

Estado Social de Direito no Brasil: o Desafio de Equacionar Democracia e Judicialização das Políticas Públicas

ERIC BARACHO DORE FERNANDES

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Monitor de Direito Constitucional, Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito dos Monitores da UFF, Colaborador em Projeto de Extensão e Pesquisador Vinculado ao NUPIJ, Estagiário do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com interesse e atuação acadêmica em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional. Vencedor do VIII Concurso Brasileiro de Monografias Jurídicas,

RESUMO: O objeto deste artigo diz respeito ao contexto contemporâneo do Estado Social de Direito no Brasil e os principais desafios com os quais se depara na construção de uma sociedade menos desigual. A despeito da previsão, pela Constituição de 1988, de um extenso catálogo de direitos fundamentais sociais, observa-se que tal previsão tem se dado em uma esfera incapaz de subordinar as opções políticas para a concretização de tais direitos, resultando em uma crise de efetividade deste projeto social de Constituição. Por esse motivo, o Poder Judiciário tem sido provocado a dar a última palavra acerca da concretização das políticas públicas relativas a direitos sociais. Ainda insuficiente para responder de forma satisfatória ao problema, o modelo atual de controle jurisdicional das políticas públicas ainda é objeto de intensas críticas, em especial devido à ausência de critérios técnicos que possibilitem ao Magistrado mensurar o impacto de suas decisões para a sustentabilidade do sistema como um todo. Por isso, um dos maiores desafios contemporâneos para o Estado Social no Brasil é a construção de parâmetros mais precisos, capazes de conciliar a atuação contramajoritária do Judiciário com critérios técnicos e uma maior cooperação com os demais poderes. É deste desafio que pretendemos tratar neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; direitos sociais; direitos fundamentais.

ABSTRACT: This paper broaches the current status of the Welfare State in Brazil, discussing the main challenges on the achievement of a less unfair society. Despite the large amount of social rights on Brazilian 1988 Constitution, such norms haven't been able to subordinate the political options regarding the concretization of those rights, resulting in an effectiveness crisis of this social Project. For that reason, the Judicial Branch have been provoked to give the last word regarding the public policies regarding the social rights. Still not enough to answer the problem, the current model of jurisdictional control of public policies is still target of several critics, mainly the lack of technical expertise of the judges to measure the impact of their decisions to the system as whole. For that reason, one of the main challenges for the Welfare State in Brazil is the achievement of proper judicial standards, able to conciliate the countermajoritarian ruling of the Judicial Branch and technical aspects, as well as a better cooperation with the other powers. This is the challenge we intend to discuss on this work.

KEYWORDS: Judicial Branch; fundamental rights; social rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Ascensão do constitucionalismo social; 2 Crise do estado social; 3 Judicialização das políticas públicas e direitos sociais: críticas e parâmetros de aprimoramento institucional; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

As indagações acerca dos direitos possuídos pelo indivíduo enquanto cidadão de uma democracia e os instrumentos de proteção destes direitos sempre constituíram temas centrais da ciência jurídica e, em especial, do direito constitucional¹. De fato, percebe-se que nos últimos séculos os principais movimentos históricos do constitucionalismo tiveram como preocupação central a definição de vastos catálogos de direitos fundamentais que deveriam ser respeitados ou promovidos pelo Estado, consagrando no plano teórico aquilo que hoje se convencionou agrupar em “gerações” ou “dimensões” de direitos. Contudo, mais importante do que o simples estudo da dimensão histórica dos direitos fundamentais é a preocupação com a sua efetiva realização e concretização, por meio da adoção de uma postura ativa e responsável de governantes e governados². Justamente por isso é que escolhemos como objeto deste artigo um dos temas que evidenciam de forma mais clara o déficit de efetividade dos direitos fundamentais no Brasil: a crise do Estado Social e a judicialização das políticas públicas.

O Estado Social e os direitos sociais surgem como uma reação à crise ética e de eficiência do modelo liberal³. Tal modelo consagrou um espaço de abstenção estatal perante os cidadãos, garantindo-lhes um importante, mas insuficiente, grau de isonomia formal. Contudo, especialmente a partir das mudanças impostas na dinâmica das relações de trabalho pela revolução industrial, evidenciou-se de forma mais clara a exploração das camadas mais baixas e o crescimento das desigualdades e injustiças sociais⁴. Diante deste panorama, era preciso buscar um sistema alternativo capaz de garantir um patamar mínimo de proteção aos mais frágeis, ou, segundo a conhecida máxima, “tratar os desiguais de forma desigual na medida em que se desigualem”. Por esse motivo, as Constituições que surgem na primeira metade do século XX passam a incorporar também vastos catálogos de direitos sociais, que, ao contrário dos direitos fundamentais consagrados pelos movimentos constitucionais anteriores, são garantidos não por meio da simples abstenção do Poder Público diante do espaço de liberdade individual, mas sim por meio de uma postura ativa na distribuição isonômica de conforto, lazer e riquezas⁵.

