamento das prioridades às aspirações associadas à garantia de direitos fundamentais.³ A partir de uma perspectiva identificada com o neoconstitucionalismo ideológico (COMANDUCCI 2003, p. 75-98), onde o objetivo garantístico se põe em primeiro plano, secundarizando o objetivo de limitação do poder estatal. Resulta um viver jurisdicional dos direitos fundamentais que se constrói a partir de ferramentas de subordinação do poder a essa ideia matriz - mas não de indução à recondução desse mesmo poder político à trajetória desejável de funcionamento, que tenha na realização desses mesmos direitos frustrados, sua principal perspectiva.

Curioso como passa despercebida a circunstância de que secundarizar a dimensão de conformação do poder estatal importa em manietar o próprio processo de transformação. Secundarizar o debate acerca da limitação do poder em favor do viés dos direitos é supor que as posições subjetivas asseguradas pela Carta de 1988

¹ A expressão aqui se utiliza no sentido ontológico da classificação proposta por Loewenstein (1958, p. 148): diz-se normativa a constituição quando ela efetivamente governa o processo político, ou determina que este mesmo processo se ajuste às suas normas; na expressão do autor, a constituição é como um terno que assenta bem, e que é realmente utilizado.

² Também os fundamentos pelos quais se possa afirmar a indispensabilidade de visão não só do eu - mas também do outro - quando se cogita de concretização do projeto constitucional são diversificados. Assim, seja na perspectiva hegeliana da identidade do sujeito constitucional, que só se tornaria predicável com o reconhecimento do outro (ROSENFELD, 2003, p. 31); seja na visão sul-africana que preconiza o *ubuntu* como valor não só moral, mas revestido de conteúdo jurídico (CORNELL e MUVANGUA, 2012); seja naquela percepção que associa a real efetividade dos direitos socioeconômicos à observância indispensável de uma matriz coletiva (VALLE, 2008, p. 309-328); fato é que não há como se cogitar de transformação social na perspectiva individual.

³ Esse deslocamento do objeto das reivindicações se viu facilitado pelo caráter analítico do texto constitucional - que juridicizava relações de débito e crédito entre cidadania e Administração Pública, que em outros contextos, se apresentariam como problemas próprios ao campo das escolhas políticas.

admitam materialização sem o necessário concurso de uma estrutura cratológica reconfigurada - o que não é verdade, nem no cenário de normalidade, onde a institucionalidade política se incline ao cumprimento de seus deveres constitucionais; e menos ainda em estado de infidelidade constitucional.

Desloca-se nessa concepção de constitucionalismo garantista, o foco do antagonismo sempre manifesto em relação ao Estado, desde a sua identificação com o Leviatã. Se antes o objetivo era limitar o poder pelo que ele representava de ameaça à liberdade; agora se hostiliza e subordina essa mesma institucionalização do poder político organizado por conta de sua sempre alegada omissão ou insuficiência no atendimento às demandas evocadoras da jusfundamentalidade de direitos. Essa colisão entre os pilares de sustentação do texto constitucional se resolve sempre e sempre em favor da proteção aos direitos fundamentais – sem que dedique maior consideração ao refinamento dos meios de funcionamento do poder político, tido como refratário a seus cometimentos constitucionais.

Uma primeira indagação se põe: qual a efetiva transformação que uma aplicação judicial da constituição dessa natureza pode determinar? Um busca sistematizada de superação das desigualdades, conduzindo a sociedade a um patamar mínimo de inclusão que permita o seu desenvolvimento – ou tem-se uma prática simplista da indulgência, que ao revés de emancipar a pessoa humana, esvazia-lhe a vontade, mergulhando-a no alheamento de quem não é sujeito da transformação, mas seu objeto? Pode ser verdadeira a afirmação de que as Cortes se revelem por si só propulsoras da transformação social?

3. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PRIMEIRO DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO E OS RISCOS NA FORMULAÇÃO DAS ESCOLHAS TRÁGICAS

Um dos instrumentos de maior destaque nas prescrições normativas dos múltiplos constitucionalismos que hoje se apresentam é o elenco de direitos sociais traduzidos normalmente em prestações positivas orientadas à “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 261). Se nos primeiros momentos da Constituição de 1988, o debate relacionado à eficácia imediata dos direitos sociais ainda se pôs; isso se viu superado, seja pela literalidade do próprio art. 5º, §§ 1º e 2º CF, seja por uma incorporação ao imaginário da comunidade jurídica da importância do investimento de engenharia intelectual na consolidação dos compromissos constitucionais.

3.1 CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS JÁ NORMATIVAMENTE PARAMETRIZADAS: SAÚDE E EDUCAÇÃO

Embora nos primeiro 10 anos da Carta se pudesse ainda reclamar uma incompletude dos modelos de direitos sociais; o início do século XXI marcou expressiva intensificação da judicialização dos direitos sociais, iniciando-se por aqueles vinculados à saúde. Essa tendência alargou-se para compreender prestações no campo da educação, sendo conhecidos os precedentes do STF⁴ afirmando a

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2a. Turma, julgado em 23/08/2011.

possibilidade do amplo controle de políticas públicas⁵, especialmente quando a omissão ou a deficiência no agir do Estado compromettesse a eficácia do direito fundamental discutido.

Importante ter em conta que os campos onde a judicialização de direitos sociais originalmente se pôs no Brasil - saúde e educação - envolviam misteres estatais com detalhada política pública desenhada, envolvendo previsões constitucionais, legislativas e infra, especialmente à conta do compartilhamento de competências entre as entidades federadas. Assim, no âmbito da saúde, o Sistema Único, mecanismo destinado à oferta deste tipo de prestação, exigiu normatização específica que permita a coordenação de esforços preconizada pelo art. 198 e 200 CF. Da mesma forma, na educação pública, os imperativos de harmonização de um sistema nacional onde os distintos níveis de escolaridade são deferidos a diversas entidades federadas, reclamavam específica disciplina normativa, o que se deu a partir da Lei 9394 de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases). Num e n'outro caso, o regramento parte da Constituição, alcança legislação nacional e se desdobra em manifestações normativas locais, contemplando não só a repartição de competência e princípios regeedores, mas também a instituição de mecanismos de financiamento igualmente constitucionalizados pelas EC's 29/00 (saúde), 14/98 e 53/06 (educação).

Saúde e educação se apresentavam ao final da década de 90 como direitos sociais de sindicabilidade mais imediata enquanto possibilidade jurídica, posto que envolviam prestações pré-definidas, cujas condições de deferimento se tinha por razoavelmente parametrizadas em política pública em andamento. Some-se a isso a dupla justificação argumentativa de que se cuidava da proteção à vida ou à dignidade. Incluía-se o debate em terreno conhecido, e aparentemente receptivo à matriz da função jurisdicional, que envolve o contraste entre conduta e parâmetros legislativos e constitucionais. Ademais, o argumento de contradita da violação ao equilíbrio e harmonia entre poderes se tinha por temperado à medida em que não se cuidava de inovação no conjunto de deveres de atuação da Administração – mas de controle de adequação de um programa de agir estatal já cunhado e em curso.

