

ano 18 - n. 73 | julho/setembro - 2018  
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v18i73  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional  
[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

**Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.**

**Qualis – CAPES (Área de Direito)**

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

**Entidade promotora**

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

**Foco, Escopo e Público-Alvo**

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

**Linha Editorial**

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

**Cobertura Temática**

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

**Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação**

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

**Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)**

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

### **Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

### **Editores Acadêmicos Responsáveis**

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

### **Assessor Editorial**

Felipe Klein Gussoi

### **Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajaville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cámen Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Clêmeron Merlin Clève (UFPR)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG-GO)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Odilon Borges Junior (UFES)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Eros Roberto Grau (USP)	Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
José Carlos Abraão (UEL-PR)	Rogério Gesta Leal (UNISCRS)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Weida Zancaner (PUC-SP)

### **Homenagem Especial**

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)  
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)  
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)  
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)  
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)  
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)  
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)  
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

# Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica

*Indetermination of social rights and challenges to effectiveness: an empirical view*

**Vanice Regina Lírio do Valle\***

Universidade Estácio de Sá (Brasil)  
vanicevalle@gmail.com

**Paula do Espírito Santo de Oliveira Dias\*\***

IBMEC (Brasil)  
pauladoespiritosanto@hotmail.com

**Recebido/Received:** 12.03.2018 / March 12<sup>th</sup>, 2018  
**Aprovado/Approved:** 08.11.2018 / November 8<sup>th</sup>, 2018

---

**Resumo:** Pensar em provimento jurisdicional dentro do contexto de justiça corretiva remete à ideia da busca do *status quo*. Todavia, a premissa tradicional de que um provimento jurisdicional é resultado de uma aplicação objetiva e predeterminada pelo conteúdo do próprio direito se mostra artificial no campo dos direitos socioeconômicos, ante o escopo maior de efetividade. Este artigo tem por objetivo explicar a indeterminação do conteúdo dos direitos socioeconômicos, componente que dá causa a uma adjudicação, que não se constitui mera aplicação dedutiva e causal, tudo à luz de dados empíricos provenientes do perfil de litigiosidade no Município do Rio de Janeiro, no campo do direito à moradia. Com base em uma pesquisa empírica de cariz quantitativo e em pesquisa bibliográfica, são

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: VALLE, Vanice Regina Lírio do; DIAS, Paula do Espírito Santo de Oliveira. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 207-228, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.940.

\* Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil), vinculada à linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Visiting Fellow no Human Rights Program da Harvard Law School. Pós-Doutorado em Administração pela EBAPE/FGV-Rio. Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro. *E-mail*: <vanicevalle@gmail.com>.

\*\* Bacharel em Direito pelo Ibmecc (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). *E-mail*: <pauladoespiritosanto@hotmail.com>.

desenvolvidas inferências e conclusões a partir da aplicação do método crítico-dialético. A admissão da indeterminação do conteúdo dos direitos socioeconômicos e da relação não dedutiva entre direito e resposta jurisdicional revela a transferência de escolhas conteudísticas que são próprias do campo da política ao Judiciário e a existência de intervenção subjetiva do julgador na definição de seu conteúdo. A conclusão é o imperativo não só de observância de especial ônus argumentativo, mas da compreensão dos direitos socioeconômicos contextualizado ao seu nível de concretização social.

**Palavras-chaves:** direitos socioeconômicos; direito à moradia; efetividade; provimento jurisdicional; relação causal.

**Abstract:** Thinking of remedies within the context of corrective justice refers to the idea of pursuing the *status quo*. However, the traditional premise that a remedy is the result of an objective and predetermined application by the content of the right itself is artificial in the field of socioeconomic rights, given the greater scope of effectiveness. The purpose of this article is to evidence the indeterminacy of the content of socioeconomic rights and underline the non-application in the adjudication of a deductive and causal relation between right and remedies, in the light of empirical data derived from the caselaw in the Municipality of Rio de Janeiro, in the right to housing. Based on empirical and bibliographical research, inferences and conclusions are developed from the application of the critical-dialectical method. The awareness of the indeterminacy of socioeconomic rights enshrined in the Constitution and of this non-deductive relationship between rights and remedies reveals the transfer of content choices that are characteristic of the field of politics to the Judiciary and the existence of subjective intervention of the judge. Requiring not only the observance of a special argumentative burden, but also the understanding of socioeconomic rights in the context of social concretion.

**Keywords:** socioeconomic rights; right to housing; effectiveness; remedies; causal relationship.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Delimitando as categorias teóricas: o essencialismo dos direitos e a *tailoring principle* – 3 Testando as categorias teóricas no universo empírico dos conflitos à moradia no Município do Rio de Janeiro – 4 A indeterminação dos direitos e a transposição para o Judiciário de escolhas conteudísticas – 5 Efeitos deletérios da subvalorização da delimitação do provimento – Referências

## 1 Introdução

A opção brasileira por uma Constituição aspiracional aprofunda a necessidade de investigar a atuação do Judiciário em favor do objetivo de transformação social, considerando a vocação para o futuro ínsita a este modelo de constitucionalismo.<sup>1</sup> Cartas fundamentais revestidas deste cariz, maximalistas em seus objetivos, adotam uma concepção normativa dos seus princípios e direitos sociais, ambiência que favorece o ativismo judicial,<sup>2</sup> ante o possível descompasso entre as expectativas coletivas, e a velocidade e dimensão com que as medidas correspondentes são implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models, *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 1, n.2, 2003, p. 296-324, pág. 299.

<sup>2</sup> GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Law as hope: constitutions, courts, and social change in Latin America, *Wisconsin International Law Journal*, Madison, v. 20, n. 2, 2001-2002, p. 353-370, pág. 356.

<sup>3</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do provimento definido pela identificação do direito fundamental em debate: uma falsa premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 781.

O *graal* da efetividade constitucional contribuiu para a formação de uma lógica segundo a qual a simples enunciação de suas cláusulas (especialmente no campo dos direitos fundamentais) se revelava suficiente a abrir ensejo à sua garantia pela via jurisdicional, em que esquemas objetivos de causa e efeito permitiriam a plena tutela de direitos eventualmente malferidos. Essa retórica se viu em boa parte incorporada pelo Judiciário e a mística é de que hoje nele resida a esperança de efetividade.

Além dos desafios teóricos que essas proposições em si suscitam, tem-se os reclamos da aproximação dos debates acadêmicos à prática da ciência investigada. Para esse mister, a pesquisa empírica se revela instrumento a serviço da supressão da lacuna existente entre o dever-ser e o ser, proporcionando uma visão dos efeitos reais da atuação dos braços especializados de poder rumo ao cumprimento desses desígnios na realidade social.<sup>4</sup>

Este trabalho tem como objeto explorar a interseção entre a problemática da indeterminação do conteúdo dos direitos sociais e a resposta jurisdicional ordinária aos reclamos por sua concretização, com foco especialmente no direito à moradia, norteado por dados empíricos oriundos da análise do perfil de litigiosidade do Município do Rio de Janeiro nesta mesma matéria. A partir de uma amostra de 830 (oitocentos e trinta) processos,<sup>5</sup> o texto se propõe a analisar a real aptidão explicativa destes enunciados teóricos quando se tem em conta os termos em que conflitos em torno de direito indeterminado se põe em juízo.