No Brasil, ainda que a Constituição de 1934 tenha sido pioneira ao tentar instituir um Estado de feições sociais, este avanço se mostrou até hoje incapaz

-
- 1 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.
 - 2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57.
 - 3 Sobre esse processo histórico, cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. *Estado Social e Democrático de Direito: história, direitos fundamentais e separação de poderes*, 2009. Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.
 - 4 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49.
 - 5 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 186.

de subordinar as opções políticas do Poder Público⁶. Diante da ausência de pressupostos de sustentabilidade do Estado Social e da alta demanda pela concretização dos direitos sociais, o Brasil tem assistido um evidente processo de judicialização das políticas públicas, no qual o Poder Judiciário tem dado a última palavra a respeito da exigibilidade destes direitos, em especial o direito à saúde. A possibilidade de o Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais é, de fato, uma das principais inovações do constitucionalismo brasileiro no contexto da virada do século, superando a concepção clássica de que os juízes deveriam se limitar a aplicar as normas produzidas pelo Legislativo⁷. De fato, não restam dúvidas de que o papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional, na proteção de valores e direitos fundamentais que se buscam resguardar do processo político majoritário, é um marco teórico significativo do novo modelo de constitucionalismo⁸.

Contudo, a despeito dos méritos desse sistema, observa-se que a ausência de parâmetros e a casuística das decisões judiciais têm colocado em risco a própria sustentabilidade do sistema de direitos sociais como um todo, gerando críticas intensas quanto à atuação do Poder Judiciário e seus reais limites em face dos demais poderes constituídos, aos quais cabe, primordialmente, a concretização dos direitos sociais. Diante deste panorama, a necessidade de parâmetros de atuação capazes de melhor conciliar o papel contramajoritário do Judiciário e a sustentabilidade do sistema como um todo surge como um dos principais desafios para o Estado Social no século XXI.

Com o intuito de apresentar possíveis respostas a este desafio e ilustrar o panorama contemporâneo, elaboramos o seguinte roteiro para apresentação do tema: (i) ascensão do constitucionalismo social no Brasil, abordando a dimensão histórica dos direitos fundamentais sociais e seus principais fundamentos teóricos; (ii) crise do Estado Social e o processo de judicialização das políticas públicas; e (iii) críticas e parâmetros para a atuação do Poder Judiciário.

6 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 20.

7 Sobre o tema, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 515 e seguintes; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 553-586.

8 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 243-266; e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250.

1 ASCENSÃO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O Professor Luís Roberto Barroso concebe o termo *constitucionalismo* como um movimento de limitação do poder e da supremacia da lei⁹. Já na concepção do Jurista português José Joaquim Canotilho, não há apenas um único constitucionalismo, mas sim diversos *movimentos constitucionais*, designando o fenômeno como uma *técnica específica de limitação do poder como fins garantísticos*¹⁰. Qualquer que seja a concepção, o estudo do tema normalmente tem sido empreendido em três momentos distintos, de acordo com o rol de direitos e garantias fundamentais que se passou a reconhecer em cada um. O primeiro paradigma do constitucionalismo incorpora um viés *liberal*, fundado em ideias *jusnaturalistas* e na garantia de *direitos fundamentais de primeira geração* (ou dimensão)¹¹. O segundo momento diz respeito ao advento do *Estado Social*, que introduz ao constitucionalismo conceitos como isonomia material, alcançável por meio de prestações estatais positivas e *direitos fundamentais de segunda geração*¹². Por fim, diz-se que atualmente vivemos um período que se convencionou chamar *neoconstitucionalismo*¹³, marcado por paradigmas distintos dos dois anteriores, como o pós-positivismo de normatividade dos princípios¹⁴ e pelo surgimento de direitos fundamentais de *terceira geração*¹⁵. Destaque-se que há quem defenda a existência de uma *quarta, quinta*¹⁶, *sexta* ou

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 4.

10 “Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigorosos falar de vários movimentos constitucionais do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51)

11 Sobre tal classificação de direitos em “gerações” específicas, vide BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

12 Idem.

13 Para o Professor Luís Roberto Barroso, o paradigma do *neoconstitucionalismo* seria identificável por três marcos específicos: (i) *Histórico*, evidenciado no período após a 2ª grande guerra e a redemocratização das ditaduras latino-americanas; (ii) *Filosófico*, representado pelo pós-positivismo de normatividade principiológica; e (iii) *Teórico*, que, por sua vez, corresponde a três mudanças específicas, sendo elas a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova hermenêutica constitucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Op. cit.*, p. 203-249.

14 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 242. Sobre o papel dos princípios, cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. *Democracia deliberativa e a construção de uma comunidade de princípios*. *Revista da Faculdade de Direito da UPF*, Passo Fundo, v. 3, p. 9-22, 2010.

15 BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*

16 Para Norberto Bobbio, a 4ª geração corresponderia a direitos decorrentes dos avanços no campo da engenharia genérica e da manipulação do corpo humano. Já para Paulo Bonavides, os direitos de 4ª dimensão ou geração decorrem da globalização dos direitos fundamentais, manifestando-se como direitos à democracia e ao pluralismo. Outros entendem que exista uma 5ª geração ou dimensão, correspondente ao direito à paz. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 50-52.

até uma *sétima*¹⁷ geração de direitos fundamentais, embora não pretendamos aqui nos aprofundar no estudo de tais correntes, uma vez que tais classificações são objeto de profunda crítica na doutrina¹⁸ e não há um real consenso entre os direitos que comporiam as últimas gerações.