3.2 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE EXIJAM A FORMULAÇÃO DE ESCOLHAS ALOCATIVAS

Tomemos o tema mais recentemente incorporado à pauta das lides forenses - o direito à moradia - cuja asseguaração constitucional não encontra outro elemento definidor das políticas públicas, que não a lacônica inclusão no rol do art. 6º, *caput* CF. Aqui, na lição de Calabresi e Bobbitt ([s/a], p. 19), o atendimento à pretensão judicializada envolve duas categorias de determinações distintas: a primeira delas, de ordem global, que define a mensuração/garantia da disponibilidade em si de bens escassos (por condição natural, ou por força de escolhas de prioridades alocativas); e a segunda, que elege, a partir da definição do universo de bens disponíveis, quem sejam

⁵ Registre-se a utilização atécnica da expressão “controle de políticas públicas”, para compreender intervenções judiciais que materializam tão-somente um dever de oferta de prestação, ou por vezes a sindicância de um ato administrativo, desconhecendo que um conceito, ainda que inicial de política pública, identifica-a como “programa de ação governamental visando realizar objetivos determinados” (BUCCI, 2006, p. 1-49)

os destinatários de sua provisão. Estas determinações por sua vez, constituem elementos integrantes de uma política pública, que à vista do resultado do primeiro recorte (disponibilidades) empreende às subseqüentes escolhas alocativas (quem sejam os destinatários daquela ação estatal).

No direito fundamental à moradia, as primeiras determinações envolverão escolhas acerca de qual seja o mecanismo de atendimento à aspiração em si - que pode compreender providências outras que não a oferta de unidades habitacionais⁶. Caso a opção recaia sobre a oferta em si da moradia, as determinações compreenderão ainda a eleição quanto ao tipo de abrigo (casas, edifícios), em que quantidade e local. Já na segunda ordem de determinações será necessário identificar em favor de quem outorgar as referidas unidades habitacionais, dentre um sempre variado conjunto de necessidades igualmente relevantes⁷. Tais escolhas materializarão a política pública aplicável na matéria - em seara onde o texto constitucional sequer define quem seja a entidade federada competente para atuar.

Importante ter por claro que as categorias clássicas, constantemente trabalhadas a partir de uma perspectiva puramente abstrata como mínimo existencial (TORRES, 2009), de pouca valia serão para delimitar o espaço de controle pelo Judiciário de políticas públicas no campo da moradia. Afinal, nem mesmo da ausência absoluta de moradia se pode extrair a conclusão de violação ao mínimo existencial - à medida que ela não se confunde com o desabrigo⁸, essa sim, condição que pela supressão do achego que é próprio do refúgio, pode se por em contraste com a proteção à dignidade humana.

O ponto central é que em direitos socioeconômicos, toda inclusão implicará necessariamente numa exclusão; a primeira ordem de determinações subordina à segunda, e as relações são de compartilhamento entre virtuais destinatários (ante a escassez natural) e de intrínseca interdependência com outras políticas públicas, também orientadas à concretização de outros direitos sociais (SACHS, 2009, p. 189). Se essas opções já envolvem grande complexidade quando se está no campo da delimitação em si de políticas públicas pela Administração Pública - onde os elementos de informação acerca do problema, dos recursos disponíveis e das potenciais soluções revelam-se mais acessíveis -; com maior razão quando se cuide de controle judicial do seu alegado desatendimento.

O controle judicial de políticas públicas afetas a direitos socioeconômicos atrairá portanto, um exame de adequação dos vários programas de agir estatal que eventualmente se tenha em curso em favor de um mesmo universo possível de

⁶ No Estado e no Município do Rio de Janeiro uma das alternativas contempladas pela política pública em curso envolve a oferta de uma prestação mensal em dinheiro ("aluguel social"), que se destinaria a viabilizar em favor dos vulneráveis o provimento de abrigo por força de um vínculo contratual de qualquer natureza com terceiros.

⁷ É possível figurar como elegíveis aos programas habitacionais ocupantes de área de risco, invasores de propriedade privada sempre sob a ameaça de desalijo, ocupantes de áreas não edificáveis por implicações ambientais; ocupantes de áreas públicas, desabrigados alcançados por tragédias naturais (enchentes, deslizamentos), e ainda ocupantes de áreas que serão alcançadas por programas públicos de intervenção urbana.

⁸ O compartilhamento de moradia por distintos membros de uma mesma família, inclusive quando se delineiam novos núcleos familiares (os filhos recém casados, *v.g.*) é prática comum em vários países do mundo, em distintas classes sociais, no cenário urbano e rural, sem que disso se possa afirmar que o novo casal tenha violado o direito fundamental à moradia.

cidadãos reclamando proteção. Intervir nessas hipóteses, para determinar uma prioridade de atendimento com a outorga da prestação pecuniária ou mesmo da unidade habitacional, implica em excluir aquele que se veria - antes da intervenção judicial - destinatário da atuação estatal. Esse é o lado oculto da tese do amplo controle judicial de políticas públicas, que em nome de incluir (o jurisdicionado), culmina por promover a exclusão de alguém que também é vulnerável, e que conta ainda em seu desfavor com a circunstância de não ter tido oportunidade de trazer sua história humana, sua presença como ser que sofre, ao conhecimento do juiz sensível.⁹

O quadro que se desenha notadamente num direito como aquele à moradia, carente de maior delimitação das obrigações recíprocas, suscita o problema da legitimidade destas mesmas escolhas trágicas, muitas vezes empreendidas sem a plena compreensão do seu alcance em sede de controle judicial de políticas públicas - e ao mesmo tempo, a anunciada tensão entre transformação e regressão social. A “bondade” da decisão judicial em favor do atendido revelar-se-á “maldade” em relação a terceiro não integrante do processo, destinatário natural da política pública segundo o critério objetivo formal construído na segunda ordem de determinações.

Impõe-se portanto a incorporação na construção da decisão judicial dessa dimensão consequencialista sem a qual outorga da jurisdição se dará a partir de uma perspectiva individualista que não acolhe relevante elemento conceitual do que sejam direitos sociais. O elemento de particularização dessa espécie de direitos (NOVAIS, 2010, p. 41) é que determina a busca da garantia em favor dos indivíduos - todos que deles necessitam - de bens escassos aos quais só se consegue aceder se dispuserem por si próprios, por instituições ou pelo Estado, de suficientes recursos financeiros ou ajuda de outra espécie que lhes facilite o alcance. Se assim é, a observância do compromisso constitucional para com a efetividade dos direitos sociais é resultado que não se alcançará a partir de uma perspectiva da jurisdição que estimula o hiperindividualismo e desconsidera a coletividade.