Evidenciar a intrínseca indeterminação do conteúdo dos direitos socioeconômicos, mais especificamente o direito à moradia constitui objetivo primeiro deste trabalho. Isto se fará a partir de dados referentes à relação expressa entre a causa factual determinante das demandas e os pedidos veiculados nestes mesmos conflitos. Construída esta premissa, pretende-se demonstrar empiricamente que a adjudicação de direitos socioeconômicos raramente é resultado de uma aplicação objetiva de uma providência jurisdicional corretiva predeterminada pelo conteúdo do próprio direito.<sup>6</sup>

Orientam as presentes considerações, duas distintas hipóteses: a primeira, de que a pura enunciação (ainda que constitucional) do direito não dá resposta a todas as pretensões que a sua reivindicação jurisdicional possa sugerir, afastando como possibilidade os esquemas explicativos deterministas. A segunda

<sup>4</sup> NARD, Craig Allen. Empirical legal scholarship: reestablishing a dialogue between the academy and profession, *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, vol. 30, 1995, p. 347-368, pág. 347.

<sup>5</sup> Os feitos judiciais contidos na amostra envolvem demandas individuais e coletivas em que se postula proteção ao direito fundamental à moradia a partir do desenvolvimento pela Administração Pública, de ações de polícia ou melhoria urbanística, e compreende a íntegra do acervo em curso até março de 2017.

<sup>6</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do provimento definido pela identificação do direito fundamental em debate: uma falsa premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804.

hipótese é de que ante a referida indeterminação e a máxima do *non liquet*, o exercício da atividade jurisdicional está empreendendo, de fato, a delimitação do que se entenda por conteúdo deste direito não regrado.

O texto se inicia com a Parte 1, tendo por foco as pertinentes delimitações metodológicas. Na sequência, a Parte 2 que é dedicada à apresentação de compreensões teóricas pretensamente explicativas da relação entre direitos fundamentais e respostas adjudicativas orientadas à concretização dos compromissos constitucionais: são elas o essencialismo dos direitos e o *tailoring principle*. Na Parte 3 avalia-se a capacidade de justificação da decisão judicial proposta pelas categorias acima referidas a partir das situações de fato determinantes das demandas tabuladas na amostra. A Parte 4 evidencia empiricamente como a indeterminação dos direitos humanos enseja pedidos judiciais diversos e descolados do ideal de efetivação; tudo ainda a partir da amostra empírica examinada. Finalmente a Parte 5 evidencia que a retórica de um determinismo na delimitação do conteúdo jurisdicional mascara a formulação de escolhas alocativas que se veem com isso excluídas da visibilidade e crítica que são próprias do ambiente democrático.

As conclusões ora apresentadas fundam-se, portanto, em pesquisa empírica de cariz quantitativo, e ainda em pesquisa bibliográfica; tudo com o desenvolvimento de inferências e aplicação do método crítico-dialético.

Constitui compreensão das autoras que três décadas de viver constitucional permitem já a revisitação de temas sensíveis com algum desassombro. Refletir sobre a eficácia do sistema de direitos sociais proposto pela Carta de 1988 não se constitui hoje uma ameaça à sua efetividade – mas num investimento em favor dela.

## 2 Delimitando as categorias teóricas: o essencialismo dos direitos e o *tailoring principle*

Na seara dos direitos humanos, mais especificamente dos direitos socioeconômicos, é comum a preceituação constitucional como meio não só de reforço à sua efetividade, mas também de viabilizar sua garantia pela via jurisdicional.<sup>7</sup> Não obstante o espraiamento por todo o mundo do modelo constitucional que incorpora direitos sociais, há significativa variação quanto ao conteúdo e alcance destas cláusulas constitucionais.<sup>8</sup> Não se tem aí qualquer desfuncionalidade, mas sim uma abertura à permanente atualização de sentido destes mesmos direitos.

<sup>7</sup> WILLIAMS, Lucy A. The role of courts in the quantitative-implementation of social and economic rights: a comparative study. *Constitutional Court Review*, Boston, v. 3, 2010, p. 141-199, pág. 187.

<sup>8</sup> Para um maior aprofundamento leia-se: JUNG, Courtney; HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights in National Constitutions. *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, v. 62, n. 4, 2014, p. 1043-1094.

Inegável, porém, que esta indeterminação repercute especialmente no campo da adjudicação, eis que sua adequada garantia jurisdicional pressupõe ter-se por delimitado seu conteúdo.

A hipótese da existência de uma relação de predeterminação da prestação jurisdicional a partir do direito em discussão se relaciona com o debate em torno de seu antecedente lógico, a saber, quais os limites da atividade legítima do julgador, especialmente num sistema de direito codificado. Justificar a intervenção em matéria de direitos sociais em especial, determinando o desenvolvimento de prestações positivas pelo Estado exigiria apoio numa suposta preordenação do conteúdo do provimento jurisdicional a partir do direito constitucionalmente garantido. Os modelos teóricos do essencialismo dos direitos e do *tailoring principle* suportam, no cenário estadunidense, a pretensão de legitimidade dessa específica intervenção judicial.

A concepção do essencialismo dos direitos tem por premissa a identificação de um valor constitucional puro como o ponto de partida da adjudicação havida na *judicial review*. A essência conteudística de um direito advém da relação especial que ele guarda com os valores consagrados constitucionalmente.<sup>9</sup> A atuação jurisdicional se tem por delimitada no seu espectro de possibilidades a partir desse elemento medular de um direito que se enuncia como meio de concretização dos valores fundantes. Em que pese a retórica da simples ressonância de valores constitucionais basilares, a lógica do essencialismo dos direitos não responde às dificuldades identificadas quando da transposição de um direito afirmado em abstrato, para o plano do concreto. Afinal, a pretensão dos valores constitucionais é de aplicação na sua máxima amplitude ou potencialidade – donde no rigor da lógica, não se pode extrair deles referencial para o que seja a essência, o conteúdo mínimo de direitos que os instrumentalizam.

Um mundo hipotético, onde os recursos são infinitos e disponíveis para corrigir qualquer dano constitucionalmente relevante, não exigiria escolhas alocativas. Ocorre que vivemos em um mundo onde os meios são finitos; no qual existem demandas concorrentes e igualmente importantes.<sup>10</sup> Assim, concretizar valores exigirá algum grau de priorização e seletividade – escolhas que inexoravelmente repercutirão na configuração do que seja a essência de um direito social. Este o ponto de tensão que resta irresolvido pela categoria sob análise: como superar o atrito entre pretensões que contendem entre si.

<sup>9</sup> LEVINSON, Daryl J. Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, New York, vol. 99, n. 4, 1999, p. 857-940, págs. 857 e 858.

<sup>10</sup> JEFFRIES JR., John C. The right-remedy gap in constitutional law. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, 1999, p. 87-114, pág. 109.