Em um primeiro momento, a Constituição que surge como produto das revoluções burguesas do século XVIII (como a francesa e a americana), invariavelmente, acaba por refletir os interesses da classe social responsável por sua consagração. Inaugurando o marco liberal do constitucionalismo moderno, as cartas que surgem nesse primeiro momento se caracterizam pela preocupação com a contenção do poder estatal e do arbítrio do soberano diante do particular, limitando-o por meio da figura clássica da tripartição de poderes de Montesquieu, mas, principalmente, por meio da consagração de fundamentais de primeira geração. Direitos fundamentais individuais e que constituem um espaço inviolável de liberdade do indivíduo perante o Poder Público. Pode-se dizer, ainda, direitos caracterizados por um *status negativo* do indivíduo diante do Estado, na acepção clássica da *teoria dos quatro status*, atribuída a Georg Jellinek¹⁹.

Mais importante para o objeto em estudo, o constitucionalismo social, por sua vez, surge como uma reação à injustiça e às desigualdades sociais resultantes da exploração entre os indivíduos, gerada, entre outros fatores, pela ausência de regulamentação estatal das relações privadas. O constitucionalismo social que surge como uma reação a este panorama não constitui propriamente uma *superação* dos direitos conquistados no âmbito do constitucionalismo liberal, mas sim a *sobreposição*, a inclusão de um novo conteúdo destinado à concretização de um patamar *material* de isonomia, seja por meio da compreensão de que os direitos fundamentais de primeira geração deveriam servir também como limites às relações desiguais entre os particulares²⁰, seja por meio

17 “Os temas ligados às questões da Bioética, como manipulação genética, transplantes de órgãos e hibridação homem/máquina, entre outros, motivam a sexta dimensão. Realidade virtual, inteligência artificial e Internet são os principais acontecimentos ligados à telemática e à vida digital. Centralizam a discussão sobre os direitos de sétima dimensão, e são o principal norte do direito digital.” (HOESCHL, Hugo Cesar; BARCIA, Ricardo Miranda. A telemática e os direitos da sétima dimensão. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 174, 1999)

18 A própria ideia de classificação dos direitos em gerações ou dimensões é hoje criticada por diversos autores. Ingo Sarlet, por exemplo, destaca que uma das principais funções dessa teoria é de cunho didático-acadêmico, ressaltando o caráter histórico dos direitos fundamentais. O autor critica a supervalorização da classificação histórica (dimensional) dos direitos fundamentais, lembrando que a preocupação central no que concerne à eficácia dos direitos fundamentais deve se dar com sua efetivação. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 57.

19 Jellinek, em teoria datada do final do século XIX, desenvolve a ideia de quatro estados do indivíduo perante o Estado, a saber: (i) um *status* passivo ou *subjectionis*, no qual o indivíduo se encontra em posição de subordinação ao estado; (ii) um *status* negativo, no qual o indivíduo goza de um espaço de liberdade perante as ingerências do Poder Público (direitos fundamentais de primeira geração); (iii) um *status* positivo, que se caracteriza pela exigência de uma prestação positiva pelo Poder Público (direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais); e, por fim, (iv) um *status* ativo, caracterizado pela prerrogativa individual de influenciar a formação da vontade do Estado (direitos políticos). Sobre o tema, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 254-275.

20 Daniel Sarmento, em obra paradigmática sobre o tema, discute os principais aspectos relativos à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essencialmente, o autor descreve o processo histórico de

do acréscimo de uma nova carga de direitos fundamentais ditos de *segunda geração*, que impõem ao Estado um atuar *positivo* diante das desigualdades. Tais direitos impõem ao Poder Público uma postura ativa na distribuição (materialmente) isonômica de prestações sociais como saúde, educação e moradia.

Alguns entendem, a nosso ver, com razão, que os direitos sociais atuam como pressupostos do gozo dos direitos individuais e da própria participação em um ambiente democrático²¹. De fato, não se pode dizer que um indivíduo é verdadeiramente livre se a ele não são garantidos os *pressupostos materiais mínimos* para o exercício dessa liberdade²².

A concretização de direitos sociais, conforme já dito, pressupõe um atuar positivo do Poder Público, e não uma mera abstenção. Por isso, a doutrina costuma compreender as ideias de Estado Social e direitos sociais como associadas à de *Constituição dirigente*. Consideram-se dirigentes os Textos Constitucionais que não se limitam em reproduzir o presente, instituindo objetivos sociais por meio de normas programáticas destinadas a condicionar o processo de evolução política do Estado a determinado sentido²³. José Joaquim Gomes Canotilho, jurista reconhecido como o principal idealizador do conceito de *Constituição dirigente*, a concebe como “o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições”²⁴. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de dar efetividade ao pro-

superação do liberalismo – ambiente que dava ensejo ao surgimento de desigualdades e exploração entre os indivíduos – ao estado social, criando a necessidade de uma postura estatal mais ativa na redução dessas desigualdades. Discute ainda as três teorias principais acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia direta, eficácia indireta e a teoria do *state action*) e, por fim, traça parâmetros de ponderação entre a autonomia das vontades e os direitos fundamentais contrapostos, de modo a “calibrar” a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- 21 A democracia não se esgota na garantia do princípio majoritário e um governo de todos, mas visa a garantir um governo para todos, onde as vontades das maiorias ocasionais encontrem limites nos direitos fundamentais das minorias de menor expressão política, étnica, cultural ou social. Tal ideia de democracia impõe ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas também a promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, através de prestações sociais positivas destinadas a promover patamares mínimos de dignidade em favor desses grupos de menor expressão. Além disso, a própria ideia de democracia é hoje vista sob um viés deliberativo, no qual a legitimidade democrática é obtida não apenas por um viés representativo, mas também participativo. Em sua dimensão substancial, a democracia deliberativa envolve a garantia dos pressupostos para participação de todos, quais sejam, liberdade e igualdade (material). Nesse sentido, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 73; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 40; DORE FERNANDES, Eric Baracho. Op. cit.
- 22 Nesse sentido, o Prof. Daniel Sarmento: “Portanto, a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício de sua autonomia privada” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas...*, p. 262).
- 23 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.
- 24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 221 apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

jeto social de Constituição, ampliando as tarefas do Estado e incorporando fins econômico-sociais vinculantes para o Poder Público.