A segunda conclusão parcial que se propõe, é a de que as referidas escolhas trágicas - que inevitavelmente se dão no crivo desenvolvido pela jurisdição quando da judicialização do conflito - num contexto de compromisso constitucional com a democratização, compreendem necessariamente um envolvimento dos atores sociais, num processo de seleção de prioridades que não pode resultar tão-somente do signo autoritativo do argumento técnico-jurídico, mas deve defluir de uma competente justificação.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIOECONÔMICOS E A TENSÃO PERMANENTE ENTRE TRANSFORMAÇÃO E REGRESSÃO

A tensão entre um Estado provedor de todas as necessidades albergadas sob a categoria dos chamados direitos sociais é inevitável. Afinal, é justamente a superação do legado de injustiças do passado que se intenta alcançar pela transformação social

⁹ Registre-se que isso é a negação das tradicionais teses justificadoras da legitimidade do controle judicial, onde a objetividade e neutralidade da técnica estariam a permitir a intervenção retificadora. Se os temas se resolvem pelo lado emocional, no espaço de indeterminação de conceitos jurídicos de textura aberta, esvazia-se o potencial de aceitação possível de autoridade do argumento, e a ordem judicial passa a se fundar tão-somente no argumento de autoridade, contaminando o ideário democrático que integra o núcleo de um constitucionalismo transformador.

veiculada também pelo compromisso para com os direitos fundamentais sociais, que eiva o processo de sua enunciação constitucional, de um caráter certamente menos consensual, se não conflitivo - e por diversas razões.

Primeiro ponto sensível; nessa tensão entre transformação e regressão envolve qual dentre os deveres estatais associados aos direitos sociais - de proteção ou defesa, de prestação jurídica ou material e de participação - será objeto de prioritária atenção pelo Estado. Isso porque embora se associe a tutela a direitos sociais com os deveres de prestação material pelo Estado, é possível que as condições de desenvolvimento de uma determinada sociedade reclamem maior ênfase em outra das dimensões, como a de proteção ou de participação (NOVAIS, 2010, p. 43-44). Em sociedades cindidas pela desigualdade social, essa dualidade entre direitos de defesa e aqueles a prestações materiais reproduz a dicotomia entre ricos e pobres, e o balanceamento das dimensões de atuação estatal pode ser fator determinante para a consolidação de um equilíbrio social e institucional que, nos primeiros momentos de transição política, possivelmente se revelará frágil.¹⁰

No plano pragmático, a incorporação de um extenso elenco de direitos sociais de eficácia imediata, com reforço de sua dimensão objetiva e horizontalidade, pode determinar uma sobrecarga das prestações estatais relacionadas à promoção do acesso individual a bens limitados, tendo por consequência, medidas mais ou menos impactantes de justiça redistributiva, que não encontram necessariamente, integral apoio na coletividade em que elas incidam.

Não por outra razão, a construção de um constitucionalismo que contempla uma agenda significativa de inclusão social, necessariamente haverá de associar a esse objetivo transformador, mecanismos de reforço do processo sistema de deliberação democrática, normalmente com ênfase sua dimensão participativa.

É nesse exercício deliberativo democrático que a densificação de conteúdo dos direitos sociais poderá encontrar um ponto de equilíbrio entre proteção e prestação; entre as medidas jurisdicionais interventivas associadas à outorga de utilidades materiais e o necessário signo de legitimidade de que essas deliberações no campo das prestações socioeconômicas, que traduzem uma inequívoca seletividade, devem se revestir.

Não é esse o modelo - deliberativo democrático, pluricêntrico (RAY, 2009) - que hoje se aplica ao controle jurisdicional de políticas públicas no cenário brasileiro. Ao contrário, o que se verifica é uma adjudicação tradicional, que opera a partir da lógica credor-devedor, numa relação que se entende sempre se estabeleça entre o Poder Público e a cidadania¹¹. Mais ainda, a evocação da prática do controle judicial de políticas públicas - que hoje se reveste de uma carga semântica, para muitos, positiva,

¹⁰ Exemplo em que essa necessária conciliação entre proteção ao que se tinha, e promoção da inclusão social de uma significativa parcela da população a quem as necessidades mais elementares eram desatendidas se tem na África do Sul. É de Sachs a narrativa acerca das desconfianças em relação a uma possível apropriação pela elite dominante, pela via dos deveres de proteção, do discurso de proteção aos direitos fundamentais sociais, que se cogitava enuncia num "Bill of Whites" (SACHS, 2009:165-166)

¹¹ Curiosamente, o tema da horizontalidade dos direitos fundamentais, introduzido no debate acadêmico brasileiro pelo trabalho pioneiro de Sarmento, não seduziu o imaginário judicial, que em raríssimas ocasiões - nunca no campo dos direitos fundamentais sociais - aplica a ideia de que também nas relações privadas a proteção ao esses mesmos bens da vida possa se por, e dirigida não ao Leviatã, mas ao particular (SARMENTO, 2006).

porque supostamente tradutora de um Estado Democrático de Direito - se dá no mais das vezes em conflitos individuais, que pouco dirão quanto à real efetividade na produção de mudanças significativas pelas Cortes nos programas de ação estatal supostamente deficientes ou inadequados (ROSENBERG, 2008, p. 5).

Nisso se põe a tensão entre transformação e regressão, nas hipóteses de controle jurisdicional de políticas públicas atinentes à concretização de direitos sociais. Urge examinar os argumentos em favor do controle judicial de políticas públicas na busca de um ponto de equilíbrio, que permita promover transformação social associada à perspectiva emancipadora da pessoa.

4.1 JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS COMO POSSIBILIDADE DE VOCA-LIZAÇÃO EM FAVOR DOS VULNERÁVEIS

O argumento ordinário em favor da judicialização dos direitos sociais envolve a asserção de que essa prática confira aos desfavorecidos, destinatários primários de deveres de agir do Estado, vez e voz no ambiente politicamente neutro dos Tribunais. Essa tese, que durante muito tempo foi defendida inclusive pela doutrina brasileira que reclamava do Judiciário a assunção de um papel mais ativo na concretização dos direitos fundamentais, tem opostos argumentos associados à violação ao equilíbrio entre Poderes e à ausência de *expertise* dos Cortes para esse tipo de intervenção (BARROSO, [s/a]).

A reiteração do comportamento judicial interventivo estendendo-se a políticas públicas nos mais diversos campos tem evidenciado fragilidades que podem se manifestar em detrimento do objetivo formalmente enunciado, que é aquele do empoderamento dos direitos sociais. Nesse campo, onde o traçado das próprias políticas públicas em execução é ainda insuficientemente denso ou por vezes sequer existe, a margem de alternativas postas ao controle jurisdicional aumenta, já que ausente o critério de racionalidade formal emanado da lei. Essa a razão para advertir-se quanto aos riscos de regressão decorrentes do favorecimento ao controle judicial de políticas públicas, ao menos no modelo substitutivo desenvolvido ordinariamente na crônica da jurisprudência nacional (VALLE, 2009, p. 95-140).