Apesar de concebida no sistema norte-americano, fundado em constituição sintética, é possível afirmar que a lógica do essencialismo dos direitos encontre manifestação em *terra brasilis*. A frequente associação empreendida nos Tribunais brasileiros entre direitos sociais e dignidade humana traduz essa pretensão de que a intervenção judicial se justifique e legitime sempre a partir desse valor essencial, como se esta cláusula constitucional aberta fosse suficiente a embasar todo e qualquer tipo de adjudicação, dispensando inclusive cogitações de ordem operacional ou concreta.<sup>11</sup>

O *tailoring principle* por sua vez, está relacionado à ideia de que a cada malferimento de um direito corresponde uma exata resposta jurisdicional. Nesse estreito vínculo, a providência adjudicativa configura medida puramente corretiva que busca eliminar os efeitos nocivos da violação. Seu conteúdo não decorreria de uma escolha do agente julgador, mas da objetiva aferição de qual seja a medida, pretensamente única, apta a reparar a lesão a direito. Essa concepção tem natureza dúplice, conferindo à decisão judicial a um só tempo, capacidades e restrições. Sob a ótica das capacidades, tem-se o reconhecimento em favor do Poder Judiciário de aptidão para a remoção de todo e qualquer vestígio da violação a direito, podendo para tanto, se valer de toda a amplitude e flexibilidade dos direitos constitucionais. Já a natureza restritiva dessa concepção orienta os Tribunais a não irem além do estritamente necessário à eliminação dos efeitos nocivos da violação.<sup>12</sup>

Essa resposta pretensamente “sob medida” tem como pressuposto ser a adjudicação atividade puramente identificadora da resposta adequada à pretensão *sub judice* – que preexiste, e se detecta a partir do revelamento do direito em debate. Dessa forma, a aplicação do *tailoring principle* no campo dos direitos socioeconômicos buscaria não só robustecer a efetividade desses direitos, assegurando sempre uma resposta para sua violação, mas também (supostamente) reduzir a discricionariedade judicial nesse processo.<sup>13</sup>

Fiss<sup>14</sup> destaca algumas características do *tailoring principle*: a) a fonte do provimento jurisdicional é sempre uma violação; b) cada disposição específica do provimento conferido só é compreensível a partir da violação do direito que se busca reparar; c) presume-se que exista apenas uma resposta jurisdicional

<sup>11</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do provimento definido pela identificação do direito fundamental em debate: uma falsa premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 788.

<sup>12</sup> GEWIRTZ, P. Choice in the transition: school desegregation and the corrective ideal. *Columbia Law Review*, New York, v. 86, n. 4, May 1986, p. 729-798, pág. 732 e 733.

<sup>13</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Conteúdo do provimento definido pela identificação do direito fundamental em debate: uma falsa premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 789 e 790.

<sup>14</sup> FISS, Owen M. The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: the forms of justice, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58, pág. 47.

possível, da mesma forma que existe somente uma conclusão proveniente de um silogismo; d) a resposta jurisdicional, assim como a conclusão proveniente de um silogismo, é entendido como consequência da violação com alto grau de certeza. Também aqui, embora não se tenha a reprodução literal da expressão estadunidense, inequivocamente se tem presente a mesma racionalidade. Em última análise, evoca o *tailoring principle* a velha máxima do direito romano segundo a qual é de se dar a cada um o que é seu – e essa, aprendemos todos nos bancos da faculdade em terra *brasilis*.

O essencialismo dos direitos e o *tailoring principle* apesar de sua pretensão explicativa da atividade de definição de conteúdo da prestação jurisdicional, não são suficientes para superar os desafios inerentes à busca da efetividade da tutela judicial. Afinal, ambos desconsideram o fato de que as Cortes não analisam pretensões de direito no vácuo; suas decisões devem ter aplicação viável no mundo real.<sup>15</sup> Para maior efetividade dos direitos socioeconômicos deve-se manter uma lógica de conexão entre demandas, provimentos jurisdicionais e análise dos fatos que se verifiquem na prática, antes e depois da resposta adjudicativa – nenhuma dessas considerações de causa e efeito são incorporadas pelas duas correntes explicativas da providência jurisdicional ofertada.

Ilustra o artificialismo das lógicas do essencialismo dos direitos e do *tailoring principle*, a análise das manifestações dos conflitos judicializados no Município do Rio de Janeiro onde se busca a proteção ao direito fundamental à moradia, tendo em conta a ocorrência de ações de polícia administrativa edilícia ou urbanística em geral. É o que se passa a demonstrar.

### 3 Testando as categorias teóricas no universo empírico dos conflitos à moradia no Município do Rio de Janeiro

Inequívoco o viés em alguma medida triunfalista do discurso que vê na simples enunciação de um direito fundamental, substância jurídica suficiente para o enfrentamento (e mais ainda, para a cunhagem da adequada resposta jurisdicional) de conflitos incidentes no universo multifacetado dos direitos sociais. A demonstração empírica da diversidade de hipóteses que se albergam numa mesma cláusula constitucional protetiva de um direito fundamental à moradia contribui para a demonstração da ingenuidade desta posição que vê na síntese constitucional de enunciação desse mesmo direito, todos os atributos para a determinação das práticas a ele associáveis, e, portanto, jurisdicionalmente exigíveis.

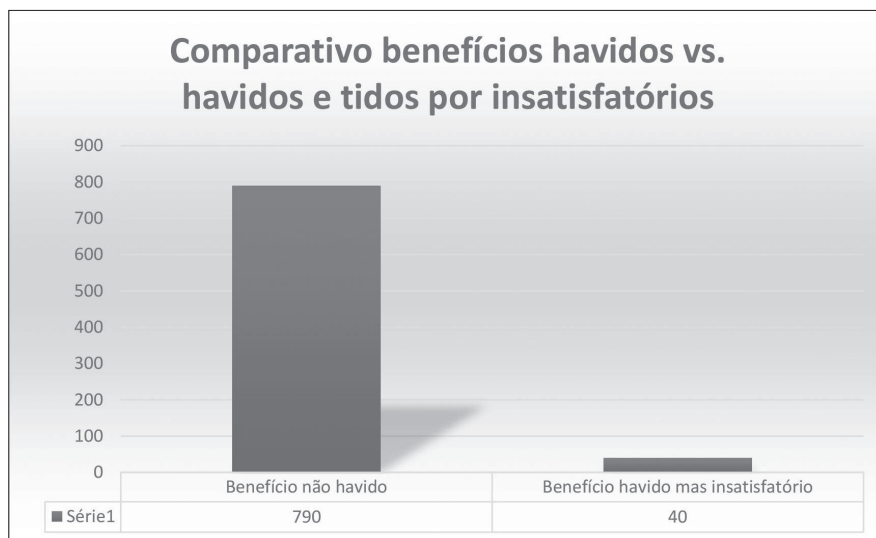
<sup>15</sup> STARR, Sonja B. Rethinking 'effective remedies': remedial deterrence in international courts, *New York University Law Review*, New York, v. 83, n. 3, June 2008, p. 693-768, pág. 738.

O universo de conflitos envolvendo a proteção a um direito fundamental à moradia no Município do Rio de Janeiro retratados na amostra, indica uma possível divisão inicial em pelo menos duas grandes categorias: 1) demandas em que a parte reclame benefício específico protetivo ao direito reclamado; benefício esse ainda não alcançado; e 2) demandas em que a parte não obstante tenha figurado já como destinatária de um determinado benefício, considera insuficiente ou inadequada a prestação que lhe foi ofertada. Vejamos os números.

### 3.1 Benefícios não havidos *versus* benefícios insatisfatórios

A distribuição das demandas entre aquelas em que se postula a outorga de uma prestação supostamente devida e não entregue, e aquelas em que se tem a discordância para com o que foi efetivamente entregue está diretamente relacionada à indeterminação estrutural dos direitos sociais. Isso porque os diplomas que estabelecem o desenho das políticas públicas voltadas à proteção do direito à moradia<sup>16</sup> materializam simplesmente programas específicos de ação – e não pretendem exaurir componentes do direito, como seus destinatários, as prestações que em decorrência dele sejam asseguradas, e quem sejam os responsáveis pela sua materialização. Vejamos:

Gráfico 1: Comparativo benefícios havidos vs. havidos e tidos por insatisfatórios



<sup>16</sup> No plano infraconstitucional tem-se a Lei 11.124/05, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, estabelecendo a macroestrutura institucional de financiamento para iniciativas no campo da habitação de interesse social. Fixando as linhas mais específicas de ação tem-se o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social (Lei 10.998/04) e o Programa Minha Casa Minha Vida (Lei 11.977/09, alterada pela Lei 13.173/15).