No Brasil, a primeira Constituição a incorporar um viés social foi a de 1934, na era Vargas. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, fizeram-se presentes previsões sobre a ordem econômica e social, acompanhadas de uma intensa produção legislativa em matéria trabalhista e previdenciária. Tais previsões se mantiveram presentes em maior ou menor medida nos textos seguintes, embora os períodos de crise institucional da democracia tenham colocado em questão os compromissos do Estado com a realização desse projeto social de Constituição. A Constituição de 1967, por exemplo, teria mantido diversas previsões relativas à intervenção do Estado na ordem social, embora, como se saiba, a hipertrofia institucional do Executivo da época tenha resultado na imposição de um projeto de governo eminentemente liberal²⁵. Trata-se aqui do que Karl Loewenstein, com muita propriedade, definiu como Constituição *semântica*²⁶.

Contudo, a Constituição de 1988, consagrada pelo batismo da representatividade popular após o período de crise da democracia, carregou em sua gênese a preocupação com a efetiva capacidade de transformação da realidade social. Nesse sentido, o Professor Barroso destaca que uma das principais preocupações evidenciadas pela Constituinte de 1988 era, justamente, a efetiva realização dos compromissos constitucionais, em uma maior proximidade entre texto normativo e realidade²⁷. Contudo, questiona-se: Teria a Constituição de 1988 realmente superado o déficit de efetividade do Estado Social no Brasil?

2 CRISE DO ESTADO SOCIAL

Embora sob a égide de uma Constituição que pretenda transformar a realidade social, o que se observa hoje é uma crise de efetividade do constitucionalismo social, dos direitos fundamentais de segunda geração e da própria ideia de Constituição dirigente²⁸. Apesar de as constituições, como a do México, de

25 LEGALE FERREIRA, Siddharta. Estado social e democrático de direito: história, direitos fundamentais e separação de poderes, p. 11-15.

26 A esse respeito, Karl Loewenstein classificou as Constituições em um critério ontológico, de correspondência com a realidade, admitindo a existência de cartas de três espécies: (i) normativas (aquelas em que de fato há correspondência entre o texto e a realidade); (ii) nominativa (em que há certa correspondência com a realidade, porém, ainda sem efetiva concretização); e (iii) semântica (em que as disposições constitucionais são de fato um disfarce para as ideologias políticas verdadeiramente dominantes). As Cartas de 1937, 1967 e a EC 1/1969 seriam exemplos de semânticas justamente por sustentarem ideais totalmente diversos daquilo que era de fato concretizado pela ideologia dominante. Cf. PENA DE MORAES, Guilherme. *Curso de direito constitucional*. Niterói: Impetus, 2008. p. 69-70.

27 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 217-225.

28 Segundo o próprio idealizador do conceito de Constituição dirigente, “em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*). Para uma crítica à concepção contemporânea de Constituição dirigente, vide BERCOVICCI, Gilberto. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo

1917, e Weimar, de 1919, previrem um extenso rol de direitos sociais, observou-se claramente que a concretização deste catálogo de direitos fundamentais esbarra nas possibilidades concretas do Estado ou, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, pressupostos materiais do Estado Social, que seriam: (i) provisões financeiras garantidas por sistema fiscal eficiente; (ii) estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos direitos e investimentos produtivos que os assegurem; (iii) orçamento público equilibrado; e (iv) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado²⁹.

Hoje, diante da ausência de tais pressupostos de sustentabilidade para o Estado Social, somados com a alta demanda pela concretização dos direitos fundamentais sociais em um ambiente ainda marcado por profundas desigualdades, o Brasil tem assistido um evidente processo de judicialização das políticas públicas, no qual o Poder Judiciário tem sido provocado a dar a última palavra a respeito da exigibilidade destes direitos³⁰.

Apesar de tal processo representar uma grande inovação do constitucionalismo contemporâneo³¹, em especial do ponto de vista da doutrina da efetividade das normas constitucionais³² e da concretização de um modelo social de desenvolvimento³³, é certo que o Judiciário pode se valer de parâmetros mais racionais de atuação, em vez de um ativismo judicial que não considera o sistema de direitos sociais como um todo. De fato, se por um lado esse modelo de atuação do Judiciário é legítimo para garantir os limites mínimos de atuação do Poder Público, não se pode ignorar que, por outro lado, o princípio da separação de poderes e da democracia impõem que o Judiciário observe parâmetros de autocontenção em face das opções políticas dos poderes representativos³⁴.

E é justamente sobre as críticas a esse modelo de atuação e dos parâmetros para uma atuação judicial mais racional que trataremos a seguir.

(ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 167-175.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11-32.