É o exercício exploratório de conteúdos possíveis de decisão judicial em tema de direitos sociais que revela as possibilidades de regressão associadas ao *judicial review* envolvendo políticas públicas.¹² Uma primeira possibilidade é a decisão autocontida ou minimalista - limitada por opção, porque envolvendo uma intervenção excepcional no campo de atuação típico de outro poder. Cuida-se aqui de uma atuação que se revela deferente para com os demais poderes - ainda que lhes assinale eventualmente, algum dever de agir tendo em conta as peculiaridades do caso concreto. Essa deferência pode decorrer de seu traço representativo e de sua *accountability* eleitoral (legislativo), que fixariam uma natural legitimidade apriorística da sua escolha, se existente. No que toca ao executivo, a deferência pode decorrer de certa autoridade epistêmica reconhecida

¹² É de Sunstein (1997) a lição de que o minimalismo é um atributo possível da decisão judicial, que empreende à sua contenção no que toca ao alcance (limites objetivos e subjetivos) e à profundidade da argumentação. Uma decisão minimalista, longe de pretender teorizar em relação aos institutos e direitos nela cogitados, promove tão-somente à composição daquele particular conflito, nos seus exatos limites, reservando o aprofundamento da discussão epistêmica para outros futuros casos.

ao braço especializado de poder com maior disponibilidade de recursos técnicos e informações (YOUNG, 2010, p. 392).

Manifesta a deferência tem-se que a interpretação restritiva havida na decisão minimalista, pode determinar uma sensação de inevitabilidade em relação ao conteúdo mais acanhado do direito, pela exclusão de determinadas condutas ou prestações como resultado da incidência dos preceitos constitucionais objeto da *judicial review*. Isso porque se o guardião último da Constituição afirma seja esse o conteúdo do direito, não haveria, em princípio, mais o que postular. Essa predeterminação do conteúdo culminaria por restringir, quer a reivindicação dos movimentos sociais no sentido de seu alargamento; quer as possibilidades de atuação corretiva ou ampliativa da própria Administração (LIEBENBERG, 2010, p. 39). Afinal, se o Judiciário afirma que aquilo que se oferece é suficiente, porque buscar alternativa mais abrangente?

Observe-se que aqui, o efeito regressivo está a envolver de maneira direta o próprio conteúdo do direito social tutelado; e de maneira indireta, o potencial de desenvolvimento e consolidação de uma democracia deliberativa real, que valorize a dimensão da participação e as arenas de debate em relação a temas que envolvam necessariamente, a prática de escolhas alocativas. Afinal, ambos os atores que poderiam provocar essa discussão – movimentos sociais e Administração Pública – se veriam desestimulados ou dispensados de aprofundar a dialética em torno da eficácia da política pública em andamento, por força da acima referida sensação de inevitabilidade.

Também a decisão que intervém de maneira forte ou ativista, corrigindo ou formulando políticas públicas pode também gerar indesejados efeitos de regressão. A impressão (fantasiosa) de que o Judiciário possua respostas quanto à melhor maneira de concretizar direitos sociais pode determinar uma indução – ou reforço – ao imobilismo dos braços de poder político que deveriam ter cunhado e executado o programa de agir estatal, e não o fizeram (LIEBENBERG, 2010, p. 40). Afinal, se o tema era complexo e a realização das escolhas alocativas se revelava tortuosa, a inércia pode ser o comportamento menos oneroso para o agente político (DIXON, 2007) – especialmente se o Judiciário atua empreendendo às escolhas, atraindo para si os resultados, inclusive os adversos.

Observe-se que mais uma vez, a regressão pode se dar tanto no plano da delimitação do conteúdo dos direitos, como também no viés de reforço dos mecanismos democráticos. Afinal, em temas sensíveis, onde a concretização das pautas de inclusão envolva a interface com outros direitos fundamentais, ou ainda a contrariedade de interesses das elites; a decisão judicial substitutiva pode desonerar o seu agente primário de formulação, dos custos políticos da decisão.

Outro efeito regressivo possível é aquele do caráter puramente simbólico no que toca à efetiva transformação promovida pela deliberação judicial fundada num conflito que se estabeleceu exclusivamente a partir da matriz do raciocínio jurídico, desprovida dos elementos que nortearam o traçado da política pública na espécie.

Esse tipo de decisão - mais emocional do que pragmática - se põe com frequência no campo da proteção ao direito à moradia, onde a narrativa da demanda afirma sério risco à dignidade da pessoa e à sua própria segurança. Afirma-se o caráter simbólico da prestação jurisdicional nestas hipóteses, por várias razões. Primeiro, a deliberação judicial envolvendo a outorga de prestações sociais em feitos individuais, ainda que multiplicada em expressivos números, sempre será irrelevante no que toca ao virtual universo de destinatários de uma política pública inexistente ou inadequada. Em que pese toda a estrutura institucional facilitadora do acesso à justiça; o número de alcançados pela jurisdição será sempre significativamente inferior àqueles que

deveriam efetivamente ser protegidos pelo direito social não concretizado, caso fosse objeto de uma ação estatal real, consistente e abrangente. Nesse sentido, a decisão judicial pode se apresentar tão somente como uma representação pacificadora - e pior, que induza, mais uma vez, ao imobilismo, à medida em que se revele mais simples para o Poder Público a gestão das decisões judiciais condenatórias, do que a construção e implementação da política pública requerida pela matéria.

Segunda razão para atribuir-se caráter meramente simbólico à decisão judicial na hipótese está no uso de cláusulas vagas ou indeterminadas para superar exatamente o conhecido argumento da ausência de *expertise* do julgador. Assim é que o pedido inaugural e em consequência, o próprio título executivo judicial que dele decorre não tem determinação suficiente, seja no que toca à sua dimensão subjetiva, seja no que diz respeito às providências em si exigíveis, o que se resulta num pronunciamento sem aptidão concreta para a pretendida garantia a direitos sociais, transferindo em verdade o mesmo debate para uma segunda etapa de litígio, aquela da execução da sentença. Uma vez mais, o resultado é regressivo e pode promover no extremo, o próprio descrédito do Judiciário, que decide, mas não se revelaria capaz de empreender ao *enforcement* de suas próprias decisões.

4.2 JUDICIALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E O REFORÇO DE ESTEREÓTIPOS CULTURAIS

Primeiro lugar-comum que se vê reproduzido na prática - supostamente emancipadora - do controle judicial de políticas públicas em matéria de direitos sociais, é aquele da incapacidade de uma cidadania não organizada, de tomar em suas próprias mãos os seus destinos, e participar mais ativamente na construção dos caminhos de solução para as profundas desigualdades. O paternalismo presente na elite "esclarecida" - no que se inclui, evidentemente, o Judiciário - identifica com um olhar benévolo, os "cidadãos simples" (CARVALHO, 2011, p. 216), que não tendo noção exata de seus direitos, precisam de um agente do poder que lhes auxilie nessa identificação. Essa cidadania é vista como destinatária passiva de bens ou serviços que lhes sejam dimensionados e designados a partir de um processo - à essa altura, mais jurídico que político - em relação ao qual eles não tem qualquer potencial de compreensão, e menos ainda, relação de pertencimento.