Importante desmistificar a lógica segundo a qual a reivindicação de uma prestação apontada como não havida se traduz necessariamente em ineficiência da Administração Pública. Isso porque no quadro de baixa densidade normativa em que se tem o direito fundamental à moradia, é possível o descompasso entre a percepção do jurisdicionado quanto aos deveres positivos de agir emanados de um comando constitucional e a leitura empreendida pela Administração Pública, ou mesmo pelo Judiciário, acerca desses mesmos deveres de ação.

O que os números preliminares apontam é um expressivo espectro de situações em que os autores reputam devido uma ação do Poder Público – sem que ela se tenha verificado. Vê-se já neste quadro, a sombra dos efeitos da indeterminação dos direitos.

### 3.2 Benefícios havidos e tidos por insatisfatórios

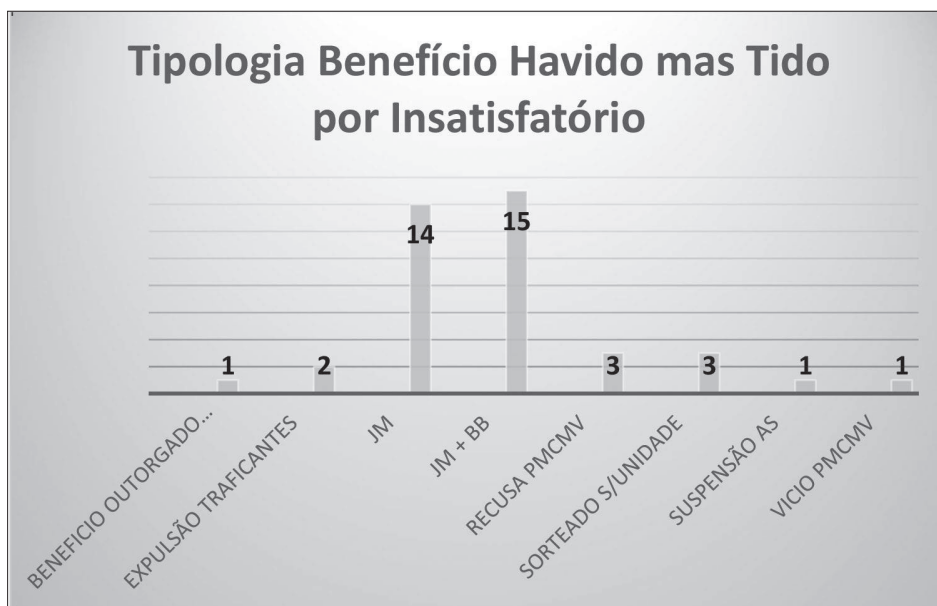
Os casos aqui tabulados externam o inconformismo da parte autora em relação ao grau de proteção ofertado pela Administração Pública. Nas hipóteses de benefícios não havidos, entendem os postulantes que a negativa ou o silêncio da Administração traduza violação ao direito por ação ou omissão. Já nos feitos que externam inconformismo com aquilo que lhe foi deferido, tem-se a transposição para o campo jurídico, sob o manto do discurso de proteção jurisdicional dos direitos humanos, de um debate que é próprio ao campo da política. Afinal, o que se está buscando, na verdade, é uma ampliação do âmbito de proteção do direito fundamental à moradia para além do seu núcleo essencial; conflitos que devem ser objeto de debate político, que é o lugar próprio para definição do conteúdo das obrigações positivas associadas a direitos sociais.

Esse deslocamento estratégico da discussão – do campo político para o jurisdicional – encobre a necessidade de deliberação legislativa quando se cogita (como é a hipótese) do equacionamento de conflitos distributivos.<sup>17</sup> O resultado pode ser, no mínimo, o déficit de legitimidade democrática na construção dos critérios jurídicos de solução; no extremo tem-se a possibilidade da regressão nestes mesmos direitos – ainda que se tenha o desenvolvimento da jurisdição com juízo de procedência. Afinal, não é a aposição da palavra “procedente” que assegura a ordem para a efetividade do direito, seja por frustração de sua execução, seja por inadequação do conteúdo.

<sup>17</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito à moradia: deferência como critério judicial de solução. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogerio Barros (Orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 182-208, pág. 184, 185 e 189.

A esse grupo de pretensões judicializadas envolvendo benefícios havidos, mas reputados inadequados já se atribuiu a alcunha de “demandas derivadas”,<sup>18</sup> pois em relação à alegada violação ao direito fundamental à moradia já houve a oferta de resposta institucional, resposta essa reputada como inadequada ou insatisfatória por seu destinatário com o correr do tempo. Vejamos:

Gráfico 2: Tipologia benefício havido mas tido por insatisfatório



A maior parte de demandas da amostra referentes à “benefício havido mas tido por insatisfatório” (29 ocorrências) referem-se ao reassentamento de famílias originárias da Comunidade Vila União. Direcionados ao Empreendimento Juliano Moreira (JM), integrante do Programa Minha Casa, Minha Vida, os beneficiários insurgem-se contra a circunstância de serem as referidas unidades imobiliárias entregues sob o regime de alienação fiduciária,<sup>19</sup> e postulam que a unidade lhes seja entregue livre e desembaraçada, com a outorga de escritura definitiva, identificando em verdade o direito fundamental à moradia com aquele à propriedade.

Ainda na tipologia acima apresentada, tem-se sob distintas roupagens, a recusa de unidades do Programa Minha Casa, Minha Vida – negativa pura e

<sup>18</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito à moradia: deferência como critério judicial de solução. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogerio Barros (Orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 182-208.

<sup>19</sup> Este regime é um componente do Programa Minha Casa Minha Vida relacionado à fixação dos contemplados no local e prevenção de alienações precipitadas com potencial novo desabrigo.

simples,<sup>20</sup> ou ainda creditada a violência no local ou mesmo no empreendimento específico;<sup>21</sup> tudo perfazendo um total de 8 (oito) incidências.

Num e n'outro caso, inequívoca a pretensão de reconfiguração dos deveres positivos de agir que o Município reconhece como decorrentes da dimensão objetiva do direito fundamental à moradia. No primeiro caso, tem-se a pretensa equiparação ao direito de propriedade; no segundo, a possibilidade da escolha da unidade – ou quando menos, de obrigatória observância a critérios de localização que a parte entende aplicáveis. Ambas as discussões não encontram solução a partir da literalidade do preceito, e desmentem a lógica, seja do essencialismo dos direitos, seja do *tailoring principle*. Em verdade, o que as demandas derivadas evidenciam, ao revés, é que não existe uma resposta administrativa ou jurisdicional que se possa reputar aquela que representa a essência do direito discutido, ou aquela ajustada à situação – afinal, esta já foi ofertada e vê-se agora rejeitada por seu destinatário como insuficiente.

A ampliação do âmbito de proteção do direito fundamental à moradia debatida nas demandas derivadas envolve uma avaliação sobre seu efetivo conteúdo. Essa decisão é de cunho predominantemente valorativo e se dá, no campo da jurisdição, de forma *ad hoc*, sem uma visão sistêmica de aplicação dessa mesma concepção de valor.<sup>22</sup> Com isso, não só se tem negada a suposta relação direta entre direito violado e provimento jurisdicional, mas ainda se tem revelada uma deficiência da pretensão de que a efetividade generalizada da Constituição se possa alcançar através das Cortes. Isso porque, na ausência de norma expressa, é necessário a existência de coordenação interpretativa que assegure uma uniformidade instrumental – logo, uma generalização – do regime aplicável,<sup>23</sup> e esse tipo de conformação não é próprio à lógica de atuação do Judiciário, fundado ao revés, na independência de seus agentes. A coordenação aqui requerida, em decorrência da indeterminação do conteúdo dos direitos sociais configura princípio organizacional próprio da estrutura da Administração – por isso a importância da intermediação, na resposta adjudicativa à suposta violação a direito, da política pública desenhada e em aplicação.