30 Alguns exemplos da última década: (i) a decisão do STF que entendeu ser legítima a condenação do Poder Público a fornecer medicamentos a portadores do vírus HIV: Brasil. STF, RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000; (ii) a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que determinou ao SUS que realizasse cirurgias de alteração de sexo: Brasil. TRF 4ª R., Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS. Rel. Roger Raupp Rios; (iii) a ADPF 45, em que o STF ponderou em abstrato a possibilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, em face de elementos como a reserva do possível e a separação de poderes: Brasil. STF, ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, J. 29.04.2004.

31 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros..., p. 515.

32 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*.

33 Nesse sentido, cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. *A normatividade do direito ao desenvolvimento: elementos para a exigibilidade judicial*. Mimeo (no prelo para publicação pela *Revista Direito Público* em 2011).

34 Para um estudo mais aprofundado desses parâmetros, ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*.

3 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS: CRÍTICAS E PARÂMETROS DE APRIMORAMENTO INSTITUCIONAL

A doutrina apresenta críticas severas acerca da judicialização das políticas públicas relativas a direitos sociais (em especial relativas ao direito à *saúde*), de natureza *teórica* (afirmando o caráter programático das diversas normas constitucionais relativas a direitos sociais, como o caso do art. 196 da Constituição), *democrática* (questionando a legitimidade do Judiciário para proferir decisões do gênero, uma vez que a escolha dos juízes se baseia em critérios eminentemente técnicos e não políticos), *econômica* (de que o Judiciário não possui meios para avaliar o impacto macro de suas decisões), *isonômica* (a concessão de prestações sociais como medicamentos para uns significaria a impossibilidade de atendimento a outros em igual situação, mas que não tiveram acesso ao Judiciário) ou *técnica* (de que o Judiciário não dominaria o conhecimento necessário para compreender e intervir no complexo desenho institucional das políticas públicas).

As críticas não são absolutas, podendo (e devendo) ser relativizadas. Quanto ao suposto caráter programático das normas definidoras de direitos sociais, por exemplo, a doutrina diverge quanto à exigibilidade das normas programáticas perante o Poder Público. Entre outros, Luís Roberto Barroso aponta que, por sua natureza, as normas programáticas não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas investem-nos da possibilidade de exigir que o Poder Público se abstenha de agir de forma contrária àquela norma³⁵. Contudo, observa-se que, a despeito de o Título VIII da Constituição de 1988 conter diversas normas programáticas, estas se confundem, materialmente, com direitos fundamentais previstos no Título II do Texto Constitucional e, portanto, dotados de aplicabilidade imediata. As normas relativas a direitos sociais, por isso, não se esgotam como normas meramente programáticas. Nesse sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal, conforme ilustra o trecho da ementa colacionada a seguir:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO – O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a

35 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 202.

garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...].³⁶

Da mesma forma, a despeito do déficit de legitimidade democrática do Judiciário, não se pode dizer, em absoluto, que a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas configuraria uma invasão da esfera de competências do Legislativo e do Executivo. Partindo da premissa de que o Texto Constitucional veicula consensos políticos mínimos para um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que a inércia ou a opção política das maiorias ocasionais interfiram na esfera mínima de fundamentalidade garantida pelo constituinte originário³⁷. Sendo o Judiciário intérprete e guardião da Constituição, não se deve negar a ele o papel de guardião de tais consensos políticos. Não é outra a lição do Professor Canotilho, que fala até mesmo em uma “viragem jurisprudencial” do direito constitucional à luz do novo papel institucional do Judiciário:

Concretizemos melhor estas ideias referindo algumas modas. Uma delas, como já atrás se referiu, é a da viragem jurisprudencial do direito constitucional: o direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é. O fenômeno não é novo e há muito que os americanos sintetizam esta ideia na célebre fórmula, atrás citada, do Juiz Hughes – “a Constituição é o que os juízes dizem” – ou, se preferirmos o texto inglês, “*we are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*”. [...] As decisões dos Tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional – daí o nome de moderno direito constitucional. O conhecimento das sentenças principais sobre cada problema converte-se em

36 Confira-se o seguinte julgado: Brasil. STF, RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso Mello, DJU 24.11.2000,

37 Nesse sentido: “[...] A Constituição de um Estado Democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular *consensos mínimos*, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo...*, p. 89).

instrumento ineliminável da formação do jurista constitucional. Conheçam-se os *leading cases* resolvidos pelos Tribunais constitucionais se quisermos conhecer a constituição viva.³⁸⁻³⁹

Diante deste novo paradigma, os limites e as possibilidades de atuação da jurisdição constitucional têm se constituído como constante fator de tensão institucional entre os Poderes Públicos. Afinal, ainda que se possa rebater as críticas teórica e democrática descritas anteriormente, é certo que o Judiciário ainda carece de critérios técnicos apropriados para exercer o controle jurisdicional das políticas públicas. É por isso que a doutrina especializada no tema tem, atualmente, se debruçado sobre o estudo de parâmetros (*standards*) de atuação judicial para melhor conciliar tais pontos de tensão⁴⁰. De forma breve e sem a pretensão de esgotar o estudo do tema, apresentaremos aqui alguns desses parâmetros, agrupados na forma de três grandes categorias: (i) político-institucionais; (ii) processuais; e (iii) materiais⁴¹.