Segunda manifestação de estereótipos em relação à cidadania é aquele do seu desinteresse permanente pelo processo político, por intermédio do qual se desenvolvem as escolhas públicas que conformam o conteúdo das políticas públicas. O patrimonialismo como prática social histórica no Brasil teria legado como pano de fundo, uma certa aversão à dimensão do coletivo, e uma percepção do espaço público como "terra de ninguém" (SORJ, 2001:30) - do que decorreria um afastamento natural da cidadania.

Uma vez mais, é de Liebenberg (2010, p. 42) a advertência quanto ao perigo em se promover uma concepção de direitos socioeconômicos como *commodities* conferidas a beneficiários passivos por um Estado benevolente: que isso desvie a atenção das reformas mais substantivas requeridas das instituições e estruturas que geram as desigualdades sociais sistêmicas. A reprodução do estereótipo da cidadania omissa - por desconhecimento ou desinteresse - uma vez mais secundariza a questão estrutural, da real subordinação do poder aos compromissos finalísticos traduzidos na Constituição.

Segundo clichê cultural que se tem indelevelmente entranhado em tema do controle judicial das políticas públicas, é aquele do Estado-Leviatã; o Estado “mau”, o “algoz da sociedade”. Qualquer desfunção numa política pública ou no provimento a um específico direito fundamental decorreria portanto desse caráter intrinsecamente mau do Estado, a quem se contrapõe sempre o cidadão bom e vitimizado pelo poder que tiraniza e oprime. Esse olhar maniqueísta, que divide o mundo entre bons e maus se revela passê em pleno séc. XXI. A complexidade das relações sociais, a matricialidade das políticas públicas e, sobretudo, as dificuldades valorativas postas a cada uma das dimensões das escolhas alocativas evidenciam que o Estado não é essencialmente – o Estado, como instituição humana que é erra e acerta; o Estado precisa de enriquecimento no seu processo de decisão. O Estado, que somos nós, é como nós. Nesse sentido, o olhar que investigue quanto às alterações sistêmicas que o atendimento deficiente a um direito social esteja a reclamar não pode ter por ponto de partida um pressuposto de que o Estado por princípio resiste à garantia desses mesmos direitos.

5. ESTRATÉGIAS JUDICIAIS QUE FAVOREÇAM A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO MACRO

Caminhando para a conclusão, é preciso retomar a observação já lançada de que o neoconstitucionalismo ideológico vivido no Brasil secundarize a dimensão do político em favor daquela dos direitos em nome da promoção da inclusão social. Essa visão tem proporcionado em terra brasilis, uma prática jurisdicional orientada à exigência da dimensão prestacional dos direitos sociais, manifestando um traço ativista que tem sido por muito, até mesmo festejado. Passados já uma década dessa prática jurisdicional, impõe-se avaliar a sua real sintonia com o projeto constitucional que ela deveria reverenciar - que é aquele da transformação democrática, pelo exercício do poder orientado à promoção da inclusão.

Em que pese a conquista histórica de doma do poder e emancipação do homem consistente na afirmação dos direitos fundamentais incorporados às ordenas jurídico-constitucionais; é preciso que esse ganho não se dissipe através dos riscos de regressão que a judicialização excessiva ou o ativismo ingênuopodem trazer. Para tanto, impõe-se reconciliar aquilo que é missão e vocação natural do Judiciário (solução do conflito individual “dando a cada um o que é seu”), com dois vetores indispensáveis na atuação sobre a seara das políticas públicas, ambas relacionadas ao aperfeiçoamento do jogo democrático: exercício de uma estratégia que prestigie a inclusão na busca das soluções; e foco no aperfeiçoamento da atuação estatal no direito fundamental tutelado.

As duas considerações de que aqui se fala não encontram expressa previsão no arsenal de institutos processuais disponibilizado ao Judiciário - mas não guardam incompatibilidade com a ordem jurídico-processual vigente, pelo que se antecipa a proposta que poderia merecer acolhida, independente de profundas modificações legislativas. Por vezes, um período de experimentalismo pode se revelar útil ao aperfeiçoamento dos institutos, municiando uma futura normatização que se beneficiará de um aprendizado inicial.

5.1 JURISDIÇÃO E UMA ESTRATÉGIA DE CONSTRUÇÃO INCLUSIVA DE SOLUÇÕES

A lógica proposta pela Constituição de 1988, de articulação entre a dimensão jurídica e dimensão política da vida nacional - que historicamente se apresentavam marcadas pela polarização, numa relação aparentemente inconciliável (BURGOS, 2010, p. 121) - tem conduzido à ênfase no litígio ou a lei como substitutos aos mecanismos tradicionais de superação de diferenças de identidades coletivas fragmentadas que encontram no Judiciário um lócus para veicular suas pretensões (CAMPILONGO, 2005, p. 37). Some-se o desencantamento com o jogo ordinário da política decorrente da ausência de pontes entre a vida pública e a vida privada retratado por *Bauman* (2000, p. 10-11) do que resulta verdadeira barreira à tradução das preocupações pessoais em questões públicas. Assim, afigura-se compreensível que a própria sociedade veja o Judiciário como um *short cut* para o enfrentamento de situações que se apresentam ao jurisdicionado individualmente considerado, como particulares - mas que na verdade, podem se reproduzir aos milhares nas relações entre Estado e cidadãos, evidenciando uma disfuncionalidade do poder político. A questão está todavia em saber se o Judiciário pode ou deve simplesmente acolher esse "atalho" em nome da garantia a direitos fundamentais; ou se ele tem ainda algum papel a desenvolver para prevenir esse desvio de perspectiva, reconduzindo o exercício do poder político à sua trilha ordinária, que exige a oferta de resposta no plano coletivo às pautas de prioridades constitucionais (legislativas ou de políticas públicas).

Em verdade, o pluralismo como característica das sociedades em pleno sec. XXI tende a destacar/evidenciar as diferenças, e se todo dissenso for conduzido à solução jurisdicional, haverá um evidente esvaziamento da responsabilidade que é inerente não só ao poder político organizado, mas também à própria ideia de estruturação da sociedade, viabilizando o convívio - que pode ser conflitivo, mas que é de ser democraticamente construído.

Ademais, o modelo jurisdicional tradicional de solução de conflitos envolve necessariamente uma lógica de vencedor e vencido; dicotomia que no campo dos direitos fundamentais se vê facilmente identificada pelo seu caráter indissociavelmente subjetivo, àquela do exaltado e do humilhado. É nesse ponto que mais claramente se vê a perversidade da regressão que decorre da decisão judicial que procura tão-somente, numa perspectiva substitutiva, proclamar um vencedor; abdicando de um resultado legal que permita uma aproximação entre as pessoas e algum nível de reparação e restauração.