<sup>20</sup> O argumento mais frequente para a recusa de unidade do Programa Minha Casa Minha Vida é distância do local onde originalmente a parte interessada mantinha moradia.

<sup>21</sup> A matéria tem-se por regrada pela Portaria nº 488 do Ministério das Cidades, de 18 de julho de 2017, que “Dispõe sobre o distrato dos contratos de beneficiários de unidades habitacionais produzidas com recursos provenientes da integralização de cotas do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) no âmbito do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), integrante do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV)”.

<sup>22</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito à moradia: deferência como critério judicial de solução. In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogério Barros (Orgs.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 182-208, pág. 198.

<sup>23</sup> VERMEULE, A. *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, 333 p., pág. 129-132.

A porção mais representativa da amostra, todavia, inequivocamente envolve demandas em que não se verificou ainda qualquer providência administrativa ou jurisdicional especificamente orientada à proteção ao direito fundamental à moradia. É a análise que se segue.

### 3.3 Benefícios não havidos: tipologia

Para melhor compreensão da área de contencioso relacionada à proteção do direito fundamental à moradia no Município do Rio de Janeiro, esclarece-se que o Programa Minha Casa Minha Vida e o Programa Morar Carioca são os de maior abrangência e aplicação. O primeiro é voltado para oferta de subvenção pública para a construção e aquisição de unidades imobiliárias, em que a União e outros entes federados se associam, atendendo às finalidades previstas na Lei 11.124 de 16 de junho de 2005 para o Sistema Nacional de Habitação. O segundo tem como objetivo urbanizar até 2020 todas as comunidades da cidade, com integração do tecido urbano do Município.<sup>24</sup>

O Decreto Municipal 38.197 de 16 de dezembro de 2013, por sua vez, regulamenta a política pública relacionada às demolições e reassentamentos decorrentes de intervenções urbanísticas previstas em projetos de urbanização, reassentamentos populares e outros projetos de interesse público. Essas são as hipóteses em que a municipalidade intencionalmente promove o deslocamento de um conjunto de pessoas como meio de viabilizar o desenvolvimento de projeto específico, ou seja, de reassentamento.<sup>25</sup>

A oferta de unidades do PMCMV responde tanto pelas operações de reassentamento, como descritas na Portaria nº 317, como a simples oferta de habitação voltada à população de menor renda. Para as operações de reassentamento de uma determinada área, tem-se aquilo que o regimento do PMCMV denomina “demanda fechada”,<sup>26</sup> em que todo um empreendimento é destinado àquela população específica alcançada por reassentamento; nas demais hipóteses tem-se a chamada “demanda aberta”, em que os cadastrados concorrem em condições de igualdade às unidades ofertadas.

<sup>24</sup> A outorga de unidade imobiliária pode se ver associada ao Programa Morar Carioca, à medida que as intervenções de urbanização requeiram o reassentamento daqueles residentes em unidades no curso de uma via pública que se venha a traçar, ou de um equipamento urbano que se pretenda ofertar.

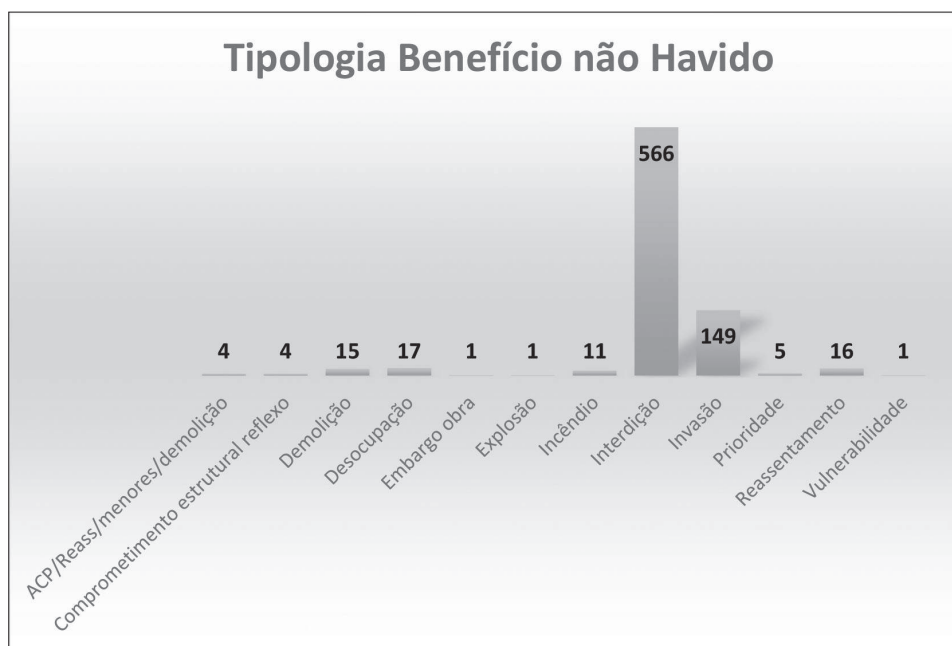
<sup>25</sup> A figura do reassentamento prevista no Decreto Municipal é definido pela Portaria nº 317, de 18 de julho de 2013 do Ministério das Cidades, Anexo I, item II – Conceitos, alínea “g”: “processo de realocação física por meio de reposição do imóvel afetado por unidade habitacional ou comercial construída especificamente para esse fim ou adquirida no mercado, que são adjudicadas, de acordo com as características da intervenção, de forma onerosa ou sem custo para a família reassentada”.

<sup>26</sup> A hipótese de demanda fechada é exceção ao sistema ordinário de seleção de candidatos e se relaciona a essas intervenções do Ente Público na realocação de pessoas para o desenvolvimento de projeto específico. A própria Portaria 163/16 do Ministério das Cidades exclui da incidência de “demanda fechada”, situações em que se tem uma identificação de situação individual de risco.

Último componente deste quadro sintético dos programas de ação existentes no Município do Rio de Janeiro no tema da moradia é a figura do “aluguel social”. O Decreto Municipal 38.197/13 prevê que nas hipóteses de reassentamento, sendo imperativo o desalijo sem que as unidades habitacionais correspondentes estejam imediatamente disponíveis, proceder-se-á ao pagamento de Auxílio Habitacional Temporário até a entrega das unidades. Essa verba, portanto, é excepcional, temporária e intermedia a atuação municipal que provocou o desalijo e a efetiva entrega da unidade imobiliária.