De modo a trabalhar tais parâmetros associados a exemplos concretos, optou-se por um enfoque no direito à saúde, uma vez que tal direito social é aquele em que o fenômeno da judicialização das políticas públicas surge com maior frequência no dia a dia do Poder Judiciário.

Na primeira categoria de parâmetros, os ditos *parâmetros político-institucionais*, o que se quer obter é a construção de instrumentos capazes de ampliar o diálogo institucional entre os três poderes. Afinal, mesmo que se provoque o Judiciário a fornecer prestações sociais como saúde, educação e moradia, é certo que os recursos necessários para tanto não surgirão da noite para o dia. É necessário, portanto, um diálogo institucional mais amplo, para que todos os entes envolvidos nas políticas públicas possam conhecer os reais limites do Erário e as prioridades na gestão desses recursos escassos, o que certamente contribuiria para uma maior autocontenção do Judiciário nos casos em que isso se fizesse necessário.

38 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, p. 25-26.

39 No mesmo sentido é a lição do Professor Inocêncio Mártires Coelho. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009; COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 10, p. 1307, dez. 2001. O Professor Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que o novo papel do Judiciário seria, em verdade, um dos marcos teóricos do constitucionalismo contemporâneo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*.

40 Nesse sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit.; BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 875-904.

41 Note-se que a metodologia ou as categorias nas quais são agrupados os parâmetros, bem como os parâmetros trabalhados, variam de acordo com o estudo. Optou-se, no presente trabalho, por utilizar os parâmetros mais frequentes, agrupados em uma divisão tricotômica que, a nosso ver, é a forma mais didática de apresentação do tema.

É possível apontar dois exemplos concretos de ampliação bem-sucedida de diálogo institucional entre os poderes.

Nas esferas locais do Judiciário, uma sugestão interessante para essa ampliação do diálogo institucional diz respeito à criação, pelos Tribunais, de núcleos de assessoramento, integrando representantes do Poder Público e profissionais com conhecimento técnico suficiente para avaliar a real necessidade da prestação jurisdicional e ajudar a identificar fraudes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, segue esse modelo, tendo instituído o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), em parceria com a Administração Pública. O NAT presta assessoria para os Magistrados em ações de medicamentos, tendo completado dois anos de atividades no mês de abril de 2011. A equipe é composta por diversos profissionais, distribuídos entre aqueles da área administrativa e técnica (profissionais de saúde)⁴².

O segundo e já bastante conhecido exemplo diz respeito à convocação de audiências públicas, com a participação de operadores do Direito, profissionais da saúde, acadêmicos, cidadãos, administradores e gestores. De fato, o STF tem empreendido esforços no sentido de ampliar o diálogo institucional, tanto em matérias de saúde⁴³ quanto de educação (audiências públicas sobre ações afirmativas⁴⁴). Esse tipo de abertura para o debate é essencial, uma vez que a efetivação da Constituição depende de critérios jurídicos, mas também técnicos e políticos. Dessa forma, a opinião de profissionais dotados de uma especialização técnica pode contribuir para racionalizar a atuação do Poder Judiciário e melhor conciliar a atuação jurisdicional e administrativa.

Passemos aos parâmetros *processuais*.

O parâmetro processual mais citado na doutrina diz respeito a privilegiar a utilização de processos coletivos em detrimento dos individuais⁴⁵, ressalvados, evidentemente, os casos urgentes nos quais haja perigo de dano irreversível.

Há um caso concreto bastante famoso e relativamente recente que demonstra claramente as vantagens da adoção desse tipo de parâmetro: trata-se de uma ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal para incluir na

42 Dados disponíveis na página do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na seguinte notícia na *website* do Tribunal: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home?p_p_id=portletnoticias_WAR_portletnoticias&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&portletnoticias_WAR_portletnoticias_acao=noticia-visualizar&portletnoticias_WAR_portletnoticias_metodo=carregar¬iciald=5101>. Acesso em: 6 ago. 2011.

43 Brasil. STF, Audiência pública sobre saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

44 Brasil. STF, Audiência pública sobre ações afirmativas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 6 ago. 2011.

45 Andreas Krell destaca a relevância da tutela coletiva, em especial ação civil pública, na implementação desses direitos. Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 103-106.

tabela de procedimentos do SUS as cirurgias de mudança de sexo⁴⁶. A decisão do TRF da 4ª Região julgou a demanda procedente, determinando que todas as cirurgias de redesignação sexual passassem a ser cobertas pelo Sistema Único de Saúde. Todavia, o inesperado impacto que aquela decisão traria nas finanças públicas e em outras políticas públicas de saúde em andamento naquele ano levou a União ao STF por meio de uma suspensão de tutela antecipada, com o intuito de suspender os efeitos do acórdão. No STF, em decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, acolheu-se o pedido da União. Apesar de não demonstrar discordância da fundamentação do acórdão do Tribunal Regional Federal, a Ministra firmou entendimento no sentido de que a criação de uma despesa dessa natureza não prevista pela programação orçamentária federal impactaria de forma severa e inesperada as finanças públicas⁴⁷.