A efetivação legítima dos direitos fundamentais sociais exigirá, necessariamente, por seu próprio conceito, a formulação de escolhas alocativas, que determinam sempre uma inclusão, e um sem-número de exclusões. Essa deliberação, para que se revele efetivamente transformadora, é de se construir não a partir de uma visão exclusivamente juricêntrica, mas também - e especialmente - democrática. Não se está com isso afirmando a exclusão do Judiciário como agente controlador das políticas públicas enquanto instrumento materializador do agir estatal; mas sim que essa específica função, para que possa ser exercida no seu pleno potencial emancipador de um convívio social harmônico, formado por indivíduos autônomos, e dotados de dignidade (no que se inclui a liberdade de eleição de seus próprios destinos), exigirá necessariamente uma nova estratégia na composição de conflitos.

O que se está asseverando é que a jurisdição controladora de políticas públicas deve ser necessariamente dialógica - e não vertical - permitindo e conclamando o exercício de uma autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrando expressão em programas legais, circulando em toda sociedade através da sua aplicação racional. A materialização em si desse diálogo, por sua vez, deve partir do abandono da lógica

clássica da jurisdição, de que as relações judicializadas envolvam uma contraposição entre credor e devedor - a pluralidade da sociedade em si, e mesmo dos eventualmente alcançados por um mesmo programa de ação estatal desmente esse dualismo.

A institucionalização de uma arena para o enfrentamento desses conflitos atinentes ao projeto de transformação, em última análise, reclama sim, o Judiciário - já que o Direito é uma das ferramentas disponibilizadas ao câmbio - mas um novo Judiciário, mais indutor do debate público do que autor da decisão substitutiva.

Tomemos novamente o exemplo do direito à moradia, que tem sido frequentemente tutelado por intermédio de ações coletivas. Nessas hipóteses, o que a casuística vem revelando é que se estabelece um diálogo hermético entre instâncias profissionais que compartilham um mesmo auto-conhecimento técnico (FARIA, 2005, p. 53), que exclui justamente àqueles diretamente atingidos pela atuação do poder. A substituição (no sentido vulgar) passa a ser dupla: dos jurisdicionados, por uma instituição de proteção à sociedade (mas não familiarizada com a dinâmica do viver em comunidades carentes); e da Administração, pelo Estado-Juiz.

Também aqui as velhas concepções de que os interlocutores naturais na demanda judicial sejam as partes litigantes como postas no processo é de ser revisitada: o controle judicial de políticas públicas compreende uma plêiade de outros alcançados, muitas vezes não elencados na inicial, até por estratégia do proponente da ação.¹³

Eis aqui um terreno onde a prática dialógica pode merecer espaço, não como condição de acesso ao Judiciário em si - eis que tal alcance se tem emanando diretamente do art. 5º, XXXV CF; mas como verdadeira etapa de instrução a ter lugar no curso da demanda judicial.

Esse diálogo que se reclama rumo à construção de uma solução possível em tormentosos temas de escolhas alocativas não precisa se dar na presença do Juiz, no tradicional mecanismo da audiência. Aliás, esse não é o melhor lugar, dado a necessária interposição da figura de autoridade condutora da audiência - o que por si já dificulta a comunicação. De outro lado, de maneira a transformar em efetivo o referido intercâmbio de posições e ideias, o Judiciário pode (e deve) indicar as condições em que ele deva se dar, explicitando as informações e razões que as partes envolvidas no esforço de conciliação devam, reciprocamente apresentar, sem o que não se poderia falar em efetivo engajamento dos interlocutores na solução. Findo o esforço de busca da consensualidade, ter-se-á avançado no eventualmente acordado entre as partes; e no que toca à área remanescente de conflito, disporá o Judiciário de uma visão enriquecida pelo mapeamento antes havido das complexidades e variáveis incidentes na hipótese.

¹³ Importante destacar que em nome de viabilizar o controle jurisdicional do agir do poder, a jurisprudência tem afirmado a prerrogativa da escolha, em favor do Ministério Público e da Defensoria Pública, de quem sejam os Réus em demanda coletiva, o que permite uma seletividade no direcionamento do reclamo contra uma ineficácia ou ausência de ação estatal, que pode guardar pouca relação com a tutela em si do direito. O exemplo clássico é a estratégia permanente do Parquet e da Defensoria Pública estadual de não inclusão da União em demandas coletivas - ainda que haja inequívoco dever de agir desta Entidade Federada - para reivindicar uma atribuição institucional que originalmente não lhes assistiria, e para evitar a atração da competência em favor da Justiça Federal. Por uma "seletividade estratégica" que nada tem a ver com a efetivação em si do direito, exclui-se do pólo passivo a entidade federada que por vezes, revela-se a destinatária natural do reclamo, ou quando menos, aquela que disporia de recursos financeiros relevantes para a regularização da oferta do direito social.

A proposta acima articulada encontrou já aplicação concreta pela Corte Constitucional da África do Sul, no requisito que ali se denominou *meaningful engagement*, cunhado na decisão *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others*¹⁴. Embora, mesmo no caso em comento, o empenho significativo das partes na construção da solução não tenha resultado em perda de objeto da demanda - remanesceu uma área litigiosa - ; fato é que o entendimento prévio superou alguns pontos de conflito, e acima de tudo, corporificou a própria legitimidade da decisão judicial. No cenário brasileiro, esse tipo de providência pode ser determinado no campo da instrução, cuja presidência compete ao julgador (art. 130 CPC), que poderá se valer dos elementos que entender úteis à perfeita compreensão da demanda. A atuação de que se cogita vai além da mera suspensão do feito para que as partes busquem a conciliação, mas envolve a delimitação de um procedimento a ser observado nessa mesma tentativa de formação de consenso, reservando papel ativo ao Judiciário.

Quando se cogita de jurisdição transformadora no campo dos direitos sociais, um ponto absolutamente central numa nova institucionalidade há de ser a efetiva inclusão dos sujeitos constitucionais envolvidos no processo de construção da decisão – não como objeto de uma benesse outorgada pelo Judiciário-garantidor, mas como sujeito ativo da construção do consenso possível. Isso reclamará o abandono dos estereótipos acima indicados, numa atitude que reconheça inclusive que para a composição de conflitos como o da moradia, existe uma ecologia de saberes distintos do pensar típico da elite.¹⁵

A dignidade enunciada no art. 1º, III CF – e tem que fundado toda a construção teórica em torno do controle judicial de políticas públicas – é ideia força que tem sujeito: a pessoa humana. A ela se tem associado, no mesmo plano valorativo, a soberania (popular) e a cidadania. Esse é o plexo de vetores que se devem conciliar numa atuação de controle jurisdicional de políticas públicas que se veja efetivamente comprometida com a transformação. Só essa orientação revelar-se-á efetivamente apta a superar os riscos da constituição semântica, que ao revés de efetivamente subordinar o poder, transforma-se num instrumento de estabilização e perpetuação dos detentores factuais do poder na comunidade.

¹⁴ REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*. Julgamento em 19 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>> acesso em 08/06/12. A hipótese envolvia a remoção de ocupantes de estruturas prediais privadas abandonadas, em área da cidade de Johannesburg que seria alcançada por intervenção urbanizadora desenvolvida pelo Poder Público. A relação era portanto, verdadeiramente quadrangular: Poder Público, ocupantes, proprietário privado, e ainda a coletividade que se beneficiaria da recuperação urbana do local. Foi essa pluralidade de interesses em tensão que determinou que a Corte Constitucional determinasse, tão logo lhe foi apresentado o conflito, o envolvimento das partes em esforço de composição que se deu fora do Judiciário, mas segundo regras procedimentais por ele definidas.