Desta panorâmica dos programas públicos em curso, tem-se já a indicação de um conjunto de hipóteses que podem determinar em curto, médio ou longo prazo, providências de proteção à moradia. Assim, o reassentamento determinado pela Municipalidade gera no curto prazo o imperativo da oferta da unidade ou do auxílio habitacional temporário; a vulnerabilidade econômica pura e simples gera a participação ordinária nos programas públicos – o que pode determinar atendimento a médio ou longo prazo. Vejamos agora o quadro de hipóteses fáticas que determinam demandas judiciais nas quais se aponta um direito à moradia supostamente violado, sem que qualquer prestação tenha sido ofertada ao seu titular:

Gráfico 3: Tipologia benefício não havido



Desponta como primeira constatação, a circunstância de que a situação de fato com esmagadora incidência corresponde a uma hipótese não compreendida nos programas e na regulação local no que toca às medidas de proteção à



moradia. A resposta da Administração Pública para a interdição decorrente de comprometimento estrutural é o abrigo público no curto prazo, e a inscrição ordinária no PMCMV, no médio e longo prazo. Em tais casos, o problema social da moradia construída sem licença e sem observância de normas técnicas, que se vê comprometida em sua integridade estrutural, não se viu ainda traduzido em problema público, ensejador de uma política pública específica – até porque, na raiz dessa mesma situação, tem-se um ilícito administrativo.

A segunda causa factual determinante das demandas da amostra mais expressiva é a invasão de imóveis privados, em que o invasor, eventualmente alcançado por medidas de reintegração de posse, entende que deve ser destinatário de algum benefício pecuniário, prioridade na contemplação dos programas habitacionais e até mesmo indenização por danos materiais ou morais por parte do Poder Público. Também aqui tem-se uma pretensão que não encontra abrigo específico nos programas públicos em curso, vez que o que buscam os invasores é a outorga de um signo de prioridade em favor daquele que pratica um ilícito civil e penal. Mais ainda, a iniciativa da desocupação não é do Poder Público e, muitas vezes, não é sequer de conhecimento da Administração.

Na raiz da apresentação destas situações de fato como causa determinante de um provimento jurisdicional tem-se a indeterminação do direito à moradia – plasticidade essa que permite argumentar que as mais variadas situações do mundo da vida possam se conter no seu âmbito de proteção. O que se busca da jurisdição, em verdade, não é propriamente o controle da política pública em curso – porque esta não contempla as situações reclamadas. Não se está no plano do *gap* de implementação, mas sim naquele da ausência de política específica.<sup>27</sup> O que se pretende é transformar o Judiciário em agente de determinação da agenda e formulador de política pública; atribuições que escapam à sua aptidão institucional.

Uma vez mais parece retórico o discurso de legitimação da decisão judicial em hipóteses que tais, a partir das concepções do essencialismo dos direitos e do *tailoring principle*. Em verdade, a jurisdição nesses casos materializa uma escolha redistributiva que não deflui do texto, e afigura-se como típica do domínio da política. Mas não só no campo das situações de fato originadoras das demandas

<sup>27</sup> É de Gløppen a distinção entre *implementation gap*, em que se tem a inexecução de política pública existente e *policy gap*, onde não se tem programa de ação orientado ao enfrentamento daquele específico assunto público (GLOPPEN, Siri. *Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. Health and Human Rights*, Boston, 10/2. Disponível em: <<https://www.hhrjournal.org/2013/09/litigation-as-a-strategy-to-hold-governments-accountable-for-implementing-the-right-to-health/>>. Acesso em: 19 jan. 2018).

analisadas tem-se o reflexo da indeterminação do direito sobre o litígio e a correspondente jurisdição.

#### 4 A indeterminação dos direitos e a transposição para o Judiciário de escolhas conteudísticas

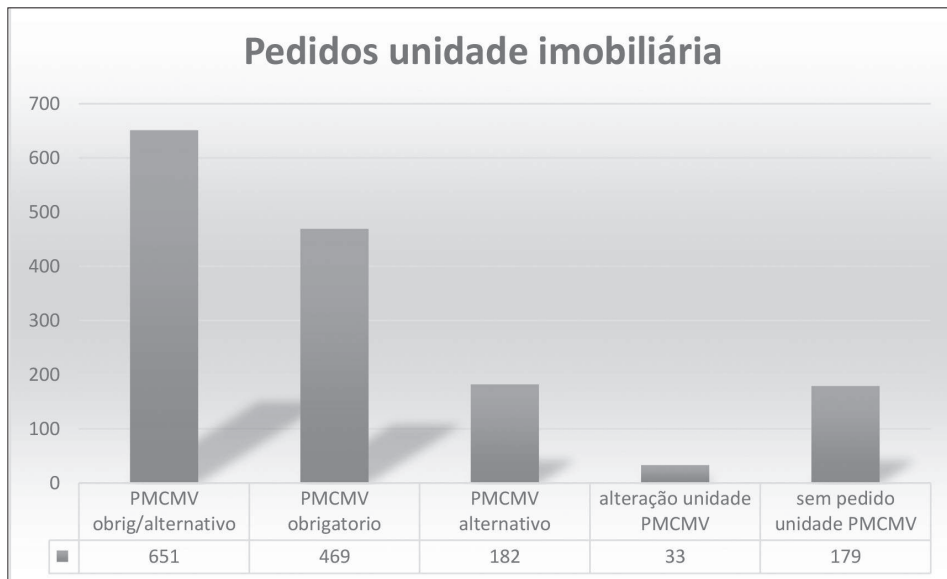
Os dados consolidados da amostra sob análise permitem ainda evidenciar a transposição da problemática da indeterminação dos direitos sociais a partir da perspectiva do pedido. Aqui, para perfeita compreensão das inferências apresentadas, é preciso aclarar que da amostra de 830 (oitocentos e trinta) feitos judiciais, 744 (setecentos e quarenta e quatro) deles têm um mesmo órgão patrocinador, a saber, a Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. Do total de demandas, portanto, 89,63% (oitenta e nove inteiros e sessenta e três centésimos por cento) deveriam refletir uma mesma perspectiva institucional no que toca ao conteúdo possível do direito fundamental à moradia.

Some-se a isso a circunstância já indicada de que 68,2% (sessenta e oito inteiros e dois décimos por cento) das demandas tem por fundamento uma mesma circunstância fática (interdições); o que estaria a sugerir uma homogeneidade na tipologia dos pedidos veiculados nas referidas demandas. A realidade, todavia, se apresenta de forma distinta.

Primeiro aspecto a se destacar é que a amostra de 830 (oitocentos e trinta) feitos judiciais contempla 55 (cinquenta e cinco) tipos distintos de pedidos, com toda ordem de cumulações. Embora se note uma concentração em torno de pleitos como os de outorga da prestação pecuniária conhecida como “aluguel social”, e ainda unidades do Programa Minha Casa Minha Vida; a amostra contempla ainda pedidos de danos materiais e morais, reparo de edificações, troca de unidade habitacional já outorgada, título definitivo de unidade já outorgada, financiamento de locação à base desejada pela parte autora, etc., etc. Expressão máxima da imprecisão postulatória que decorre da indeterminação dos direitos, são os pedidos de condenação à “entrega de lista de cadastrados” associados a áreas de risco ou outras situações, montando a 56 (cinquenta e seis). Diz-se aqui residir imprecisão postulatória porque a requerida “lista” não existe, pois o Programa Minha Casa Minha Vida opera a partir de cadastro único, no qual se tem assinalados critérios de priorização disciplinados em Portaria do Ministério das Cidades.