Diferente do que normalmente ocorre com os processos individuais, fica mais fácil para a Administração (e para o Judiciário) identificar o impacto “macro” da decisão nas políticas públicas de saúde como um todo e melhor planejar sobre a sua concretização. Com uma única decisão foi possível impedir um grau maior de desequilíbrio das finanças públicas e a organização administrativa, até que se tivesse condições de, efetivamente, implementar esse tipo de procedimento no SUS, o que ocorreu em 29.09.2009, por meio da Petição nº 137.005, quando o Procurador-Geral da República comunicou a edição da Portaria do Ministério da Saúde nº 1.707/2008⁴⁸, que instituiu a cirurgia de mudança de sexo no SUS. Sendo assim, ocorreu a perda do interesse de agir da União e a perda superveniente do objeto.

Um segundo parâmetro processual diz respeito à legitimidade passiva para demandas do gênero, em especial em matéria de saúde. É que, a despeito da existência de leis e atos normativos que especificam os entes da Federação responsáveis por determinado medicamento ou tratamento, como as listas de medicamentos do SUS, as decisões judiciais e o próprio STF muitas vezes ignoram tais atos normativos, tendo como resultado um grande desequilíbrio entre os entes federativos, uma vez que vários deles acabam fornecendo o mesmo medicamento ou um acaba fornecendo medicamento de competência do outro. Para o Judiciário, a previsão de competência comum do art. 23 da Constituição se traduz na responsabilidade solidária entre os entes e na impossibilidade de chamar para integrar o polo passivo do feito o ente verda-

46 “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL – TRANSEXUALISMO – INCLUSÃO NA TABELA SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO – DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO – DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA – DIREITO À SAÚDE – FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – [...]” (Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS). Para um estudo sistemático sobre o tema, Cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. *Caderno Virtual*, Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, p. 1-34, 2010.

47 Brasil. STF, STA 185, Relª Min. Ellen Gracie, DJ 12.12.2007.

48 Brasil. Ministério da Saúde, Portaria no 1707/2008. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.htm>.

deiramente responsável pela prestação. No Rio de Janeiro, por exemplo, este entendimento encontra-se pacificado na forma da Súmula nº 65 do Tribunal de Justiça local⁴⁹.

Entendemos que o Judiciário deve respeitar leis ou atos normativos que determinem qual ente seja responsável por prover determinado direito social. Trata-se não de negar o direito em si, mas de respeitar a opção política do ente que se comprometeu com a sua realização⁵⁰. Contudo, diante da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, é possível que, excepcionalmente, se considere como solidária a responsabilidade quando (i) mais de um ente for responsável pelo fornecimento daquele medicamento ou direito social; ou (ii) nenhum ente federativo seja responsável.

Tratemos, por fim, dos parâmetros *materiais*.

O primeiro deles considera que a atuação do Poder Judiciário deve se restringir, em regra, aos hipossuficientes, incapazes de, com recursos próprios, arcar com os elevados custos inerentes a determinada prestação social. Trata-se de um parâmetro fundamental para manutenção do equilíbrio do sistema como um todo, uma vez que, em diversos casos, o Judiciário acaba por deferir tratamentos ou medicamentos para indivíduos com condições de arcar com os respectivos custos, em detrimento da utilização daqueles mesmos recursos em prol dos realmente necessitados.

Para ilustrar a tese, cite-se julgado extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual o Magistrado em primeiro grau de jurisdição antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para conceder um tratamento em prol de determinado indivíduo, supostamente hipossuficiente. A análise mais detalhada da declaração de Imposto de Renda, no entanto, revelou que a genitora do demandante arcava com os custos de uma lancha, em valor muito superior ao do tratamento pleiteado. Em agravo interposto por procurador do Município de Niterói, a decisão foi revogada, conforme se depreende da ementa colacionada a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – LEITE – O agravante tem o dever de promover políticas públicas, com verbas orçamentárias próprias, destinadas a garantir a saúde dos cidadãos carentes, que, por força desta condição, não dispõem de recursos para a aquisição dos medicamentos que necessitem. A autora não pode ser considerada hipossuficiente, tendo em vista que sua genitora paga mensalmente uma parcela pela aquisição de uma lancha, marca Tecnoboats, conforme declaração de Imposto de Renda. De tal sorte, não pode compelir os cofres públicos a custearem o tratamento de sua filha, que não

49 “Deriva-se dos mandamentos dos arts. 6 e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 6.080/1990, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito a saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.” (Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Súmula nº 65)

50 Posição de Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 875-904.

ultrapassava o valor mensal de cerca de R\$ 2.500,00. Dessa forma, impõe-se a reforma da decisão, para que seja indeferido o requerimento de antecipação de tutela. Provimento ao recurso, na forma do art. 557, § 1º-A, do CPC.⁵¹

Por fim, outro importante parâmetro material de atuação judicial diz respeito a um maior grau de contenção dos Magistrados em face de critérios técnicos da Administração. Afinal, o Judiciário não possui conhecimentos técnicos capazes de, por exemplo, definir se determinado medicamento experimental é realmente mais eficaz do que os medicamentos listados pela Administração para aquela patologia. Além disso, a partir do momento em que o Judiciário desrespeita critérios técnicos, impossibilita que a Administração utilize os recursos necessários da forma mais econômica possível. Caso não exista uma opção técnica prevista em lei, recomenda-se que o Judiciário opte pela opção mais econômica possível, como no caso de medicamentos genéricos.