¹⁵ É de Sousa Santos (2007:29) a advertência contra a monocultura do saber e do rigor, que nega importância às práticas sociais como fonte de conhecimento - como geradora de saberes não críveis ou não visíveis. No tema do direito à moradia, onde muitas vezes os conflitos envolvem comunidades com outras formas de organização, a lógica dos condomínios - que é a prática social da classe média, origem inequívoca da magistratura brasileira - não contemplará múltiplas outras possibilidades de solução típicas daquelas coletividades, que sejam aceitáveis para os eventuais envolvidos.

5.2 JURISDIÇÃO E A INTERVENÇÃO ESTRUTURANTE: UMA NOVA FRONTEIRA NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Já se apontou como elemento de fragilidade do sistema que pretende a efetividade de direitos sociais a partir de uma perspectiva predominantemente individual de sua garantia, seu caráter quando menos neutro no concurso para o aperfeiçoamento de uma política pública que se repute incompatível com a moldura constitucional. Isso porque a intervenção individual em favor do jurisdicionado “X” nada diz quanto aos equívocos do agir administrativo que não determinou o mesmo resultado sem a necessidade da ordem judicial. Esse efeito corretivo da matriz de ação, extensível para outras situações individuais só se terá por possível a partir de uma intervenção estrutural no modo de agir da Administração, que possa de pronto reverter o quadro de descumprimento do direito fundamental judicializado, ou que quando menos se ponha nessa mesma rota de correção.

Aprimorar a política pública em curso é um efeito significativo da atividade de composição do conflito; mais que isso, é em si o resultado que efetivamente contribui para a garantia no plano coletivo, do direito em jogo. Afinal, direitos sociais são em si direitos de preferências e desigualdades; direitos discriminatórios com propósitos compensatórios (FARIA, 2005, p. 105) - e essa desigualdade contida no programa de ação estatal é de ser aferida quanto a sua viabilidade constitucional de molde a preservar-se o ideário de transformação e justiça distributiva que ela instrumentaliza.

O resultado de aperfeiçoamento da ação estatal para futuro pode se apresentar como providência simples, suscetível de aferição nos autos judiciais; ou envolver realidade revestida de alta complexidade, cujo enfrentamento exija engenho e arte, bem como significativos recursos públicos.

Assim é que a exigência - por exemplo - de exagerada documentação para habilitar-se a benefício assistencial admite correção pela simples pronúncia em sede judicial de sua desnecessidade. Situação distinta se pode ter no delineamento de uma política pública destinada ao tratamento de drogadictos, onde as alternativas sem abstrato são múltiplas, e mesmo uma eventual preferência técnica por uma abordagem pode se ter por afastada em função de peculiaridades de um caso individual. Na mesma linha de consideração tem-se o tanto referido problema relacionado ao déficit de moradias. A garantia desse social pela via dos casos individuais tende a agravar a desigualdade social existente, favorecendo àqueles que por qualquer razão chegaram ao Judiciário primeiro, ou ainda, a desaguar no uso de expedientes mais fáceis na perspectiva da burocracia, ainda que não revestidos de aptidão para o real enfrentamento daquele problema social.¹⁶

Para casos extremos como este, a experiência internacional aponta a alternativa dos provimentos estruturantes; intervenções judiciais de maior espectro, que tem por objetivo principal reformar uma prática institucional (política pública) ao longo de um determinado período de tempo (LANDAU, 2012, p. 401-459). O conteúdo do provimento jurisdicional não envolve *prima facie* a pretensão de “composição definitiva” do conflito -

¹⁶ Ilustra essa última distorção é a preferência pela outorga de prestação pecuniária denominada “aluguel social” que em nada contribui de forma eficaz para a superação do drama do déficit habitacional em si. Muitas vezes o beneficiário do aluguel social sequer deixa o local de risco que determinou a remoção; ou troca um local de risco por outro onde construirá nova edificação precária, com os recursos que lhe foram destinados pela prestação pública.

mas o desenvolvimento de uma jurisdição que se projeta para o futuro, com o acompanhamento de medidas parciais, sucessivas, de implementação gradual de melhorias. Cuida-se de jurisdição supervisora, que venha a acompanhar as ações de solução do conflito - não na perspectiva da execução de sentença, mas naquela de construtivismo das medidas de superação do impasse que se judicializou (CHOUDRY e ROACH, 2003, p. 205-266).

Dois são os casos mais citados pela literatura na utilização de provimentos jurisdicionais estruturantes: a Sentencia 025/2004 da Corte Constitucional da Colombia¹⁷, envolvendo os alcançados pela diáspora motivada pela violência associada ao narcotráfico; e o caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, decidido pela Corte Suprema da Índia no ano de 2001¹⁸ no tormentoso tema da prevenção à fome, e das garantias possíveis a um direito à alimentação.¹⁹

Ambas as hipóteses envolviam problemas de graves proporções - não só quanto a seus efeitos em relação aos jurisdicionados vítimas de uma deficiência de proteção; como também no que toca à delimitação de medidas administrativas que se revelassem a um só tempo viáveis, efetivas, e harmônicas com uma ideia de igualdade, ou quando menos, de priorização aos vulneráveis. Qualquer pretensão de construção de uma solução jurisdicional acabada, cujo teste de viabilidade prática fosse remetido a um posterior momento de execução de sentença, poderia determinar ou um indesejável minimalismo no conteúdo das intervenções comandadas, ou uma decisão retórica - genérica, indeterminada, desprovida de elementos que a tornem apta a determinar a mudança no mundo da vida que ela se propõe implementar.

Esse o contexto em que tem lugar os provimentos estruturantes - onde de forma dialógica, se vai delineando um conjunto de medidas, paulatinas e por vezes sucessivas, que se dirigem à efetivação da garantia judicialmente reclamada. A sociedade civil organizada teve importante papel no monitoramento das medidas de implementação gradual que se vinha construindo - orientação que faz convergir as duas estratégias jurisdicionais de que se cogita no presente subitem.

Ainda aqui, embora a matriz de prestação da jurisdição no sistema brasileiro seja inspirada por uma lógica preclusiva, de superação definitiva do conflito, não parece inviável a prolação de provimento estruturante. Para tanto, impõe-se o abandono da lógica vencedor e vencido, reconhecendo que vence a sociedade quando se avança, ainda que paulatinamente, no sentido da efetiva proteção de direito social. Provimentos estruturantes reconhecem a dinâmica da realidade sobre o qual a jurisdição dos direitos

¹⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, Ministro Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Tercera de Revisión, julgada em 22 jan. 2004, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>, acesso em 10 de janeiro de 2013. Consigne-se outros precedentes de provimentos estruturais na Corte Constitucional da Colombia, sendo o acima referido o mais estudado pela doutrina tendo em conta seu alcance.