Ainda que se tenha em conta as duas postulações mais frequentes, identifica-se igualmente um razoável grau de heterogeneidade. Vejamos:

Gráfico 4: Pedidos de unidade imobiliária

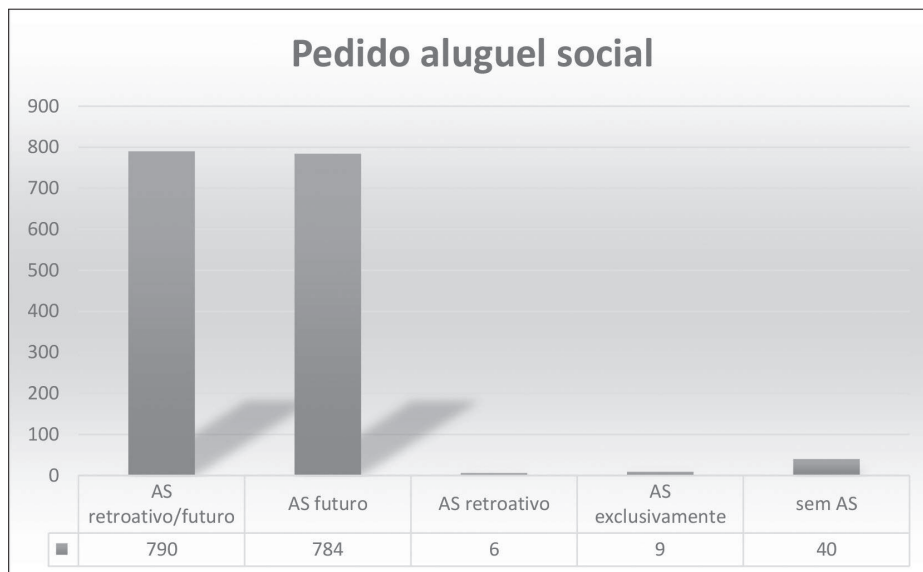


Primeira observação que exsurge do gráfico acima é que não obstante a unidade imobiliária se afigure a prestação que, por excelência, tutela a um direito fundamental à moradia, tem-se em 21,56% (vinte e um inteiros e cinquenta e seis centésimos por cento) do total da amostra, demandas em que não se vê veiculado este mesmo pedido. Some-se a isso ainda 182 demandas nas quais a unidade imobiliária se apresenta como pedido alternativo e sobe para 43,49% (quarenta e três inteiros e quarenta e nove centésimos por cento) o percentual de demandas em que o provimento jurisdicional, ainda que de procedência, pode não resultar na entrega da unidade imobiliária – portanto, na proteção ao direito discutido *in natura*.

O volume de demandas em que se tem a outorga da unidade do PMCMV como providência alternativa expressa uma tendência de monetização do direito sob análise – afinal, a outra opção indicada na inicial de satisfação do direito é a reparação pecuniária.

Essa mesma tendência de mercantilização do direito fundamental se tem na tabulação de pedidos em que figura o “aluguel social”. Vejamos:

Gráfico 5: Pedidos de aluguel social



Principal observação que exsurge deste gráfico diz respeito ao número de feitos em que a referida prestação pecuniária se tem presente: 95,18% (noventa e cinco inteiros e dezoito centésimos por cento), contra 78,44% (setenta e oito inteiros e quarenta e quatro centésimos por cento) quando se postula unidade habitacional. Na mesma linha, destaca-se a presença de demandas em que o único objeto do pedido é a referida prestação pecuniária, distanciando-se a postulação, a rigor, de uma medida apta a empreender definitivamente a proteção ao evocado direito fundamental à moradia.

É possível associar a preferência em favor da prestação pecuniária a um componente estratégico do litígio em causa, no qual se tenha em conta, seja a inexistência (como regra) de unidades imobiliárias “em estoque”, disponíveis à entrega em favor do jurisdicionado seja um suposto incremento do índice potencial de êxito num pedido desta natureza. Fato é que a referida opção estratégica pode resultar, ainda que no caso de julgamento de procedência, na inefetividade do direito – eis que a cifra jurisdicionalmente assegurada pode não se revelar suficiente à garantia da moradia. Não é improvável igualmente o desvio de finalidade no emprego dos recursos, o que resulta na permanência de pessoas em áreas de

risco ou outras situações de fato indesejáveis num quadro de empoderamento do projeto de transformação constitucional.<sup>28</sup>

Uma vez mais se tem desmistificadas as teses do essencialismo dos direitos, ou ainda do *tailoring principle*, eis que a uma mesma lesão a direito haveria de corresponder, em tese, a um mesmo tipo de postulação. O que a casuística revela é uma forte influência de concepções subjetivas em relação às hipóteses de fato a merecer proteção, e mais ainda das providências hábeis a assegurar essa mesma proteção. Indeterminado o direito e judicializada a sua busca, tem-se o já referido deslocamento de uma escolha alocativa que é de se dar no plano da política, para a atuação *ad hoc* de uma estrutura de controle que não dispõe hoje sequer dessa visão crítica do perfil de litigiosidade que se apresenta.<sup>29</sup>

## 5 Efeitos deletérios da subvalorização da delimitação do provimento

A primeira hipótese deste trabalho era de que a pura enunciação constitucional de um direito não dá resposta a tudo. Não obstante a previsão, por exemplo, de direitos socioeconômicos no art. 6º da Constituição, nesse dispositivo não se tem delineado o conteúdo e a extensão do dever geral de promoção desses direitos. Duas razões podem explicar a vagueza de conteúdo dos direitos sociais nas Constituições nacionais: 1) a convicção da relevância de formulações genéricas que acolham contingências futuras, permitindo a ampliação ou restrição desses direitos e o realinhamento de prioridades;<sup>30</sup> 2) ausência de consenso durante o processo constituinte.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> O tema da mercantilização de direitos fundamentais e sua contradição com o objetivo constitucional de transformação social foi abordado em trabalho anterior: VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: V Congresso Brasileiro de Direito Processual, 2014, Salvador. *Constituição, processo e cidadania*. Brasília: Gomes & Oliveira, 2014. p. 265-306.

<sup>29</sup> Em que pese o incremento das bases de dados estatísticas desenvolvidas pelos Tribunais, sob coordenação do Conselho Nacional de Justiça, as tabulações normalmente são de ordem puramente estatística, sem esse tipo de análise em relação ao perfil de litigiosidade, dos conflitos que se apresentam em cada Corte.

<sup>30</sup> LIU, Goodwin. Rethinking Constitutional Welfare Rights, *Stanford Law Review*, Stanford, v. 61, n. 2, Winter 2010, p. 203-270, pág. 209.

<sup>31</sup> SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 246, Rio de Janeiro, 2007, p. 79-94, pág. 85, argumentando que cláusulas constitucionais vagas podem ser meios de expressar o máximo consenso possível alcançado no processo constituinte, remetendo para o jogo político ordinário a densificação de seu conteúdo; DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 9, n. 3-4, outubro 2011, p. 636-672, pág. 637, expondo que muitas vezes o constituinte decide não vincular seus sucessores, optando por adiar a tomada de decisões para o futuro para que as escolhas sejam feitas com base nas preferências contemporâneas. Na literatura brasileira, assinalando os compromissos dilatatórios veiculados na Carta de 1988, VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: DIMOULIS, D. et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 18-24.

A segunda hipótese é que os juízes, quando decidem, interferem na discussão em curso quanto ao conteúdo do direito socioeconômico.

Com efeito, a correlação entre direito e provimento jurisdicional deveria ser entendida como de uma construção empreendida pelo juízo, de interferências recíprocas, direcionada em tese, a atribuir, dentro dos limites próprios da demanda, a máxima eficácia possível ao direito discutido.<sup>32</sup> A admissão dessa relação não dedutiva entre direito e resposta jurisdicional revela a intervenção subjetiva do julgador – o que é de ser prevenido por uma especial atenção para com o ônus argumentativo quando se cuide de decisão pretensamente superadora do *policy gap*.