CONCLUSÕES

De modo a melhor possibilitar a percepção do conjunto de ideias trabalhadas neste breve artigo, permitimo-nos sintetizá-las objetivamente da seguinte forma:

- (i) O estudo dos direitos fundamentais e de sua evolução histórica costuma ser feito de acordo com a divisão tradicional em gerações ou dimensões de direitos ligadas a movimentos constitucionais específicos. Em geral, um constitucionalismo *liberal*, consagrador de *direitos fundamentais de primeira geração*, destinados a garantir a liberdade individual perante o Estado e limitar o poder autoritário, e um constitucionalismo *social*, cuja principal preocupação reside em garantir um patamar material de isonomia entre os indivíduos por meio de direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais caracterizados por prestações estatais positivas. De forma mais recente, tem-se falado também em *neoconstitucionalismo*, identificado por meio de um conjunto de marcos *históricos, filosóficos e teóricos*.
- (ii) O constitucionalismo social, em especial, é aquele que delimitamos de forma mais precisa como o objeto deste artigo. Trata-se de um movimento consagrador que gera para os cidadãos direitos de exigir do Estado prestações sociais de natureza positiva, intervindo no domínio social e econômico, de modo a reduzir as desigualdades e garantir um patamar substantivo de isonomia entre os indivíduos.
- (iii) A despeito das promessas por uma sociedade menos desigual, percebe-se que as Constituições programáticas e dirigentes, ao menos

51 Brasil. TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0033464-64.2010.8.19.0000, Relª Desª Helena Cândida Lisboa Gaede.

no Brasil, ainda não foram capazes de efetivamente conformar a realidade social ou subordinar a vontade política dos governantes para tanto. Por essa razão, o direito contemporâneo tem assistido a um claro processo de judicialização das políticas públicas, no qual o Judiciário tem dado a última palavra a respeito da exigibilidade de tais direitos.

- (iv) O fenômeno de centralização das discussões sobre políticas públicas no Poder Judiciário é objeto de diversas críticas na doutrina, como, por exemplo, o déficit de legitimidade democrática dos Magistrados, o caráter programático de diversas normas constitucionais relativas a direitos sociais e a ausência de *expertise* técnica do Judiciário para a elaboração de políticas públicas.
- (v) Não se pode, contudo, considerar tais críticas como absolutas, uma vez que a função da Constituição como guardiã dos consensos políticos mínimos e essenciais a uma democracia não pode se submeter à inércia ou à vontade das maiorias políticas ocasionais, justificando a atuação contramajoritária do Judiciário. Entretanto, é certo que o Judiciário não possui critérios técnicos apropriados para lidar com as políticas públicas de educação, moradia e, em especial, saúde. Por isso, aqueles que se debruçam sobre o estudo do tema têm trabalhado a ideia de parâmetros mais racionais de atuação judicial.
- (vi) A despeito da diversidade de parâmetros traçados pela doutrina e de como se costuma organizá-los, optamos por apresentá-los em três grandes categorias: a) parâmetros político-institucionais, relativos à ampliação dos meios de cooperação e diálogo entre o Judiciário e a Administração Pública; b) processuais, relativos à utilização de processos coletivos e ao respeito da competência de cada ente para fornecimento de determinada prestação social; e, por fim, c) materiais, nos quais trabalhamos como parâmetros a necessidade de o Judiciário observar a hipossuficiência das partes e as opções técnicas da Administração.
- (vii) Não se pode negar seriamente que no Brasil de hoje não tenhamos um déficit de efetividade na concretização do projeto constitucional de um Estado verdadeiramente Social. Diante disso, torna-se legítima a atuação jurisdicional de forma a garantir os consensos mínimos impostos pelo constituinte originário. Todavia, a falta de pressupostos de sustentabilidade que hoje se verifica no País impõe que o Judiciário se contenha por meio de parâmetros mais racionais de atuação, sob pena de se comprometer o sistema de direitos sociais como um todo. Não se trata aqui de ignorar o papel da Constituição como elemento transformador da realidade desigual e do Judiciário como guardião desse modelo, mas, em verdade, *ma-*

ximizar a efetividade dessa atuação contramajoritária por meio de *standards* de atuação judicial mais precisos.

- (viii) Diante do exposto e como mensagem final do que se quis trabalhar neste breve artigo, não há outra conclusão senão a de que a adoção de parâmetros mais racionais e justos, capazes de promover a cooperação de todos os poderes constituídos em nome desse projeto social de Constituição, surge, em verdade, como um dos maiores desafios para o Estado Social de direito no século XXI.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *A constitucionalização do direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICCI, Gilberto. A constituição dirigente e a constitucionalização de tudo (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – O núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 10, p. 1307, dez. 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DORE FERNANDES, Eric Baracho. Democracia deliberativa e a construção de uma comunidade de princípios. *Revista da Faculdade de Direito da UPF*, Passo Fundo, v. 3, p. 9-22, 2010.

_____. *A normatividade do direito ao desenvolvimento: elementos para a exigibilidade judicial*. Mimeo (no prelo para publicação pela *Revista Direito Público* em 2011).

_____. O transexual e a omissão da lei: um estudo de casos paradigmáticos. *Caderno Virtual*, Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, p. 1-34, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. In: HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOESCHL, Hugo Cesar; BARCIA, Ricardo Miranda. A telemática e os direitos da sétima dimensão. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 174, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. Estado Social e Democrático de Direito: história, direitos fundamentais e separação de poderes. Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2011.

_____. A constituição reinventada pelas crises: do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo internacionalizado. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 32, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PENA DE MORAES, Guilherme. *Curso de direito constitucional*. Niterói: Impetus, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). *Direitos sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.