¹⁸ REPÚBLICA DA ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors*, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001, disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401033>, acesso em 21 de abril de 2013.

¹⁹ O tema de fundo da demanda envolvia a inconstitucionalidade de política pública em curso, que com vistas ao favorecimento à exportação de grãos, determinava o direcionamento da produção em favor dessa atividade, em detrimento do atendimento às necessidades básicas da população. Embora a decisão inicial da Corte fosse declaratória - no sentido da inconstitucionalidade da estratégia de ação governamental-; a jurisdição prosseguiu com ordens de desenvolvimento de acesso à alimentação em favor dos vulneráveis; programas de garantia de alimentação via merenda escolar, etc...

fundamentais de segunda dimensão incidem - dinâmica essa que não se compadece com os institutos clássicos da estática jurídica como estabilidade da demanda, preclusão, coisa julgada e outros tantos.

Evidente que a jurisdição estruturante não se apresenta como alternativa que se deva rotinizar, por suas próprias dificuldades operacionais em promover-se esse acompanhamento permanente da ação pública. A par disso, indispensável é a construção de metas no avanço na efetividade, ainda que gradual, dos direitos, sob pena de outra distorção - o acompanhamento jurisdicional pôr-se como signo legitimador de um passo mais lento no enfrentamento do problema.

Esses são riscos de uma estratégia estruturante de decisão em direitos sociais - todavia, é preciso igualmente ampliar a perspectiva quanto aos meios de avaliação do impacto de uma decisão judicial nesse campo. A perspectiva construtivista da jurisdição no campo dos direitos sociais preconizada por Rodríguez-Garavito (2011) valoriza a contribuição da decisão judicial na inclusão do direito em discussão no debate público e na agenda do poder; e isso no mais das vezes não se tem com a simples ordem de oferta de um bem.

6. CONCLUSÃO

Vinte e cinco anos passados do gesto Ulisses Guimarães de apresentação da Constituição-Cidadã em 5 de outubro não alteraram o caráter de projeto em andamento da nova ordem jurídico-institucional da República Federativa do Brasil, que segue seu processo de reinvenção no rumo da efetividade.

O eixo dos direitos sociais apresenta-se hoje como relevante vetor no prosseguimento da superação do legado de violência social e exclusão. Impõe-se cuidar para que a afirmação literal dos deveres de proteção a esses direitos não se transforme em representação pacificadora de um câmbio social que ainda não veio.

Se a institucionalização do conflito abriu espaço para uma atuação judicial comprometida com a mudança; impõe-se que essa transformação comece no próprio auto-conhecimento da jurisdição. Distintas realidades de direitos sociais exigirão estratégias dessemelhantes de atuação e mesmo um certo experimentalismo institucional. O exercício culmina por ser, na essência, aquele de humildade: a dificuldade no provimento do dever de proteção destes direitos socioeconômicos não pode decorrer sempre e sempre de uma maldade intrínseca do Leviatã - mas muitas vezes tem origem na complexidade em si de uma realidade social iníqua que se deseja modificar. E se essa for a hipótese, não é a transferência da problemática para o Judiciário que determinará sua simplificação de molde a favorecer o emprego das fórmulas tradicionais de composição de conflitos no modelo Caio e Tício.

Transformar uma sociedade é um projeto para gerações, e não se materializa pela evocação de uma semântica do texto constitucional. Extrair, desse elenco de propósitos, o efeito normativo desejado; esse é o desafio.

7. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [online], disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> , acesso em 28 de agosto de 2012.

BAUMAN, Zygmunt. Em busca da política. Trad. Marcus Penchel, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 10-11. Traduzido de *In search of politics*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2a. Turma, julgado em 23/08/2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito in _____ (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 1-49.

BURGOS, Marcelo Baumann. A Constituição de 1988 e a transição como obra em progresso. Revista da EMARF, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, dez. 2010, p. 119-128.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. in FARIA, José Eduardo. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1a. ed., 4a. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 31-52.

CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragical scarce resources. New York – London: W. W. Norton & Company, [s/a].

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011,

CHOUDRHY, Sujit e ROACH, Kent. Putting the past behind us? Prospective judicial and legislative constitutional remedies. Supreme Court Law Review, Vol. 21, 2nd, 2003, p. 205-266.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004, Ministro Manuel José Cepeda Espinosa, Sala Tercera de Revisión, julgada em 22 jan. 2004, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>, acesso em 10 de janeiro de 2013.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 75/98.

CORNELL, Drucilla e MUVANGUA, Nyoko. Ubuntu and the Law. African ideals and postapartheid jurisprudence. New York: Fordham University Press, 2012.

DIXON, Rosalind, Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited (2007). International Journal of Constitutional Law, Oxford Journals, Vol. 5, No. 3, pp. 391-418, 2007.

FARIA, José Eduardo. Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. in _____. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 11-29.

_____. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. in _____. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1a. ed., 4a. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 53.

KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 South African Journal on Human Rights 146 (1998).

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. Stellenbosch Law Review, 17, 2006, p. 351 e ss.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. Harvard International Law Journal, Vol. 53, Number 1, winter 2012 401-459.

LIEBENBERG, Sandra. Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co, Ltd., 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. Political power and the governmental process. USA: The University of Chicago Press, 1958.

MARLE, Karin Van. Transformative constitutionalism as/and critique. *Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regstydskrif*, Vol. 20, Issue 2, 2009, p. 286-301.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização. In memoriam de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal: Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010.

PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. ¿Se puede hablar de un nuvo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?[s/d], [online], disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>, acesso em 21 de junho de 2012.

RAY, Brian, Policentrism, Political Mobilization and the Promise of Socioeconomic Rights (December 9, 2009). *Stanford Journal of International Law* Vol. 45, p. 1 e ss.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry. Julg, 19/02/08. Disponível em: <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>> acesso em 08/06/12.

REPÚBLICA DA INDIA. Suprema Corte da Índia. People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Ors, In the Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, Writ Petition (Civil) No.196 of 2001, disponível em <http://www.escri-net.org/docs/i/401033>, acesso em 21 de abril de 2013.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, Vol. 89 (7), 2011.

ROSENBERG, Gerald N. The hollow hope. Can Courts bring about social change? 2nd. ed., Chicago-London: The University of Chicago Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 44.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*, Volume 1, Number 2, 2003, p. 296-324.

SORJ, Bernardo. A nova sociedade brasileira. 2ª ed. rev., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social. São Paulo: Boitempo, 2007.

SUNSTEIN, Cass. One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direitos 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.

_____. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte : Editora Forum, 2009, P. 95-140.

_____. Constitucionalismo latino-americano – sobre como o reconhecimento da singularidade pode trabalhar contra a efetividade, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, nº 11, Ano 10, janeiro/junho 2012a, p. 277-306.

YOUNG, Katharine. G. A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review. International Journal of Constitutional Law – I-Con (2010), Vol. 8 No. 3, 385–420p. 392.

Recebido em 24/04/2013
Aprovado em 07/06/2013