Os esquemas explicativos explanados na Parte 2 revelaram-se distanciados da realidade dos litígios. A premissa da necessidade de recondução do autor a uma posição jurídica original, como objetiva o *tailoring principle* é falha por diversas razões. A justiça corretiva busca perquirir a causa da violação e a recomposição do *status quo*, distintamente, os direitos socioeconômicos apesar de terem um aspecto retrospectivo a ser analisado, visam principalmente o futuro, ou seja, são orientados primordialmente de forma prospectiva, pois as desigualdades e exclusão sociais são realidades que devem ser modificadas independente das causas e responsabilidades.<sup>33</sup>

O binômio violação e restauração no campo dos direitos socioeconômicos se mostra reducionista, na medida em que desconsidera o principal objetivo da atuação judicial que é a promoção da igualdade.

Uma alegada dependência objetiva entre o direito debatido e a resposta judicial representa uma estratégia confortável ao Judiciário, na medida em que há redução do ônus de fundamentação e a desoneração de apreciações consequencialistas. Por outro lado, ante a indeterminação do conteúdo de direitos, não é tarefa fácil identificar um desvio de conduta da Administração Pública, porque pode haver dissonância entre a compreensão do administrador e o que dele é esperado ou em relação ao que o sistema normativo efetivamente exige.<sup>34</sup>

Outrossim, a proposição de que a demanda sustentada em direitos sociais sempre está a denunciar uma errônea configuração do conteúdo do direito pelo Estado também não está correta. Isso porque essa demanda pode estar expressando não uma reprovação às escolhas anteriores, mas uma pretensão de avanço

<sup>32</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 780.

<sup>33</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 795.

<sup>34</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, págs. 797 e 798.

em uma pauta política de aumento do grau de proteção ofertado, e, portanto, de efetividade do referido direito.<sup>35</sup> Um texto constitucional tecido a partir da trama dos compromissos dilatatórios deve naturalizar uma prática reivindicatória que revista o que se tem, não porque seja intrinsecamente errado ou violador à dignidade, mas porque sempre é possível avançar mais.

A compreensão dos direitos socioeconômicos de forma isolada do seu nível de concretização social representa um obstáculo à superação de falhas, realização de propósitos futuros e até de condução do Estado à manutenção do mesmo nível de compromisso, em relação não só ao litigante, mas a toda sociedade. Se os verdadeiros problemas que geram os bloqueios institucionais geradores de letargia não forem enfrentados, a resposta judicial não logrará alcançar resultados tangíveis na realidade social.<sup>36</sup>

Abandonar o discurso justificador e legitimador da jurisdição fundado no essencialismo e no *tailoring principle*, abraçando a indeterminação dos direitos como um desafio é convidar à um reequacionamento do próprio fenômeno da judicialização das políticas públicas. Isso pode permitir ao Judiciário assumir, não o papel de formulador destes mesmos programas de ação – porque isso não lhe compete institucionalmente –, mas de um catalisador do debate crítico em relação aos programas em curso, debate esse que pode contribuir para uma reconfiguração da agenda de problemas públicos.

Admitir que a jurisdição no campo dos direitos sociais não é a simples aplicação de esquemas objetivos pré-determinados pelo direito em si convida a uma reflexão sobre a possibilidade do experimentalismo judicial,<sup>37</sup> não como algo impróprio ou indesejado. A decisão, neste ambiente, pode ainda merecer uma apreciação crítica pelo Poder Executivo, apontando falhas e configurando uma construção dialógica, na qual se cogite diversas alternativas para definição do conteúdo do provimento.<sup>38</sup>

Efetividade constitucional não se constrói às fatias, mas a partir de uma compreensão de que constituição é sistema, e como tal deve ser aplicada e protegida. Essa deve ser a essência, e no tema dos direitos socioeconômicos, é o raciocínio que se apresenta sob medida.

<sup>35</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 795 e 796.

<sup>36</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, pág. 799.

<sup>37</sup> VALLE, Vanice Lírio do. O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thais Boia (Coords.). *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 371-387.

<sup>38</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804, págs. 782 e 783.

## Referências

- DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding Not to Decide: Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 9, n. 3-4, outubro 2011, p. 636-672.
- FISS, Owen M. The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice, *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 93, n. 1, 1979, p. 1-58.
- GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Law as Hope: Constitutions, Courts, and Social Change in Latin America, *Wisconsin International Law Journal*, Madison, v. 20, n. 2, 2001-2002, p. 353-370.
- GEWIRTZ, P. Choice in the transition: School desegregation and the corrective ideal. *Columbia Law Review*, New York, v. 86, n. 4, May 1986, p. 729-798.
- GLOPPEN, Siri. Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health and Human Rights*, Boston, 10/2. Disponível em: <<https://www.hhrjournal.org/2013/09/litigation-as-a-strategy-to-hold-governments-accountable-for-implementing-the-right-to-health/>>. Acesso em: 19 jan. 2018.
- HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando R. N. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, VARUN; BRINKS, D. M. (Eds.). *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 100-145.
- JEFFRIES JR., John C. The Right-Remedy Gap in Constitutional Law. *The Yale Law Journal*, New Haven, vol. 109, 1999, p. 87-114.
- JUNG, Courtney; HIRSCHL, Ran; ROSEVEAR, Evan, Economic and Social Rights in National Constitutions. *American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, v. 62, n. 4, 2014, p. 1043-1094.
- LEVINSON, Daryl J. Rights Essentialism and Remedial Equilibration. *Columbia Law Review*, New York, vol. 99, n. 4, 1999, p. 857-940.
- LIU, Goodwin. Rethinking Constitutional Welfare Rights, *Stanford Law Review*, Stanford, v. 61, n. 2, Winter 2010, p. 203-270.
- NARD, Craig Allen. Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue Between the Academy and Profession, *Wake Forest Law Review*, Winston-Salem, vol. 30, 1995, p. 347-368.
- SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models, *International Journal of Constitutional Law*, New York, v. 1, n.2, 2003, p. 296-324.
- SHANE, Peter M. Rights, Remedies and Restraint, *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 64, n. 2, 1988, p. 531-572.
- STARR, Sonja B. Rethinking 'Effective Remedies': Remedial Deterrence in International Courts, *New York University Law Review*, New York, v. 83, n. 3, June 2008, p. 693-768.
- SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 246, Rio de Janeiro, 2007, p.79-94.
- VALLE, Vanice Lírio do. O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thais Boia (Coords.). *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 371-387.
- VALLE, Vanice Lírio do. Conteúdo do Provimento Definido pela Identificação do Direito Fundamental em Debate: Uma Falsa Premissa. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 22, n. 2, Santa Catarina, 2017, p. 777-804.



VALLE, Vanice Lírio do. Demandas Derivadas e Ampliação do Núcleo Essencial do Direito à Moradia: Deferência como Critério Judicial de Solução. *In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SGANZERLA, Rogerio Barros (Orgs.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, v. 1, p. 182-208.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. *In: V Congresso Brasileiro de Direito Processual, 2014, Salvador. Constituição, processo e cidadania.* Brasília: Gomes & Oliveira, 2014, p. 265-306.

VERMEULE, A. Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: *Harvard University Press*, 2006, 333 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. *In: DIMOULIS, D. et al. Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo política e desenvolvimento gradual.* São Paulo: Direito GV, 2013, p. 18-24.

WILLIAMS, Lucy A. The role of courts in the quantitative-implementation of social and economic rights: a comparative study. *Constitutional Court Review*, Boston, v. 3, 2010, p. 141-199.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Regina Lírio do; DIAS, Paula do Espírito Santo de Oliveira. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 207-228, jul./set. 2018.

---